

nº 49

Primer Trimestre. Año 2014



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**El seguro de
responsabilidad
civil en la
Propuesta de
Código Mercantil**

**¿Qué cubren en
realidad los seguros
de caución para la
construcción en las
cooperativas de
viviendas?**

**Defensa jurídica.
Libre designación
de abogado. Límites
cuantitativos.
Arbitraje**

asociacionabogadosrcs.org

LIBROS

CUESTIONES ACTUALES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

1.^a
EDICIÓN**DERECHO CIVIL.**

Juan Antonio Xiol Ríos, Miguel Pasquau Liaño, Mariano Yzquierdo Tolsada, Antonio Orti Vallejo, Javier López García de la Serrana, Mariano Medina Crespo, José Pérez Tirado, Lutz Carlos Moratinos Meissner, José Manuel López y García de la Serrana, Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia
1ª edición. Marca Aranzadi. Colección Monografías
336 páginas. ISBN: 978-84-9059-075-1. CM: 10002019
PVP s/IVA: 30,29 € - PVP c/IVA: 31,50 €

**RESUMEN**

El presente manual nace como consecuencia de los trabajos, ponencias y conclusiones presentadas en el I Congreso Internacional sobre Derecho de Daños celebrado en Granada los días 14, 15 y 16 de marzo de 2013. El mismo tuvo como objeto el análisis de diversos temas de actualidad centrados en tres materias: La responsabilidad civil automovilística, La responsabilidad civil general y el Derecho Comparado. Bajo tales premisas el resultado fue el encuentro de grandes especialistas en la materia, magistrados, profesores y abogados, que ofrecieron diferentes e interesantes puntos de vista sobre los temas abordados. Se desarrolló el análisis del derecho comparado en materias como la valoración del daño corporal en accidentes de circulación y la reclamación en España por accidentes sufridos en Alemania; y ello junto

a otros interesantes temas, en base a nuestra normativa nacional, tales como la transmisión hereditaria del crédito resarcitorio, la responsabilidad por servicios o productos defectuosos o la responsabilidad civil de las sociedades insolventes. De este modo el libro que presentamos se convierte en una útil herramienta de trabajo, que aporta el conocimiento específico para abordar los asuntos que día a día se presentan al profesional del derecho.

DESCUBRE LAS VENTAJAS DEL NUEVO FORMATO DÚO

PAPEL +
PROVIEW™

El formato DÚO es una oferta líder en el mercado, que combina las ventajas del papel y las del formato electrónico (Proview) pensadas para el profesional



THOMSON REUTERS



nº49

Primer Trimestre. Año 2014



**REVISTA DE LA
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA
DE ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 49

EDITORIAL

La importancia del seguro y de la actualización de su regulación

Por *Javier López y García de la Serrana*..... 5

DOCTRINA

- El seguro de responsabilidad civil en la Propuesta de Código Mercantil

Alberto J. Tapia Hermida..... 9

- ¿Qué cubren en realidad los seguros de caución para la construcción en las cooperativas de viviendas?

Mariano Yzquierdo Tolsada..... 25

- Defensa jurídica. Libre designación de abogado. Límites cuantitativos. Arbitraje

Javier López y García de la Serrana..... 37

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 15 de enero de 2014.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Indemnización por daños y perjuicios. Asbestosis. Aplicación del Baremo para accidentes de circulación. Factor de corrección por lesiones permanentes: debe aplicarse independientemente de la edad de la víctima en aplicación del principio de igualdad..... 77

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 21 de enero de 2014.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Estimación de la demanda de error judicial planteada por el perjudicado de un accidente de tráfico, frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial que declaraba prescrito su derecho de indemnización por accidente de tráfico. Habrá de considerarse el día inicial del cómputo de prescripción de la acción civil aquel en el que se notifica el archivo del procedimiento penal, y no aquel en el que el perjudicado manifestó el deseo de renunciar a las acciones civiles..... 85

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 29 de enero de 2014.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Derecho al honor. Inclusión por error de datos personales en la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE) por la entidad bancaria demandada. Caducidad de la acción, infracción continuada..... 93

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 13 de marzo de 2014.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo. No deben restarse de forma automática las prestaciones ni las mejoras de seguridad social, cuando, como es el caso, para su cálculo, el juez de instancia y la sala de suplicación, con la conformidad de las partes, utilizaron el baremo de los accidentes de circulación. La mejora de seguridad social establecida en una disposición convencional sólo puede compensarse con lo percibido por el concepto de lucro cesante.....101

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 18 de marzo de 2014.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad civil del notario que autoriza una escritura pública de compraventa sin advertir al comprador de la existencia de un embargo trabado sobre la finca objeto de compraventa. Error inexcusable del notario que no recibió a tiempo la comunicación del registro.....109

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3ª), de 30 de enero de 2014.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad civil de los propietarios de un perro y su aseguradora con la que tenía suscrita póliza de hogar, como consecuencia de los graves daños ocasionados al actor por el animal. Se condena a la aseguradora a abonar la cantidad de 130.033,20 euros más los intereses del artículo 20 de la LCS.....117

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José Mª Hernández-Carrillo Fuentes.....125

ENTREVISTA A...

Antonio E. Hernando Lorenzo

Por Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán.....139

NOTICIAS

- ➔ XXX Congreso de Derecho de la Circulación. 24 y 25 de abril 2014. Madrid.....143
- ➔ XXI Congreso de Responsabilidad Civil de Barcelona. 15 y 16 de mayo de 2014.....145
- ➔ XI Jornada sobre Responsabilidad Civil de Málaga. 6 de junio de 2014. Fuengirola (Málaga).....146

EDITA:

Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro
C/Trajano, 8, Esc. 1ª - 1ºC · 18002 Granada · Tel.: 902 361 350
C.I.F.: G-18585240

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Mariano Medina Crespo (Presidente), Andrés Cid Luque (Vicepresidente), Javier López y García de la Serrana (Secretario General), José María Hernández-Carrillo Fuentes (Secretario de Actas-Tesorero), Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Luis A. Orriols Martínez, Carmelo Cascón Merino, Diego Elum Macias, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Javier Muro Insausti, Susana Sucunza Totoricagüena y José Antonio Badillo Arias.

MIEMBROS DE HONOR:

Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paúl Velasco, Fernando Reglero Campos (), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos y José Manuel López García de la Serrana.*

DISEÑO:

Aeroprint Producciones S.L.
Tlf. 958 292 739 • info@aeroprint.es

IMPRIME:

Aeroprint Producciones S.L.
www.aeroprint.es

D.L. GR-1228/02

ISSN 1887-7001



asociacionabogadosrcs.org

La importancia del seguro y de la actualización de su regulación

por **Javier López y García de la Serrana**
Director

Desde que el hombre se procuró hogar y sustento y pudo con los excedentes iniciar el comercio, ha existido la necesidad en la sociedad de asegurar los bienes. Los anales del seguro se pierden en las antigüedades de la historia del hombre, pero es sin duda con las primeras civilizaciones donde se establecen de alguna forma estos antecedentes.

Así, entre las evidencias del comercio y su regulación en la antigua Babilonia o en Egipto, como de la experiencia del bien común de estas primeras sociedades y el reparto de las cargas como forma de afrontar mejor las adversidades, es como se iría conformando el germen del seguro en aquellas primeras civilizaciones que anotaban sus transacciones en tablillas de barro o en papiro.

Sería con el mercantilismo de los habilísimos fenicios, con la esplendorosa expansión griega y con el pragmatismo del derecho romano, que este antecedente del seguro tomaría cuerpo en el préstamo a la gruesa (*nauticum foenus*) en el que los banqueros aseguraban las mercancías que se transportaban por mar, siendo devuelta esta cantidad con intereses por el armador si la carga llegaba felizmente a puerto.

Ya desde la Edad Antigua existían también colegios (*collegia*) y cofradías en las que se agrupaban profesionales y artesanos y en las que se fue consolidando una solidaridad que ayudara a los miembros, que quedaban en situaciones de desprotección, o que cubriera los gastos del funeral que no podía asumir una familia. La caída del Imperio Romano y los años de tumultos e invasiones supusieron una ruralización de la sociedad y una paralización de comercio en occidente, que no volvería a reactivarse hasta la Baja Edad Media, donde las asociaciones volvieron a florecer en forma de gremios y el comercio por mar se reactivó al calor de la pujanza mercantil de algunas ciudades, como las que conformaban la liga Hanseática, las industriosas Repúblicas Italianas o la pujante expansión de la Corona de Aragón por el Mediterráneo. Ahora bien, el seguro lucrativo tuvo su principal antecedente en el seguro marítimo, del que ya encontramos pruebas en Génova (Italia) allá por el año 1347, mientras que la primera póliza apareció en Pisa en el año de 1385.

No obstante la primera vez que el contrato de seguro se regula con fuerza de ley será en España, en los Capítulos de las Cortes de Tortosa de 1412 convocadas por el **REY FERNANDO**, donde se codificó el seguro contra la huida de esclavos, una labor normativa que continuó en las Ordenanzas del Consulado del Mar de Barcelona de 1435, pues los Consulados del Mar eran antiguas instituciones medievales que en las ciudades importantes con tráfico mercantil, funcionaban como una especie de tribunal mercantil y establecían los usos y leyes que regulaban en trato comercial en sus plazas y en ultrapuertos.

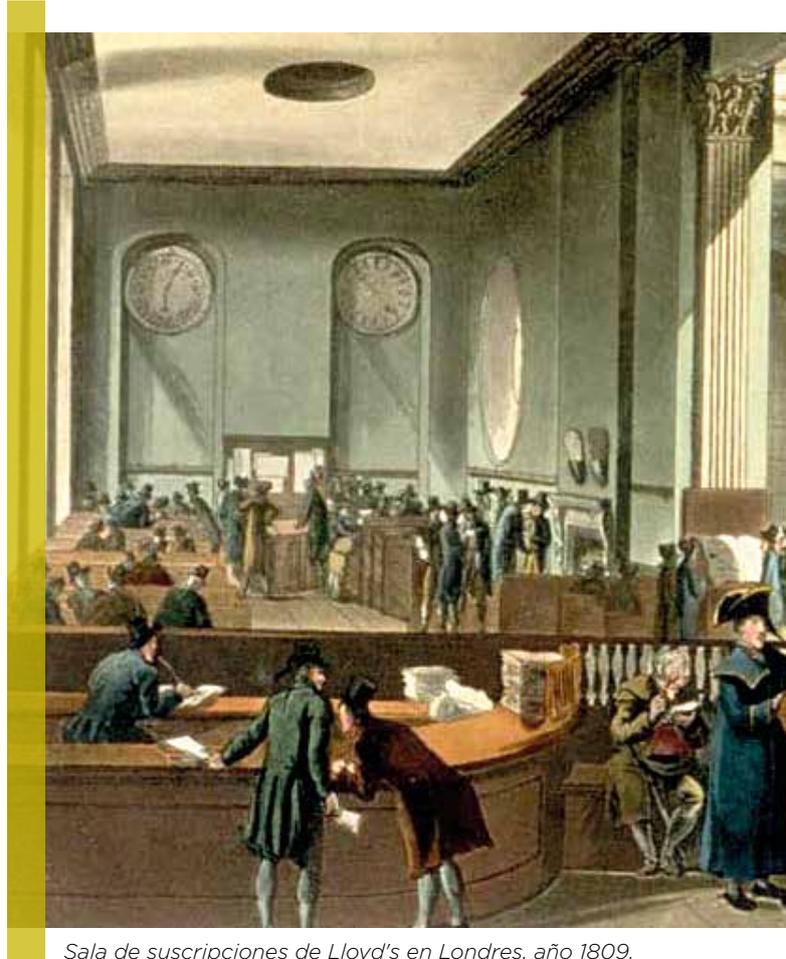
Cuando el escenario del comercio marítimo se trasladó del Mediterráneo al Atlántico gracias a las nuevas rutas comerciales abiertas por es-

pañoles y portugueses, la práctica de la piratería se trasladó con él, y el nuevo auge de estas prácticas en un escenario tan amplio y difícil de controlar, motivó la regulación del seguro marítimo que en el caso de las especias, o de los metales preciosos, alcanzaban el montante de auténticas fortunas. En este escenario se intenta crear un marco jurídico que regule el seguro, principalmente subordinado al comercio marítimo, así **CARLOS V** en 1538 aprueba las Ordenanzas del Consulado del Mar de Burgos en las que por primera vez se crea un modelo de póliza uniforme y se dictan normas comunes para evitar fraudes y abusos. Estas normas tendrán luego su reflejo en las Leyes de Indias.

La captura de tripulaciones y la solicitud de rescate seguía siendo moneda común entre los piratas y un sustancioso negocio, los que no podían pagar su rescate, como **MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA**, cautivo de los piratas turcos en Argel, debían de esperar años de cautiverio, cuando no la muerte. Este acicate dio origen a un seguro que servía para garantizar el rescate, pero que acabó extendiéndose a la muerte del asegurado durante la duración del embarque. La primera póliza de vida de la que se tiene noticia fue la expedida por la Cámara de Seguros de Londres en 1583.

Para 1629 nace en Holanda la Compañía de las Indias Orientales, primera gran compañía moderna que asegura el transporte marítimo. Este tipo de institución se multiplicó por todo el Continente Europeo, hasta que tuvo su gran expansión en Inglaterra, tras el incendio registrado en 1666 en la ciudad de Londres, donde se consumieron cerca de 13.200 casas, 89 iglesias y la Catedral de Saint Paúl, fundándose el 'Fire Office' para el auxilio a las víctimas y surgiendo así el más antiguo Seguro contra Incendios del mundo. Sería también en Londres, donde en 1688, en un humilde café donde se daban cita armadores y financieros, se crea la famosa compañía Lloyd's, que sentaría las bases del concepto moderno del seguro y que ostentaría la primacía en el ramo de los seguros en Inglaterra hasta el siglo XX. Su afamada capacidad de asegurarlo todo, cuenta con un amplio anecdotario de ilustres excentricidades y desastres históricos entre los que algunos citan una supuesta póliza de vida de **NAPOLEÓN BONAPARTE**, la sonrisa de **MARLENE DIETRICH** o la póliza de seguros del Titanic.

Las primeras compañías aseguradoras que surgieron en España lo hicieron en la ciudad de Cádiz en el siglo XVIII, al calor de su intensa actividad mercantil al ser trasladada desde Sevilla a esta ciudad la Casa de la Contratación en 1717



Sala de suscripciones de Lloyd's en Londres, año 1809.

que centralizaba el comercio con América. No obstante, sería en el siglo XIX cuando se crearían las grandes compañías aseguradoras españolas como la Compañía General de Seguros fundada en Madrid en 1841, la Mutua Contra incendios de Madrid de 1822 y la Sociedad de Seguros Mutuos Contra incendios de Barcelona de 1835 o La Unión y el Fénix Español de 1864. Sin olvidar citar que también el Grupo Catalana Occidente tiene su origen en 1864, hace ya 150 años, con la constitución de la Sociedad Catalana de Seguros Contra Incendios a Prima Fija, impulsada por **FERNANDO DE DELÁS Y DE GELPÍ**.

También de la mano de España nacerán las primeras compañías en la América Hispana y las sucursales de las que ya existen en la Península. Asimismo, el desarrollo de la industria y los transportes a finales del siglo XIX hace que el seguro en sus diferentes ramos crezca inexorablemente cubriendo incendios o pérdidas de manufacturas, garantizando contratos o servicios y permitiendo expandir el comercio y con ellos el desarrollo económico y social.

Durante el siglo XX los movimientos obreros que convulsionaron el siglo XIX seguirán su imparable lucha, apareciendo los Seguros Socia-



les. Las necesidades de los trabajadores y sus derechos se abren camino en las leyes buscando el soporte jurídico que proteja la invalidez, los accidentes de trabajo o la vejez. Los Estados Unidos que ya se perfilaban como nueva potencia mundial en el siglo XIX, recogen el testigo de las grandes compañías aseguradoras europeas, con un crecimiento espectacular de los seguros y reaseguros en todo su territorio nacional que se ve constantemente impulsado por el crecimiento de su economía, siendo el ámbito del seguro uno de sus grandes pilares.

Con esta pequeñísima lección de historia del seguro sólo se pretende poner de relieve el gran papel que desempeñan las aseguradoras para el mantenimiento del llamado 'estado del bienestar' favoreciendo el desarrollo y las grandes obras y cubriendo esa necesidad que ha sentido el hombre desde la noche de los tiempos de proveer para el futuro.

La historia del seguro es sin duda la historia del avance de la autonomía personal, pues la finalidad de los seguros es prevenir contingencias. *"El seguro, como actividad humana que es, guarda una relación bilateral con los avances sociales a los que favorece y de los que recibe*

impulsos que le obligan a evolucionar. Esto ha sido así desde sus orígenes históricos más remotos". Con esta frase comenzaba en el año 2000 su estudio 'Importancia económica y social del seguro' la entonces directora general de Seguros y Fondos de Pensiones, **PILAR GONZÁLEZ DE FRUTOS**, que lo fue hasta diciembre de 2002 y que desde 2003 es la presidenta de Unespa (Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras), la asociación empresarial fundada en 1977 que representa al 96% del sector asegurador de España.

Un seguro se puede definir como un sistema que permite prever las consecuencias económicas de los hechos futuros e inciertos, cuya eventual realización teme la empresa o persona asegurada y, además, busca anular sus efectos. En resumen se puede decir que los seguros constituyen un sistema de transferencia de riesgos. De hecho es célebre la frase de **GARRIGUES** que lo define: *"El seguro es el antídoto del riesgo"*.

En los países en desarrollo la cultura del seguro empieza a crearse, aunque todavía se hallan muy lejos de los países desarrollados, en los que un padre de familia invierte en seguros hasta un 7% de sus ingresos y una empresa pequeña adquiere la mayoría de los seguros que hay en el mercado, aunque como todos los costos y gastos de una empresa, el del seguro debe ser congruente con las necesidades de la misma, debe medirse y controlarse, garantizando con ello que se tengan las mejores condiciones de cobertura.

Para finalizar me gustaría hacer mención a un seguro muy concreto y de gran importancia hoy en día, como es el seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor. Y es que sería con el automóvil, creado por **KARL BENZ**, con el que se inauguraría un nuevo ramo del seguro dedicado a cubrir la responsabilidad civil de los automovilistas que empezaban a transitar las carreteras. La circulación de los vehículos en el tumulto de las incipientes metrópolis industriales, no era en absoluto extraña a la sociedad, donde el intenso tráfico de caballos y carruajes ya había originado en París el embrión de este nuevo ramo del seguro que funcionaba como una fraternidad de cocheros. La popularización del automóvil durante el siglo XX no hizo más que sustituir este escenario por uno más complejo en el que el seguro de responsabilidad civil encontró un amplio campo de desarrollo así como extensa regulación legislativa.

A fin de facilitar la gestión más inmediata de la reparación de los daños se instrumentó la

acción directa contra la aseguradora y la exigencia de responsabilidad por culpa casi objetiva, dado que la circulación automovilística en sí mismo implica riesgo, explicaba **PILAR GONZÁLEZ DE FRUTOS** en el ya referido estudio 'Importancia económica y social del seguro' de la que fuera directora general de Seguros y actual presidenta de Unespa, que continuaba diciendo: *"El desarrollo de este seguro, su generalización y su buen funcionamiento, han permitido una clara evolución doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad civil aquiliana o por culpa del Código Civil para ser cada vez más los casos en que exige responsabilidades por daños causados en el ejercicio de ciertas actividades sin que haya habido intencionalidad en la causación de tales daños. La eximencia de tal responsabilidad pasa por demostrar que en el ejercicio de la actividad se ha aplicado la pericia exigida, con un proceso de inversión de la carga de la prueba. Esta nueva conceptualización de la Responsabilidad Civil justificó el que se estableciera en Ley un especial sistema de valoración de los daños personales causados en accidentes de tráfico, sistema objetivo que ha permitido a la judicatura, liberarse de la pesada carga moral y justificar diferencias indemnizatorias ante casos similares"*.

Pues bien, tal sistema de valoración de los daños personales está siendo objeto desde hace tres años, como todo el mundo ya sabe, de una concienzuda propuesta de reforma por un comité de expertos nombrado por los ministerios de Justicia y de Hacienda, presidido por **MIQUEL MARTÍN CASALS** y en el que también participa nuestro presidente **MARIANO MEDINA CRESPO**, y que tal y como se hacía eco un artículo publicado hace sólo unos días en El País, acaban de concluirse los trabajos de este comité de expertos, teniendo prevista su presentación al grupo consultivo amplio, al que me honro pertenecer, el próximo día 22 de mayo en la sede de la Dirección General de Seguros.

El citado artículo de **PATRICIA R. BLANCO** pone de relieve expresamente la necesidad de dicha reforma, pues el 'baremo' después de casi dos décadas habría quedado desfasado, argumentado dicho desfase en que hay muchos más coches en España que pagan su seguro obligatorio, se han reducido los accidentes de tráfico y sin embargo las indemnizaciones no han experimentado otra subida que el IPC. Añade la periodista que *"las comparaciones con otros países europeos ponen en evidencia el atraso español. La mujer de **CARLOS PARRA**, el hombre que murió en un siniestro vial cuando el torero **ORTEGA CANO** invadió el carril por el que circula-*

ba, ha recibido 119.731 euros, y cada uno de los dos hijos, unos 20.000 euros. En Italia, la viuda habría percibido en torno a 300.000 euros y 100.000 cada hijo. En otros países, como Francia, las indemnizaciones duplican las españolas, y en Alemania y Reino Unido casi las cuadruplican".

El sector asegurador reconoce la necesidad de actualizar las indemnizaciones por "los grandes cambios que ha sufrido la sociedad española", pero siempre y cuando no se ponga en riesgo al propio sistema asegurador, del que depende la sostenibilidad de las compensaciones. *"Por eso el seguro del automóvil es muy social, porque es para todos, ricos y pobres"*, argumenta **MANUEL MASCARAQUE**, director del área de seguros generales de Unespa y miembro del comité de expertos nombrado por los ministerios de Justicia y de Hacienda.

Por tanto todo el mundo está de acuerdo en la necesidad de la reforma del sistema legal valorativo de los daños personales en accidentes de circulación, ya solo falta que el Gobierno impulse esta reforma que realmente urge y no pase como con la reforma de la Ley de Contrato de Seguro. Pues como decía mi maestro y director de tesis, **LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ**, director general de Seguros en la etapa en la se aprobó la Ley de Contrato de Seguro y actual presidente de la Mutualidad General de la Abogacía, en su artículo 'Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia', publicado en el número 21 de esta revista (correspondiente al primer trimestre de 2007): *"Hay que pensar que el ideal es mirar siempre más lejos. Por ello es de esperar que efectivamente se lleve a cabo la revisión de la LCS, sin caer en tentaciones de anquilosarla. Huir de ese y de cualquier otro anquilosamiento, será siempre una buena enseñanza que aprender y desde luego que difundir entre nuestros alumnos, partiendo de que el Derecho es el sentido común institucionalizado y, cuando no sucede así, habremos de preguntarnos la causa"*. Siete años después de dichas palabras, aun no hay reforma de la Ley de Contrato de Seguro. Esperemos por el contrario que una vez entregadas las conclusiones sobre la reforma del baremo, el Gobierno dé prioridad a esta necesaria actualización legislativa para que esté vigente en 2015, coincidiendo con el vigésimo aniversario de su aprobación por la Ley 30/95.

Abril 2014

El seguro de responsabilidad civil en la Propuesta de Código Mercantil*

Alberto J. Tapia Hermida

Catedrático (acreditado) de Derecho Mercantil

Sumario

- 1. Introducción: Una reforma profunda del régimen del seguro de responsabilidad civil en línea con los ordenamientos europeos más significativos**
- 2. Noción del seguro de responsabilidad civil**
 - 2.1. En la LCS vigente
 - 2.2. En el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011
 - 2.3. En la Propuesta de Código Mercantil de 2013
- 3. Delimitación temporal de la cobertura**
 - 3.1. En la LCS vigente
 - 3.2. En el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011
 - 3.3. En la Propuesta de Código Mercantil de 2013
- 4. Defensa jurídica frente a la reclamación del tercero perjudicado**
 - 4.1. En la LCS vigente
 - 4.2. En el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011
 - 4.3. En la Propuesta de Código Mercantil de 2013
- 5. Seguros obligatorios de responsabilidad civil**
 - 5.1. En la LCS vigente
 - 5.2. En el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011
 - 5.3. En la Propuesta de Código Mercantil de 2013
- 6. La acción directa del tercero perjudicado o sus herederos**
 - 6.1. En la LCS vigente
 - 6.2. En el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011
 - 6.3. En la Propuesta de Código Mercantil de 2013
- 7. Conclusiones**

* Este Estudio tiene su origen en la ponencia sobre "El seguro de responsabilidad civil. Seguros obligatorios. La acción directa", que presenté en el Simposio "El contrato de seguro en la Propuesta de Código Mercantil 2013", organizado por SEALDA y Fundación Mapfre, y celebrado en Madrid, los días 2 y 3 de diciembre de 2013.

1. Introducción: Una reforma profunda del régimen del seguro de responsabilidad civil en línea con los ordenamientos europeos más significativos

El Título IX (art. 591-1 y ss.) del Libro Quinto de la Propuesta de Código Mercantil¹ establece el régimen “de los contratos de seguros y de mediación de seguros” con muy distinto alcance en cada caso porque el enfoque del régimen propuesto es radicalmente diferente en cuanto se refiere a los contratos de seguro y a los contratos de mediación de seguros. En efecto, mientras que, en los contratos de seguros, la Propuesta opta por un principio de continuidad -formal y sustancial- con la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro vigente (en adelante, LCS), ya que esta Ley regula, en lo esencial, los aspectos jurídico-privados de dicho contrato; en la regulación de los contratos de mediación de seguros, la Propuesta no sigue el régimen vigente contenido en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación en seguros y reaseguros privados, por cuanto ésta última contiene -en su mayor parte- normas de ordenación y supervisión de carácter administrativo. Por lo tanto, mientras que, en materia de contratos de seguro, se observa una continuidad -en términos cuantitativos y cualitativos- de la Propuesta con la LCS de 1980; en materia de contratos de mediación en seguros, la Propuesta circunscribe las normas del Capítulo IV del Título IX al régimen jurídico-privado de los contratos de agencia y de correduría de seguros, alejándose -cuantitativa y cualitativamente- de la regulación contenida en la Ley 26/2006.

Pues bien, el criterio de prudente continuidad respecto de la vigente LCS que inspira la nueva regulación de los contratos de seguro en la Propuesta de Código Mercantil tiene una de sus excepciones más significativas en el régimen “del seguro de responsabilidad civil” contenido en la Sección 8ª del Capítulo II -dedicado a los “seguros contra daños”- de aquel Título IX (arts. 592-44 a 592-47).

¹ Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia el 20 de junio de 2013. Edita Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid (2013), pág. 572 y ss. El texto de este Título IX “De los contratos de seguros y de mediación en seguros”, del Libro Quinto de la Propuesta partió de la base del texto presentado por el Grupo XVI, presidido por D. Fernando Sánchez Calero, e integrado por Dª María José Sánchez Andrade y por quien suscribe. Sirvan estas páginas de homenaje a D. Fernando, quien ejerció -y sigue ejerciendo, a través de sus obras- un magisterio indiscutible en esta materia -como en tantas otras- del Derecho Mercantil.



Esta excepción novedosa al principio general de continuidad con la LCS y la consiguiente reforma profunda del régimen vigente del seguro de responsabilidad civil que hace la Propuesta de Código Mercantil encuentra su justificación, por una parte, en la conveniencia de acomodar aquél régimen a los resultados de la aplicación de la LCS vigente en un contexto de creciente exigencia de responsabilidad civil y consiguiente repercusión tanto en los seguros de responsabilidad civil voluntarios como en los obligatorios². Y, por otra parte, en la conveniencia de armonizar nuestro régimen con los ordenamientos europeos más relevantes, en un contexto en el que aquella convergencia se muestra como un factor decisivo para el comercio trans-

² Conviene recordar, en este punto, la “interferencia recíproca de la evolución de la responsabilidad civil y su seguro” a la que se refería el Maestro Fernando Sánchez Calero, en su comentario al art. 73 de la LCS en SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.) y otros, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, 4ª Edición, Cizur Menor 2010, pág. 1.594 y ss.



fronterizo de contratos de seguro y la competencia de nuestra industria del seguro con la de los restados Estados comunitarios³.

En relación con esta última visión “europeísta” que inspira el nuevo régimen del seguro de responsabilidad civil en la Propuesta de Código Mercantil, conviene constatar dos circunstancias que afectan al seguro de responsabilidad civil en el ámbito de la Europa comunitaria:

a) En primer lugar y desde un punto de vista económico y sociológico, nos llama poderosamente

³ A la conveniencia de armonizar las leyes de contratos de seguro de los distintos Estados comunitarios para facilitar el comercio transfronterizo en el mercado de seguros se refiere el Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro publicado el 27 de febrero de 2014 (“Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law”, European Commission, Directorate General for Justice, European Union 2014) que, en su Capítulo V (pág. 61 y ss.) incide en el régimen del seguro de responsabilidad civil.

samente la atención la paradoja de que la importancia cuantitativa limitada de este seguro (que recauda en torno al 11% de las primas de los seguros de daños o de no-vida en el mercado europeo) se vea contrarrestada por su gran importancia cualitativa para los tomadores y asegurados, sean profesionales, administradores y directivos, empresas o consumidores. Puesto que se constata que, cuando existe este seguro, mejora la planificación de sus respectivas actividades en cuanto a la gestión de sus riesgos⁴.

b) En segundo lugar y desde un punto de vista jurídico, se destaca la extrema complejidad de este seguro y de la armonización de su regulación puesto que viene directamente condicionada por el régimen general de la responsabilidad civil en cada Estado comunitario⁵. En este sentido, la regulación de la responsabilidad -contractual y extracontractual- varían notablemente en el seno de los países que conforman la UE y no sólo por la diferencia básica entre los sistemas del Derecho anglosajón y del Derecho continental, sino también porque, entre estos últimos, se constatan diferencias notables en su tratamiento legislativo y jurisprudencial⁶. Por ello y en línea con la transcendencia cualitativa de este seguro, no debe sorprendernos la especial atención que los juristas dedicamos a este seguro dado que no debemos olvidar que, a diferencia de lo que sucede en los restantes seguros de daños, en el seguro de responsabilidad civil el siniestro en sí es un fenómeno perceptible, en la mayor parte de las ocasiones, a través de una operación jurídica de determinación de la responsabilidad civil cubierta.

En relación con este último factor, nos interesa advertir que los seguros de responsabilidad civil pueden seguir un doble régimen: el régimen común en el que la LCS -en particular,

⁴ Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado, pág. 61, epígrafe 235 y ss.

⁵ Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado, pág. 61, epígrafe 238 y ss.

⁶ En este sentido, SALAS CARCELLER, A., “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil”, en esta misma Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 48, Cuarto Trimestre. Año 2013, pág. 10 y ss. se refiere a las diferencias en la Teoría General del Derecho de la Responsabilidad Civil Extracontractual con ocasión de su comentario a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil presentados por el Grupo Europeo de Responsabilidad Civil en mayo de 2005 en Viena; que han sido citados como apoyo de su doctrina por varias Sentencias de la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo.

sus arts. 73 a 76- se aplica con carácter imperativo (art. 2 LCS) a los seguros de riesgos normales; y el régimen especial en el que la LCS se aplica con carácter dispositivo (art. 44 LCS y art. 591-2.c PCM) a los seguros de responsabilidad civil por grandes riesgos (art. 107.2.c LCS)⁷.

Por último, a la hora de exponer la novedosa regulación del seguro de responsabilidad civil contenida en la Propuesta de Código Mercantil, me ha parecido conveniente confrontarlo no sólo con el régimen vigente de la LCS, sino también con el régimen contenido en el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro que se hizo público por los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda en abril de 2011⁸.

2. Noción del seguro de responsabilidad civil

2.1. En la LCS vigente

El art. 73 define el seguro de responsabilidad civil diciendo que, en él, *“el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”*.

De la definición legal transcrita se deduce que, en este tipo de seguros contra daños, se superpone el contrato de seguro a una relación de responsabilidad civil en la que aparece como deudor, el asegurado, y, como acreedor, un tercer perjudicado, que es un sujeto típico de este seguro⁹. La deuda a cargo del asegurado -de la que se quiere cubrir mediante el seguro- y el crédito correspondiente del tercer perjudicado

⁷ En la práctica, observamos cómo, en determinadas ocasiones, las pólizas de seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos recogen una condición en la que la sociedad tomadora de la póliza declara que cumple con los requisitos del art. 107 de la LCS para los seguros por grandes riesgos y que, en consecuencia, el respectivo contrato de seguro se rige preferentemente por lo pactado por las partes.

⁸ Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro (en adelante, el Anteproyecto) publicado como un texto conjunto del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía y Hacienda el 8 de abril de 2011. En concreto, el régimen del seguro de responsabilidad civil se establece en la Sección 5ª del Capítulo III del Título II. Utilizamos este texto preparatorio porque es el último del que tengamos noticia oficial por su publicación en la página web de la DGSFP.

⁹ V. SALAS CARCELLER, A., “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil” cit., pág. 11, donde recoge los elementos o requisitos comunes de la responsabilidad civil aquiliana que se establecen en aquellos Principios y que son: a) La acción u omisión por parte del agente. b) La culpa o negli-

pueden tener su origen en una relación de carácter contractual previamente existente entre ambos y entonces el seguro cubrirá una responsabilidad civil contractual (art. 1101 del Código Civil); o bien pueden derivar de una actuación dañosa imputable al asegurado por su dolo o negligencia y, en tal caso, nos hallaremos ante una responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 del Código Civil)¹⁰.

2.2. En el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011

El art. 61 definía el seguro de responsabilidad civil de forma idéntica a la LCS vigente cuando dice que, por él, *“el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”*.

2.3. En la Propuesta de Código Mercantil de 2013

El art. 592-44 mantiene una noción sustancialmente igual a la vigente -excepto en la referencia temporal a la que nos referiremos en el epígrafe siguiente- cuando dice que, por él, *“el asegurador se obliga a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato y producido durante su vigencia de cuyas consecuencias el asegurado sea civilmente responsable”*.

Así pues, la Propuesta y el Anteproyecto coinciden con el art. 73 de la LCS vigente y entre sí en dar una noción de este seguro como seguro de deudas por referencia a la cobertura del *“riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho*

gencia en su actuación. c) El daño o perjuicio causado. d) La relación de causalidad o concatenación física o jurídica entre la acción u omisión y el daño o perjuicio causado, lo que comúnmente se denomina “nexo causal”.

¹⁰ SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.) y otros, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones” cit., pág. 1.589 y ss. y TAPIA HERMIDA, A.J., “Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones” cit., Thomson/Civitas, Cizur Menor 2006, pág. 217 y ss. Sobre la interpretación de este precepto por la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, puede verse la recopilación de ATIENZA NAVARRO, M.L./ EVANGELIO LORCA, R., en BATTALLER GRAU, J. / BOQUERA MATARREDONA, J. / OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coords.), “El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)”, Valencia 2013, pág. 595 y ss.

previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado".

En este sentido, las leyes de los países comunitarios contienen definiciones análogas¹¹. Por otro lado, es frecuente que las leyes de los países europeos prevean la hipótesis de pluralidad de perjudicados¹² que, cuando sus reclamaciones superen la suma asegurada, se satisfarán proporcionalmente. Así sucede con el art. 142^o de la Ley portuguesa de 2008¹³ y con el art. 109 de la Ley alemana de 2008¹⁴.

Por último, es relevante constatar cómo, a la vista de la redacción de la Propuesta, algunas cláusulas comunes en la práctica podrían continuar en vigor, mientras otras serían nulas:

a) En primer lugar y en cuanto a las condiciones comunes en la práctica que no se verían afectadas por la nueva redacción de la Propuesta, nos interesa citar la exclusión de cobertura de los denominados "actos intencionados". En este sentido, vemos cómo las pólizas excluyen de cobertura –con las garantías formales del art. 3 de la LCS– las reclamaciones derivadas de actos intencionados, dolosos o fraudulentos cometidos por los asegurados, mencionando especialmente aquellos de los que el asegurado obtenga algún beneficio o ventaja injustificados. Esta exclusión –amparada en la actualidad por el art. 19 de la LCS vigente– seguiría estando amparada en el art. 591-18.1 de la Propuesta. Cuestión distinta es la de la oponibilidad de esta exclusión frente a la acción directa que ejerza el tercero perjudicado o sus herederos, cuestión

ésta de la que nos ocuparemos en el epígrafe 6 de este Estudio. Algunas leyes europeas excluyen específicamente la cobertura de los actos dolosos por el seguro de responsabilidad civil, tal y como sucede con el art. 103 de la Ley alemana de 2008 que dispone: "*El asegurador no estará obligado a efectuar el pago si el tomador ha causado intencional e ilícitamente el daño sufrido por el tercero*".

b) En segundo lugar y en cuanto a las condiciones generalmente utilizadas en la práctica que serían incompatibles con la Propuesta, podemos mencionar la extensión de la cobertura de estos seguros de responsabilidad civil (especialmente, de los que cubren a los administradores y directivos) a las sanciones o multas administrativas desde el momento en que el art. 591-4.2 de la PCM establece la nulidad, "*por ser contrarias al orden público, de las cláusulas contractuales cuyo objeto sea la cobertura de las sanciones penales o administrativas*".

3. Delimitación temporal de la cobertura

3.1. En la LCS vigente

En el seguro de responsabilidad civil, la manifestación del daño patrimonial derivado del hecho causante resulta compleja por causas tanto naturales (por ejemplo, en los casos de daños continuados o diferidos) como jurídicas (puesto que la propia noción de la responsabilidad civil cubierta exige, con frecuencia, una declaración judicial). Por ello, en este seguro se suceden a lo largo del tiempo una serie de acontecimientos: el hecho causante del daño, su manifestación, la reclamación de responsabilidad civil del tercero perjudicado, la comunicación de aquella reclamación por el asegurado al asegurador, la declaración judicial de la responsabilidad reclamada, etc.¹⁵ Como no es posible que el Ordenamiento contemple las múltiples combinaciones de aquellos acontecimientos, desde un punto de vista regulatorio se opta por centrar la atención en los dos más relevantes que son el hecho causante imputable al asegurado y la reclamación del perjudicado.

Desde el punto de vista temporal, podemos distinguir dos hipótesis generales: 1^a. Cuando el hecho causante y la reclamación coinciden

¹¹ Así por ejemplo el art. 137^o de la Ley de contrato de seguro portuguesa (Decreto-Ley nº 72/2008, de 16 de abril) establece la noción del seguro de responsabilidad civil diciendo: "*en el seguro de responsabilidad civil, el asegurador cubre el riesgo de constitución, en el patrimonio del asegurado, de una obligación de indemnizar a terceros*".

¹² SALAS CARCELLER, A., "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil" cit., pág. 12, señala como aquellos Principios contemplan y desarrollan dos supuestos diferenciados: a) Pluralidad de actividades con una sola víctima. b) Pluralidad de actividades y de víctimas.

¹³ Que dispone: "*1. Si el asegurado debe responder ante varios lesionados y el valor total de las indemnizaciones excede el capital asegurado, las pretensiones de éstos se reducirán proporcionalmente hasta la concurrencia de ese capital. 2. El asegurador que, de buena fe y por desconocimiento de otras pretensiones, efectúa el pago de indemnizaciones por un valor superior al que resultaría de lo dispuesto en el número anterior, queda liberado para con los otros perjudicados por lo que exceda del capital asegurado*".

¹⁴ Que establece: "*Si el tomador tiene contraída responsabilidad con varios terceros y sus reclamaciones exceden la suma asegurada, el asegurador deberá pagar aquellas reclamaciones en proporción a sus cuantías. (...)*".

¹⁵ En este sentido, el Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado, pág. 66, epígrafe 261 y ss. constata la complejidad derivada de estos acontecimientos a la hora de fijar un criterio esencial en la regulación de este seguro, cual es el del hecho causante o la reclamación.

en el período de vigencia de la póliza, no hay duda razonable sobre la cobertura temporal de la responsabilidad civil reclamada por parte del asegurador. 2ª. Sin embargo, cuando sólo uno de tales hechos acaece en el período de seguro, se plantean problemas para la delimitación temporal de la cobertura. En concreto, pueden darse dos situaciones de divergencia temporal: a) La primera se produce cuando un hecho causante anterior al período de seguro da origen a una reclamación durante la vigencia de la póliza. b) La segunda se produce cuando un hecho causante acaecido durante la vigencia de la póliza da lugar a una reclamación posterior¹⁶.

Para permitir la programación contractual de las dos últimas hipótesis de divergencia temporal, el párrafo 2º del art. 73 de la LCS vigente permite que se incluyan en las pólizas de seguro de responsabilidad civil como cláusulas limitativas –lo que obligará a destacarlas especialmente y a que sean aceptadas específicamente por escrito por los asegurados conforme al art. 3 de la LCS– dos tipos de cláusulas que delimitan la cobertura del asegurador en dos sentidos: 1º. Hacia adelante, esto es, las cláusulas de cobertura posterior, que limitan la cobertura del asegurador a las reclamaciones del perjudicado derivadas de un hecho causante acaecido durante la vigencia de la póliza que se realicen durante el año siguiente al final del período del seguro¹⁷. 2º. Hacia detrás, esto es, las denominadas cláusulas de cobertura retroactiva, que limitan la cobertura del asegurador a los hechos causantes acaecidos en el año anterior al período de vigencia de la póliza que hayan dado lugar a reclamaciones durante dicho período¹⁸.

¹⁶ V. SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.) y otros, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones” cit., pág. 1.642 y ss. y TAPIA HERMIDA, A. J., “Manual de Derecho de Seguros y Fondos de pensiones” cit., pág. 219 y ss.

¹⁷ El primer inciso del párrafo segundo del art. 73 de la LCS dice en este sentido: “Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración”.

¹⁸ El segundo inciso del párrafo segundo del art. 73 de la LCS dice en este sentido: “Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el



En la práctica, algunas pólizas modulan el rigor de su delimitación temporal de la cobertura –que requiere que coincidan en el período de seguro el hecho causante, la reclamación y su comunicación al asegurador– incluyendo cláusulas que extienden aquella cobertura a las circunstancias comunicadas por el asegurado al asegurador durante el período de seguro que puedan dar lugar a una reclamación futura, siempre y cuando se precisen las razones de aquella eventual litigiosidad futura.

Por último, conviene no olvidar que algunas de estas cláusulas de delimitación temporal de la cobertura por referencia al momento en que se produce la reclamación podrían considerarse válidas en los seguros de responsabilidad civil de grandes riesgos, dado el carácter dispositivo de los preceptos de la LCS para este tipo de seguros declarados como grandes riesgos,



conforme al art. 44 de la LCS, por cumplir las magnitudes del art. 107.2.c) de la misma LCS¹⁹.

nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”.

¹⁹ En este sentido, SÁNCHEZ CALERO F. “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones” cit., pág. 1.659 decía: “Ahora bien, aun admitido el respeto a la autonomía de la voluntad cabe cuestionarse -como ha hecho nuestra mejor doctrina- si las cláusulas de reclamación, consideradas por la jurisprudencia como lesivas para el asegurado y por consiguiente nulas, son admisibles en los seguros de responsabilidad civil para los grandes riesgos y en el supuesto de que se conteste afirmativamente a la primera cuestión, se plantea el problema de si son oponibles al tercero que ejercite la acción directa. A la primera cuestión se contesta en el sentido de su licitud al ser estimadas tales cláusulas como una delimitación temporal del riesgo y resuelta esta cuestión en ese sentido, se dice que redactada la cláusula como delimitación objetiva del riesgo podrá oponerse al tercero perjudicado al quedar su pretensión excluida de la cobertura del seguro”.

3.2. En el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011

El art. 61, en su apartado 2, optaba por una simplificación relativa de la redacción vigente para establecer que *“la cobertura del asegurador comprenderá, en todo caso, las reclamaciones del tercero perjudicado efectuadas dentro del año siguiente a la terminación de la relación contractual, siendo válidas las cláusulas que amplíen este plazo. Igualmente se considerarán válidas las cláusulas que extiendan la cobertura del asegurador a obligaciones de indemnizar, a cargo del asegurado, surgidas, al menos, en el año anterior al comienzo de los efectos del contrato, siempre que sean desconocidas por el propio asegurado”.*

Vemos que el Anteproyecto opta por desecher la técnica de calificar estas condiciones, en todo caso, como cláusulas limitativas y establecer, para las cláusulas de cobertura de reclamaciones posteriores, la cobertura legal mínima de 1 año, con su posible ampliación temporal; y, para las cláusulas de cobertura retroactiva, la validez de las cláusulas que cubran las reclamaciones realizadas en periodo de seguro derivadas de hechos causantes acaecidos en el año precedente.

Así, por ejemplo, conforme a esta redacción, un contrato de seguro vigente en el año 2014 cubriría, como mínimo, todas las reclamaciones derivadas de los hechos causantes acaecidos en el año 2014 que se efectúen en el año 2015 y -si hay previsión contractual válida- en los años posteriores (2016, 2017, etc.). Respecto de las reclamaciones realizadas en 2014 derivadas de hechos causantes acaecidos en 2013 y en años precedentes, se cubrirán por el asegurador siempre que se haya previsto en la póliza y cuando el asegurado los ignore.

Por último, señalar que los borradores recientes emanados de la DGSFP vuelven a la redacción vigente del párrafo 2º del art. 73 de la LCS con dos cambios notables: primero, dejan de tipificar este tipo de condiciones como cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y, por lo tanto, no condicionan su validez al cumplimiento por el asegurador de los requisitos del art. 3 de la LCS. Segundo, extienden a dos años el plazo mínimo de la cobertura retroactiva y posterior.

3.3. En la Propuesta de Código Mercantil de 2013

El art. 592-44 opta por una simplificación radical cuando, en la misma noción de este se-

guro, se refiere a la cobertura de “los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato y producido durante su vigencia de cuyas consecuencias el asegurado sea civilmente responsable”. Con esta adición –y la correlativa supresión del segundo párrafo de la redacción vigente del art. 73 de la LCS– la Propuesta da preferencia al criterio esencial del hecho causante recogido por la Jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo al añadir que dicho hecho no sólo deberá haber sido “previsto en el contrato”, sino que también deberá haberse “producido durante su vigencia”.

Así, por ejemplo, conforme a esta redacción, un contrato de seguro vigente en el año 2014 cubrirá todas las reclamaciones derivadas de los hechos causantes acaecidos en el año 2014, bien se presenten ese mismo año o en años posteriores. Sin embargo, no cubrirá las reclamaciones que derivaran de hechos causantes anteriores a 2014.

Decimos que se trata de una solución radical porque acude a la raíz del problema ya que la delimitación temporal de la cobertura por referencia al hecho causante simplifica el texto vigente partiendo de la base de la doctrina jurisprudencial constante de nuestro Tribunal Supremo en el sentido de que la producción del siniestro coincide con el hecho generador de la responsabilidad civil del asegurado. En este sentido, sin perjuicio de las interesantes divergencias doctrinales sobre el momento de producción del siniestro en este seguro²⁰; nos parece el criterio jurisprudencial y doctrinal que fija su atención sobre el hecho causante es más adecuado y seguro para la propuesta de un texto legal²¹.

La conveniencia de introducir esta simplificación radical del problema de la delimitación temporal de la cobertura se ratifica cuando ob-

servamos que, en nuestra práctica, el examen de algunas pólizas de los seguros de responsabilidad civil en general y, especialmente, de las que cubren la responsabilidad civil profesional y de los administradores y directivos de sociedades mercantiles muestra un notorio desajuste con las exigencias que se derivan de la redacción del segundo párrafo del art. 73 de la LCS y con la clara interpretación que del mismo hace la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo en el sentido del necesario cumplimiento de los requisitos de validez –formal y material– de las cláusulas que se basen en las reclamaciones (*claims-made*)²².

Por otro lado, la delimitación temporal de la cobertura que hace la Propuesta mediante la adición de la referencia a que el hecho generador de la responsabilidad civil asegurada no solo esté “previsto en el contrato” sino que, además, se haya “producido durante su vigencia” está en línea con los Ordenamientos europeos más significativos como el caso del art. 100 de la Ley alemana de 2008 que define el seguro de responsabilidad civil diciendo que “en el caso del seguro de responsabilidad civil, el asegurador estará obligado a cubrir al tomador frente a cualquier reclamación interpuesta por un tercero exigiendo la responsabilidad del tomador por un hecho acaecido durante el periodo de seguro y a evitar reclamaciones infundadas”. En parecido sentido, el art. 1917 del Código Civil italiano define el seguro de responsabilidad civil diciendo que “en el seguro de responsabilidad civil el asegurador está obligado a mantener indemne al asegurado frente a las reclamaciones que deba pagar a un tercero, consecuencia de un hecho acaecido du-

ta. En primer lugar, porque cualquiera que sea el momento de la reclamación por parte del tercero perjudicado (siempre claro está que no haya prescrito su crédito), el asegurado se encontrará con que el asegurador, tanto si el tercero ejercita la acción directa contra éste como si dirige la reclamación judicial contra el propio asegurado, estará cubierto, dentro de los límites pactados en el contrato de seguro, de las consecuencias de la deuda que grava su patrimonio. En segundo término el sistema que centra el acaecimiento del daño dentro del periodo de cobertura material por parte del asegurador confiere al asegurado una clara asignación de esa cobertura en el supuesto de que haya cambiado de asegurador, pues cada uno de ellos se hará cargo de aquellas deudas nacidas durante el periodo de eficacia de su respectivo contrato. Esto implica además que el asegurador cubre la responsabilidad civil del asegurado en tanto en cuanto permanezca en vigor la obligación de indemnizar a cargo del asegurado, sin que éste se encuentre en ningún momento en descubierto”.

²² Sentencia de 19 de junio de 2012 (RJ 2012/3318) y todas las demás citadas en la recopilación de ATIENZA NAVARRO, M.L./ EVANGELIO LORCA, R., en BATALLER GRAU, J. / BOQUERA MARTARREDONA, J. / OLAVARRIA IGLESIA, J. (Coords.), “El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)”, cit., pág. 627 y ss.

²⁰ Como señalaba SANZ PARRILLA, M., “Seguro de Responsabilidad Civil”, en el Comentario al Borrador de Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de junio de 2010, publicado en la Revista Española de Seguros, núm.143-144, julio-diciembre 2010, pág. 823, por ejemplo, Reglero Campos o Veiga Copo consideran que el siniestro solo se produce cuando el patrimonio del asegurado se ve efectivamente gravado por la deuda de responsabilidad civil.

²¹ La doctrina más autorizada, por boca del profesor SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.) y otros, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones” cit., pág. 1.637, indicaba las ventajas de este criterio por su claridad en cuanto a la protección del asegurado del modo siguiente: “Este sistema conocido en la práctica aseguradora, por influencia anglosajona, como *occurrence basis* tutela los intereses del asegurado de la manera más comple-

rante el periodo de seguro y en relación con la responsabilidad delimitada en el contrato". También cabe citar el art. 139º de la Ley portuguesa de 2008 que, en su párrafo 1 dice que *"salvo pacto en contrario, la garantía cubre la responsabilidad civil del asegurado por hechos generadores de responsabilidad civil acaecidos en el periodo de vigencia del contrato, abarcando las reclamaciones de indemnización presentadas tras la extinción del seguro"*.

Es cierto que la elección del hecho generador de la responsabilidad civil como determinante de la producción del siniestro y, por ende, de la cobertura del seguro puede plantear problemas de delimitación temporal de aquella cobertura aseguradora y ello tanto para verificar si procede que la asuma el asegurador único como para imputar la obligación de cubrir el siniestro a un asegurador determinado cuando se han sucedido varios seguros con diferentes aseguradores. Y ello especialmente en casos como los seguros de responsabilidad civil por productos defectuosos, donde abundan supuestos de daños continuados o en serie (cuando una misma causa origina daños en momentos diferentes) o daños diferidos (que son los conocidos después de transcurrido un largo periodo de tiempo)²³.

Las leyes europeas delimitan el periodo de cobertura por referencia a los hechos generadores de la responsabilidad civil ocurridos en el periodo de vigencia del seguro, abarcando las reclamaciones presentadas tras la terminación de dicho periodo. Admitiendo expresamente la validez de las cláusulas que delimiten el periodo de cobertura teniendo en cuenta el hecho generador del daño, la manifestación del daño o su reclamación. Así sucede con el art. 139º de la Ley portuguesa de 2008²⁴ y con el Código de Seguros francés²⁵.

²³ A este respecto, SÁNCHEZ CALERO F. "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones" cit., p.1637 decía: *"Este sistema no impide que ofrezca dificultades tanto en el caso de los llamados daños continuados o en serie, que se producen cuando por una misma causa se originan deudas de responsabilidad frente a personas distintas y en fechas diferentes (v. gr., en el caso de productos defectuosos) y también en los supuestos de los llamados daños diferidos cuando los efectos del hecho dañoso sólo son conocidos después de transcurrido un largo período de tiempo, sin que se haya producido la prescripción del derecho de crédito del perjudicado"*.

²⁴ Cuyo apartado 2 dice que *"son válidas las cláusulas que delimiten el periodo de cobertura, teniendo en cuenta, especialmente, el hecho generador del daño, la manifestación del daño o su reclamación"*.

²⁵ Que, en su art. L124-1-1, dice que, en el seguro de responsabilidad civil, *"constituye un siniestro todo daño o conjunto*

de daños causados a terceros, que impliquen la responsabilidad del asegurado resultante de un hecho dañoso que de lugar a una o más reclamaciones" destacando que *"el hecho dañoso es el que constituye la causa generadora del daño"*. Más adelante, el art. L124-5 establece que *"la garantía se activa, según la elección de las partes, bien sea por el hecho dañoso o bien sea por la reclamación. En todo caso, cuando se cubre la responsabilidad de personas físicas derivada de su actividad profesional, la garantía se activa por el hecho dañoso"*.

4. Defensa jurídica frente a la reclamación del tercero perjudicado

4.1. En la LCS vigente

El art. 74 establece una presunción legal de carácter dispositivo -por cuanto comienza diciendo *"salvo pacto en contrario"*- de un mecanismo de cobertura prestacional indirecta de la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado mediante la interposición del asegurador cuando establece que el asegurador asumirá, salvo pacto en contrario, la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado tanto si se dirige contra el asegurado como si se dirige directamente contra el asegurador; siendo de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen y estando el asegurado obligado a prestar la colaboración necesaria para dicha dirección. Esta solución de la dirección jurídica del asegurador frente a la reclamación del perjudicado decaerá en el caso de que exista una situación de con-

de daños causados a terceros, que impliquen la responsabilidad del asegurado resultante de un hecho dañoso que de lugar a una o más reclamaciones" destacando que *"el hecho dañoso es el que constituye la causa generadora del daño"*. Más adelante, el art. L124-5 establece que *"la garantía se activa, según la elección de las partes, bien sea por el hecho dañoso o bien sea por la reclamación. En todo caso, cuando se cubre la responsabilidad de personas físicas derivada de su actividad profesional, la garantía se activa por el hecho dañoso"*.

²⁶ Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado, pág. 22, epígrafe 63 y pág. 65, epígrafe 264.

flicto de intereses entre el asegurador y el asegurado que se producirá, en especial, cuando el tercer perjudicado o sus herederos estén también asegurados con el mismo asegurador. En tal caso, éste último comunicará al asegurado la existencia del conflicto de intereses realizando las diligencias urgentes para la defensa y el asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su defensa a otra persona, abonando los gastos de la dirección jurídica hasta el límite pactado el asegurador²⁷.

4.2. En el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011

El art. 62, al regular la cobertura de los “*gastos de defensa jurídica*”, cambiaba el sentido de la presunción legal porque establecía un mecanismo de cobertura indemnizatoria directa de la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado mediante la asunción por el asegurador de aquellos gastos cuando decía, en su apartado 1, que “*la cobertura del contrato comprende también los gastos judiciales y extrajudiciales que ocasione al asegurado su defensa ante las reclamaciones de responsabilidad civil presentadas por un tercero, siempre que los gastos sean adecuados conforme a las circunstancias*” y el apartado 2 añadía que “*los gastos judiciales de defensa del asegurado serán de cuenta del asegurador al margen de la suma asegurada*”.

Pero esta presunción legal tenía carácter expresamente dispositivo cuando el apartado 3 permitía el pacto por el que el asegurador asuma la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, siempre que aquel pacto respetara los mismos límites de conflicto de intereses que establece el art. 74 de la LCS vigente²⁸.

Además, el art. 62 establecía dos novedades relevantes que veremos que coinciden con

²⁷ SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.) y OTROS, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones” cit., pág. 1.662 y ss. y TAPIA HERMIDA, A. J., “Manual de Derecho de Seguros y Fondos de pensiones” cit., pág. 222. Sobre la interpretación de este precepto por la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, puede verse la recopilación de ATIENZA NAVARRO, M. L./ EVANGELIO LORCA, R., en BATALLER GRAU, J. / BOQUERA MATARREDONA, J. / OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coords.), “El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)”, cit., pág. 627 y ss.

²⁸ En este sentido, el apartado 3 de este art. 62, decía: “*Podrá pactarse en la póliza que el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, en cuyo caso serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración*

la Propuesta de Código Mercantil y que consistían: primero, en no computar los gastos judiciales de defensa del asegurado –que serán de cuenta del asegurador– dentro del límite de la suma asegurada; y, segundo, en imponer al asegurador el deber de aportar –hasta el límite de la suma asegurada– la fianza o garantía precisas para evitar la ejecución de una decisión judicial frente al asegurado²⁹.

Por último, señalar que los borradores recientemente emanados de la DGSFP vuelven a la redacción vigente del art. 74 de la LCS con la asunción por el asegurador de la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, salvo conflicto de intereses. Manteniendo el deber del asegurador de aportar –hasta el límite de la suma asegurada– la fianza o garantía precisas para evitar la ejecución de una decisión judicial frente al asegurado.

4.3. En la Propuesta de Código Mercantil de 2013

El art. 592-45, refiriéndose a la “*defensa jurídica*”, modifica radicalmente el régimen vigente del art. 74 de la LCS cuando establece un mecanismo de cobertura indemnizatoria directa de la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado mediante la asunción por el asegurador de aquellos gastos al decir que “*la cobertura del contrato comprende también los gastos judiciales y extrajudiciales que ocasione al asegurado su defensa ante las reclamaciones de responsabilidad civil presentadas por un tercero, siempre que los gastos sean adecuados conforme a las circunstancias*”.

La Propuesta recoge, asimismo, las dos novedades antes señaladas cuando dispone, primero, que “*los gastos judiciales de defensa del asegurado serán de cuenta del asegurador al margen de la suma asegurada*”; y, segundo, el deber del asegurador de aportar –hasta el límite de la suma asegurada– la fianza o garantía pre-

necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador. Cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza”.

²⁹ Comentario de SANZ PARRILLA, M., “Seguro de Responsabilidad Civil” cit., pág. 827 y ss. refiriéndose al Borrador de Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de junio de 2010.

cisas para evitar la ejecución de una decisión judicial frente al asegurado, añadiendo su posible liberación “*si reconoce frente al asegurado que la pretensión del tercero está ajustada a derecho*”.

Sin embargo, la Propuesta –a diferencia del Anteproyecto de 2011– no contiene una referencia legal expresa al pacto de asunción legal de la defensa del asegurado por el asegurador y a sus eventuales límites en caso de conflicto de intereses. Ausencia que no debe interpretarse en el sentido de que un pacto semejante fuera lesivo o contrario a la LCS.

Vemos que los dos textos de reforma del art. 74 de nuestra LCS vigente coinciden en modificar la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del tercer perjudicado dándole un alcance indemnizatorio, mediante el pago por el asegurador de determinados gastos; ya que ambos preceptos proyectado refieren la “*defensa jurídica*” a la asunción por el asegurador no sólo de la cobertura principal de la indemnización de la deuda de responsabilidad civil nacida en el patrimonio del asegurado sino también de “*los gastos judiciales y extrajudiciales que ocasione al asegurado su defensa ante las reclamaciones de responsabilidad civil presentadas por un tercero, siempre que los gastos sean adecuados conforme a las circunstancias*”; añadiendo en ambos casos la precisión de que “*los gastos judiciales de defensa del asegurado serán de cuenta del asegurador al margen de la suma asegurada*”. Ambos textos coinciden con lo dispuesto en el art. 101 de la LCS alemana de 2008.

Esta última previsión coincidente de ambos textos en el sentido de no computar los gastos de defensa dentro del límite de indemnización tendría –de consolidarse– una indudable repercusión en la práctica porque el examen de las pólizas al uso revela que los gastos de defensa se computan en la suma asegurada y que, en ocasiones, existen previsiones específicas que excluyen dichos gastos de defensa de las franquicias generales de la cobertura o los toman en consideración para aplicar determinados sublímites de indemnización.

Aun cuando no se establece expresamente la libre elección de abogado y procurador por el asegurado en términos semejantes a lo que sucede –tanto en el Derecho vigente como en el proyectado– con el seguro de defensa jurídica (art. 76.d LCS), cuyas normas no se aplican a la defensa jurídica del seguro de responsabilidad

civil (art. 76.g.1º LCS)³⁰; la nueva presunción legal de cobertura de los gastos de defensa por el asegurador, unida a la necesaria salvaguarda del derecho del asegurado a la defensa y a la tutela judicial efectiva, deberían conducir a aplicar un principio semejante de libre elección, con las cautelas y garantías pertinentes por parte del asegurador (de comunicación previa y acuerdo de honorarios) para no transformar aquella libertad en libertinaje.

En la práctica, observamos cómo algunas pólizas que reconocen a los asegurados la libre elección de abogado y procurador en los seguros de responsabilidad civil establecen en apéndices o anexos los denominados “*Paneles Legales*” donde identifican una serie de despachos de abogados. La elección por el asegurado de uno de esos despachos implica la aceptación automática por el asegurador del equipo de defensa; mientras que la elección de un abogado o despacho no incluido en dicho panel requerirá el acuerdo de asegurado y asegurador en cuanto a la satisfacción por el segundo de los gastos de defensa.

Las leyes europeas no establecen la asunción de la defensa jurídica por el asegurador de responsabilidad civil, si bien admiten su facultad de intervenir en cualquier proceso judicial o administrativo en el que se discuta la obligación indemnizatoria cubierta por el seguro. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 140º de la Ley portuguesa³¹.

En este punto, también se observan diferencias importantes entre las leyes de los Estados comunitarios porque, mientras en el Reino Unido las cláusulas de cobertura de los gastos de defensa forman parte de los condicionados estandarizados de los seguros de responsabilidad civil de tal modo que el reembolso de aquellos gastos forma parte de la reclamación del tomador o asegurado contra el asegurador; en Italia, existe una regla imperativa conforme a la cual el asegurador deberá reembolsar al asegurado por gastos de defensa hasta una suma equivalente al 25% de la suma asegurada; y en Alemania, su Ley de Contrato de Seguro dispone que el asegurador ha de cubrir los gastos de

³⁰ V. nuestro comentario a este precepto en SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.) y OTROS, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones” cit., pág. 1.936 y ss.

³¹ Que dispone que “*el asegurador de responsabilidad civil puede intervenir en cualquier proceso judicial o administrativo en el que se discuta la obligación de indemnizar cuyo riesgo tenga asumido, soportando los gastos correspondientes*”.

defensa en que incurra el asegurado, si bien la suma asegurada no constituye límite de aquellos gastos³².

5. Seguros obligatorios de responsabilidad civil

5.1. En la LCS vigente

El art. 75 de la LCS vigente establece la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil *“para el ejercicio de aquellas actividades que por el Gobierno se determinen”*; añadiendo dos previsiones de alcance fundamentalmente administrativo cuando dice que *“la Administración no autorizará el ejercicio de tales actividades sin que previamente se acredite por el interesado la existencia del seguro”* y que *“la falta de seguro, en los casos en que sea obligatorio, será sancionada administrativamente”*.

Debemos tener en cuenta que la importancia de este tipo de seguros obligatorios de responsabilidad civil no ha hecho más que acrecentarse con el tiempo y que, a fecha de hoy, se computan un número aproximado de 400 seguros obligatorios en nuestro país³³ que pretenden cubrir el riesgo de responsabilidad civil en que pueden incurrir aquellas personas físicas o jurídicas que desarrollan actividades potencialmente dañosas³⁴. La razón de imponer la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil en determinados casos obedece al interés social en proteger a las víctimas potenciales que determinadas actividades esencialmente peligrosas bien por su reiteración y extensión sociológica, como puede ser la conducción de vehículos automóviles o el ejercicio de la caza; o

bien por su importancia cuantitativa, como puede ser el caso de daños nucleares³⁵.

5.2. En el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011

No contenía previsión alguna al respecto.

5.3. En la Propuesta de Código Mercantil de 2013

El art. 592-46 se refiere a los *“seguros obligatorios”* con dos previsiones novedosas de carácter estrictamente mercantil porque: primero, dice que *“en los supuestos que una disposición legal imponga la contratación obligatoria de un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de una determinada actividad o profesión deberá fijar los límites de la suma asegurada”*; y segundo, añade que *“las disposiciones específicas establecidas, en su caso, respecto a la regulación de cada seguro obligatorio, prevalecerán sobre lo dispuesto en este Código que se aplicará con carácter subsidiario”*.

Este régimen difiere de la vigente LCS en los siguientes aspectos esenciales: Primero, establece la necesidad de que una norma de rango legal –y no meramente reglamentaria– imponga la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil. Segundo, amplía la referencia vigente al ejercicio de una determinada actividad al ejercicio también de una profesión. Tercero, exige que la disposición legal que establezca la obligatoriedad del seguro fije también los límites de la suma mínima asegurada por aquellos seguros, al tratarse de un aspecto cardinal del régimen jurídico y de la obligación impuesta³⁶. Y, cuarto, establece la preferencia de las leyes especiales que regulen aquellos seguros y la aplicación del Código con carácter subsidiario respecto de lo no previsto en la ley especial correspondiente, especificando la regla de especialidad normativa que establece para todos los seguros el art. 591-2, a) de la Propuesta, siguiendo lo dispuesto en el art. 2 de la LCS vigente.

En los Estados comunitarios, destaca la variedad de normas que establecen la obligación

³² Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado, pág. 68, epígrafe 269 y ss.

³³ El amplísimo catálogo de este tipo de seguros que existen en nuestro Ordenamiento resulta notablemente mayor en número al que existe en el resto Estados comunitarios, como así lo señala el Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado que, en su pág. 15 (epígrafe 31). En concreto, constata que en nuestro país hay un número aproximado de 400 seguros obligatorios de responsabilidad civil frente a los 100 que existen en Francia o a los 30 de Alemania.

³⁴ Podemos traer como ejemplo reciente de este tipo de seguros obligatorios el seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales, sobre el que puede verse nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A.J., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales”, en esta misma *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* nº 19 (2013), pág. 31 y ss.; así como el estudio de IRIBARREN, M., “El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales”, *Anuario de Derecho Concursal* nº 29, mayo-agosto 2013, pág. 19 y ss

³⁵ SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.) y otros, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones” cit., pág. 1.700 y ss. y TAPIA HERMIDA, A.J., “Manual de Derecho de Seguros y Fondos de pensiones” cit., pág. 223.

³⁶ El apartado 2 del art. 114 de la Ley alemana dispone que, en estos seguros obligatorios, *“el asegurador deberá confirmar al tomador, delimitando la suma asegurada, que está obligado a suscribir el seguro obligatorio conforme a una disposición legal, a la que deberá hacer referencia”*.

de contratar un seguro de responsabilidad civil (normas legales o reglamentarias, códigos de conducta profesionales, etc.) y la diversidad de los elementos que configuran su perfil regulatorio, en particular, las sumas mínimas aseguradas que en cada caso se establecen³⁷.

6. La acción directa del tercero perjudicado o sus herederos

6.1. En la LCS vigente

El art. 76 de la LCS vigente atribuye al perjudicado o sus herederos una acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Acción directa que será inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. No obstante, la posición del asegurador cuenta con dos salvaguardas: Primero, frente al propio perjudicado o sus herederos, a quienes podrá oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. Segundo, frente a su asegurado, contra quien repetir, en el caso de que el daño o perjuicio causado a tercero sea debido a conducta dolosa de éste. El sistema de protección del tercero perjudicado o sus herederos se completa obligando al asegurado a manifestarles la eventual existencia del contrato de seguro y su contenido³⁸.

6.2. En el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011

El art. 63 regulaba la “acción directa frente al asegurador” de forma sustancialmente análoga a la LCS vigente en cuanto se refería al reconocimiento mismo de aquella acción, a la inmunidad de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, a la posibilidad de que el asegurador oponga la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste, y a la obligación del asegurado de manifestar al ter-

cero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato y su contenido³⁹.

El Anteproyecto introducía dos tipos de novedades: materiales, cuando precisaba el ámbito de la acción directa y de la obligación de indemnización del asegurador por referencia al “límite de la suma asegurada y conforme a lo previsto en el contrato de seguro”. Procesales, cuando señalaba que “los terceros perjudicados o sus herederos podrán ejercitar en el mismo proceso la acción contra el responsable del daño y la directa frente al asegurador de la responsabilidad civil”.

Por último, hemos de señalar que los borradores recientes emanados de la DGSFP acogen la redacción que veremos tiene la Propuesta, si bien sin la exigencia –que se establece en aquella– de que, antes de la eventual condena al asegurador de responsabilidad civil a pagar al tercero perjudicado o sus herederos la indemnización cubierta hasta la suma asegurada, se declare la responsabilidad civil del asegurado de acuerdo con su normativa específica.

6.3. En la Propuesta de Código Mercantil de 2013

El art. 592-47 de la Propuesta regula la “acción directa” conservando parte de su régimen vigente, pero añadiendo algunas novedades significativas.

En primer lugar, decimos que conserva parte del régimen vigente porque mantiene el reconocimiento de aquella acción directa (que se ha calificado por la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo como “*pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados*”⁴⁰); si bien precisa –como hemos visto que hacía el Anteproyecto– su ámbito y el de la consiguiente obligación de indemnización del asegurador por referencia al “*límite de la suma asegurada*” y a “*lo previsto en el contrato de seguro*”.

Decimos, en segundo término, que la Propuesta contiene novedades transcendentales porque:

³⁷ Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado pág. 28, epígrafe 86 y pág. 65, epígrafe 256 y ss.

³⁸ SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.) y otros, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones” cit., pág. 1.721 y ss. y TAPIA HERMIDA, A.J., “Manual de Derecho de Seguros y Fondos de pensiones” cit., pág. 221 y ss. Sobre la interpretación de este precepto por la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, puede verse la recopilación de ATIENZA NAVARRO, M. L./ EVANGELIO LORCA, R., en BATALLER GRAU, J. / BOQUERA MATARREDONA, J. / OLAVARRÍA IGLESIA, J. (Coords.), “El Contrato de Seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)”, cit., pág. 633 y ss.

³⁹ Comentario de SANZ PARRILLA, M., “Seguro de Responsabilidad Civil” cit., pág. 831 y ss. refiriéndose al Borrador de Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de junio de 2010.

⁴⁰ Así lo señala la Sentencia de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013/6956) haciéndose eco de un Auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013 que, a su vez, citaba una Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007.

Primero, circunscribe el régimen contenido en la Propuesta al seguro voluntario de responsabilidad civil cuando empieza haciendo expresa salvedad de lo que puedan disponer al respecto los regímenes especiales de los seguros obligatorios de responsabilidad civil (así, comienza diciendo que lo que dispone este precepto se hace “*sin perjuicio de lo previsto en el régimen de los contratos de seguro a los que se refiere el artículo precedente*”).

Segundo, exige que, antes de la eventual condena al asegurador de responsabilidad civil a pagar al tercero perjudicado o sus herederos la indemnización cubierta hasta la suma asegurada, se declare la responsabilidad civil del asegurado de acuerdo con su normativa específica⁴¹. Con ello se pretende evitar que la acción directa no sea sólo “directa” por cuanto se pueda ejercitar contra el asegurador sin pasar antes por accionar frente al asegurado; sino que también se convierta en una acción “autónoma” de la responsabilidad civil asegurada, rompiendo el cordón umbilical que fundamenta técnicamente

⁴¹ Así, su apartado 2 dispone: “*La declaración de la responsabilidad del asegurado de acuerdo con su normativa específica será previa a la eventual condena al asegurador de la cobertura de esa responsabilidad civil*”. En este sentido, podemos citar la Sentencia de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013/6956) que estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por un tercero perjudicado contra la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Gerona de 10 de mayo de 2011 que había estimado el recurso de apelación de una aseguradora al estimar falta de jurisdicción porque la intervención voluntaria en el pleito del Instituto Catalán de Salud hacía que la pretensión fuera atribuida con carácter exclusivo a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y decimos que esta Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo confirma que la responsabilidad del asegurador a resultas del ejercicio de la acción directa debe venir precedida de la declaración de responsabilidad civil del asegurado conforme a su normativa específica cuando vemos que el Fundamento Segundo de aquella Sentencia señala que “*para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada*”. En concreto, dice: “*Señala el Auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013: “Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados como ha manifestado la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007. Y es que el hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en modo alguno extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate*”.

este seguro y convirtiéndolo en una suerte de mecanismo indemnizatorio abstracto de los terceros perjudicados o sus herederos. En definitiva, si no resulta pertinente declarar la responsabilidad civil asegurada (porque, por ejemplo, el médico asegurado no faltó a su “*lex artis*”), tampoco será posible condenar a la aseguradora de aquella responsabilidad civil a pagar la indemnización reclamada (imputándole, por ejemplo, una responsabilidad objetiva empresarial). En consonancia con la exigencia material señalada, se introduce una facilidad procesal en el sentido de que los terceros perjudicados o sus herederos “*podrán ejercitar en el mismo proceso la acción contra el responsable del daño y la directa frente al asegurador de la responsabilidad civil*”.

Tercero, modifica profundamente el régimen de las excepciones oponibles por el asegurador porque cambia el enfoque de la cuestión para permitir que el asegurador oponga al tercero perjudicado: por una parte, las excepciones que puedan nacer del régimen de la responsabilidad civil del asegurado causante del daño y, por otra parte, las que puedan surgir del propio contrato de seguro.

Según dejamos dicho al inicio de este Estudio, la solución de la Propuesta resulta equilibrada al pretender poner en línea el reconocimiento amplio de la acción directa en nuestro Ordenamiento para todo tipo de seguros –voluntarios y obligatorios– de responsabilidad civil con lo dispuesto en las leyes de contrato de seguro de los principales países europeos, donde se establecen distintas soluciones respecto de la acción directa que podemos clasificar en tres grupos⁴²:

a) Países que reconocen de forma general la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil. Así sucede con Bélgica, Francia y España.

b) Países que reconocen la acción directa únicamente en los seguros obligatorios de res-

⁴² El Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado, pág. 69, epígrafe 275 y ss., se refiere a la “*reclamación directa de un tercero*” destacando la diversidad de soluciones y modelos entre los distintos Estados Comunitarios de tal manera que: en Francia y España se reconoce en todo caso la acción directa, en Suecia dicha acción directa solo se reconoce en los seguros obligatorios y en aquellos casos en los que el tomador es insolvente o está en liquidación si se trata de una sociedad, en Italia solo se reconoce la acción directa en algunos seguros obligatorios y en Alemania se otorga aquella acción directa en los seguros de automóvil y en otros seguros obligatorios si el tomador es insolvente o tiene domicilio desconocido.

ponsabilidad civil y, en particular, en los seguros obligatorios de responsabilidad civil del automóvil. Así sucede en Austria, Italia, Holanda y Portugal. En Portugal se establece el derecho del asegurado de exigir el pago de la indemnización directamente al asegurador en los seguros obligatorios (art. 146º) y la posibilidad de que el contrato de seguro prevea el derecho del perjudicado de demandar directamente al asegurador (art. 140.2).

c) Países que reconocen la acción directa en los casos legalmente previstos: así por ejemplo en Inglaterra se reconoce la acción directa al tercero perjudicado en el caso de que el asegurado resulte insolvente (en el caso de *The Third Parties (Rights Against Insurers) Act 1930*) o en el caso de que la póliza de seguro reconozca aquel derecho (en el caso de *The Contracts (Third Party Rights) Act 1999*). La Ley alemana de 2008 establece la acción directa en el art. 115 dentro de la Sección Segunda del capítulo dedicado al seguro de responsabilidad civil que trata de los seguros obligatorios estableciendo que el tercero perjudicado puede dirigirse directamente contra el asegurador en los casos previstos en la ley de seguro obligatorio, en los casos de insolvencia del tomador y en los casos de tomador desconocido.

Por último, conviene traer a colación un ejemplo paradigmático de la necesidad –destacada desde el epígrafe 1 de este estudio– de abordar la reforma de nuestra regulación del contrato de seguro de responsabilidad civil tomando en consideración los regímenes de los países más desarrollados de nuestro entorno. Nos referimos al hecho de que el reconocimiento o no de una acción directa a favor del tercero perjudicado y sus herederos y –en caso de reconocimiento– de las características de dicha acción resulta particularmente relevante por cuanto puede generar costes para el asegurador de diversa naturaleza (costes procesales, de investigación, de negociación previa de la póliza, etc.) que pueden tener impacto a la hora de calcular la prima, particularmente, si el asegurador ofrece sus pólizas en Estados en los que la acción directa se reconoce en todo caso o en algunos supuestos⁴³.

7. Conclusiones

PRIMERA. La regulación del seguro de responsabilidad civil contenida en la Sección 8ª

(arts. 592-44 a 592-47) del Capítulo II del Título IX del Libro Quinto de la Propuesta de Código Mercantil introduce modificaciones sustanciales respecto del régimen vigente establecido en los arts. 73 a 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS).

SEGUNDA. Esta reforma de nuestra regulación del contrato de seguro de responsabilidad civil toma en consideración los regímenes de los países más desarrollados de nuestro entorno y, en concreto, de los Estados comunitarios con los que existe un mercado integrado de bienes y servicios y, por lo tanto, unas relaciones de competencia en el comercio transfronterizo de seguros.

TERCERA. El art. 592-44 de la Propuesta de Código Mercantil simplifica la delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil por referencia al hecho causante o generador de dicha responsabilidad en línea con la jurisprudencia constante de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. Para ello, suprime la compleja redacción del párrafo segundo del art. 73 de la LCS vigente e introduce una referencia al “*hecho previsto en el contrato y producido durante su vigencia*”.

CUARTA. En cuanto a la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del tercer perjudicado, el art. 592-45 de la Propuesta sustituye la presunción legal de asunción de la dirección jurídica por el asegurador –salvo pacto en contrario o conflicto de intereses– contenida en el vigente art. 74 de la LCS por una prescripción indemnizatoria, a cargo del asegurador, de los gastos judiciales y extrajudiciales en los que incurra el asegurado, siempre que sean adecuados conforme a las circunstancias; gastos que quedarán al margen de la suma asegurada.

QUINTA. En cuanto afecta a los seguros obligatorios de responsabilidad civil, el art. 592-46 de la Propuesta difiere de la redacción vigente del art. 75 de la LCS en los siguientes aspectos: Establece la necesidad de que una norma de rango legal imponga la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil. Amplía la referencia vigente al ejercicio de una determinada actividad al ejercicio también de una profesión. Exige que la disposición legal fije los límites de la suma asegurada por aquellos seguros obligatorios de RC. Establece expresamente la preferencia de las leyes especiales que regulen aquellos seguros y la aplicación del Código con carácter subsidiario respecto de lo no previsto en la ley especial.

⁴³ Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro de 27 de febrero de 2014 antes citado, pág. 70, epígrafe 277.



SEXTA. El art. 592-47 de la Propuesta mantiene la acción directa del perjudicado o sus herederos contra el asegurador, sin perjuicio de la regulación especial que pueda tener en los seguros obligatorios, exigiendo la previa declaración de la responsabilidad del asegurado, declarando la acumulabilidad de dicha acción con la que se ejercite contra el responsable del daño y estableciendo la oponibilidad por el asegurador de las excepciones deriva-

das del régimen de la responsabilidad civil del causante del daño y del contrato de seguro. Todo ello en línea con lo establecido en los Ordenamientos europeos más relevantes, en donde la acción directa se predica de los seguros obligatorios o, en el seguro de responsabilidad civil general, se limita a supuestos muy concretos o se permite al asegurador la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato de seguro.

¿Qué cubren en realidad los seguros de caución para la construcción en las cooperativas de viviendas?

Un comentario disidente a la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno Sala primera) de 13 de septiembre de 2013



Mariano Yzquierdo Tolsada

Catedrático de Derecho Civil

Consultor Académico en CMS Albiñana & Suárez de Lezo

RESUMEN

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 (Ponente, Francisco Marín Castán) trata de poner fin a una controversia interesante del mercado asegurador de los últimos años. La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas prevé que el seguro obligatorio suscrito por la cooperativa de viviendas sirva para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores para el caso de que la construcción de las viviendas no se inicie o termine en los plazos previstos. Pero la práctica aseguradora ha diseñado otros seguros, conocidos como “de Tramo I”, que únicamente garantizan que las cantidades aportadas por los cooperativistas se destinarán a sufragar los gastos del proyecto promotor en sus fases iniciales. Esta sentencia entiende, sin embargo, que si las cantidades se desvían de esta finalidad, se trata de un siniestro de los que están cubiertos por las pólizas obligatorias de la Ley 57/1968.

1. Hechos

1.1. Antecedentes

No se recogen en el texto de la sentencia comentada, pero acudiendo a las sentencias de instancia, he podido comprobar que se trata de hechos que en los últimos años se han venido reproduciendo por doquier en el ámbito de diferentes cooperativas de viviendas, y siempre o casi siempre han contado como parte demandada a ASEFA, S.A., SEGUROS Y REASEGUROS (en lo sucesivo, ASEFA). Ello permite actuar por elevación y describir como antecedentes lo que ha sido el mismo periplo judicial en todos los casos, y que la circunstancia de haber tenido desigual fortuna ha sido, sin duda, lo que ha llevado a la Sala a decidir que esta Sentencia debía tener carácter plenario.

En resumen, nos encontramos ante un asegurador que suscribió con una cooperativa –en el caso, se trataba de “Jardines de Valdebebas, Sociedad Cooperativa Madrileña”–, una póliza global de seguro de caución con arreglo a la cual, y según lo previsto en las Condiciones Generales, aquél quedaba obligado, para el caso de que el tomador del seguro dejara de cumplir las obligaciones legales o contractuales contraídas con los cooperativistas asegurados, a indemnizar a éstos a título de resarcimiento y hasta el límite de indemnización, los daños patrimoniales sufridos como consecuencia de dicho incumplimiento.

De manera también coincidente a lo sucedido en otros litigios con otras cooperativas (“Residencial los Madroños, Sociedad Cooperativa Madrileña”, “La Tenería de Moraleja”, “Puerta del Romeral”, etc.), las Condiciones Especiales establecían como condición imprescindible para la contratación de la póliza, que todas las cantidades entregadas a la Sociedad Cooperativa asegurada habrían de ingresarse en la cuenta especial abierta al efecto, y que los fondos que los cooperativistas depositaran en dicha cuenta habrían de destinarse exclusivamente a atender las necesidades de financiación relacionadas con la promoción inmobiliaria objeto del seguro.

Se da la circunstancia de que en el caso que originó este litigio –y así también en los demás–, no llegó a comenzar el proceso de construcción de las viviendas, y los cooperativistas terminaron demandando a ASEFA con el objeto de que les fueran devueltas las cantidades que, como cooperativistas, fueron entregadas por ellos.

Como resume perfectamente la Sentencia, “la controversia de fondo se centró en si dicho contrato de seguro era de los previstos con carácter obligatorio en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/68), y en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), tesis de los cooperativistas demandantes, o por el contrario se trataba de un seguro voluntario, de los conocidos en la práctica aseguradora como “de Tramo I”, que únicamente garantizaba que las cantidades aportadas por los cooperativistas se destinaran a sufragar los gastos del proyecto promotor en sus fases iniciales, tesis de la aseguradora demandada”.

1.2. La solución de primera instancia

Pues bien, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 96 de Madrid de 31 de octubre de 2011 acogió la tesis de los demandantes y estimó la demanda, salvo en lo referente a la indemnización fundada en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS). Se condenó a ASEFA a indemnizar a los demandantes en las cantidades anticipadas, descartando las que cada uno hubiera percibido, en su caso, en el procedimiento concursal, e incrementadas con el interés legal desde su ingreso en las cuentas de la cooperativa. El Tribunal Supremo resume convenientemente la argumentación:

Por una parte, se entendió que el tipo de riesgo descrito en las condiciones particulares de la póliza era el *buen fin* de las aportaciones o anticipos de los cooperativistas, y eso solo se consigue “si la promoción inmobiliaria llega a concluirse, con la edificación y entrega de las viviendas a los socios cooperativistas, objeto social de la entidad e incuestionable intención de quienes se adhieren a la misma como socios”. Y si eso era así, el riesgo asegurado se daba “cuando los anticipos de los cooperativistas no han alcanzado ese ‘buen fin’, lo que está indisolublemente vinculado a la indisponible garantía de devolución de las cantidades anticipadas contemplada en el art. 1 de la ley 57/68 para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido”.

La sentencia de instancia insistía en que si los contratos de adhesión suscritos por los demandantes describían las características de las correspondientes viviendas y plazas de garaje, entonces “está claro cuál era el fin último de la

adhesión a la cooperativa para el demandante, y el destino de sus aportaciones anticipadas”. Los cooperativistas tenían por ello derecho a que se constituyera a su favor una garantía de la devolución de esas aportaciones para el caso de “incumplimiento por parte de la promotora del plazo o de la obligación de entrega de las viviendas”.

Desde ese, tal vez forzado, punto de partida, la sentencia entiende que los certificados individuales vinieron a alterar las condiciones particulares de la póliza “al excluir el buen fin”, modificando así el objeto del contrato al introducir una limitación de los derechos del asegurado no consentida por éste, lo que resulta contrario al art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Sobre todo si se tiene en cuenta que la “garantía de devolución de las cantidades anticipadas es una *exigencia rigurosa* de la Ley 57/68 que obligaba a dar una interpretación favorable a su finalidad protectora”.

1.3. La solución de la Audiencia Provincial

La SAP de Madrid de 31 de octubre de 2012, en cambio, acogió la tesis de la aseguradora demandada y, en consecuencia, desestimó totalmente la demanda. La Audiencia parte de la base de que existía ambigüedad en las condiciones generales de la póliza, para admitir, contrariamente a lo decidido en instancia, que en las condiciones particulares no se hablaba para nada de la Ley 57/68. El “buen fin” de los anticipos hechos por los cooperativistas consiste en que los mismos se destinen exclusivamente para atender las necesidades de financiación de la promoción, sin que los certificados individuales aseguren la entrega de las viviendas.

En una palabra, el seguro no era el de la Ley 57/68 sino “otro tipo de seguro distinto”. De hecho, una de sus estipulaciones (la número 12) especificaba que el destino de las cantidades anticipadas iba relacionado con la adquisición del suelo, su titulación, los gastos notariales, la redacción del proyecto y demás fases preparatorias. Según la Sentencia, “mientras el seguro de la Ley 57/68 cubre el riesgo de que la obra no se empiece o no se termine por causa imputable al promotor o al constructor, el seguro aquí examinado, en cambio, no podía cubrir esas contingencias porque aún no se sabe cuál es el suelo ni se tiene el proyecto de obra que defina las viviendas ni se conoce, ni aun por aproximación, cuándo podrá comenzar la obra, ni se tienen licencias administrativas, ni calificación de la promoción, ni nada de nada. Solo hay una idea con un desarrollo muy embrionario”.

1.4. Los motivos de casación

Los motivos del recurso de casación se dedican a reafirmar, frente a la sentencia recurrida, que el seguro de caución suscrito por la cooperativa y ASEFA, sí garantizaba a los cooperativistas las cantidades anticipadas por ellos incluso aunque la construcción no llegara a iniciarse. En definitiva, lo consideran incluido en el ámbito de la Ley 57/68, como un seguro obligatorio destinado precisamente a proteger, con carácter irrenunciable, a quienes pretendían acceder a la propiedad de una vivienda en régimen de cooperativa.

A partir de ahí, los motivos tienen algo de recurrente, aunque debo reconocer que estaban muy bien articulados. Naturalmente, el primero se funda –no podía ser de otro modo– en la infracción del art. 1 de la Ley 57/68 por haber considerado la sentencia recurrida que el precepto no resultaba aplicable a las cantidades entregadas al promotor de viviendas en las fases iniciales de la promoción.

El motivo segundo se funda en infracción de la Disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, por haberla considerado la sentencia no aplicable al seguro litigioso. Esta disposición establece lo siguiente:

“La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/68, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones:

a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa.

b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/68 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley.

c) La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

d) *Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del art. 6 de la citada Ley, se impondrán por las comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.*

El motivo tercero se funda en aplicación indebida del art. 5.1 del Real Decreto 515/1989, dictado para la protección de los consumidores en la compra de viviendas, por haber deducido del mismo la sentencia a quo conclusiones contrarias a la disposición adicional primera de la LOE, norma posterior y superior en rango. Y por esta misma razón, el motivo cuarto se funda en aplicación indebida del art. 114 del Decreto 2114/1968, y el motivo quinto en infracción del art. 1.D) del Real Decreto 2028/1995. Estos últimos dos preceptos obligan a que en materia de cooperativas de viviendas se garanticen las cantidades anticipadas a partir de la calificación provisional.

Como resultante, el motivo sexto se funda en la infracción del art. 68 LCS, porque según los recurrentes, la definición del seguro de caución contenida en la sentencia impugnada resulta contraria a su concepto legal, pues la ley configura este seguro como aquel por el cual *“el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato”*.

Y finalmente, el motivo séptimo se funda en infracción del art. 1281 en relación con el art. 1282, ambos del Código Civil, por no haber tenido en cuenta la sentencia recurrida cuál fue la intención evidente de los contratantes al determinar la naturaleza y contenido del seguro litigioso.

1.5. La Sentencia del Tribunal Supremo

La Sentencia del Tribunal Supremo entiende que si las cantidades aportadas por los cooperativistas se desvían de la finalidad de sufragar los gastos del proyecto promotor en sus fases iniciales, también se trata de un siniestro cubierto por las pólizas obligatorias de la Ley 57/1968.

Básicamente, la argumentación se contiene en el Fundamento de Derecho Décimo, que extractamos resumidamente:

1ª “No es cierto (...) que las condiciones de la póliza especiales para cooperativas digan “de forma muy clara” que el objeto del seguro “no es el de la Ley 57/68 “ (FJ 3º). Antes al contrario, la lectura de esas condiciones especiales, a las que se remiten las condiciones particulares (...), revela por sí sola que no hacen alusión alguna a la Ley 57/68, ni para incluir el seguro en su ámbito ni tampoco para excluirlo, y, además, que la aseguradora era perfecta conocedora de los contratos mediante los cuales se fueron incorporando los demandantes a la cooperativa (...)”.

2ª) “El razonamiento de la sentencia recurrida acerca de que el siniestro era “la realización por parte de los órganos rectores de la cooperativa de gastos desproporcionados para la compra de terrenos etc., y la indiligencia en la gestión y control de la cuenta por la aseguradora que la fiscaliza” es contrario a la estructura del seguro de caución resultante del art. 68 LCS, porque asegurarse frente a la “indiligencia” de la aseguradora equivale a que esta fuera aseguradora de sí misma y no de los cooperativistas frente a los incumplimientos de la cooperativa para con ellos.

3ª) Precisamente el dato de que la aseguradora, además de cobrar a cada asegurado la prima proporcional del seguro de caución, percibiera también una retribución por controlar y fiscalizar las cuentas especiales, como prestadora de un servicio aparte, demuestra por sí solo que el objeto del seguro no podía limitarse a esa labor fiscalizadora”.

4ª) “Los esfuerzos de la sentencia recurrida por encontrar en normas de rango inferior a la ley argumentos favorables a su tesis interpretativa del seguro litigioso como un seguro “de Tramo I” carecen de sentido cuando la norma especial de adecuación de la Ley 57/68 a las cooperativas (...) somete a la Ley 57/68 el anticipo de cantidades previo incluso a la adquisición del solar, es decir en esa “fase embrionaria” que tanto la aseguradora demandada como la sentencia recurrida consideran excluida de dicha ley”.

5ª) “Se trata, por tanto, no de un problema de jerarquía normativa, que no lo hay, ni tampoco de derogación de unas normas por otras posteriores de superior rango, sino de prevalencia de la ley especial sobre la general, de que la promoción de viviendas en régimen de cooperativa tiene sus propias peculiaridades y entre estas se encuentra el de la unión de esfuerzos desde un principio para adquirir los te-

rrenos y, por tanto, el anticipo inicial de sumas muy importantes de dinero, mucho más elevadas que las habitualmente entregadas cuando la promoción se ajusta a otro régimen distinto, que la ley también quiere garantizar. Es desde este punto de vista como debe interpretarse la disposición adicional primera de la mucho más reciente LOE de 1999 (RCL 1999, 2799) cuando extiende las garantías de la Ley 57/68 a la “promoción de toda clase de viviendas, incluso las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa”, y no como propone la aseguradora demandada argumentado que al tratarse de una ley sobre edificación la garantía de los anticipos solo sería exigible una vez comenzada la construcción. En definitiva, el riesgo asegurado por el seguro de caución en los casos de promoción en régimen de cooperativa es el fracaso del proyecto, y a esta conclusión conducen tanto la ley como las condiciones particulares del seguro litigioso no desvirtuadas por las especiales (...).”

6ª) En último extremo, cualquier duda interpretativa de las normas aplicables al caso tendría que resolverse aplicando la Constitución (RCL 1978, 2836), y es insostenible que después de la Constitución, cuyo art. 47 reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y cuyo art. 51 impone a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, la protección de cooperativistas que se encuentran en la misma situación que los demandantes pueda ser inferior a la que habrían tenido en el año 1968 (...).”

2. Resolución jurídica

2.1. Una precisión inicial

Me parece fuera de toda duda de que el Tribunal Supremo, cuando dicta una sentencia plenaria, es porque trata de poner orden ante decisiones judiciales contradictorias sobre el mismo asunto –casi siempre contradicciones entre el parecer de distintas Audiencias Provinciales, pero a veces contradicciones de la propia Sala–, algo que ya es grave de por sí. Más aún en los numerosos litigios en que, como el presente, se plantea la misma controversia y ésta además afecta a miles de personas. En el caso, se trata de quienes ven cómo las cantidades entregadas a cuenta para construir la vivienda comprada con tanto esfuerzo e ilusión desaparecían, las cooperativas también, y la aseguradora que, según creían, garantizaba la devolución de las cantidades entregadas, entendía que el riesgo cubierto no era la devolución de tales cantidades.

Desde luego, la capital importancia que tienen las actividades de promoción, construcción y venta de viviendas para la vida de la persona y la familia y el correcto desarrollo de las actividades comerciales, industriales y profesionales en su conjunto, ha determinado desde hace más de medio siglo una singular preocupación por parte del legislador español. Una preocupación que tiene un signo muy definido: se trata de evitar que quienes ponen sus ahorros en manos ajenas con vistas a ver culminados sus deseos de adquirir un inmueble en propiedad en el que instalar su residencia habitual o su lugar de trabajo o de ocio, se encuentren ante vicisitudes tan frustrantes como que las obras no comienzan, o comienzan pero no llegan a terminar, o terminan, pero colocando sobre el suelo unas edificaciones que dejan mucho que desear. Como no podía ser de otro modo, el legislador ha tratado de poner especial énfasis en los casos en que el objeto de la venta sea una vivienda destinada a residencia, ya sea permanente, ya sea de temporada.

Por esta misma razón, el mundo de los seguros se ha visto ante la necesidad de ofrecer al mercado determinados productos que acompañen a las garantías que deben ofrecer quienes se dedican a la promoción inmobiliaria. A veces, incluso ha sucedido que la propia ley establece una obligación, que se impone a los promotores, de suscribir diferentes pólizas de seguro. Sin embargo, la proliferación de instrumentos de aseguramiento no se ha visto, a su vez, acompañada de la debida precisión en el diseño de las concretas pólizas, bien sea por las carencias que en origen se pueden detectar en las normas legales que imponen los seguros obligatorios, o bien porque la propia práctica de las compañías aseguradoras –y dígame lo mismo de las mutuas– no ha traído consigo ni claridad ni precisión. Todo ello dificulta la labor del jurista práctico a la hora de calificar los concretos seguros desde el punto de vista de su naturaleza y, de resultas de la misma, el régimen jurídico aplicable a cada uno.

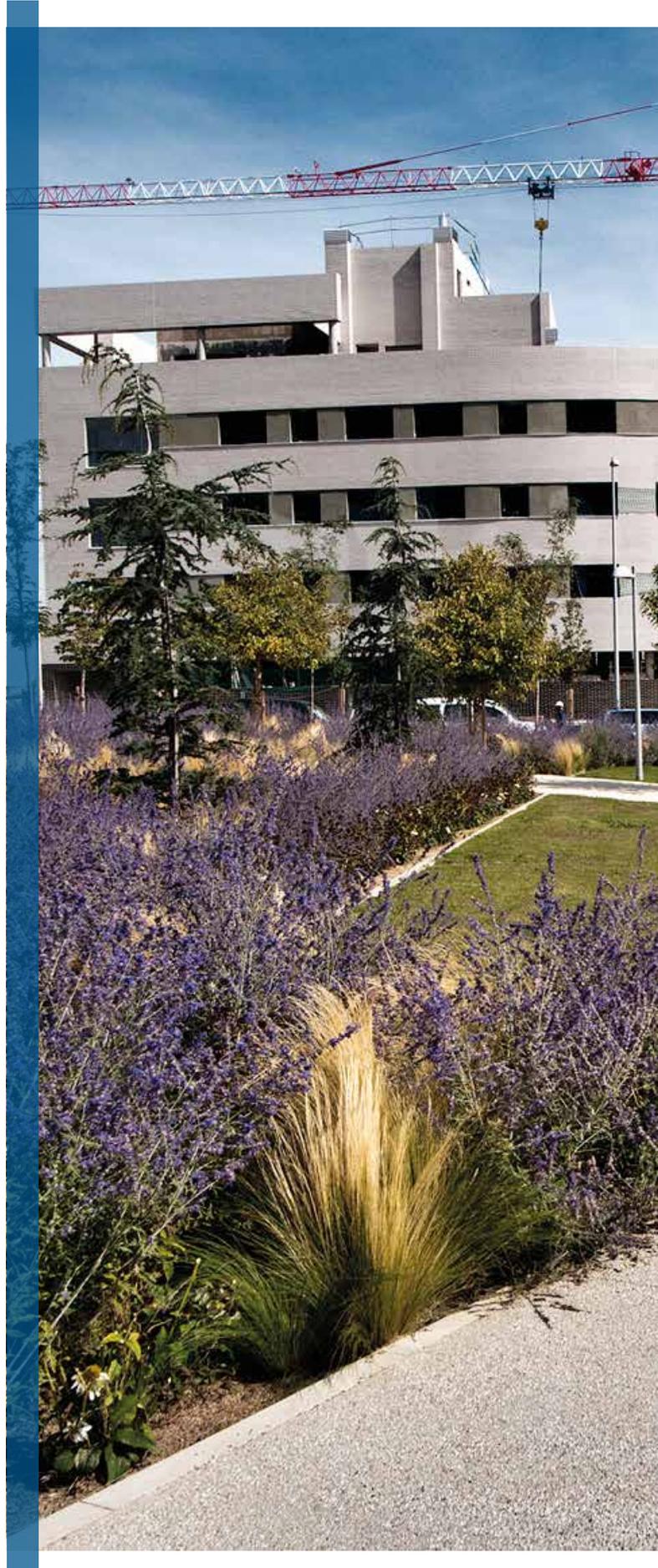
La cuestión es, en fin, sumamente delicada. Por ello, no parece difícil que cualquier juzgador tenga una cierta predisposición a aliarse con el interés del más débil, y lo haga más allá de consideraciones que para el ciudadano de a pie, y particularmente para el damnificado, son percibidas como puros tecnicismos. Trataré de explicarme: a mi entender, los seguros *obligatorios* de caución previstos en la Ley 57/1968 en garantía de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para el caso de que las viviendas no sean finalmente construidas no son

los mismos seguros *voluntarios* que garantizan la devolución de las cantidades entregadas con el fin de acometer los gastos del proyecto promotor. Pero ¿para qué sentar doctrina sobre si los riesgos de unas y otras pólizas son los mismos o no si se pueden manejar argumentos más prácticos y sencillos? ¿O acaso no es cierto que cualquier oscuridad en la delimitación del riesgo contemplada en las Condiciones Generales y Particulares, siempre ha de resolverse a favor del asegurado? ¿No es verdad que cualquier duda interpretativa debe solucionarse a la luz del principio general de defensa de los consumidores y usuarios y que nunca podrá favorecer a la compañía aseguradora que las redactó?

Sin embargo, lo peligroso es que una sentencia que, por las consideraciones anteriores puede resultar comprensible desde el punto de vista de la justicia material, pueda introducir una confusión general en el mundo asegurador y sirva para que en el futuro unos seguros diseñados –y su prima calculada, se entiende– en previsión de unos concretos siniestros, sean los que acaben sirviendo para dar cobijo a otros siniestros distintos. Si se me permite la obviedad, claro que la víctima de un robo ocurrido en su domicilio tiene derecho a una respuesta en Derecho, pero si no tuvo la precaución de suscribir un seguro de robo o un multirriesgo de hogar con cobertura de robo, esa respuesta no se la tiene por qué dar el asegurador de incendios, y a lo mejor hay que decirle que tendrá que esperar a que se encuentre al ladrón. Pero es que una respuesta así es demasiado dura cuando de lo que se habla no es de joyas, ni tampoco de coches ni de cuadros, y más dura aún si las víctimas se cuentan por millares... Lejos, en fin, de prejuicios, pretendemos dejar claro en este comentario que los seguros controvertidos, conocidos en el mercado como “de Tramo I”, no son seguros que garanticen la devolución de las cantidades anticipadas cuando termina ocurriendo que las viviendas no se entregan a los compradores. Para esto último están los seguros de caución previstos en la Ley 57/1968, no por casualidad obligatorios, naturaleza de la que no participan los del “Tramo I”.

2.2. El seguro de caución previsto en la Ley de Ordenación de la Edificación

Aunque solo sea a título de presentación, obligada por la cercanía existente en unas figuras y otras, conviene precisar en primer lugar que en el régimen de garantías legales obligatorias dispuesto por el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de





la Edificación (LOE, en adelante), existe, con el objeto de cubrir los daños producidos en el proceso constructivo, la alternativa del seguro de daños materiales o del seguro de caución. El primero garantiza el resarcimiento por el daño material sufrido por el edificio, y actuará con absoluta independencia de quién haya sido el causante del mismo: no es necesario aguardar a que se declare en un procedimiento judicial la responsabilidad de unos otros agentes del proceso de edificación.

Pero si se opta por un seguro de caución, lo determinante no será la constatación de un daño, sino que éste se haya producido por un incumplimiento por parte del tomador del seguro. Dice el artículo 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS):

«Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato».

Nos encontramos ante una modalidad de seguro en la que el riesgo asegurado consiste en el incumplimiento de una obligación no directamente dineraria, de tal suerte que, incumplida la misma por el deudor tomador e insatisfecho el acreedor por la misma razón, el derecho de éste se refuerza sin necesidad de constituir el depósito de una suma o caución -término éste habitualmente reservado para los casos en los que la situación aconseja hacer frente de manera cautelar al incumplimiento de la obligación preexistente-. Antes bien, la ley opta por la fórmula del aseguramiento, algo que aproxima la figura del asegurador de caución al clásico fiador que asume la obligación de pagar en lugar del deudor principal; pero que, para el caso del seguro de caución, la doctrina española y la jurisprudencia se inclinan por otorgar naturaleza asegurativa a la institución: no nos hallamos ante una fianza, sino ante un auténtico seguro, pues el asegurador no compromete el cumplimiento a su cargo de las obligaciones del tomador, sino el pago de un resarcimiento por los daños y perjuicios causados como consecuencia precisamente de ese incumplimiento.

Cosa distinta es que, asumiendo por ley el asegurador el compromiso de indemnizar a primer requerimiento (artículo 19.3 LOE), ello implique una especial forma de garantía que refuerza el derecho de crédito que corresponde

al asegurado, pues el asegurador se halla obligado al pago cuando éste se lo reclame, pura y simplemente, ya que se trata de una obligación distinta, no accesoria sino autónoma, independiente de las que nacen de la relación jurídica existente entre tomador y asegurado, y cuyo cumplimiento –indemnizar por los vicios de la construcción– es lo que se trata de garantizar. Conviene, en fin, distinguir claramente entre el incumplimiento de obligaciones (con su equivalente pecuniario) y el daño o perjuicio derivado de tal incumplimiento, pues precisamente la diferencia va a ser de utilidad cuando más adelante se aborde la naturaleza y función de los seguros de caución ideados en beneficio de quienes aportan cantidades destinadas a la construcción de viviendas o a la confección de un proyecto de edificación.

2.3. El denominado “seguro de afianzamiento” impuesto por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Pero además, se hace preciso caer en la cuenta de que las fronteras entre el seguro de caución y los contratos de fianza no siempre se encuentra trazada con claridad, y de hecho, no hay nada que impida mostrar una concreta póliza como instrumento de más fácil encaje en el marco de las garantías personales. Nada impide ni configurar el seguro de caución de un modo subsidiario ni hacerlo de un modo principal, directo e independiente, al estilo de las garantías a primer requerimiento.

En ese singular escenario de imprecisión se nos presentan las pólizas denominadas “de afianzamiento” establecidas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Resulta curioso que el largo tiempo transcurrido desde la promulgación de esta ley no se ha traducido precisamente en un interés doctrinal suficiente para que sus únicos siete artículos puedan ser interpretados con pautas estables y uniformes, y aplicados con la necesaria seguridad jurídica. Todo lo contrario, y de ello dan buena prueba las dudas, crecientes en número, que se plantean en los actuales tiempos de crisis económica en los que nos encontramos. La Ley 57/1968 se promulgó debido a la alarma social provocada por la indefensión en la que se hallaban numerosos compradores de viviendas futuras, además de por algún sonado fraude en la promoción de viviendas. La ausencia de normativa específica sobre la construcción de las mismas traía consigo frecuentes fraudes, provocados por promoto-

res que destinaban las cantidades recibidas a cuenta para fines que no eran precisamente los comprometidos contractualmente. No sólo no había viviendas construidas, sino que la situación de insolvencia de quien había asumido el deber de construirlas desembocaba en que fuese una quimera recuperar las cantidades entregadas, pues los compradores pasaban a ser uno más en la lista de acreedores del promotor insolvente. Pero es que la existencia actual de una larga relación de empresas promotoras en concurso de acreedores ha determinado que aquella alarma de los años sesenta del pasado siglo se encuentre de nuevo entre nosotros. De hecho, la propia LOE establece en su disposición adicional primera que «la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968».

Y este renacimiento o redescubrimiento de la Ley 57/1968 está suponiendo que vuelvan a estar sobre la mesa unas dudas acerca de los mecanismos de garantía –cuentas especiales indisponibles salvo para el pago de suelo y construcción, avales solidarios y contratos de seguro– que, si no se han planteado durante las recientes épocas de bonanza económica, vuelven ahora a aparecer y nos obligan a resolverlas a la luz de una situación del Derecho del seguro bien distinta a la que en nuestro país existía hace 42 años.

Una de tales dudas se halla en la actualidad huérfana por completo de tratamiento por parte de la doctrina especializada, y consiste en determinar el ámbito mismo de aplicación de la Ley 57/1968 cada vez que nos encontramos ante pólizas que parecerían a primera vista estar celebradas a su abrigo pero cuyo análisis atento puede conducir a una conclusión bien diferente. Y buena demostración es la Sentencia que comento.

Y es que el estricto tenor de la Ley 57/1968 permite decir, como punto de partida, que una cosa es el seguro que garantiza que si, incumplido el compromiso de construir las viviendas, y requerido sin éxito el promotor para la devolución al comprador de las cantidades entregadas a cuenta, entonces saldrá al paso el asegurador para hacerse cargo de tal devolución, y otra diferente el seguro que garantiza asistir a los compradores que entregaron cantidades para financiar los muchos y variados costes que es preciso acometer a lo largo de la fase anterior al inicio de la construcción. Se trata,

en fin, de deberes distintos, de fases distintas, y, por lo mismo, de garantías distintas. No sin razón la práctica aseguradora ha convenido unánimemente en hablar de seguros de Tramo I y seguros de Tramo II. Los primeros aparecen en la fase de proyecto promotor, y, en su caso, abrirán la puerta a la suscripción de las pólizas obligatorias previstas en la Ley 57/1968 para cubrir el período de construcción propiamente dicha. Aquí ya, y conforme a lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Hacienda de 29 noviembre 1968 (dictada en desarrollo de la Ley), si la construcción no se inicia o no llega a buen fin en el plazo convenido, entrará en juego la garantía del asegurador.

La Exposición de Motivos de la Ley 57/1968 muestra con una claridad meridiana qué concreta intención tenía el legislador:

«Es frecuente en los contratos de cesión de viviendas que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella.

La justificada alarma que la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto.

Las medidas de garantía que se propugnan fueron establecidas para las viviendas construidas con la protección del Estado en el Decreto de 3 de enero de 1963, las que se estima necesario extender a toda clase de viviendas y que han de conjugarse con otras de carácter gubernativo y penal que sancionen adecuadamente tanto las conductas atentatorias a los más altos intereses de la comunidad como la realización de hechos que revistan caracteres de delito; unas y otros se encuentran encuadrados en la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 (...).

No hay que pasar por alto, por otra parte, que a diferencia de lo que ocurre en el Derecho

francés o en el italiano, el sistema español de adquisición de la propiedad determina que el simple contrato de compraventa no transmite la propiedad: una vez celebrado el mismo, el comprador todavía no tiene más que un derecho de crédito frente al vendedor, y éste ostenta una posición deudora que le compromete frente a aquél a la entrega de la posesión pacífica de la cosa vendida (artículo 1.461 del Código civil). El contrato de compraventa no transmite el dominio por sí sólo, sino que se limita a *preparar* la transmisión, y ésta tendrá lugar en el momento en el se haga tradición de lo vendido (artículo 609, p^o 2^o), lo que comúnmente tendrá lugar en el terreno que nos ocupa, cuando se produzca la entrega de la vivienda o cuando se otorgue escritura pública (artículo 1.462). Siendo ello de este modo, y pese a la incorrecta utilización del término en la práctica diaria y hasta en algunos preceptos de la propia Ley 57/1968 (así, artículo 1.2^a), en la fase anterior a la transmisión de la propiedad no hay propiamente “adquirentes”, salvo que se entienda que en realidad los *compradores* –este es el término correcto– son adquirentes de una simple expectativa de vivienda (literalmente así en la STS de 14 febrero de 2002). Desde luego, habrá muchos mecanismos puestos al servicio del comprador que, una vez convertido en propietario, vea peligrar su adquisición (saneamiento por evicción, acciones de incumplimiento y resolución contractual, cobro de lo indebido, acciones penales y su consiguiente responsabilidad civil), pero lo cierto es que en la fase anterior a la transmisión, los mecanismos tienen que ser forzosamente diferentes.

Y ello, más señaladamente en la fase en la que la vivienda comprada todavía no existe, que es el caso paradigmático de venta de cosa futura, como reiteradamente ha dicho la jurisprudencia. Así por ejemplo, dice la STS de 30 octubre 1989: «no hay inconveniente legal ni jurisprudencial –Sentencias de esta Sala de 17 de febrero de 1967, 3 de junio de 1970, entre otras– en calificar de venta de cosa futura a la de una vivienda todavía en construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación como tal vivienda habitable y en la que el vendedor asume la obligación de entregarla al comprador una vez que la ha terminado».

Tal era, en fin, la situación. Sigue siendo habitual que los compradores satisfacen alrededor del treinta por ciento del valor de la vivienda comprada (pero, se insiste, no adquirida), quedando aplazado el pago del importe restante al momento del otorgamiento de la es-

critura pública, que será también cuando tenga lugar la entrega de llaves y muchas veces la subrogación en el préstamo hipotecario. Pero en aquel entonces, la situación hizo proliferar las estafas y las apropiaciones indebidas, y algunas fueron de gran envergadura. Aún en tiempos no lejanos ha habido casos que han concluido con condenas penales, algunas con gran trascendencia pública, como fue el conocido caso de la cooperativa PSV. De otras más recientes en las que, además, se planteaba la eventual responsabilidad civil subsidiaria de una entidad financiera en razón de las denominadas “Cuentas Especiales”, sirve de ejemplo la STS (Sala 2ª) de 15 de septiembre de 2010 que confirmó la absolución de la referida entidad que ya había sido absuelta por la previa Sentencia de la Audiencia Provincial, no sin un voto particular en la casación, evidenciador de la dificultad de la materia.

El recordatorio que se hace en la Exposición de Motivos de la Ley 57/1968 a la Ley de Orden Público es muy revelador. De hecho, importantes penalistas han apreciado que el tristemente famoso caso de la entidad Nueva Esperanza de Madrid, sucedido en 1967, trajo consigo tan importante presión de la opinión pública, que fue el auténtico origen de la Ley 57/1968. Una ley con importante función social, con fuerte contenido de Derecho privado imperativo –este seguro, se insiste, es de suscripción obligatoria–, pero cuyo incumplimiento acarrearía también serias consecuencias de orden administrativo sancionador y de orden penal.

Pero es necesario, también, recordar que semejante contenido no puede ser objeto de interpretación extensiva para hacer que esta ley se aplique a garantías y coberturas diferentes. La póliza de seguro prevista por la Ley 57/1968 mira las cosas desde el punto de vista del comprador de una vivienda ya proyectada pero de construcción futura, y que adelantó unas cantidades precisamente para contribuir a financiar la construcción de una obra que ya había superado su fase de proyecto y que, por lo mismo, hacía concebir sólidas expectativas de finalización. Ese segmento temporal es el que se toma como marco de la contratación de estos “seguros de afianzamiento”. Al encuentro del comprador frustrado sale la ley –que ya lo había hecho para las Viviendas de Protección Oficial a través del Decreto de 3 enero 1963– para garantizarle que si tales cantidades no se aplican al destino previsto y el promotor no se aviene a devolvérselas, va a haber alguien que lo haga.

No estoy diciendo con ello que nos encontremos en un neto escenario de Derecho excepcional, pero la Ley 58/1967 no se encuentra muy lejos de él. Una reglamentación que comenzó previendo sanciones administrativas, delitos de estafa o/y apropiación indebida y penas de cárcel extramuros del propio Código Penal entonces vigente (ya derogados estos preceptos de contenido penal por la Disposición Derogatoria Única de la LO 10/1995 de Código Penal, que dejó sin efecto el artículo 6 de la Ley 57/1968 de 27 de julio), y que sigue conteniendo obligaciones legales de afianzamiento en forma de aval solidario o de suscripción de seguros de caución, no puede ser interpretada precisamente de manera extensiva para que todos o alguno de sus mecanismos se apliquen en circunstancias diferentes a las previstas por el legislador, y ello sin que la extensión se encuentre habilitada normativamente.

Así por ejemplo, el Decreto 3314/68, de 12 diciembre, extiende el ámbito de aplicación de la Ley a comunidades y cooperativas. Pero lo que no cabría, por ejemplo, es extender el mismo a oficinas, locales de negocios u otras dependencias edificables que no sirvan estrictamente al fin primordial de morada más o menos prolongada, pero bajo la conceptualización de hogar familiar, ni tampoco intentar que este mecanismo aseguratorio se aplique forzosamente a etapas distintas del largo periplo de acceso a una vivienda. Así, la Ley 57/1968 no opera en la fase de la redacción del proyecto promotor, ni tampoco mucho tiempo después, cuando, transmitida la propiedad al comprador y entregada la vivienda, sucediera que un tercer adquirente de buena fe le privara de la misma.

En definitiva, el seguro de la Ley 57/1968 tiene un contexto muy específico, y la garantía prevista no puede ser extendida a otros supuestos sin desnaturalizar su ámbito, como tampoco podría por ejemplo, desvirtuarse éste tratando de entender que lo que queda garantizada es la terminación de la obra, como sucede, en cambio, en Francia.

2.4. Las llamadas “pólizas de Tramo I”

Diferente a la delimitación de la cobertura que prestan las pólizas denominadas “de afianzamiento” exigidas por la Ley 57/1968 son las conocidas en el mercado como “pólizas de Tramo I”, un término bien revelador de que se trata también seguros de caución, pero que no se han de regir por dicha ley especial, sino por la regulación común de los seguros de caución, contenida en la LCS (artículo 68) y, naturalmen-

te, en el amplio margen de autonomía de la voluntad que la misma permite.

Entiendo que es distinta la delimitación del riesgo, pues en estas pólizas el incumplimiento contractual por parte del tomador del seguro no va referido a la no construcción en plazo de las viviendas y subsiguiente rechazo de la pretensión de devolución de las cantidades anticipadas. También aquí hay cantidades anticipadas por los asegurados, pero con anterioridad a que se cumplan las condiciones exigibles en el ámbito de las pólizas de afianzamiento previstas por la Ley 57/1968: se trata de seguros que delimitan un riesgo previo en el tiempo, como es el destino exclusivo de las cantidades referidas para atender a cualesquiera gastos generados en el proyecto promotor. Muy típicas son estas pólizas precisamente en el ámbito de las cooperativas de viviendas, y permanecen vigentes hasta que el tomador no obtenga la certificación demostrativa de la calificación provisional de las mismas como Viviendas de Protección Oficial. Se suscriben de manera voluntaria por las sociedades cooperativas, y operan en el tráfico de manera autónoma en relación con las pólizas del Tramo II. Por lo mismo, el estudio del riesgo, que se efectuará por cada promoción que realice el solicitante del seguro, deberá valorarse a la vista de las múltiples vicisitudes por las que cada promoción concreta puede atravesar mientras el proyecto se encuentra en sus fases iniciales, sin que haya mediado aún aprobación del Plan parcial, sin que exista licencia de obras y muchas veces sin que todavía se haya seleccionado empresa constructora alguna. A lo sumo, existe habitualmente una fijación global de costes que incluyen el precio del solar, los honorarios técnicos, las licencias y tasas, los costes de ejecución, los gastos financieros y de gestión..., y una determinación del importe del préstamo hipotecario que habrá que solicitar. Por lo mismo, y a diferencia de lo que sucederá, en su caso, en las pólizas de Tramo II, la tipología de los posibles incumplimientos es variadísima: llegado el caso, no se tratará de devolver una cantidad fija y determinada, resultado de añadir a las cantidades anticipadas los intereses correspondientes, sino de valorar el concreto incumplimiento debido al concreto desvío de fondos, así como el concreto perjuicio sufrido por los asegurados.

Como en cualquier seguro de caución "común", se persigue la eliminación del daño causado al asegurado por incumplimiento de una obligación de hacer que pesa sobre el tomador, pero se trata de una indemniza-

ción que, a diferencia de lo que ocurre con la póliza gobernada por la Ley 57/1968 y su Orden de desarrollo, no es fruto de una simple operación de suma, sino de todo el complejo proceso lógico de prueba y determinación de las indemnizaciones por responsabilidad civil contractual.

Y si el proyecto promotor llega a buen fin, ello será lo que marque el nacimiento del deber del promotor de interesar la suscripción de la póliza de Tramo II, dando lugar a que el asegurador estudie el riesgo propio de la ejecución del proyecto concluido. Si el resultado del estudio es favorable, se emitirá la correspondiente póliza colectiva, que recogerá la información relativa a la promoción (situación de la misma, capital máxima garantizar, tasa de prima, número de viviendas de la promoción, fecha de entrega prevista, etc.). Será entonces cuando se envíe al asegurador la copia de los contratos de compraventa para proceder a la emisión de las pólizas individuales, lo que a su vez supondrá la auténtica aparición en escena de los asegurados en estos seguros de caución obligatorios. En las pólizas individuales aparecerán los datos relativos a la vivienda asegurada, el capital que se asegura al comprador, el número de cuenta especial donde se deben realizar las entregas anticipadas, etc. Naturalmente, el importe total de la suma asegurada en las pólizas individuales no podrá superar el importe por el que se haya emitido la póliza colectiva, salvo que exista acuerdo previo con el asegurador. Y es en el preciso momento de la fecha de emisión de las pólizas individuales cuando comienza el funcionamiento del seguro previsto en la Ley 57/1968, por más que las mismas tomen efecto desde la fecha de los contratos de compraventa. Su vida se extenderá cuando se obtenga la cédula de calificación definitiva en el caso de Viviendas de Protección Oficial o la licencia de primera ocupación o documento análogo para las viviendas de renta libre, que será cuando se cancelen las garantías otorgadas por el asegurador.

Los seguros del Tramo I no sólo son de suscripción voluntaria, sino que como se ha dicho ya, admiten un amplio abanico de posibilidades a la hora de delimitar la garantía desde el punto de vista objetivo. Por ejemplo, nada impide que se diseñe una relación de obligaciones cuyo incumplimiento no quede cubierto, en cuyo caso los concretos desvíos de fondos originarán unos perjuicios que no quedarán garantizados por la póliza correspondiente y cuyo resarcimiento habrá de ser llevado a

cabo por el propio tomador. Al no regir la Ley 57/1968, la libertad de pactos se acompaña por la tradicional consideración *numerus apertus* de los seguros de caución.

2.5. El engarce de los dos tramos

A nuestro entender, los seguros controvertidos en este litigio presentaban importantes oscuridades, y el que el Alto Tribunal resuelva las mismas conforme a los tuitivos principios de *interpretatio contra stipulatorem* y de *interpretatio pro consumatorem* no nos puede excusar de decir que, en el fondo de la cuestión, la STS de 13 de septiembre de 2013 se equivoca. Se trataba de seguros en los que el proyecto se encontraba en sus fases iniciales, sin que hubiera mediado aprobación del Plan parcial, sin que existiera licencia de obras (muchas veces ocurre también que sin que todavía se haya seleccionado empresa constructora alguna). Se trata de circunstancias en las que hay una fijación global de costes que incluye el precio del solar, los honorarios técnicos, las licencias y tasas, los costes de ejecución, los gastos financieros y de gestión, etc. En definitiva, las sumas adelantadas por los cooperativistas tienen que destinarse al proyecto promotor, y tendrán que ser devueltas por la cooperativa si se destinan a otro fin. Si la cooperativa quiere, en fin, suscribirá esta póliza de seguro voluntaria, y si no, pues no lo hará.

La finalidad de los seguros de Tramo I es garantizar que las cantidades entregadas a cuenta se ingresarán en una cuenta especial y se emplearán en la compra de los terrenos y en la confección del proyecto promotor. Y una vez que la cooperativa, conforme a la legislación urbanística, sea titular del derecho a iniciar la edificación y se puedan prever las fechas de iniciación y terminación de las obras y de obtención de las cédulas de habitabilidad y, en todo caso una vez que obtengan la licencia de obra, será cuando la cooperativa tenga la obligación de suscribir el seguro previsto en la ley 57/1968. Repetimos: si en el caso las pólizas no habían hecho la debida separación y los cooperativistas creyeron estar suscribiendo lo que no estaban suscribiendo, no hay mucho que objetar. Más aún si los certificados individuales no les habían sido entregados (más bien es que no fueron entregados porque tampoco habían sido emitidos).

Pero lo que resulta poco deseable es que la idea se extienda incorrectamente y los jueces pasen, a partir de esta sentencia, a aplicar estas pólizas para condenar a los seguros a devolver

las cantidades adelantadas para la confección del proyecto promotor.

3. CONCLUSIÓN

A mi entender, si los condicionados de las pólizas controvertidas contenían los defectos de información denunciados por los demandantes, la respuesta dada por el Tribunal Supremo era la procedente. Cuando los condicionados ofrecen dudas interpretativas, la interpretación que haya de darse a los mismos no puede favorecer a quien creó la oscuridad, sino al asegurado (art. 1.288 C.civ.), máxime si éste recibe en Derecho la calificación de consumidor o usuario.

Pero es que el problema es otro: la STS de 13 de septiembre de 2013 presenta una doctrina que contiene un marcado carácter expansivo que no podemos compartir. Naturalmente que los cooperativistas defraudados tienen derecho a recuperar hasta el último céntimo que invirtieron cuando, transcurrido con creces un tiempo razonable, las viviendas no se han construido y las sociedades cooperativas no se muestran dispuestas a cumplir con su obligación de devolver las cantidades anticipadas. Y naturalmente que, cuando se trata de viviendas ya proyectadas pero todavía no construidas, deben ser los aseguradores quienes salgan al paso de las devoluciones cuando no lo hagan las cooperativas. Al encuentro del comprador frustrado sale la ley 57/1968 para garantizarle que si las cantidades anticipadas no se aplicaron a la construcción y el promotor no se aviene a devolvérselas, va a haber alguien que lo haga. Y por eso precisamente tales pólizas son de suscripción obligatoria.

Pero que se obligue a una asegurador a atender un tipo de siniestro diferente a aquel para el que fue concebido y contratado no es de recibo. Salvando las distancias –que son astronómicas, no se nos entienda mal–, la situación es equivalente a la que durante varias décadas se ha sufrido en el ámbito de los seguros de automóviles cuando un conductor utilizaba su vehículo no como medio de transporte sino como arma homicida. Por supuesto que la víctima lesionada o los perjudicados por la muerte tienen un indiscutible derecho a ser resarcidos, pero el obligado al pago es el autor del delito, pues el seguro de automóviles está para cubrir los daños derivados de los hechos de la circulación, y no los desvaríos de quien sustituye la pistola, la navaja o el veneno por el coche. Lo que no puede valer es que los seguros sean instrumentos de ingeniería social, de redistribución de las rentas o de pura justicia distributiva.



Defensa jurídica. Libre designación de abogado. Límites cuantitativos. Arbitraje

Javier López y García de la Serrana

Abogado - Doctor en Derecho
Secretario General de la Asociación Española de
Abogados Especializados en Responsabilidad
Civil y Seguro

Sumario

1. Introducción

2. El seguro de defensa jurídica: arts. 76.a) a 76.g) de la LCS

3. Defensa jurídica de la responsabilidad civil: art. 74 de la LCS

4. La libre elección de profesionales

- 4.1. Reconocimiento legal
- 4.2. El supuesto del art. 76.d) de la LCS
- 4.3. Limitaciones de las aseguradoras
- 4.4. Legitimación activa del letrado para reclamar los honorarios

5. Directivas europeas y futuras reformas de este seguro

- 5.1. El seguro de defensa jurídica ante la incorporación de la directiva Solvencia II
- 5.2. El seguro de defensa jurídica ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro

6. Arbitraje

7. Conclusiones

1. Introducción

“Si alguien se siente ofendido por mis palabras, le digo que las expreso con afecto y con la mejor de las intenciones, lejos de cualquier interés personal o ideología política”. Papa Francisco.

Quisiera empezar este artículo¹ sobre un tema tan espinoso como es el Seguro de Defensa Jurídica², en el que los letrados nos vemos afectados por el mismo, con esta cita un tanto especial, pues últimamente parece que en el mundo del Derecho de Seguros uno tuviera que estar alineado obligatoriamente con una postura, la de las aseguradoras o la del asegurado, dando pábulo a aquel axioma de “o estás conmigo o estás contra mí”, cuando lo lógico debería ser poder hablar o exponer como jurista sobre cualquier materia sin que a uno le pregunten ¿tú a quien representas?, pues lo lógico, y además necesario para que el Derecho pueda evolucionar, es que existan letrados que como juristas puedan argumentar en sus aportaciones doctrinales cualquier postura que entiendan jurídicamente más acertada, sin perder por ello su libertad de defender en la práctica procesal diaria los intereses de sus clientes, sean estos cuales sean, y sin que ello deba merecer reproche ético alguno.

Por tanto, el objetivo de este artículo es intentar analizar y ahondar de nuevo en los argumentos jurídicos de la doctrina y de la jurisprudencia que interpretan el seguro de defensa jurídica, pero no desde posicionamientos particulares o partidistas, pues tiene uno mucho respeto por el Derecho de Seguros como para hacer eso, sino desde la responsabilidad social del abogado que nos predicaba **Xiol Ríos** en nuestro último Congreso Nacional³, que nos debe obligar a avanzar en el estudio honesto de nuestra materia con el objetivo de aportar todo aquello que sirva para el desarrollo de la mis-

ma, y que permita o contribuya a que en algún momento pueda perfeccionarse su regulación, en el ánimo no desdeñable de evitar conflictos innecesarios, tal y como viene ocurriendo con demasiada frecuencia en esta materia.

Decía **GARRIGUES**⁴ que el Derecho es la forma total de convivencia humana, es el tejido conjuntivo de la sociedad, de manera que «sólo en su aplicación encuentra su razón de ser», pues el Derecho «se da para la vida y rige la vida». Por ello apartándose de una metodología puramente formalista, contrapuso la necesidad de tener en cuenta los resultados que la interpretación jurídica produce en la realidad social, en particular debiendo valorarse la justicia de tales resultados. En esta dirección, **GARRIGUES** se movió dominado por la idea de que el jurista en su labor, cualquiera que sea su naturaleza y el modo especial de sus construcciones, ha de alcanzar una adecuada composición de intereses en conflicto, teniendo siempre presente, como telón de fondo, la aspiración de defensa de la justicia.

A este respecto nos parece particularmente interesante examinar, como ya hizo el profesor **TAPIA HERMIDA** en su reciente trabajo “*El seguro de defensa jurídica. Aspectos polémicos y novedosos del derecho vigente y del proyectado, con particular referencia al límite de la cobertura en supuestos de libre designación de profesionales*”⁵, cómo los tribunales enjuician la forma en la que las pólizas condicionan o limitan el derecho que el art. 76.d) de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro reconoce al asegurado para elegir libremente al profesional que defienda sus intereses, así como los límites que pueden operar tanto de forma cualitativa, confiriendo al asegurador facultades de condicionar su prestación a una evaluación preventiva de la viabilidad de la reclamación del asegurado, como de forma cuantitativa, mediante la fijación de cantidades máximas cubiertas, pues como dice **TAPIA HERMIDA**, “*la realidad nos muestra*

¹ El presente artículo se corresponde en su mayor parte con el contenido de la ponencia que impartiré en el XXX Congreso de Derecho de la Circulación a celebrar en Madrid los días 24 y 25 de abril de 2014.

² Del que ya tuve la oportunidad de escribir el artículo “La libre elección de profesional en el seguro de defensa jurídica”, en Revista Práctica de Derecho de Daños, nº 46, Editorial LA LEY, febrero 2007. Y aunque mantengo la mayor parte de sus argumentos, debo reconocer que tras la evolución que ha tenido lugar en estos últimos siete años, hay alguna de sus conclusiones que si es cierto que ya no comparto.

³ Xiol Ríos, J. A. “La responsabilidad Social de Abogado”, ponencia de Clausura impartida en el XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Valencia, 14, 15 y 16 noviembre de 2013. La ponencia escrita publicada en el manual de ponencias del XIII Congreso Nacional editado por SEPIN no aborda la referida responsabilidad social sobre la que disertó,

sino que analiza “La Responsabilidad Civil del Abogado: Criterios de Imputación”.

⁴ GARRIGUES, J. (1899-1983), uno de los más preclaros juristas españoles del siglo XX, catedrático de Derecho Mercantil desde 1927, fue presidente de honor desde su fundación en 1962 de la Association Internationale de Droit des Assurance (AIDA), cuya sección española, de la que me honro en ser miembro, promovió y presidió hasta su fallecimiento.

⁵ TAPIA HERMIDA, A. J. “El seguro de defensa jurídica. Aspectos polémicos y novedosos del derecho vigente y del proyectado, con particular referencia al límite de la cobertura en supuestos de libre designación de profesionales”, ponencia impartida en el XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Valencia, 14, 15 y 16 de noviembre de 2013. Publicada en el manual de ponencias del XIII Congreso Nacional editado por SEPIN.

ejemplos de pólizas que establecen sumas aseguradas de cuantía tan escasa que resultan incompatibles con la propia cobertura ofrecida por cuanto es manifiesto que, en la práctica totalidad de los supuestos, aquellas sumas no cubren una defensa jurídica mínima. En estos casos, aquellas cláusulas, aun cuando puedan revestir las garantías formales exigidas a las limitativas de los derechos de los asegurados por el art. 3 de la LCS, contradicen la exigencia previa de congruencia con el propio objeto del seguro que ha establecido la jurisprudencia más reciente de la Sala Primera de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo cuando, con ocasión de la distinción entre las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y las limitativas de los derechos de los asegurados, exige que, en todo caso, tanto las primeras como las segundas respeten el principio de congruencia con el propio objeto del seguro y no le vacíen de contenido". No obstante, es igualmente claro que las aseguradoras son libres de ofertar cualquier seguro con las condiciones o cláusulas que estimen pertinentes, siempre que las mismas sean lo suficientemente transparentes –término usado cada día más como necesario para la validez de las cláusulas bancarias–, para que no puedan ser tildadas de oscuras y por tanto puestas en cuestión. Y esa es en definitiva la razón de ser de este estudio, incidir en aquellos aspectos de este seguro de defensa jurídica en los que haya interpretaciones doctrinales o jurisprudenciales discrepantes que en algunos casos traen consigo sentencias contradictorias, con objeto de que el legislador pueda tomar constancia de dichas anomalías judiciales y, aprovechando la reforma prevista para la Ley de Contrato Seguro o la Propuesta de Código Mercantil, pueda mejorar la regulación de este importante seguro que afecta al derecho de defensa, poniendo los medios para intentar evitar los conflictos entre aseguradoras y asegurados, que a ninguno de ellos benefician, o al menos reducirlos a cuestiones menores.

También antes de comenzar el análisis y estudio de la situación actual, doctrinal y jurisprudencial, del seguro de defensa jurídica, conviene hacer una pequeña recopilación histórico-legislativa del mismo con objeto de poder entenderlo mejor. Este seguro nace ligado al desarrollo del automóvil, de la mano de la entidad de origen suizo CAP⁶, en el año 1934 como recuerda **CANO FERRÉ**⁷, y si bien es evidente que se trata de un seguro de los denominados contra daños, a lo

largo de su expansión en el derecho español, se han producido notables discusiones en orden a si se trataba simplemente de un seguro de pago de gastos, o en realidad admitía también el aseguramiento de la prestación de determinados servicios por parte del asegurador. La regulación legal de este seguro se produce en 1990, por Ley 21/90 de 19 de diciembre, con motivo de adaptar a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 87/344 CEE de 22 de junio, reguladora del Seguro de Defensa Jurídica. La citada Ley 21/90, modificó la Ley de Contrato de Seguro 50/80, en lo relativo a la regulación contractual, introduciendo una nueva Sección novena en el título II regulador del Seguro contra daños, sobre seguro de defensa jurídica, artículos 76.a) a 76.g) –la Ley 50/80 sobre Contrato de Seguro, nació sin hacer mención alguna a este contrato de seguro– y modificó también la Ley de Ordenación del Seguro privado de 1984, en lo relativo a las condiciones administrativas para poder operar este específico ramo de seguro.

El citado autor, nos hace un breve repaso de la evolución de esta figura jurídica en los siguientes términos: Es la Orden del Ministerio de Hacienda de 19 de enero de 1951, quien introduce en las pólizas de seguro de automóviles, la denominada Acta o suplemento de Defensa Criminal, a través de la cual se otorgaba defensa jurídica, en aquellos casos en los que, además de defenderse una responsabilidad civil, era preciso la defensa criminal del autor material del hecho, en supuestos en los que se estaba jugando la imposición de sanciones penales. La ampliación de la misma, se produce por Orden Ministerial de 5 de octubre, extendiéndose la cobertura a la reclamación de daños que se hubiesen ocasionado al asegurado. La carencia de mención inicial contenida en la Ley 50/1980 sobre Contrato de Seguro, es suplida por la resolución de la Dirección General de Seguros de 13 de abril de 1981, en la que se aprueba la póliza de Seguro de Automóviles adaptada a la nueva Ley de Contrato de Seguro, conteniendo una Modalidad Cuarta, que fijaba las condiciones contractuales básicas que debía incorporar el Seguro de Defensa Jurídica⁸. La Orden Ministerial de 23 de octubre de 1982,

⁶ Compañía de Asistencia y Protección Internacional.

⁷ CANO FERRÉ, P. "Seguro de Protección Jurídica", ponencia impartida en el I Congreso Constituyente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Granada, 15, 16 y 17 de noviembre de 2001.

⁸ Garantizaba la defensa penal y constitución de fianzas en causa criminal y la reclamación de daños. Respecto a los procedimientos criminales seguidos contra el conductor, garantizaba su defensa personal por los Abogados y Procuradores designados por la entidad, y el pago de todos los gastos judiciales que, sin constituir sanción personal, le fueren impuestos. Igualmente preveía que la reclamación de daños sería dirigida de forma exclusiva por la entidad, eligiendo igualmente la dirección letrada, así como el criterio de viabilidad en las reclamaciones y la interposición de recursos.

introduce la regulación de la libre elección de letrado, la independencia en la dirección técnica de los procedimientos, los límites cuantitativos de honorarios garantizados, el conflicto de intereses y la desavenencia de las partes en cuanto a la viabilidad de los recursos. Será el desarrollo de la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984, llevado a cabo el 7 de septiembre de 1987, la norma que recoja, por primera vez, los ramos de seguro, apareciendo como ramo número 17 el Seguro de Defensa Jurídica. Finalmente, la incorporación de España a la Comunidad Económica Europea, provoca, como ya apuntamos al inicio de la exposición, la transposición de la directiva 87/344/CEE reguladora del Seguro de Defensa Jurídica, mediante la Ley 21/1990.

Hechas estas precisiones, pasamos a centrarnos en el objeto de análisis de nuestro artículo; “la libre elección de profesional en el seguro de defensa jurídica”, el punto de arranque, dados los distintos derechos que se atribuyen al asegurado en uno y otro supuesto, debe ser la distinción entre el seguro de defensa jurídica, regulado en la Sección novena del Título II de la Ley de Contrato de Seguro, artículos 76.a) y siguientes⁹, y la modalidad regulada en el artículo 74 de la mencionada Ley, llamado “defensa jurídica de la responsabilidad civil”. La aplicación excluyente de los artículos 74 y 76.a) de la LCS, hace que, en aquellos casos en los que existe seguro de responsabilidad civil, sea, a juicio de algunos autores, la posición procesal del asegurado la que determine si nos encontramos ante un supuesto u otro; así, nos ubicaremos en el marco del artículo 74 cuando el asegurado es demandado, y por el contrario, cuando sea demandante, estaremos ante un seguro de defensa jurídica del artículo 76.a).

No lo entiende así la sentencia de 18 enero de 2011 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) que establece que la posición procesal del asegurado no es definitiva del tipo de seguro contratado, ya que el seguro de defensa jurídica puede dar cobertura tanto a las reclamaciones del asegurado frente a terceros (posición activa propia del demandante), como a la defensa del asegurado frente a reclamaciones de terceros (posición pasiva propia del demandado). La circunstancia de que esta última defensa jurídica también puede estar cubierta por un seguro de responsabilidad civil no puede hacernos ignorar, dice esta sentencia, que si el asegurador cubre la defensa del asegurado por un seguro de defensa jurídica, el defendido goza de los derechos propios de este tipo de seguro: “*En primer lugar, debe señalarse que no*

ignora la Sala las diferencias existentes entre la defensa jurídica que se presta en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, a la que se hace referencia en el artículo 74 de la Ley de Contrato de Seguro, y la defensa jurídica que se presta en el ámbito del seguro de defensa jurídica, que viene regulado en los artículos 76.a) al 76.g) de la Ley de Contrato de Seguro, como dejamos expuesto en nuestra Sentencia de 30 de marzo de 2010 (JUR 2010, 183689). Ahora bien, no debe perderse de vista que, en el supuesto de autos, la póliza contratada daba cobertura no sólo a la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil, que se contempla en el artículo 2º.3. de las condiciones generales, sino que también amparaba la defensa jurídica propia del seguro de defensa jurídica en las concretas condiciones recogidas en esas mismas condiciones generales, no debiendo olvidarse que los artículos 76.a) y 76.c) de la Ley de Contrato de Seguro permiten que se configure libremente en el contrato el ámbito de cobertura de la defensa jurídica en ellos referida, de tal manera que no tiene que limitarse necesariamente a cubrir exclusivamente las reclamaciones que el asegurado pueda realizar frente a terceros, sino que puede cubrir también las reclamaciones que los perjudicados puedan realizar frente al asegurado, como, por lo demás, permite expresamente el artículo 74 de la Ley de Contrato de Seguro, que autoriza el pacto en contrario”.

En todo caso, la determinación de una u otra norma, como veremos, tiene consecuencias importantes respecto a la amplitud de derechos del asegurado. De forma breve apuntaremos, que mientras que en la defensa jurídica de la responsabilidad civil establecida en el art. 74 de la LCS el asegurador asume la defensa sin límite económico y sin derecho del asegurado a la libre elección de profesionales, salvo en caso de conflicto de intereses, en el seguro de defensa jurídica regulado en los arts. 76.a) y siguientes de la LCS, el derecho fundamental del asegurado viene establecido de forma imperativa en el art. 76.d), consistiendo precisamente en la libre elección de profesionales que le representen y defiendan sin estar sujetos a instrucciones¹⁰.

2. El seguro de defensa jurídica: arts. 76.a) a 76.g) de la LCS

Regulado en el Título II del Seguro contra daños, artículos 76.a) a 76.g), el seguro de De-

⁹ No son apartados, sino verdaderos artículos.

¹⁰ Son múltiples las Sentencias que se ocupan de la distinción entre ambas figuras; SAP León 90/2006 (Sección 2ª) de 5 de abril JUR 2006/131723, SAP Cáceres 488/2005 (Sección 1ª) de 21 de diciembre JUR 2006/27371 entre otras.

fensa Jurídica, es, como hemos visto, un contrato joven, y relativamente complejo. Aunque a primera vista podría parecer un contrato pacífico en su aplicación, nada más lejos de la realidad; *“la praxis aseguradora nos muestra que ocasiona dudas interpretativas esenciales y problemas en su aplicación, sin que se hallen ya no satisfactoriamente resueltos, cuánto menos, satisfactoriamente tratados”*¹¹.

La definición del Seguro de defensa jurídica la encontramos en el art. 76 a) en los siguientes términos *“por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro”*.

TAPIA HERMIDA¹², sintetiza los caracteres generales que presenta:

1. Referencia amplia al siniestro causante del daño, que puede abarcar, según contrato, los procedimientos administrativos, judiciales y extrajudiciales.
2. Definición del seguro por referencia al doble compromiso que puede asumir el asegurador, de tipo indemnizatorio o de prestación en especie.
3. Delimitación del ámbito de aplicación de la normativa específica respecto de prestaciones de defensa o asistencia en viaje, o las derivadas de litigios marítimos.
4. Preocupación fundamental por establecer mecanismos de prevención del nacimiento de conflictos de intereses entre asegurador y asegurado y de solución de los conflictos que nazcan sin perjuicio de los intereses del asegurado.

Se configura como un seguro de reembolso; *“hacerse cargo de los gastos...”*, que cubre la intervención del asegurado en los procedimientos anteriormente mencionados.

El artículo 76.b), excluye de su cobertura *“el pago de multas y la indemnización de cualquier*

gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales”.

El motivo de la exclusión, común en el Derecho comparado, es de orden público, vinculándose a la eficacia preventiva y represiva de las multas de carácter administrativo o judicial de nuestro Ordenamiento, así pues, de estar cubiertas, podría producirse un incremento de las sanciones, incurriendo el asegurado en mayores riesgos.

Dos son los artículos que se ocupan de los aspectos formales del contrato de seguro de defensa jurídica;

- a. El art. 76.c)¹³, recoge dos opciones respecto a la forma que tendrá que presentar el contrato:
 - a.1) Contratación en póliza independiente: en este supuesto, estaríamos ante una póliza simple en la que la *“naturaleza del riesgo cubierto”*¹⁴ es única y se centra en el contenido ya expuesto del art. 76.a).
 - a.2) Contratación en póliza única con otros riesgos: en esta segunda opción, mas frecuente en la práctica, nos encontramos con pólizas complejas, en las que la descripción de la *“naturaleza del riesgo cubierto”* abarcará, además del riesgo definido en el artículo 76.a) de la LCS, otro u otros. En este supuesto, la LCS exige la especificación del contenido de la defensa jurídica garantizada, insistiendo nuestros tribunales en la obligación de dicha delimitación; por otro lado, deberá indicarse igualmente de forma separada, la prima correspondiente a la defensa jurídica cubierta¹⁵.

¹³ Art. 76.c) LCS: *“El seguro de defensa jurídica deberá ser objeto de un contrato independiente. El contrato, no obstante, podrá incluirse en capítulo aparte dentro de una póliza única, en cuyo caso habrá de especificarse el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde”*

¹⁴ Art. 8.3 LCS: *“La póliza del contrato debe contener como mínimo, las indicaciones siguientes: 3. Naturaleza del riesgo cubierto.”*

¹⁵ STS (Sala 1ª) de 20 de abril 2000, RJ 2000,2981, entre otras, afirma: *“Tanto en la Sentencia de 1ª como en la de 2ª instancia, en cuanto entiende fundadamente la sentencia recurrida, que en la póliza de “seguros de automóviles” suscrita por el actor don Lorenzo M. A. y la Aseguradora Uni-*

¹¹ DACHS, M. *“El seguro de defensa jurídica; cuestiones suscitadas en la praxis aseguradora en el ámbito del automóvil”*

¹² TAPIA HERMIDA, A. J.: *“Ley de Contrato de Seguro”*, Editorial Aranzadi, 2ª edición.

b. El art. 76.f)¹⁶ se recoge un deber de información que se impone al asegurador, anticipándolo incluso al momento de la entrega de la póliza. Además del contenido que con carácter general se establece en el artículo 8 de la LCS¹⁷, la póliza deberá recoger los especiales derechos que confiere al asegurado los artículos 76.d) y e), de los que nos ocupamos a continuación.

De los derechos antes aludidos, dos se recogen en el art. 76.d) “elegir libremente el procurador y abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento”,

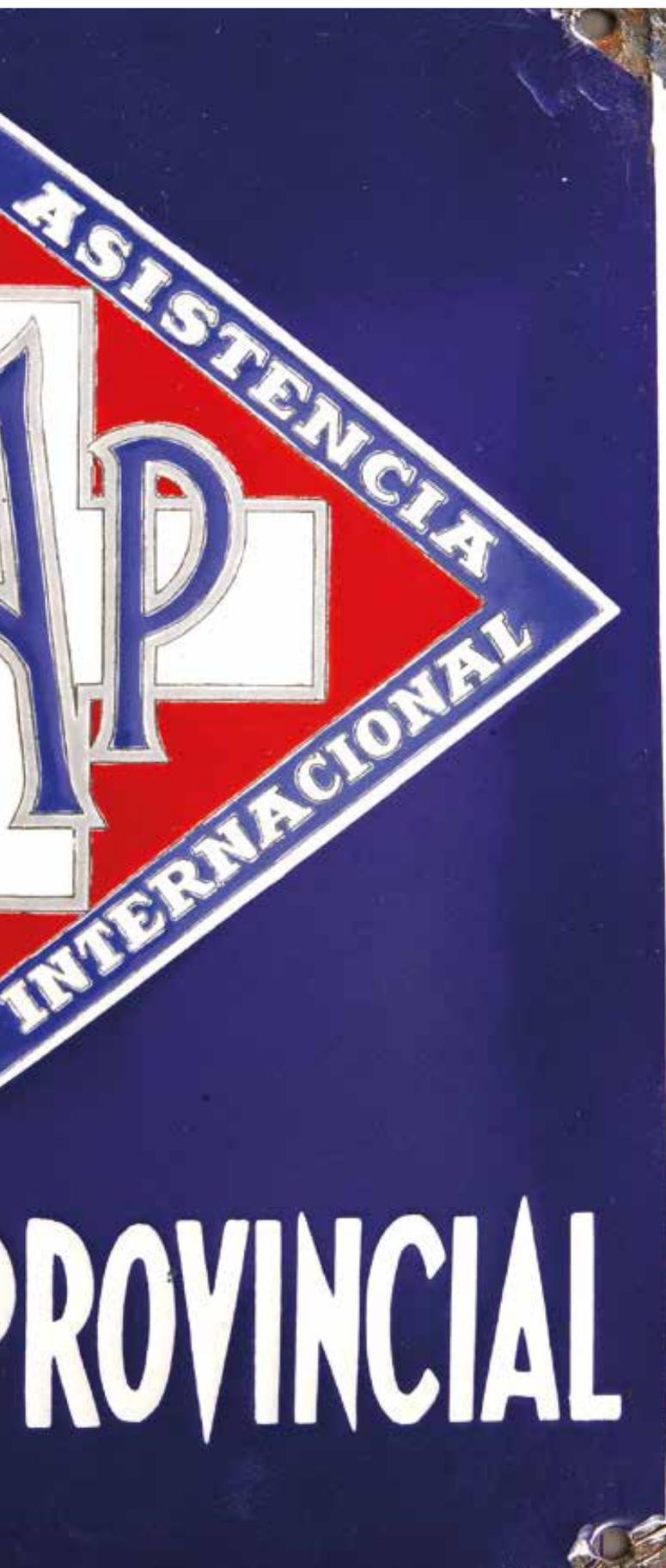
versal, SA de Seguros y Reaseguros, no está comprendido el “contrato de seguro de defensa jurídica”, pues hay que tener presente, que para que así ocurra, de acuerdo con el art. 76.c) “deberá ser objeto de un contrato independiente”, y aunque en el párrafo siguiente del mismo artículo prevé la posibilidad de incluirse en capítulo aparte en una póliza única, es preciso en este supuesto, se especifique el contenido de la defensa jurídica garantizada, y la prima que le corresponde, supuestos que no se recogen en la póliza suscrita por el susodicho señor M. A. y la Sociedad demandada, como se observa de un examen de la misma, pues en el espacio de las “garantías comprendidas”, se señalan como comprendidas en la póliza, la de responsabilidad civil obligatoria, la responsabilidad civil ilimitada, y la defensa y fianza criminales, excluyendo todas las demás garantías, sin ningún otro particular, de los que se deduce sin género de dudas, que en orden a la defensa criminal, la compañía aseguradora asume la defensa de asegurado siempre que se realice bajo la dirección letrada de los abogados de la misma, y respecto a la responsabilidad civil el régimen es el establecido en el art. 74 de la LCS, que establece que el asegurador asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen, salvo en el supuesto que el que reclame, esté asegurado en la misma compañía, o exista algún otro posible conflicto de intereses, en cuyo caso el asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, en cuyo último supuesto quedará obligado el asegurador a abonar los gastos de la dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza”.

¹⁶ Art. 76.f) LCS: “La póliza del contrato de seguro de defensa jurídica habrá de recoger expresamente los derechos reconocidos al asegurado por los dos artículos anteriores. En caso de conflicto de intereses o de desavenencia sobre el modo de tratar una cuestión litigiosa, el asegurador deberá informar inmediatamente al asegurado de la facultad que le compete de ejercitar los derechos a que se refieren los dos artículos anteriores”.

¹⁷ Art. 8 de la LCS: “La póliza del contrato debe contener como mínimo, las indicaciones siguientes:

1. Nombre y apellidos o denominación social de las partes contratantes y su domicilio, así como la designación del asegurado y beneficiario, en su caso.
2. El concepto en el cual se asegura.
3. Naturaleza del riesgo cubierto.
4. Designación de los objetos asegurados y de su situación.
5. Suma asegurada o alcance de la cobertura.
6. Importe de la prima, recargos e impuestos.
7. Vencimiento de las primas, lugar y forma de pago.
8. Duración del contrato, con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos.
9. Nombre del agente o agentes, en el caso de que intervengan en el contrato”.





y “libre elección de abogado y procurador en los casos en que se presente conflicto de intereses entre las partes del contrato”, regulando el art. 76.e) el tercero “derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro”.

Centrándonos en este último, ya que los anteriores serán objeto de estudio en un epígrafe aparte, apuntamos que la base de este precepto, se encuentra en las diferencias de procedimiento sobre la gestión de los siniestros que puedan surgir entre el asegurado y el asegurador. La referencia general al arbitraje, abre la posibilidad de acudir a cualquiera de los tipos previstos genéricamente en nuestro Derecho¹⁸. La finalidad de defensa del asegurado que inspira al precepto, hace que no se admita la designación de árbitros antes de que surja la disputa¹⁹.

Tres son los casos excluidos del art. 76.g)²⁰:

- a. Exclusión de la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil.
- b. Exclusión de la defensa jurídica realizada por el asegurador de la asistencia en viaje.

¹⁸ TAPIA HERMIDA, A. J. “La Ley de Contrato de Seguro”, Editorial Aranzadi, 2ª edición, apunta como posibles arbitrajes a utilizar los siguientes:

1. El marco general establecido por el artículo 61 de la Ley de Ordenación y Suspensión de los Seguros Privados.
2. La sumisión de las diferencias del seguro de defensa jurídica al arbitraje de consumo del artículo 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
3. La sumisión de las diferencias del seguro de defensa jurídica al arbitraje genérico de la Ley 36/1988.

¹⁹ Art. 76.e), párrafo II: “La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada”

²⁰ Art. 76.g): “Los preceptos contenidos en esta Sección no serán de aplicación:

1º. A la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil, de conformidad con lo previsto en el artículo 74.

2º. A la defensa jurídica realizada por el asegurador de la asistencia en viaje.

En este caso, la no aplicación de las normas de esta Sección quedará subordinada a que la actividad de defensa jurídica se ejerza en un Estado distinto del de la residencia habitual del asegurado; a que dicha actividad se halle contemplada en un contrato que tenga por objeto única y exclusivamente la asistencia a personas que se encuentren en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias de su lugar de residencia habitual y a que en el contrato se indique claramente que no se trata de un seguro de defensa jurídica, sino de una cobertura accesoria a la de asistencia de viaje.

3º. A la defensa jurídica que tenga por objetos litigiosos o riesgos que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas.”

- c. Exclusión de la defensa jurídica en litigios o riesgos vinculados a buques o embarcaciones marítimas.

3. Defensa jurídica de la responsabilidad civil: art. 74 de la LCS

Ubicado dentro de la Sección octava, Seguro de responsabilidad civil, del Título II de la LCS, el art. 74 dispone: “*Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación de perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador.*”

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando quien reclame esté también asegurado con el mismo asegurador o exista algún otro posible conflicto de intereses, éste comunicará inmediatamente al asegurado la existencia de esas circunstancias, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que por su carácter urgente sean necesarias para la defensa. El asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza”.

Se limita por tanto a regular los supuestos de intervención del asegurado en un procedimiento ya iniciado por la reclamación de un tercero perjudicado; cualquier otra intervención del asegurado, quedaría regida por lo dispuesto en el apartado anterior, artículos 76.a) y siguientes de la LCS. El fundamento de este precepto, está en el interés del asegurador en el resultado de la reclamación de los perjudicados, lo que hace que asuma la “dirección jurídica”.

Igualmente “serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen”, incluyéndose en el término “gastos de defensa”, a juicio doctrinal, tanto los ocasionados en el campo extrajudicial como en el judicial, y sin límite alguno en cuanto a la cuantía, excepto en los supuestos en que la defensa se confíe a un tercero²¹, en cuyo caso, respondería exclusivamente hasta la cuantía fijada en la póliza, salvo que por pacto se hubiese establecido otra cosa.

El artículo 74 de la LCS, impone al asegurado una serie de “deberes” que podemos resumir de la siguiente forma:

- a. Deber de colaborar con carácter genérico: recogido al final del primer párrafo, tiene un carácter genérico para el cumplimiento de los fines asignados al asegurador, compaginándose con el derecho que tiene el asegurador de llevar a cabo la gestión del siniestro. Los actos del asegurador no podrían efectuarse sin una conducta determinada del asegurado.
- b. Deber de informar: el asegurado tiene la obligación de aportar cuantos datos tenga a fin de lograr la mejor defensa posible contra las reclamaciones del tercero perjudicado.
- c. Deber de colaborar en las actuaciones procesales: incluye supuestos tan amplios como la transmisión al asegurador de las citaciones o notificaciones recibidas, otorgar poderes a los procuradores o abogados previamente elegidos por el asegurador, seguir instrucciones de éstos...la infracción de este deber no sólo por esta causa, sino por otras, dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios a cargo del asegurado.
- d. Deber de no reconocer la propia responsabilidad: el fundamento de este deber, lo encontramos, una vez más, en la asunción por parte del asegurador de la dirección jurídica frente a las reclamaciones del perjudicado.
- e. Prohibición de transigir: este deber queda enlazado con la dirección jurídica asignada al asegurador, y con el analizado anteriormente, la obligación de no reconocimiento de responsabilidad.

Se ocupa el precepto también de los casos en los que existe un conflicto de intereses entre el asegurado y el asegurador, en el párrafo segundo²². Se trata de supuestos en los que surgen intereses contrarios a los de la defensa del asegurado por parte del asegurador frente a la reclamación del perjudicado. En este caso, la Ley exige la puesta en conocimiento del asegurado de esta circunstancia para que el asegurado pueda adoptar las medidas que estime más convenientes a su situación.

²¹ Art. 74.2 *in fine*.

²² Se ocupan de esta materia entre otras muchas sentencias, SAP Almería de 17 de enero de 2001 (JUR 2001, 82039), SAP Guipúzcoa de 6 de febrero de 2001 (JUR 2001, 298089), SAP Lugo de 6 de noviembre de 2000 (AC 2000, 5238), SAP Zaragoza de 2 de octubre de 2000 (AC 2000, 1877)...

Se tratan dos casos:

1. Supuestos en los que quien reclama está también asegurado con el mismo asegurador: es claro que en estos casos, la independencia del asegurador está visiblemente debilitada, y ello con independencia del tipo concreto de contrato suscrito entre el asegurador y el perjudicado. Aunque abarca un amplio número de casos, en algunos, este conflicto sería más patente, casos como por ejemplo, cuando el asegurador tiene derecho a la subrogación contra el causante del daño y este no tenga cubierta por completo su responsabilidad civil con el contrato de seguro, o cuando tanto el causante del daño como el perjudicado tienen cubierta su responsabilidad civil con el mismo asegurador y se hayan causado daños recíprocos...
2. En el segundo grupo, “otro posible conflicto de intereses”, queda redactado de forma más amplia, comprendiendo supuestos en los que se dan las circunstancias para que aparezca dicho conflicto, aunque aún no se hayan dado.

Una vez acaecida alguna de estas posibilidades, el asegurador debe abstenerse de la dirección jurídica, notificando al propio interesado para que efectúe la opción a la que alude el artículo 74, sin perjuicio de la obligación por parte del asegurador de realizar aquellas diligencias que tengan carácter urgente. Si el asegurado opta por encargar la defensa a un tercero, es claro que los gastos que ocasione la defensa, correrán a cargo del asegurador hasta el límite pactado.

Por último mencionar, que la dirección jurídica desempeñada por el asegurador, puede implicarle la obligación de responder de los daños y perjuicios sufridos en los siguientes casos:

- a. Cuando, ante la legítima reclamación de un tercero, y sin que exista pacto en contrario, no asume la dirección jurídica.
- b. Cuando asume la defensa en casos en los que debió abstenerse según la ley.
- c. Cuando ha causado daños al asegurado en los supuestos en que le corresponde esa dirección jurídica. Se podrían incluir en este apartado, casos como el analizado en la SAP Madrid núm. 421/2005²³,

en la que se admite la reclamación del perjudicado por vía de la acción directa contra el asegurador, en el caso de negligencia en la elección del despacho de abogados para la defensa de los intereses jurídicos del asegurado.

4. La libre elección de profesionales

4.1. Reconocimiento legal

Son varios los preceptos existentes en nuestro ordenamiento en los que se consagra con carácter general el reconocimiento a la libre elección de abogado y procurador, así, el art. 545.1 de la LOPJ, establece: “*Salvo que la Ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los procuradores y abogados que reúnan los requisitos exigidos por las leyes*” y en la misma disposición legal, el art. 440 establece lo mismo. En el mismo sentido el nuevo Estatuto General de la Abogacía²⁴, prevé en su artículo 6.1: “La intervención libre e independiente del Abogado es garantía de efectividad del derecho fundamental de defensa.”

También el Estatuto de los Procuradores de los Tribunales de España²⁵, hace alusión a este derecho en el artículo 4.

En el ámbito europeo, el reconocimiento a la libre elección podemos encontrarlo en el artículo 6.3.c) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁶, artículo que reconoce como derecho de todo acusado “defenderse él mismo o a ser asistido por un defensor de su elección”. La Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987, del Consejo sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica²⁷, en su artículo 4.1, dispone: “*Todo con-*

²⁴ El nuevo Estatuto General de la Abogacía, fue aprobado el 12 de junio de 2013 por unanimidad del pleno del Consejo general de la Abogacía Española y entrará en vigor tras la publicación en el BOE del Real Decreto que apruebe este texto normativo regulador del ejercicio profesional del abogado y sus relaciones con los clientes y de la organización colegial de la Abogacía institucional. Mientras tanto continuará aplicándose el Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

²⁵ El Estatuto de los Procuradores de los Tribunales de España, es aprobado por Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, BOE de 21 de diciembre de 2002.

²⁶ Aprobado en Roma, el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por el Estado español, el 26 de septiembre de 1979, y publicado en el BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979.

²⁷ DOL núm. 185 de 4 de Julio.

²³ SAP Madrid 421/2005 (Sección 21ª) de 13 de septiembre, JUR 2005/219840

trato de defensa jurídica reconocerá de forma explícita que: a) cuando se recurra a un abogado o cualquier otra persona que posea las cualificaciones requeridas por la legislación nacional para defender, representar o servir los intereses del asegurado, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, el asegurado tendrá la libertad de elección; b) el asegurado tendrá libertad de elegir abogado o, si lo prefiere y en la medida en que lo permita la legislación nacional, cualquier otra persona que posea las cualificaciones necesarias, para servir sus intereses cada vez que surja u conflicto de intereses”.

Por su parte, **SÁNCHEZ CALERO**²⁸, nos recuerda que toda persona tiene derecho a la protección judicial de los derechos, con tutela efectiva de jueces y tribunales, recordando que se trata este, de un derecho fundamental amparado por la Constitución.

4.2. El supuesto del art. 76.d) de la LCS.

El artículo 76.d) de la LCS²⁹, reconoce el derecho a la libre elección de Abogado y Procurador en el Seguro de Defensa Jurídica, que es justificado por la doctrina, como un derecho que encuentra su base en el carácter de confianza y en los vínculos que se crean entre defensor y defendido, existiendo, por tanto, un intuitu personae esencial en la elección y ejercicio de ambos oficios.

El artículo objeto de estudio, concede ese derecho de elección al asegurado, cumpliendo de esta forma con la regla general establecida en el párrafo 3º del artículo 7 de la propia LCS³⁰, habrá que acudir por tanto a la póliza para determinar la persona física o jurídica asegurada en cada caso. No obstante, la jurisprudencia más reciente viene matizando esta afirmación, al entender que “*parece razonable que la mención al “asegurado” para libre elección de abogado y procurador para su defensa y represen-*

tación, comprenda a todas las personas las cuales tengan un interés económico sobre el bien objeto del seguro, es decir quienes puedan sufrir algún quebranto económico con ocasión de la circulación de vehículos de motor”³¹.

TAPIA HERMIDA³², con la intención de determinar los supuestos en los que el asegurado puede ejercer la facultad de libre elección, compara los artículos 76.d) de la LCS, con la Disposición Adicional Tercera de la LOSSP, distinguiendo tres casos:

1. Cuando el contrato haya previsto el derecho del asegurado a confiar la defensa de sus intereses a un abogado de su elección a partir del momento en que tenga derecho a reclamar la intervención del asegurador; aunque no está expresamente previsto en la LCS, se deduce de la Disposición Adicional Tercera de la LOSSP, anticipándose en este caso el ejercicio de tal derecho, pudiendo incluso reconocerse en hipótesis que la LCS nunca lo admitiría³³.
2. Cuando se produzca un conflicto de intereses con el asegurador; previsto en el segundo párrafo del artículo 76.d), anticipa el derecho de libre elección, ya que lo concede aún cuando, sin llegar a un procedimiento surge el citado conflicto de intereses. Resume el autor diciendo

³¹ SAP Zaragoza 27/2006 (Sección 2ª), de 24 de enero, JUR 2006/89898, en el mismo sentido SAP Asturias 128/2006 (Sección 5ª) de 10 de abril, JUR 2006/131656, así esta última dispone: “*al referirse al derecho de libre elección de Abogado y Procurador la cláusula 1.2 a), se alude literalmente al asegurado, ello no debe conducirnos a excluir de tal derecho a quienes estando amparados por el seguro de defensa jurídica no reúnan la condición de asegurado y ello pues tal exclusión no figura en ningún momento en el documento y además el derecho de libre elección de Abogado y Procurador para el asegurado se vincula en condicionado general al art. 74 de la LCS, precepto que como es sabido establece que, salvo pacto en contrario, el asegurador en el seguro de responsabilidad civil asume la dirección jurídica frente al perjudicado, pero en el presente caso no se trata de la aplicación del citado art. 74 sino del 76, y como señala la sentencia citada por la parte apelante de la Sección 7ª de esta Audiencia Provincial de fecha 19-02-2004, en un supuesto análogo al de autos: “el clausulado transcrito para nada se refiere al “asegurado” sino a otros sujetos concretos a quienes extiende la cobertura del seguro de defensa jurídica contratado”.*

³² TAPIA HERMIDA, A. J. “Ley del Contrato de Seguro” Editorial Aranzadi, 2ª edición.

³³ Por ejemplo, en casos en que, sin existir conflicto de intereses con el asegurador, se resuelva el siniestro en una vía transaccional, amistosa o extrajudicial con intervención del abogado libremente designado por el asegurado.

²⁸ SÁNCHEZ CALERO, F. “Comentario al artículo 74 LCS”, en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, 3ª edición, Pamplona 2005.

²⁹ Art. 76 d): “*El asegurado tendrá derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento. El asegurado tendrá, asimismo, derecho a la libre elección de Abogado y Procurador en los casos en que se presente conflicto de intereses entre las partes del contrato. El Abogado y Procurador designados por el asegurado no estarán sujetos, en ningún caso, a las instrucciones del asegurador*”.

³⁰ Art. 7.3 LCS: “*Los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida*”.

que “las dos hipótesis que dan origen al derecho de libre elección de los profesionales por el asegurado serán por lo tanto, alternativas en el tiempo y se integrarán recíprocamente porque, cuando nazca el conflicto de intereses, nacerá la facultad de libre elección de profesionales, libre elección que será válida aun cuando después del siniestro se concrete en forma de procedimiento”.

3. Cuando el asegurado intervenga en un procedimiento; la amplitud que se intuye del artículo, permite incluir en el mismo todo tipo de procedimientos (civil, penal, contencioso-administrativo, social) y cualquiera que sea la posición, activa o de demandante y pasiva o de demandado, que pudiera ocupar el asegurado.

Quizás uno de los rasgos en los que encontramos diferencia entre el art. estudiado y el 74 del mismo cuerpo legal, está en el tercer párrafo del 76.d), en el que se prohíbe cualquier injerencia por parte del asegurador en la actividad del abogado y procurador. Así, mientras en el seguro de responsabilidad civil, el asegurador tiene un interés legítimo en la absolución del asegurado frente a la reclamación del tercero perjudicado, razón por la cual el art. 74 le concede la dirección jurídica “salvo pacto en contrario”, en el seguro de defensa jurídica, la inexistencia de un interés legítimo del asegurador respecto al pronunciamiento absolutorio o condenatorio del asegurado frente al tercero, nos lleva a reconocer a dicho asegurado la libre dirección técnica.

Por tanto, una de las cuestiones centrales del asunto radica en la diferenciación de los artículos 74 y 76.a) de la LCS; si bien es cierto que la jurisprudencia mayoritaria se muestra bastante uniforme a la hora de fijar los requisitos que distinguen a un precepto de otro, no faltan autores que comienzan a discrepar de la opinión de los tribunales.

La doctrina jurisprudencial establece la distinción del seguro de defensa jurídica con la cobertura de la defensa frente a la reclamación del perjudicado, en que el primero es una modalidad de seguro que, con tal denominación, se regula en la Sección Novena del Título II, artículos 76.a) a 76.g), en la Ley 50/80 de 8 de octubre del Contrato de Seguro, cobertura que, como establece el párrafo primero del art. 76.c), deberá ser objeto de un contrato independiente o de inclusión en capítulo aparte dentro de una póliza única, en cuyo caso habrán de especificarse

separadamente el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde; la defensa frente a la reclamación del perjudicado, en cambio, es una cobertura que necesariamente acompaña al seguro de responsabilidad civil salvo pacto en contrario, y ello por disposición del artículo 74 de la misma Ley de Contrato de Seguro, cobertura que, como claramente describe el precepto, únicamente ampara la defensa del asegurado frente a la reclamación de terceros perjudicados³⁴.

La SAP Badajoz 342/2005³⁵ lo expresa en los siguientes términos: “En consecuencia, para que la cobertura de defensa jurídica contratada pueda considerarse como un contrato independiente, se requiere que consten en las Condiciones Particulares del Contrato, de forma expresa e inexcusable, los siguientes requisitos: 1) El contenido de la defensa jurídica garantizada. 2) La prima que le corresponde. 3) Los derechos reconocidos al asegurado en los artículos 76.d) y 76.e) de la Ley de Contrato de Seguro; requisitos que, salvo el primero, no concurren en el presente caso porque no todos ellos constan en la póliza de seguro concertada por la actora”.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 25 noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª) que niega la cobertura de una defensa jurídica diferente a la accesoria al seguro de responsabilidad civil. En concreto, esta Sentencia dice: “El documento número 1 aportado con la demanda, es una póliza de seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación, que tiene su regulación en el artículo 74 de la mentada norma jurídica. La defensa jurídica del contrato de responsabilidad civil de la circulación, es un elemento accesorio o complementario del seguro de responsabilidad civil, diferente del de defensa jurídica, cuyas normas no le son de aplicación, como declara el artículo 76.g) de la Ley de Contrato de Seguro. No se regula el contenido de la defensa jurídica diferente a la derivada del contrato de seguro de responsabilidad derivada de la circulación en el documento 1 de la demanda. Esta tesis que mantenida en las sentencias de la Audiencia de Cádiz de 18 de noviembre de 2000 y de 5 de mayo de 2005 y en la doctrina jurisprudencial, sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2000 y 31 de enero de 2008. Por todo ello, se desestima el recurso de apelación confirmándose la sentencia de instancia”.

³⁴ SAP Cáceres 488/2005 (Sección 1ª) de 21 de diciembre JUR 2006/27371.

³⁵ SAP Badajoz 342/2005 (Sección 2ª) de 30 de septiembre JUR 2006/11695.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) de 11 de noviembre de 2011 entiende que *“este seguro integrado en el de responsabilidad civil -se refiere a la cobertura de defensa del art 74 de la LCS- no se ha de confundir con el seguro de defensa jurídica, artículos 76.a) a 76.g) de la Ley de Contrato de seguro, incorporados por la Ley 21/1990 de 19 de diciembre para adaptar al Derecho Español la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos del de vida y actualización de la legislación de seguros privados, porque éste es un seguro independiente, distintos del de responsabilidad civil que pueda tener el asegurado con la misma compañía o con otra aseguradora, así lo dispone el artículo 76.c) que dispone que este seguro -defensa jurídica- deberá ser objeto de un contrato independiente, sin perjuicio de que pueda incluirse en capítulo aparte dentro de una póliza única, pero en tal caso deberá especificarse el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde (STS de 20 de abril de 2000), y en él el asegurado tiene derecho a elegir libremente procurador y letrado que no estarán sujetos a instrucciones del aseguradora -artículo 76.d) LCS- (diferencia ésta que en la práctica puede no ser tal al poder las partes en el seguro de responsabilidad civil y en relación con la asistencia jurídica, pactar al regir salvo en el límite indicado, la autonomía de la voluntad de las partes, la elección de Procurador y letrado que habrán de asistir a la parte)”*.

Por su parte la recientísima sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª) de 12 de marzo de 2014, vuelve a hacer recaer sobre el asegurado la falta de cumplimiento de las formalidades: *“Se observa que no nos encontramos ante un “Seguro de Defensa Jurídica”, regulado en los artículos 76.a) a 76.g) de la Ley de Contrato de Seguro, en el que el derecho del asegurado a elegir libremente al Procurador y Abogado que hubieran de representarle y defenderla (art. 76.d) LCS), constituye el contenido obligatorio (art. 2 LCS), sino ante una garantía pactada de defensa jurídica o cobertura de defensa jurídica anexa a un contrato de seguro, o sea, ante una cobertura más de las contempladas dentro de un seguro de responsabilidad civil del Automóvil, ligada al art. 74 LCS. Para que pudiésemos hablar de un “contrato de defensa jurídica”, ha de tenerse presente que, de acuerdo con el art. 76.d) LCS, debe ser objeto de un contrato independiente y, aunque el propio precepto prevé la posibilidad de incluirse en capítulo aparte, en una póliza única (como parecería ser el caso de autos), es preciso, en tal supuesto, que se especifique el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que se corresponderla con esa garantía (o la parte*



que, en la prima total, se corresponde con ella); e igualmente sería necesario, conforme al art. 76.f), que la póliza del contrato de seguro de defensa jurídica recogiera expresamente los derechos reconocidos al Asegurado en los artículos 76.d) y 76.e) LCS, a saber, el derecho a la libre elección de Abogado y Procurador que hubieran de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimientos, incluso en el caso de conflicto de intereses con la Aseguradora, y el derecho a sometimiento a arbitraje de la diferencias entre las partes del contrato.

Pues bien, se observa que, en la póliza examinada no se recoge específicamente ese contenido obligatorio del contrato. De todo ello se deduce que, en orden a la defensa criminal, la Compañía Aseguradora, asume la defensa de Su Asegurado, siempre que se realice bajo la Direc-



ción Letrada de los Abogados de la Compañía y, respecto a la responsabilidad civil, el régimen es el establecido en el art. 74 de la LCS, que establece que el Asegurador asume la Dirección Jurídica frente a la reclamación del perjudicado y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen, salvo el supuesto en que, el que reclame, este asegurado en la misma compañía o exista algún otro posible conflicto de intereses, en cuyo caso el Asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la Dirección Jurídica del Asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, en cuyo último supuesto quedará obligado el Asegurador a abonar los gastos de la defensa jurídica hasta el límite pactado en la póliza.

Por tanto, el seguro contratado en la póliza de autos, no tiene otro alcance que el del art. 74 LCS, la asunción con el mismo contenido de la

defensa del Asegurado, que no alcanza la libre elección de Procurador y Abogado, ni la imputación su coste a la Aseguradora. Si no estamos ante un “contrato de defensa jurídica” no sería posible el éxito de la demanda rectora de la litis, ni por tanto, del recurso enjuiciado pues la causa de pedir de la demandante se basa en un supuesto “contrato de seguro de defensa jurídica” que, como hemos visto, es inexistente”.

Estas Sentencias ratifican el criterio sentado por la jurisprudencia precedente en el sentido de que para que exista seguro de defensa jurídica se requiere que consten en las Condiciones Particulares del Contrato de forma expresa el contenido de la defensa jurídica garantizada, la prima que le corresponde y los derechos reconocidos al asegurado en los artículos 76.d) y 76.e) de la Ley de Contrato de Seguro.

No obstante, parecen discrepar de esta tesis diversas sentencias como la de la Audiencia Provincial de Cáceres de 22 de octubre de 2002³⁶, que en un supuesto de falta de acuerdo acerca de si se había concertado o no un auténtico seguro de defensa jurídica, afirmaba “... que con una póliza donde en las condiciones particulares firmada y sellada por la Compañía de seguros se especifica “defensa jurídica hasta 500.000”, no podemos acoger que esa cobertura no estaba pactada. Y ello a pesar de que no conste en un contrato independiente y con todos los requisitos establecidos en el art. 76 después de la modificación de 1990 que en el apartado a) dice en caso de que esa cobertura no conste en un contrato aparte y si forma parte de la misma póliza ha de estar incluido en un apartado aparte dentro de la póliza única en cuyo caso habría de especificar el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde, y como estos requisitos no concurren en el presente supuesto debe entenderse por no constituida esa póliza (...) figura el concepto específico, y la cuantía máxima de reclamación, y aunque no se ha acreditado que la Cía. de Seguros haya procedido a desglosar independientemente qué cuantía del total de la prima correspondería a esa cobertura, no por ello puede quedar sin obtener el asegurado, o en su caso el perjudicado, el resultado de parte de ese contrato de seguro.

Resalta la sentencia, que el contrato de seguro es un contrato de adhesión, por lo que, quien debe procurar cumplir las pautas legales de forma en ese negocio, es la aseguradora

³⁶ SAP Cáceres 25//2002 (Sección 2ª) de 22 de octubre, JUR 2003/99459.

que lo redacta, por lo que si concierta una determinada cobertura expresamente no puede posteriormente, y porque la propia Compañía no haya cumplido con esos requisitos, querer traspasar al particular las consecuencias de esa falta de formalidades, pronunciándose en los siguientes términos “... a igual conclusión debe llegarse con la falta de fijar en los recibos de la prima qué cantidad se pagaba por esa cobertura ya que como se ha expuesto ese cálculo le corresponde a la Cía. de Seguros y por lo tanto si no lo ha hecho no puede repercutirle la consecuencia negativa de ello al asegurado, al que la Cía. le tiene firmada y reconocida una determinada cobertura, entre ellas y en este caso específico la defensa jurídica hasta 500.000 Ptas (...). Solventadas todas las cuestiones suscitadas debe deducirse la existencia de la cobertura de defensa jurídica y por lo tanto habiéndose llevado a cabo esa defensa, los gastos derivados de la misma deben imponerse a la Compañía demandada dado el contrato de seguros existente”³⁷.

Entiende esta sentencia que no puede beneficiar a la aseguradora el incumplimiento de su obligación de precisar qué parte de la prima que cobra por diversos conceptos, entre ellos el de defensa jurídica, corresponde a este contrato especial, es decir, si en las pólizas se recoge con carácter genérico la cobertura de la defensa jurídica, el hecho de que la Compañía no especifique qué cuantía concreta de la prima se asigna a la misma, no puede perjudicar al asegurado, ya que en este caso, se produciría una vulneración de sus derechos básicos como consumidor³⁸; como nos recuerdan entre otras muchas, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba en sentencia de 4 de noviembre de 1.999, de Salamanca, en sentencia de 13 de marzo de 2002 y de Huelva, en sentencia de 17 de abril de 2002, que la oscuridad de los contratos no puede favorecer a la parte más fuerte en la contratación, que es la que redacta los documentos y a la que se adhiere el asegurado.

³⁷ En términos similares, la SAP Murcia 331/2003 (Sección 1ª), de 11 de noviembre, JUR 2004/76492, y la SAP Murcia núm. 173/2004 (Sección 1ª), de 31 de mayo, JUR 2004/290357

³⁸ Art. 2 Ley General para la Defensa los Consumidores y Usuarios: “1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

2. Los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”. Art. 10 LGDCU: “En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor”.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 17 septiembre de 2010 de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª) que atiende al límite establecido³⁹ para el seguro de protección jurídica por el asegurador en relación con las coberturas ofrecidas para afirmar que nos encontramos ante un seguro de defensa jurídica –con todas las consecuencias derivadas de esta calificación en términos de derechos del asegurado– aun cuando las condiciones de la póliza no lo recojan expresamente: “Conforme a los razonamientos precedentes, la línea divisoria que separa la dirección jurídica que el artículo 74 reconoce al asegurador de la responsabilidad civil, de lo que es propiamente seguro de defensa jurídica, no puede trazarse con criterios formalistas, deteniéndose en la existencia o no de los requisitos previstos por el art. 76.c), reguladores de la autonomía formal, económica y objetiva del seguro de defensa jurídica, porque ello dejaría al arbitrio de la compañía de seguros, redactora de la póliza, la naturaleza misma del contrato. Para saber si nos encontramos ante una clase u otra de seguro, habrá de estarse a los intereses en juego, de modo que, si las consecuencias del proceso o conflicto jurídico a que se enfrenta el asegurado van a recaer directamente sobre el asegurador en atención a la cobertura de responsabilidad civil, estaremos dentro de los límites del art. 74; caso contrario, estaremos ante un seguro de defensa jurídica”. En este caso la póliza establece las garantías contratadas (doc. nº 1 anexo a la demanda), responsabilidad civil de suscripción obligatoria, voluntaria ilimitada, incendio, robo de vehículo, rotura de lunas, accidentes corporales del conductor, privación permiso de conducir diario hasta dos mil pesetas por periodo de un año, seguro de asistencia en viaje, y, seguro de protección jurídica hasta un millón de pesetas, ascendiendo la prima de la póliza en total a 81.199 ptas. en enero de 2001, fecha de la póliza. Si no se hubiesen contratado todas estas coberturas la prima habría sido menor, de lo que deducimos que el seguro de defensa jurídica se contrata de forma expresa por el asegurado aun cuando en las condiciones particulares no conste de forma expresa, de lo contrario, en caso de estar ante un seguro de responsabilidad civil ex art. 74, no hubiese sido necesario incluir la cobertura de protección jurídica...”.

4.3. Limitaciones de las aseguradoras

Quizás la limitación mas significativa, sea la de la elección propiamente dicha del profesio-

³⁹ Hasta un millón de pesetas (6.000 euros), cantidad diez veces superior a la que actualmente, 13 años después, se viene estableciendo como límite.

nal que el asegurado considere mas adecuado en los supuestos del art. 74 de la LCS del cual ya nos hemos ocupado; así “salvo pacto en contrario” será el asegurador quien asuma la dirección jurídica, incluyendo la designación del Abogado y Procurador⁴⁰.

a) Límite cuantitativo.

El profesor **TIRADO SUÁREZ**⁴¹, se ocupó de esta materia en lo que él denominó “Las cortapisas de los aseguradores a la libre elección”; comenzaba apuntado como la limitación más frecuente de las aseguradoras en este tema, una de tipo económico; el establecimiento de una cantidad prefijada en las condiciones particulares de la póliza, que cifraba, en algunas pólizas, en 3.000 euros, lo que le llevaba a preguntarse como primera cuestión, si se trata de una delimitación del riesgo o de una cláusula limitativa de derechos, o abusiva, en el supuesto de que la suma asegurada fuera ridícula, citando como ejemplo un límite 600 euros, que en el momento de su ponencia –en el XXII Congreso de Derecho de la Circulación– era extraño encontrar, pero que ahora –8 años después– es muy habitual.

No obstante, la “suma asegurada”, en función de su estipulación contractual, puede ser ilimitada -ya quedan pocas pólizas de este tipo⁴²-, limitada e incluso contener una fórmula “mixta”, es decir, limitada en libre elección de profesional e ilimitada en prestación de servicios por los letrados de la aseguradora. En este último sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 24 de octubre de 2003⁴³ declaró la validez de la fórmula “suma asegurada en libre designación e ilimitada en prestación de servicios”, sin perjuicio de su carácter limitativo.

Sobre este extremo, **OLMOS PILDÁIN**⁴⁴ sostiene que la cantidad máxima contratada constituye una delimitación de cobertura, y no puede confundirse con limitación de derecho. Una acepta-

ción económica y de necesidad de equilibrio de prestaciones del contrato, en relación a la prima, abogaría también a favor de dicha tesis. A su vez, el principio sobre el que descansa el ejercicio de la abogacía de libertad del abogado en la fijación de sus honorarios, queda respetado. La limitación de cobertura económica, no incide en los honorarios del abogado, cuyo profesional ajeno a la relación contractual del seguro, frente a su cliente/asegurado, le asiste el derecho a cobro de la totalidad de los honorarios pactados. La fórmula mixta, le ofrece mayor duda. La autora reseñada, a diferencia del supuesto anterior, mantiene que ello puede constituir una limitación encubierta al derecho de libre elección del asegurado. Debemos pues preguntarnos si en definitiva, representa una restricción *contra legem*, al prever la ley en plano de igualdad las dos opciones (gastos/prestación de servicios) de la prestación.

Entre la jurisprudencia menor se mantienen distintas posiciones, así la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 26 de octubre 2005 defendía el límite de la suma asegurada como cláusula delimitadora, al igual que la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª)⁴⁵ de 5 noviembre de 2010, que considera que el establecimiento en una condición de la póliza de la forma en la que debe ejercitarse el derecho a la libre elección de abogado, no la convierte automáticamente en limitativa de aquel derecho sino en delimitadora del riesgo cubierto, por lo que es válida aun cuando no cumpla los requisitos del art. 3 de la LCS: “*A la vista de cuanto antecede se estima, tal como hace la sentencia de instancia, que nos hallamos frente a una cláusula meramente delimitadora del riesgo y de las condiciones en que debe ser ejercido dicho derecho de libre elección de letrado, pues en las mismas se define la forma de ejercicio, sin restringir o limitar ese derecho como sería propio de una cláusula limitadora, pues con la misma no se trata de excluir determinados supuestos para la libre elección de profesional sino de encauzar y determinar su ejercicio. Requisitos que la propia parte conocía pues ya en la propia demanda señaló que para proceder a la reclamación, procedió a comunicar a la compañía aseguradora demandada la libre designación de letrado. Comunicación que como se desprende del examen de los documentos, no consta fuera comunicado con carácter previo, como así venía exigido, pues el acuerdo transaccional con la compañía contraria se alcanzó en noviembre de 2008, fecha en*

⁴⁰ SAP Zamora 342/2005 (Sección 1ª) de 15 de diciembre, AC 2005/2303, entre otras.

⁴¹ TIRADO SUÁREZ, F. J. “La libre elección de profesionales en el seguro de defensa jurídica”, XXII Congreso de derecho de la Circulación, celebrado en Madrid los días 24 y 25 de abril de 2006

⁴² Suelen ser pólizas que cubren a colectivos lo suficientemente amplios para tener el “peso” o la “fuerza” necesaria para poder pactar este tipo de cláusulas ilimitadas.

⁴³ SAP Navarra 252/2003 (Sección 1ª) de 24 de octubre, JUR 2003/271868

⁴⁴ OLMOS PILDÁIN, A. “El seguro de defensa jurídica”, Editorial Aranzadi, 1997.

⁴⁵ SAP Asturias 468/2010 (Sección 7ª) de 5 noviembre, JUR 2011\22050.

que se extendió el cheque quedando saldado y finiquitado, y el escrito remitiendo a Mutua Madrileña la minuta por la asistencia letrada es de fecha 7/04/2009, no constando comunicación previa por parte del asegurado a quien correspondía probar el cumplimiento de esta obligación, lo cual no ha realizado, sin que su inactividad, puede derivarse hacia la compañía aseguradora”.

En el mismo sentido, la sentencia de 3 octubre de 2011 de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª)⁴⁶ admite que la delimitación de la cobertura se establezca en una cláusula no resaltada ni expresamente aceptada: “es perfectamente aplicable el límite de cobertura que aparece en el apartado coberturas contratadas, sin que para a ello sea obstáculo el que la copia del contrato que ha sido aportada no aparezca firmada. Parece sostener el apelante que se trata de una cláusula limitativa de derechos, por lo que estaría sujeta al requisito de expresa aceptación por el asegurado establecido en el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro, lo que en este caso, obviamente, no se habría producido. Lo cierto es que no puede aceptarse tal interpretación, pues la cláusula de constante referencia debe ser calificada como delimitadora del riesgo y no como limitativa de derechos con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida también de forma reiterada en las resoluciones de esta Sala, así resulta sin duda de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2006 cuando señala “Estas cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquellas mediante las cuales se individualiza el riesgo y se establece su base objetiva; tienen esta naturaleza las que establecen “exclusiones objetivas” (STS de 9 de noviembre de 1990) de la póliza en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido y no se trate de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato, o de manera no frecuente o inusual (SSTS de 10 de febrero de 1998, 17 de abril de 2001, 29 de octubre de 2004, 11 de noviembre de 2004 y 23 de noviembre de 2004)”.

Por su parte, **LASO PENA**⁴⁷ afirma que serán restrictivas de la libertad de elección de abogado y procurador aquellas cláusulas que, sea

cual sea la fórmula empleada, contengan límite de cuantía económica distinto entre grupos de profesionales, como suele ocurrir entre los profesionales, llamados en las aseguradoras “de libre designación” y los profesionales pertenecientes a la red jurídica de la aseguradora, condicionando de este modo la elección de profesional, vulnerando así el art. 76.d), incurriendo por tanto en causa de nulidad conforme al citado art. 6.3 del Código Civil.

Como ya hemos dicho, la cláusula de límite cuantitativo plantea en la práctica dualidad en las interpretaciones que la jurisprudencia menor hace acerca de si dicha cláusula constituye una delimitación de cobertura o una limitación de derecho del asegurado a la tutela jurídica. Si optamos por la segunda interpretación, sería necesaria la aceptación expresa por escrito del asegurado (art. 3 LCS), son muchas las sentencias que exigen este requisito de aceptación expresa, así la SAP Jaén de 26 de junio de 2003⁴⁸ declara “... combate la Sentencia únicamente en este particular la aseguradora denunciando infracción del art. 3 de la LCS por entender, con toda razón, que el límite económico de garantía constituye cláusula definidora y delimitadora del riesgo y no mera cláusula restrictiva de los derechos objeto de Sala y en el mismo sentido se ha resuelto por la jurisprudencia que las cláusulas que constituyen límite cuantitativo de la garantía asegurada pertenecen a las llamadas cláusulas que delimitan el objeto y el ámbito del seguro, entre las que están, en palabras de la STS de 2 de febrero de 2001, y todas las que cita, en respuesta a un supuesto parecido, las que definen el riesgo y las que determinan, como aquí ocurre, el alcance económico”⁴⁹.

En el mismo sentido la SAP Zaragoza de 27 de marzo 2006⁵⁰ considera la suma asegurada como limitativa y solamente eficaz en el supuesto de que haya sido aceptada por el asegurado de forma expresa: “El argumento que sin duda es atractivo y encuentra innegable fundamento en los preceptos trascritos, pero no ha de ser aceptado por el Tribunal que resuelve el recurso, pues, aun volviendo a la tan reiterada como certera dificultad implícita en todo intento de distinguir las cláusulas limitativas de derechos y las definitorias del riesgo, partiendo del hecho cierto que toda precisión añadida al

⁴⁶ SAP Girona 377/2011 (Sección 1ª) de 3 octubre, JUR 2011\412110

⁴⁷ LASO PENA, J. M: “El incomprendido seguro de defensa jurídica”, en revista de Tráfico, marzo-abril 2006, nº 5.

⁴⁸ SAP Jaén 187/2003 (Sección 2ª) de 26 de junio, JUR 2003/191280

⁴⁹ En el mismo sentido, SAP Jaén de 14 de enero de 2002, SAP Zaragoza de 27 de marzo de 2006, entre otras.

⁵⁰ SAP Zaragoza 172/2006 (Sección 5ª) de 27 de marzo, JUR 2006/131893

riesgo primeramente definido termina siendo por lo general cláusula limitativa de derechos, el pacto por el que en el caso presente se permitía al asegurado la libre designación de letrado apartándose así del régimen general autorizado en aquellos preceptos, no es más que pacto, condición o cláusula que consiente la aplicación del supuesto excepcional, pero que no supone necesariamente el establecimiento de un límite cuantitativo sólo hasta el cual la compañía de seguros se comprometa a satisfacer unos honorarios, y fuera de los cuales quede libre de todo pago, que es limitación añadida al pacto primero que consiente el caso especial, y que como tal debe ser objeto de la aceptación expresa impuesta en aquel artículo 3º de la Ley, por lo que, no habiendo sido cumplido dicho requisito en el caso presente, la limitación incluida en las condiciones generales no puede surtir efectos frente al asegurado”⁵¹.

En igual sentido se pronuncia también la sentencia de 1 julio de 2011⁵² de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 5ª) que califica de limitativa cualquier restricción o excepción al derecho del asegurado a libre elección del Procurador y Abogado: *“Siendo el objeto cubierto por el Seguro de Defensa Jurídica los gastos en que pueda incurrir el asegurado en un procedimiento judicial (arbitral o administrativo) para la reclamación de daños derivados de accidente de circulación del vehículo asegurado, así como el servicio de asistencia jurídica judicial y extrajudicial, con derecho del asegurado a libre elección del Procurador y Abogado, es evidente que cualquier restricción o excepción de esta cobertura constituye una cláusula limitativa y restrictiva de los derechos del asegurado, que para resultar oponible a éste “deberán ser específicamente aceptadas por éste” (art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro). Reparemos en que en el seguro de defensa jurídica concertado entre las partes el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en este contrato, a la prestación de los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial al asegurado (...) así como al pago de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de dicha intervención. Entre estos gastos figuran los honorarios por la asistencia jurídica judicial o extrajudicial de letrado y por lo tanto cualquier limitación de este derecho inicialmente otorgado*

como cobertura, debe reunir los requisitos del art. 3 de la LCS”.

Por último, interesa destacar que la doctrina ha apuntado, entre ellos **TAPIA HERMIDA**⁵³, que el establecimiento de límites cuantitativos ridículos en los honorarios profesionales del abogado libremente designado que resultan cubiertos por las pólizas podría llevar a considerar que dichas cláusulas no solo son implícitamente limitativas del derecho del asegurado a la libre elección de abogado sino que incluso podrían considerarse lesivas o abusivas. A este respecto, interesa dejar constancia de que la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha establecido, con carácter general, que la cláusula que fija la cuantía de la cobertura debe considerarse delimitadora del riesgo cubierto y solo merece la calificación de limitativa de los derechos del asegurado –y por lo tanto sujeta a los requisitos especiales del art. 3 de la LCS– cuando aquella limitación de la suma asegurada aparece como cláusula sorpresiva porque contradice el contenido natural del seguro contratado o el resto de condiciones de la póliza.

En este sentido cabe citar la reciente sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2013⁵⁴ que en su Fundamento de Derecho Tercero señala: *“La sentencia del Pleno de esta Sala núm. núm. 853/2006, de 11 de septiembre (recurso núm. 3260/1999), sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas sentencias, que considera que las estipulaciones delimitadoras del riesgo son las cláusulas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que se concreten qué riesgos son objeto del contrato de seguro, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos válidamente constituidas van a permitir limitar, condicionar o modificar el derecho del asegurado, y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiera producido. Sentencias posteriores, como las núm. 516/2009, de 15 de julio, (recurso núm. 2653/2004), núm. 268/2011, de 20 de abril (recurso núm. 1226/2007) y núm. 598/2011, de 20 julio, (recurso núm. 819/2008), han considerado que la determinación positiva del concepto de cláusula limitativa de derechos del asegurado debe hacerse por referencia al contenido natural del contrato derivado, entre otros elementos,*

⁵¹ En el mismo sentido STS de 5 de junio de 1997 (RJ 1997,4607), 10 de febrero de 1998 (RJ 1998, 752), 18 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6940), 16 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9195), 17 de abril de 2001 (RJ 2001, 5279) entre otras.

⁵² SAP A Coruña (Sección 5ª) 286/2011, de 1 julio, JUR 2011\309868.

⁵³ TAPIA HERMIDA, A.J. ob. cit. Manual de Ponencias del XIII Congreso Nacional editado por SEPIN.

⁵⁴ STS 417/2013 de la Sala Primera, de 27 de junio de 2013 (recurso 489/2011, La Ley 118682/2013)

de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora.

De estos criterios se sigue que el carácter limitativo de una cláusula puede resultar, asimismo, de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares. No es ese el caso de la cláusula que establece la cuantía que alcanza la cobertura de la responsabilidad civil asegurada, que es una cláusula no solo usual sino exigida (art. 8.5 de la Ley del Contrato de Seguro) para que quede determinado uno de los elementos esenciales del contrato de seguro de responsabilidad civil.

No estamos ante una cláusula sorpresiva que restrinja el ámbito de la cobertura del seguro tal como resultaría de otras cláusulas de la póliza de seguro. En el caso de autos, la cláusula se encuentra en la segunda página de las condiciones particulares, tras la identificación de los elementos personales del contrato, la fecha de iniciación y la duración del contrato y la localización de la vivienda asegurada, esto es, entre las menciones de los elementos principales del contrato, en un amplio cuadro de texto con una columna para la descripción de las garantías contratadas y bienes asegurados, otra para el capital asegurado y otra para la prima correspondiente a cada garantía, con una tipografía y un tamaño de letra adecuado para su clara visibilidad.

Como conclusión de lo expuesto, la fijación de la cuantía de la cobertura de la responsabilidad civil contenida en la póliza de seguro objeto del litigio no es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, pues no lo son las que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 82/2012 de 5 marzo, recurso núm. 838/2009)".

Esta sentencia hay que ponerla en relación con la también sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 2012⁵⁵, que igualmente dice que "No son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado las que determinan

⁵⁵ Sentencia 489/2012, de 19 de julio, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, RJ 2012/8999. Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.



qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada." Pero añade que "Las cláusulas delimitadoras del riesgo establecen exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (fijado en las cláusulas particulares, en las que figuran en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en coherencia con el uso establecido y no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual". Párrafo este último al que se



acoge cierta doctrina para entender que tanto las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y las limitativas de los derechos de los asegurados, deben respetar el principio de congruencia con el propio objeto del seguro, no pudiendo vaciarlo de contenido, pues de lo contrario podrían ser declaradas abusivas.

Por último quisiera analizar el supuesto especial en el que no se pacta ningún límite, lo que no es justificación para obligar a la aseguradora que abone cualquier cuantía que el asegurado haya pactado con su letrado. En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª) de 22 de marzo de 2013 (rec. 967/2011): *“Efectivamente, la falta de una limitación cuantitativa a la cobertura de la defensa jurídica del asegurado en caso de que éste opte por la asistencia de un letrado de libre designación no comporta sin más que la aseguradora*

venga obligada a abonar cualquier suma que en concepto de honorarios pueda haber pactado dicho asegurado con el letrado designado. Independientemente de los límites que puedan pactarse en relación a su responsabilidad, la asunción de gastos por defensa jurídica en que consiste la cobertura del seguro lleva implícito que la compañía asume el pago de dichos gastos dentro de los precios medios de mercado, así los pactos a que llegue el cliente-asegurado con su Letrado en relación a sus honorarios en la conclusión del contrato de arrendamiento de servicios en que el encargo profesional consiste, sólo a ellos puede obligarles, no siendo admisible la vinculación de pactos en perjuicio de tercero, ya que entenderlo de otro modo podría dar lugar a supuestos de connivencia entre abogado y cliente que podrían dar lugar a auténticos abusos en perjuicio únicamente de las compañías aseguradoras”.

b) Límite cualitativo.

Cuando se trata de limitar los honorarios del Letrado en función de las cantidades conseguidas al asegurado, de forma que si no se ha conseguido nada, el asegurador queda libre de responsabilidad. En la jurisprudencia menor, existe una amplia discusión sobre esta materia, anotándose como favorables a la cuantía del procedimiento y no al resultado del mismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de marzo de 2002, así como la SAP de Asturias de 16 de julio de 2004⁵⁶, afirmando esta última que *“... consecuencia de lo antes indicado es que el Abogado elegido tiene plena libertad para decidir la estrategia a seguir y, dentro de ella, la cantidad que procedía reclamar al tercero responsable. No puede, por ello, pretenderse que sus honorarios son excesivos ni que deben rebajarse en función de la cantidad conseguida. De acuerdo con reiterada Jurisprudencia (Sentencias de 27-07-92, 24-06-93, 18-11-93, 25-11-93, entre otras), las minutas de éstos se fijarán en función de cuál haya sido la cuantía del procedimiento y no en razón del resultado del proceso. Se aplicarán además, las tarifas comprendidas en esas normas a falta de pacto expreso. En consecuencia una vez que se determine que los honorarios de Abogado no han de limitarse a la cantidad obtenida sino a la reclamada, y acreditado su importe, resultaba obligado su pago por la aseguradora”.*

Por otro lado, la SAP Asturias de 28 de julio de 2005⁵⁷, se ocupa del supuesto de condena

⁵⁶ SAP Asturias de 16 julio de 2004 (Aranzadi civil 2004/1184)

⁵⁷ SAP Asturias 291/2005, de 28 de julio, JUR 2005/188344.

en costas al asegurado, planteando éste la cobertura de las mismas dentro de lo que la póliza incluye como “defensa jurídica”; la Sala resuelve en los siguientes términos “... se vinculan “Los gastos” no a los que se ocasionen en el procedimiento, sino a los que se originen para la defensa del asegurado, y razón por la que se estima el recurso en el sentido de excluir de la condena la partida relativa a las costas procesales, manteniendo la referida a gastos de representación y defensa...”.

Incluimos también en este apartado la cláusula de inviabilidad de la reclamación: se trata de otro tipo de cláusula limitativa, y consiste en la prestación de cobertura únicamente para el caso de prosperar la demanda. La dificultad de establecer con carácter previo la viabilidad de la demanda, hace complicada su operatividad y su posible discusión respecto a la licitud de la misma. No obstante el Tribunal Supremo ha entendido que no son abusivas las cláusulas que atribuyen a la aseguradora la facultad de valorar la viabilidad de la pretensión, siempre que dicha facultad no se le atribuya de forma indiscriminada o arbitraria y se garantice la cobertura por la aseguradora cuando el asegurado ejercite por su propia cuenta y riesgo las acciones judiciales y obtenga una resolución favorable o una indemnización de cuantía similar a su pretensión inicial. En este sentido, la sentencia de 1 de julio de 2010 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo⁵⁸, en su Fundamento de Derecho Undécimo, estima el motivo de casación interpuesto por una aseguradora sobre la base de las siguientes consideraciones: “1) La condición transcrita no reserva a la proponente facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato. 2) Es cierto que en ella se atribuye a la compañía aseguradora la valoración de la viabilidad de la pretensión, pero no de forma indiscriminada o arbitraria, sino, alternativamente, por “carecer de medio de prueba suficiente que la haga viable”, o “en función de la responsabilidad del accidente”, o tratarse de reclamaciones “manifiestamente desproporcionadas con la valoración de los daños y perjuicios sufridos”. 3) Ciertamente en ejecución de la cláusula será posible la comisión de abusos e incumplimientos, pero los mismos no derivarán abusos e incumplimientos no derivan de la “abusividad de la cláusula”, que ha de ser interpretada necesariamente de forma razonable y, tratándose de condiciones generales, en caso de duda imperativamente favorable al consumidor, de modo que la cláusula no dé cobijo a comportamientos arbitrarios. 4) El ad-

herente, puede acudir al arbitraje, y sobre este extremo se informa en el artículo 39.1.b) sin que se halla cuestionado la claridad y suficiencia de la información acerca de este particular. 5) Finalmente, sin perjuicio de la posibilidad de que el consumidor demande el cumplimiento del contrato, en caso de que decida reclamar frente a terceros, la cobertura de los costes por la aseguradora no depende de la voluntad de ésta, ni de circunstancias aleatorias o indeterminadas, sino de un hecho objetivo y externo: la resolución favorable al asegurado o la concesión de una cuantía similar a su pretensión”.

Por el contrario, son abusivas -por incompatibles con el principio de igualdad entre las partes- las cláusulas que dejan a la exclusiva voluntad de la aseguradora la decisión de interponer los eventuales recursos en los correspondientes procedimientos y las que liberan a la aseguradora de cumplir la prestación si la parte contraria en el procedimiento es condenada en costas. En este sentido, la citada sentencia de 1 de julio de 2010 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo⁵⁹, en su Fundamento de Derecho Noveno, desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por una aseguradora al considerar que no existe incongruencia ni falta de motivación en la Sentencia recurrida⁶⁰ sobre la base de las siguientes consideraciones: “1) El primero referido a las cláusulas que dejan a la voluntad unilateral de la aseguradora el cumplimiento de la prestación: Ciertamente se contiene una cláusula incompatible con el principio de igualdad que ha de regir en las relaciones entre partes, y se deja en manos exclusivas de la aseguradora, no sólo la interpretación del contrato, sino la decisión de acudir o no a la vía de los recursos. Si al consumidor se le exige una prima cierta y determinada, previamente fijada, no cabe considerar aleatoria e indeterminada la parte de la obligación que asume la aseguradora, consistente en definitiva en cumplir aquello a que se obligó, y será el propio tomador el primer interesado en determinar cuándo ha de recurrir. 2) El segundo relativo a la negativa a cumplir la prestación en el seguro de defensa jurídica si la parte contraria es condenada en costas: Por las mismas razones (incompatibilidad con el principio de igualdad), concertado el seguro de defensa jurídica, ha de ser la aseguradora quien se haga cargo del pago, quien a su vez por la vía de la subrogación reclamará a quien haya

⁵⁸ STS nº 401/2010, de 1 de julio, de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil (RJ 2010/6554).

⁵⁹ STS nº 401/2010, de 1 de julio, de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil (RJ 2010/6554).

⁶⁰ SAP de Madrid (Sección 19ª) de 29 de marzo de 2006 (AC 2006/954).

sido condenado al pago, de modo que el asegurado, quede indemne, pero también ajeno a reclamaciones entre las partes, cuando precisamente en interés de garantizarse el pago se concertó el seguro”.

En este sentido es interesante la recientísima sentencia de Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª), de 4 de diciembre de 2013, que analiza un supuesto de elección de un profesional diferente a los que integran los servicios jurídicos de la aseguradora, en base a la negativa de la compañía aseguradora que descartó toda viabilidad a la acción o acciones judiciales que pudiera llevar a cabo el asegurado, cuando el resultado fue el contrario. En concreto la sentencia expone: *“La primera conclusión a la que se llega, tras exponer el contenido de la póliza, de sus condiciones generales y particulares es que la limitación del capital asegurado en el riesgo de defensa jurídica realizada por profesionales distintos a los de la entidad aseguradora es una cláusula delimitadora del riesgo pues las condiciones generales remiten a la condición particular para establecer el importe máximo asumido, y no constituye una cláusula limitativa de los derechos del asegurado pues el condicionado general así lo prevé. Sin embargo, en el caso que se enjuicia, la cuestión controvertida no afecta exclusivamente a considerar si se trata de una cláusula delimitadora del riesgo o limitativa de los derechos sino que debe profundizarse en el análisis de la efectividad del derecho de defensa jurídica cuando la causa que motiva la elección de un profesional diferente a los que integran los servicios jurídicos de la aseguradora se debe a la mera negativa de la compañía aseguradora, que descartó toda viabilidad a la acción o acciones judiciales que pudiera llevar a cabo el asegurado, cuando el resultado fue el contrario.*

El seguro de defensa jurídica se encuentra regulado los artículos 76.a) y siguientes de la LCS, y se define como la obligación que asume el asegurador, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, hacerse cargo de los gastos en que puede incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral y a prestar los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro, y en el artículo 76.d) se contempla el derecho a la elección libre de procurador y abogado que haya de representarle y defenderlo en cualquier clase de procedimiento y, especialmente, a la libre elección de sus profesionales en los casos en que se presente conflicto de intereses entre las partes del contrato.

En este caso cabe formular una interpretación analógica al supuesto del conflicto de intereses, pues no es lo mismo el caso en el que no existiendo negativa la compañía el asegurado optase por contratar por su cuenta los servicios de profesionales para la defensa de sus intereses, del presente caso en que la asistencia jurídica solo opera para llegar a un acuerdo amistoso pero no para las reclamaciones que la aseguradora considere improcedentes por vía judicial. Además, instado un procedimiento penal en el que se llegó a un acuerdo que motivó el sobreseimiento por transacción, lo lógico es que se hubiera liquidado los honorarios del letrado que asumió la defensa del demandante, por lo que el rechazo de la aseguradora a la reclamación realizada por el demandante es contraria a la efectividad del derecho y por ello, en este caso la limitación establecida sí que opera como cláusula limitativa de los derechos del asegurado al no existir una previsión contractual en cuanto al límite en el supuesto en que exista éxito en la reclamación del asegurado, a pesar del criterio en contra (justificado o no) del asegurador, que debe tener una solución diferente al caso en que el asegurado elige abogado y procurador diferente a los que integran los servicios jurídicos de la aseguradora sin un motivo que lo justifique.

En otra caso lo que sucedería es que la cobertura de defensa jurídica quedaría al libre arbitrio del asegurador, que decide unilateralmente si las acciones que pretende ejercitar su asegurado son viables, debiendo soportar en su caso, y de forma injustificada el asegurado el exceso sobre el límite de cobertura pactado, siendo forzado a ello por la actitud del propio asegurador”.

c) Límite por no ser preceptivo el uso del profesional.

Podríamos incluir de igual forma en este apartado, la limitación de la actuación del procurador a los supuestos legalmente preceptivos. Así, en aquellos casos en los que la aseguradora obvia los honorarios del procurador por su participación en un juicio de faltas, al no exigirse su intervención, la jurisprudencia menor no es unánime. Por un lado, la SAP de Murcia de 28 de enero de 2003⁶¹, se ha pronunciado en el sentido de entender que el seguro de defensa jurídica concede al asegurado el derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase

⁶¹ SAP Murcia 33/2003 de 28 de enero 2003, JUR 2003/196174, entre otras.

de procedimiento, sin que en ningún caso queden sujetos a las instrucciones del asegurador, aunque precisa que ello no implica que *“deba entenderse cubierto el derecho a elegir libremente Abogado y Procurador para su defensa en cualquier procedimiento judicial o arbitral en que aparezca como causante o perjudicada. Antes bien, para ello habrá que estar al contenido concreto de las coberturas y límites o exclusiones incluidas en las Condiciones generales, en tanto en cuanto, como apunta el art. 76.a) de la LCS, el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato”*⁶².

De este modo, la referida sentencia refrenda la exclusión de los derechos del Procurador a tenor de lo establecido en las Condiciones Generales de la póliza, pero no dice lo mismo en cuanto a la decisión de excluir la minuta del Abogado por la acción civil ejercitada en el Juicio de Faltas contra la ahora apelante: *“pues tal acción fue ejercitada acumulada a la penal que también se ejercitó contra aquélla en el referido Juicio, por lo que sería muy difícil distinguir la defensa de su responsabilidad penal y la de su responsabilidad civil, siendo obvio que, en supuestos como el que nos ocupa, en toda defensa penal va implícita la de la responsabilidad civil del hecho punitivo a que aquella se refiere”*.

Ahora bien, como hemos dicho no existe unanimidad jurisprudencial en esta materia, y podemos encontrar opiniones admitiendo la intervención del procurador y por tanto la obligación de pago de sus honorarios por parte de compañías que tengan fijado un seguro de defensa jurídica, incluso en casos en los que no existe esta obligación legal de intervención. Así, la SAP de Asturias de 17 de diciembre de 2004⁶³ se ocupa de este supuesto; en la misma, la parte actora reclama los honorarios del procurador cuya intervención había sido notificada previamente a la Compañía, sin que esta hubiese formulado ninguna objeción o reserva en el momento de la comunicación. Sólo extemporáneamente, cuando se le exige el reintegro de los derechos, se deniega su pago por no ser preceptiva la intervención del mismo en los juicios de faltas, a lo cual la Audiencia admite la licitud de este pago basándose en dos razones; *“... tanto porque no se formuló al contestar la demanda esa oposición, como porque la intervención de dicho profesional, aunque no sea procesalmente necesaria, si resulta notoriamente con-*

*veniente para mantener, tanto al perjudicado como a su Abogado, informados del curso de los autos y formular, en su caso, las pretensiones pertinentes; por lo que no cabe considerar que la reclamación de sus derechos resulte abusiva o excluida de la cobertura”*⁶⁴.

Igualmente analiza la intervención preceptiva de abogado y procurador la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª) de 15 de noviembre de 2010: *“Tampoco resulta de la ley ni de las condiciones generales vigentes en el momento del accidente y de la designación del Letrado, la exigencia de que la libre designación por el asegurado hubiera de limitarse a los procedimientos en que su intervención fuera preceptiva, es más, el art 76.a) de la Ley de Contrato de Seguro contiene la obligación del asegurador, en el ámbito del seguro de defensa jurídica, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral y a prestarle servicio de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro. Por tanto, el hecho de que la intervención del Letrado no fuera preceptiva en el juicio de faltas, no priva al asegurado de su derecho, pues tal limitación no se contiene en la Ley de Contrato de Seguro ni en la póliza que estaba vigente en el momento de los hechos a que se refería su reclamación”*.

En este mismo sentido se pronuncia la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª) de 11 de noviembre de 2013, que es muy ilustrativa pues entiende que claramente están cubiertas las gestiones extrajudiciales o amistosas, sin poder condicionarlas a que las mismas sean prestadas por la propia aseguradora, pues *“no puede aceptarse la interpretación restrictiva que se propugna del condicionado general, en el que prácticamente se transcribe la regulación legal que de este seguro de defensa jurídica se hace en el art. 76 de la LCS, que fue introducido por la Ley 21/90 de 19 de diciembre, para la adaptar el Derecho Español a la Directiva 88/357/CC, entre otras razones porque no puede considerarse la gestión previa a la interposición de la demanda como algo ajeno y distinto al procedimiento judicial en sí, sino como un acto preparatorio del procedimiento judicial, propio de una correcta práctica profesional y beneficioso para los asegurados, pues*

⁶² En el mismo sentido la SAP de Palencia 316/2005 de 7 de diciembre, AC 2005/2372.

⁶³ SAP Asturias 514/2004 (Sección 4ª) de 17 de diciembre, JUR 2005/28938.

⁶⁴ En el mismo sentido la SAP de Valencia 240/2004 (Sección 9ª) de 29 de abril, AC 2004/2399, en la que se admite el pago de los honorarios del procurador, por entender que la compañía había admitido tácitamente su intervención, sin alegar nada en contra en el momento en que debió hacerlo.

les consigue una rápida satisfacción de sus intereses y les evita las molestias e incertidumbre propias de todo procedimiento judicial, y para la propia aseguradora, puesto que los gastos de defensa judicial serán menores que si se presenta la demanda. Por consiguiente, la expresión “procedimiento judicial” que se emplea en el art. 76.a de la Ley del Contrato de Seguro ha de ser interpretada como comprensiva de las gestiones previas a la interposición de la demanda que pueden finalizar en un acuerdo extrajudicial satisfactorio para los intereses del asegurado, como así lo han venido sosteniendo, en forma mayoritaria, las decisiones de las Audiencias dictadas resolviendo esta cuestión, entre otras la sentencia de 24 de octubre de 2011 la Audiencia Provincial de Sevilla, la de 28 de marzo de 2008, de la Audiencia Provincial de Barcelona, y esta misma Audiencia, así la Sección Primera en su sentencia de fecha 4 de mayo de 2011, la de 19 de julio de 2007 de la Sección 4ª y la de esta misma Sala en su sentencia de 14 de julio de 2003”.

d) Límite por razón de la materia.

La jurisprudencia menor ha considerado abusiva, y en consecuencia nula, la cláusula de exclusión de un seguro de defensa jurídica del recurso contencioso-administrativo referido a las multas de tráfico, así la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 11 de mayo de 2004⁶⁵ dice que “si el actor concertó con la entidad de seguros demandada Liberty Seguros, dentro de las condiciones particulares del ramo “Autos Master Plus”, la cobertura de la “defensa”, en cuyo apartado 6º (garantía de defensa), tan sólo se establece como límite, para el supuesto de que el asegurado opte por el ejercicio del derecho de libre designación, un importe “cuantitativo”, (de un millón de pesetas), necesariamente debe concluirse que incluida dentro de la misma está la defensa jurídica cuyos honorarios ahora se reclaman, ya que no exceden del límite antes indicado, ni cualitativamente es un riesgo excluido. Ello lo decimos por que el reintegro de honorarios que se pretende tiene su origen en una asistencia letrada originada en la jurisdicción contenciosa administrativa, contra una sanción administrativa de tráfico, con ocasión de la conducción del vehículo asegurado por la póliza. Si ello es así, y en las condiciones particulares ninguna exclusión aceptada se plantea de la defensa jurídica que tenga lugar en la indicada jurisdicción o en relación con las multas impuestas por una circulación antirreglamentaria, necesariamente de conformidad con lo

establecido en el art. 76.a) de la LCS debemos concluir que obligada se encuentra la asegurada a hacerse cargo de los gastos devengados en dicho procedimiento judicial, por derivarse del propio aseguramiento, y ser por ende un riesgo cubierto por la póliza”⁶⁶.

En este tema es curioso comprobar que a pesar de que hay innumerables procedimientos contencioso-administrativos derivados de sanciones por infracciones de tráfico, y más que ha habido a partir de la entrada en vigor del “permiso por puntos”, sin embargo en muy pocos casos se pasa la minuta de honorarios profesionales correspondiente a estos procedimientos a la compañía de seguros respectiva, a pesar de que como ha quedado patente este extremo estaría perfectamente incluido en el seguro de defensa jurídica.

La amplia configuración de la posible prestación del asegurador en este tipo de seguro por parte del artículo 76.a) de la LCS obliga a establecer una noción amplia del daño resarcible en el sentido de que, por un lado, abarque no sólo la satisfacción del daño ya sufrido sino la prevención del daño futuro (asistencia extrajudicial del asegurador); y de que, por otro lado, comprenda la defensa jurídica tanto frente al daño patrimonial en sentido estricto como frente al daño extrapatrimonial sobre la esfera jurídica del asegurado (asistencia jurídica relacionada con aspectos de Derecho de familia no patrimoniales). En este sentido, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª) de 28 de abril de 2010⁶⁷, que, partiendo de la existencia de un seguro de defensa jurídica, afirma la cobertura por el asegurador de los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial y, dentro de los primeros, de los gastos en los que incurrió el asegurado como demandado o demandante: “Partiendo de los expresados términos de la demanda y fundamento de su estimación, no procede acoger el recurso de apelación interpuesto, pues, aun cuando los honorarios de Letrado y derechos del Procurador que reclama la demandante se devengasen en virtud de la defensa de ésta como demandada en virtud del ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual, en que la aseguradora demandada asumiría su dirección jurídica ante la reclamación del asegurado, a tenor de las condiciones particulares del contrato de seguro y artículo 74 de la Ley de

⁶⁶ En el mismo sentido la SAP Cádiz 2 enero 2004 AC 2004/613, SAP Navarra 148/2005 (Sección 3ª) de 27 julio JUR 2005/269279.

⁶⁷ SAP de Murcia (Sección 1ª) 237/2010 de 28 abril, JUR 2010\232330.

⁶⁵ SAP Navarra 85/2004 de 11 de mayo, JUR 2004/181186.

Contrato de Seguro, ha de prevalecer la realidad de la existencia de un seguro específico de defensa jurídica regulado en la Sección Novena del Título II de la Ley de Contrato de Seguro, con la cobertura prevista en el apartado a) del artículo 76 citado, conforme al cual el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro, y en términos coincidentes se expresa el artículo 29.1 del Condicionado general del seguro concertado por la demandante y aportado con la demanda, por lo que la cobertura de la defensa en virtud de dicho seguro de defensa jurídica no puede excluir los gastos de "defensa pasiva" conforme alega la parte apelante, sino que abarca tanto la intervención de la asegurada en el procedimiento como demandante o como demandada".

En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª) de 10 de febrero de 2012⁶⁸ que destaca la amplitud de la cobertura del asegurador en este tipo de seguro poniendo el énfasis en la definición legal positiva de la cobertura del seguro de defensa jurídica frente a la definición eventualmente negativa de la cobertura de defensa jurídica accesoria al seguro de responsabilidad civil. En concreto, esta Sentencia dice: *"El Seguro de Defensa Jurídica es un contrato yuxtapuesto al de Responsabilidad Civil, cuya existencia no adiciona la Ley de Contrato de Seguro a aquél y que, por tanto, no se define por una cláusula negativa, como el de asistencia jurídica previsto como cláusula adicional para el contrato de responsabilidad civil (art. 74), sino por cláusulas positivas y expresas que contiene su desarrollo en condiciones generales y particulares, con respeto a los preceptos legales contenidos en la Sección Novena de la Ley. Es en definitiva un seguro distinto del de Responsabilidad Civil. En este sentido se manifiesta reiterada jurisprudencia menor, entre otras las sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla, Secc. 2ª, de 13 enero 2000; Toledo, Secc. 2ª de 18 marzo 1999 y de 10 abril 2000; Salamanca, 31 octubre 2000; Almería, Secc. 1ª, de 17 enero 2001, y Asturias, Secc. 5ª de 31 enero 2001"*.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª), de 11 de junio de 2012⁶⁹

⁶⁸ SAP de Alicante (sección 9ª) 67/2012 de 10 febrero, JUR 2012\169825.

⁶⁹ SAP de Madrid (Sección 18ª) 333/2012, de 11 junio, AC 2012\1094.

que sostiene la procedencia de cubrir los gastos de la defensa jurídica de la comunidad de propietarios asegurada por estar incluidos en la cobertura y haberse devengado –aunque no pagados– en el periodo del seguro. En concreto, esta Sentencia dice: *"En orden a las anteriores manifestaciones debe estimarse, que efectivamente y tal y como alega la parte apelante, la acción ejercitada por la misma tiene su base en acción contractual contra la Aseguradora Zurich, habida cuenta el contrato de Seguro, suscrito entre las partes. Sentada la anterior base, debe apreciarse como a tenor del contenido de la Póliza suscrita los gastos de defensa jurídica, que son reclamados por la actora-recurrente, estarían cubiertos en la misma, puesto que se establece que la aseguradora debe asumir los gastos de defensa jurídica que se ocasionen a la comunidad en los pleitos que se dirijan contra ella por su condición de Comunidad de Propietarios de una propiedad horizontal. Así, según la cláusula 2.23.2 Defensa sita en la página 15 de la Póliza, se especificaba que se cubría "La defensa jurídica de la Comunidad, tanto extrajudicialmente como ante cualquier Tribunal Civil o Penal así como el pago de las costas, excluyendo todo tipo de multas o sanciones. Por ello, la demandada Zurich, debe abonar los gastos defensa jurídica reclamados, dado que en todo caso, se encuentran cubiertos por el seguro de defensa jurídica específicamente asumido según los artículos 76.a) a 76.f) de la LCS, al asegurarse expresamente en la póliza los riesgos de la fianza, defensa jurídica, y reclamación de daños, según las cláusulas o normas 2.23.1 2 y 3 de la Póliza. No pudiendo a lo expuesto ser opuesto, que a la fecha de presentación de la demanda la actora hoy apelante, no hubiera abonado los importes correspondientes por sus honorarios al Letrado y la Procuradora, puesto que el hecho a la postre generador de la obligación de pago por la demandada, ya se había producido, al venir dado por la falta de condena en costas a la contraria de la comunidad en grado de apelación. Por lo que la obligación de la Comunidad de abono de los honorarios era ya una cuestión no discutible, ni pendiente de determinación posterior, dado, que con arreglo a lo pactado en la Póliza suscrita entre las partes, la actora cifró su reclamación a los mínimos colegiales del letrado y a los aranceles que fijan los derechos de los procuradores, acomodándose a lo establecido a tal efecto en la norma 2.23.2 de la póliza. Del mismo modo, debe acogerse la solicitud de la parte recurrente, en relación a que la cantidad reclamada debe ser elevada a la cifra de 7.646,56 euros dada la alteración del tipo de IVA aplicable, puesto que habiendo sido elevado este del 16% al momento de presentación de la*

demanda ha pasado al 18%, constando además tal tipo aplicado a la factura que tras la presentación de la demanda presentó el Letrado a la Comunidad recurrente, y que fue abonada por esta”.

Como ya hemos dicho, la prestación del asegurador abarca tanto la asistencia jurídica judicial como la asistencia extrajudicial, procede recordar que nuestros tribunales tienen establecido que el carácter extrajudicial de las actuaciones del letrado del asegurado no priva a éste del derecho a la cobertura de los gastos de defensa jurídica. En este sentido podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), de 29 de mayo de 2012⁷⁰, que dice: *“En este caso, en la garantía de Defensa Jurídica y Reclamación, no hay una exclusión claramente expresada de la reclamación por lucro cesante, que haya sido específicamente aceptada por el asegurado, por lo que la cobertura de la aseguradora, de conformidad con lo previsto en el artículo 76.a) de la Ley de Contrato de Seguro, alcanza en toda su amplitud los servicios de asistencia jurídica extrajudicial, sin limitación alguna por razón de la naturaleza del daño o perjuicio en el local asegurado. En consecuencia, procede la estimación de la pretensión de condena de la demandada al pago de la minuta de honorarios por importe de 1.130 euros, que no ha sido propuesta ninguna prueba que permita alcanzar la conclusión probatoria de que pueda considerarse indebida o excesiva, procediendo, en definitiva, la estimación de la demanda, y por consiguiente la estimación del recurso de apelación de la parte demandante”.*

Por último, nuestros tribunales sostienen que el éxito en la defensa jurídica del asegurado por el abogado designado por este, no puede condicionar la cobertura por el asegurador de los gastos en los que ha incurrido. En este sentido, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11ª) de 28 de julio de 2011⁷¹, que dice: *“Y procede desestimar la petición de detracción de las partidas que contiene la minuta abonada por la parte actora relativas a actuaciones profesionales que califica la parte demandada como inútiles o superfluas. Nos hallamos en todo caso ante actuaciones realizadas por la Letrado que asistió a la parte actora en el procedimiento y cuya conveniencia o necesidad considera la Sala, al igual que sí hizo el Juzgador*

de Primera Instancia en el fundamento segundo de la Sentencia recurrida, razonamiento (y que la Sala comparte), en el sentido de que no debe examinarse “el acierto o desacierto de todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por la letrada, pues, salvo que se apreciase mala fe o interés en causar un gasto perjudicial a cargo de la aseguradora, sus actuaciones están cubiertas por su autonomía en el ejercicio”. Es más, conforme al clausulado de la póliza (folios 332 a 418), el asegurador asume los gastos derivados de la defensa de los intereses del asegurado, teniendo derecho a elegir libremente al abogado que haya de defenderle, no hallándose el abogado en ningún caso sujeto a las instrucciones del Asegurador, sin que pueda prevalecer frente a tal declaración la que bajo, la rúbrica “transacciones o recursos”, otorga al asegurador la facultad de decidir sobre la interposición de recursos, considerando que dicha decisión se relega al Asegurador en los supuestos en que el pronunciamiento a recurrir lo sea en materia de costas o gastos, pero no a otros diversos como los intereses devengados a favor de su asegurado y derivados de una indemnización con cargo a otra Aseguradora”.

Po último, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 27 octubre de 2010⁷² hace un estudio sobre los gastos reclamables: *“La parte recurrente defiende que los gastos reclamados en su demanda en concepto de estudio y emisión de informe pericial médico, defensa jurídica y representación en el pleito, no son costas, como a su juicio erróneamente entendieron ambas instancias, sino cantidades a satisfacer por la aseguradora demandada al amparo del artículo 74.2 LCS, por darse en el caso enjuiciado el conflicto de intereses previsto en dicho precepto, que permitía al actor designar a su propio abogado y procurador –como así hizo (documento 16)– y repercutir sus honorarios a la compañía.*

A) El artículo 74 LCS regula el deber de dirección jurídica a cargo del asegurado derivado del propio contrato de seguro de responsabilidad civil. Es doctrina de esta Sala (STS de 31 de enero de 2008) que, por no comprender un seguro de defensa jurídica, el cual ha de ser objeto de contratación independiente (STS 20 de abril de 2000), el seguro de responsabilidad civil se rige, en lo que respecta a la defensa del asegurado que incurre en responsabilidad civil frente a terceros, como es el caso, por el régimen establecido en el artículo 74 LCS, que atribuye al ase-

⁷⁰ SAP de Barcelona (Sección 13ª) 323/2012, de 29 mayo, AC 2012\1055.

⁷¹ SAP de Valencia (Sección 11ª) 500/2011, de 28 julio, JUR 2011\392732.

⁷² STS (Sala de lo Civil) 646-2010, de 27 octubre. RJ 2010\7612.

gurador la simple dirección jurídica del asegurado (lo que la doctrina menor ha denominado en ocasiones como “defensa estricta”) frente a la reclamación del perjudicado, siendo de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. Por el contrario y a diferencia del régimen establecido en el artículo 74 LCS, el seguro de defensa jurídica en sentido estricto obliga al asegurador, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo Judicial o Arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia Jurídica Judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro –artículo 76 a) LCS–, teniendo derecho dicho asegurado a elegir libremente el procurador y abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento artículo 76.d) LCS.

Del artículo 74.1 LCS se desprende que es regla general en el seguro de responsabilidad civil que el asegurador asuma la dirección jurídica de su asegurado frente a las reclamaciones del perjudicado, siendo de cuenta de aquel los gastos de defensa que se ocasionen. Esta regla general sólo se excepciona de mediar pacto en contrario, o, por aplicación de lo previsto en el segundo párrafo del citado precepto, cuando quien reclama está asegurado en la misma compañía, o existe algún otro posible conflicto de intereses, situación en que el asegurado puede optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona. En este último caso, quedaría obligado el asegurador a abonar los gastos de la dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza. A dichos supuestos legales cabría añadir, según la doctrina de esta Sala sentada en la sentencia antes citada, el caso en que la compañía incurriese en pasividad que le fuera imputable, pues si con su dejadez o conducta omisiva causara un daño al asegurado, habría de responder frente a éste por incumplimiento, no ya de un derecho que le confiere al asegurado la Ley y la propia póliza, sino de un deber respecto de los intereses en juego del mismo, comprendiendo tal responsabilidad la asunción de los gastos de defensa que haya tenido que procurarse el asegurado por sus propios medios.

El artículo 74.2 LCS regula un aspecto concreto del contrato de seguro de responsabilidad civil, de manera que su ámbito subjetivo lo integran las partes del mismo, con exclusión de terceros, como el perjudicado por el siniestro, por más que por éste se alegue la existencia de un eventual conflicto de intereses con la entidad frente a la que se acciona de forma directa, en la medida que dicho conflicto tan solo excepciona

la regla general del párrafo primero en favor del asegurado, permitiéndole optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, pero no tiene repercusión alguna cuando el destinatario de la dirección jurídica es un tercero ajeno a la relación contractual.

El artículo 74 LCS tiene, por tanto, un estricto ámbito de aplicación: la defensa del asegurado a cargo del asegurador, frente a reclamaciones de terceros fundadas en la responsabilidad civil cubierta por el seguro. Es materia ajena al mismo la defensa jurídica del tercero perjudicado, ya accione separadamente contra el asegurado responsable, directamente contra la compañía, o conjuntamente contra ambos.

B) En atención a la doctrina expuesta, la resolución recurrida no incurre en ninguna de las infracciones que se denuncian. No contraviene el artículo 74.2 LCS, al ser diferente el supuesto de autos y el supuesto fáctico contemplado en el precepto invocado, de cuya concurrencia depende su aplicación. Tampoco es contraria al artículo 5.1 LRCSCVM, al tratarse de un precepto ajeno a la controversia.

De esta manera, el resarcimiento, sino en todo, al menos en parte de los gastos reclamados por el perjudicado, debe reconducirse al ámbito de las costas procesales, como acertadamente se decidió en la instancia a la luz de la previsión establecida en el artículo 241 LEC (RCL 2000, 34 y RCL 2001, 1892), y su satisfacción o no a cargo de la demandada se encuentra ligada a la existencia de un pronunciamiento condenatorio en esta materia, que no ha existido”.

e) Límite por razón del sujeto beneficiario de la defensa jurídica.

En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª), de 2 de mayo de 2013, habla sobre el derecho de los ocupantes del vehículo siniestrado a ser beneficiarios de la defensa jurídica: “En consecuencia, si los ocupantes del vehículo tienen la condición de asegurados a los efectos del seguro contratado, se trata de una sola póliza de seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos, en la que se incluye un seguro de defensa jurídica, las reseñadas cláusulas son como mínimo oscuras y contradictorias, ya que por un lado concede la facultad de libre elección de profesionales al asegurado, mientras que se le niega dicha facultad a quien también tiene la consideración de asegurado, y en todo caso de perjudicado cubierto por el seguro contratado.

En palabras de la Sentencia de la AP de Asturias de 10 de marzo de 2005, en un caso análogo, “existe una clara contradicción y oscuridad entre ambas pues por un lado cubre los gastos para el ejercicio de las acciones también del conductor autorizado y de los ocupantes, entre los que deben incluirse los honorarios de letrados sin limitación o exclusión respecto de la libre elección de éstos y de otra parte concede únicamente la libre elección de profesiones al asegurado y no a las otras personas amparadas en estas garantías, tales como el conductor autorizado o los ocupantes. Parece pues que de un lado atribuye la condición de asegurado al conductor autorizado haciéndole de la misma condición que al propietario tomador y de otro, le excluye”.

Si partimos de la condición de asegurado del conductor autorizado, propietario, tomador y ocupantes, a los efectos de este específico contrato de defensa jurídica, la norma que excluye la facultad de libre elección de este último, es contraria a la LCS, puesto que el art. 76.d) atribuye el derecho de libre elección en todo caso al asegurado al decir que “El asegurado tendrá derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento”. Disponiendo taxativamente el artículo 76.f) que “La póliza del contrato de seguro de defensa jurídica habrá de recoger expresamente los derechos reconocidos al asegurado por los dos artículos anteriores”.

(...) Circunstancia que tampoco concurre en este caso, por lo que la restricción al ocupante del vehículo para la libre elección, debió ser expresamente destacada y firmada por el tomador del seguro, pues aunque a efectos puramente dialécticos partiéramos de que el ocupante, no tiene la condición de asegurado, no puede negarse que el derecho a la libre elección de abogado y procurador no deja de ser un derecho que también tiene el tomador del seguro, y por el que paga la correspondiente prima, a que el ocupante de su vehículo en su calidad de beneficiario disponga de esa facultad de libre elección de profesiones del derecho. Beneficiario que por su condición de tal quedaría también amparado por el citado precepto al traer causa su derecho de la contratación efectuada por el tomador del seguro”.

En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7ª), de 1 de junio de 2012, que establece la obligación del asegurador de cubrir los gastos de la tramitación amistosa o judicial de siniestros que deban realizar, no sólo el tomador y, en su caso, sus fami-

liares o herederos perjudicados, sino también el “conductor autorizado” y “los ocupantes transportados gratuitamente”: *“En consecuencia, en el presente caso, nos encontramos ante un propio y genuino seguro de defensa jurídica regulado en los arts. 76.a) y siguientes de la Ley de Contrato de Seguro, definido ya por esta sala, tal como acertadamente recoge el apelante en su fundamentación, y se reitera en la sentencia de 6 de febrero de 2012 donde se expone: “El contrato es claro y diáfano a la hora de definir el contenido de la garantía: el asegurador cubre los gastos de la tramitación amistosa o judicial de siniestros que deban realizar, no sólo el Tomador y, en su caso, sus familiares o herederos perjudicados, sino también el “conductor autorizado” y “los ocupantes transportados gratuitamente”, en orden a la obtención, con cargo a los terceros responsables, de las indemnizaciones correspondientes; en esos casos, “el asegurado”, tendrá derecho a elegir libremente abogado y procurador que le defiendan y representen, respectivamente.*

La duda surgiría entonces a la hora de definir quién tiene la condición de asegurado, pero se despeja fácilmente si tenemos en consideración que nos encontramos ante un seguro de defensa jurídica autónomo, con contenido objetivo y subjetivo propio, en el que no tienen por qué coincidir necesariamente los elementos subjetivos del contrato con los del seguro de responsabilidad civil, de modo que, como dijimos en un supuesto semejante, en Sentencia de 9 de julio de 2010, citada por la apelante, «en tanto en cuanto se incluyen en él a personas distintas del propietario del vehículo, como titulares de intereses garantizados por la póliza, se está reconociendo a tales personas la condición de “asegurados”, aunque no lo sean en el seguro de responsabilidad civil, pues la aseguradora apelante no acierta a expresar qué otra condición pudieran tener, y no se puede entender que se trate de “beneficiarios”, categoría que solo tiene reconocimiento explícito en ciertos seguros de vida y accidentes (artículos 84 y siguientes de la Ley de Contrato de Seguro), ni de “perjudicados”, que solo existen en el seguro de responsabilidad civil, por efecto del reconocimiento de la acción directa (artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro. En este mismo sentido se pronuncian las Sentencias de este Tribunal de 19 de febrero de 2004 y 10 de marzo de 2005, expresando la primera de ellas, citada en la de la Sección 5ª, de 10 de abril de 2006, que «en este tipo de seguros destaca la variedad de elementos personales según sus diversas modalidades y como éstas identifican de maneras notablemente diversas a quienes son sus asegurados y así cabe diferenciar situaciones como en los seguros de defensa jurídica genérica

en que, junto al tomador, suele señalarse como asegurado al cónyuge o pareja de hecho, a los ascendientes que convivan con aquél o a sus hijos; en la defensa profesional se suele considerar asegurados, también, a los asalariados del tomador, en las del hogar a quienes conviven habitualmente en la vivienda, en las de comunidades de propietarios de bienes inmuebles urbanos, la condición de asegurado se suele extender a la propia Comunidad, su Presidente, miembros de la junta rectora y al administrador y así podíamos continuar y todo se dice para ilustrar sobre que, en este tipo de seguros, como ya se dijo, se identifica de forma muy diversa quienes son asegurados y que no debe de confundirse la figura del Tomador del seguro con la del asegurado».

A ello no obsta que en otros supuestos, como el contemplado en nuestra Sentencia de 10 de julio de 2009, en el que se trataba de un seguro de responsabilidad civil con cobertura de defensa jurídica (no de reclamación de daños), dentro de los estrictos límites del artículo 74 de la Ley de Contrato de Seguro, la solución adoptada haya sido diferente, precisamente en atención a que en dichos supuestos, dado que la defensa jurídica es una cobertura más dentro del seguro de responsabilidad civil, y no una garantía autónoma, no puedan entenderse aseguradas personas distintas de las que lo son en el seguro de responsabilidad civil.

En cualquier caso, si la aseguradora hubiese querido restringir el elenco de personas aseguradas en la garantía de defensa jurídica y reclamación de daños, en lo que se refiere, en concreto, a la posibilidad de utilizar abogado y procurador de libre elección, debió hacerlo de forma clara, pues la limitación de ese derecho al “asegurado” no excluye, conforme a lo expuesto, en este caso a ninguno de los sujetos, distintos del tomador, a los que alcanza la cobertura de defensa jurídica y reclamación de daños”.

Pues bien, siendo esto así, y como quiera que el actor era ocupante del vehículo asegurado y siniestrado, y no constando que no se extiende a sujetos distintos del tomador del seguro la cobertura, por las razones antes expuestas, y a la posibilidad de utilizar abogado y procurador, hemos de dar la razón a la parte apelante, y estimar el recurso interpuesto, revocando, por ende, la sentencia de instancia”.

4.4. Legitimación activa del letrado para reclamar los honorarios

Debemos hacer alusión a un tema que ha sido objeto de conflictos dentro de la jurisprudencia

menor; la legitimación del abogado para reclamar directamente del asegurador los honorarios dimanantes de su intervención.

Para empezar, diremos que la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2000⁷³, de la que tanto se ha hablado, no estimó la casación y por tanto la demanda interpuesta por el letrado encargado de la defensa del asegurado, no obstante, para llegar a tal conclusión, entró a juzgar el fondo del asunto, sin cuestionar la legitimación activa del actuante.

A favor del reconocimiento del letrado para reclamar directamente, encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 22 de octubre de 2003⁷⁴; en la misma, la compañía codemandada alegaba la inexistencia de legitimación del profesional, debido a la falta de vinculación con ella, por no existir relación ni contractual ni de ningún otro tipo y por tanto carecer de acción frente a la misma. Frente a esto, la Audiencia concluye que “*si la Compañía fue llevada al proceso en virtud de un contrato de seguro que la parte actora entiende que entre su cobertura está aquella actividad que a ella le ha ocasionado un débito que debe reintegrar, bien el asegurado o bien la Compañía de Seguros de una forma solidaria si se demanda a ambos, la parte actora está legitimada en tanto en cuanto como el Juez “a quo” le reseña existe la acción directa del que se siente perjudicado por una actividad que cree cubierta por el contrato de seguro*»⁷⁵.

En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 9 de febrero de 2004⁷⁶ que considera que no debió estimarse la falta de legitimación activa del apelante, ya que entiende que el letrado “*aceptó el caso en la confianza de que existía un contrato de defensa jurídica que se iba a hacer cargo de sus honorarios profesionales según la póliza concertada. Por tanto el Letrado se encuentra legitimado*

⁷³ STS 437/2000 de 20 de abril, RJ 2000/2981.

⁷⁴ SAP de Cáceres 258/2002 de 22 de octubre, JUR 2003/99459

⁷⁵ En el mismo sentido, la SAP Málaga de 27 de junio 1996, SAP Málaga de 23 de abril de 2002 (JUR 2002/2356971); esta última dispone “... *ciertamente el seguro de defensa jurídica se contrata entre asegurador y asegurado, no interviniendo el eventual Letrado, pero sí se previene una disposición de pago de sus honorarios, cual de si estipulación a favor de tercero se tratara (art. 1257.2 del C. civil)...*” sirviendo esta afirmación al juzgador para reconocer la procedencia de la reclamación realizada por el letrado a la Compañía en pago de sus honorarios.

⁷⁶ SAP Cáceres 17/2004 (Sección 2ª) de 9 de febrero JUR 2004/82150.

para plantear su reclamación, en nombre propio y no en la de su cliente”.

Afirmaba el profesor **TIRADO SUÁREZ**⁷⁷ que la regla del reconocimiento de la legitimación es lógica, dada la inexistencia de pago de los honorarios por parte del cliente, no existiendo normalmente obstáculos por el asegurador a esta práctica, que da mayor transparencia al seguro y permite los pactos de doble cobro, a cargo del asegurado, y a cargo del asegurador, que pueden justificarse en función del trabajo desarrollado en los litigios de escasa cuantía.

Por su parte, el argumento de falta de legitimación del profesional para reclamar honorarios lo encontramos, entre otras, en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 19 de septiembre de 2002⁷⁸ *“Indudablemente, no se da la relación contractual de arrendamiento de servicios que habría permitido reclamar al letrado y a la procuradora actora a la compañía de seguros demandante, de modo que por este motivo difícilmente puede prosperar dicha pretensión, ya que los actores no gozan de legitimación precisa para ello, pues no son sujetos de la relación jurídica procesal. En este sentido tiene que indicarse que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 421 y siguientes de la LECiv derogada (LEG 1881, 1) (se sigue un procedimiento de menor cuantía), los profesionales no son los beneficiarios de las costas, de modo que su cita en la tasación es meramente instrumental (SSTS 16-7-1990 [RJ 1990, 5881], 24-3-1992 [RJ 1992, 2279] y 9-7-1992 [RJ 1992, 6268]). Conforme a la sentencia de 31-5-1984 (RJ 1984, 2813), el letrado no es parte, sino que es un profesional cuya actuación le viene necesaria para la adecuada satisfacción de la parte que requiere sus servicios”*⁷⁹.

El argumento fundamental utilizado tanto por esta como por otras sentencias que se pronuncian en análogo sentido, es la inexistencia de vínculo jurídico contractual entre el letrado y el asegurador, de forma clara lo recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de

4 de febrero de 2000⁸⁰ cuando dispone: *“... es aplicable el principio general del art. 1257 CC, según el cual los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, de manera que habiendo sido contratados los servicios profesionales del demandado de manera absolutamente unilateral por el asegurado, será éste quien deba abonarle el precio de dichos servicios, y quien podrá en su caso dirigirse contra la aseguradora para hacer valer los pactos concertados entre ellos que supuestamente facultan para incluir tales honorarios en la cobertura del seguro”.*

A continuación, la misma sentencia, rechaza la legitimación basándose en la inexistencia de acción directa en estos supuestos *“... los arts. 1597 CC, 76 LCS y demás que puedan citarse como ejemplo de la llamada acción directa, relacionada objetivamente con un contrato pero concedida a sujetos que no fueron parte en él, lo que vienen a demostrar es precisamente que cuando la Ley quiere otorgar esta acción lo hace mediante un precepto expreso y terminante, que no puede sustituirse por inferencias más o menos seguras o interpretaciones derivadas de principios generales de justicia o equidad, mientras que comparando dichos preceptos con la regulación del seguro de defensa jurídica en los arts. 76.a) y ss. LCS se hace patente la inexistencia de norma semejante”.*

Por tanto, nos encontramos ante un tema conflictivo que ha provocado continua discusión doctrinal. Es cierto que la Jurisprudencia de nuestras Audiencias Provinciales tiende de forma mayoritaria a negar la legitimación del letrado para reclamar en su nombre los honorarios que le corresponden frente a la compañía de seguros con base en la existencia de un seguro de defensa jurídica. Los argumentos tenidos en cuenta para ello atienden, como ya hemos podido observar, a la relación contractual que nace con el contrato de seguro y por tanto a las obligaciones asumidas por cada una de las partes, concluyendo que la prestación por defensa jurídica nace a favor del asegurado con cargo a la aseguradora, y que por tanto será aquel el legitimado para reclamar el cumplimiento de dicha obligación y en consecuencia la obligación de pago por los honorarios que se generen en tal concepto a favor de los profesionales que hayan intervenido.

Además de lo anterior, se alude por tal sector de la doctrina al fundamento basado en que

⁷⁷ TIRADO SUÁREZ, F. J. “La libre elección de profesionales en el seguro de defensa jurídica”, XXII Congreso de derecho de la Circulación, celebrado en Madrid los días 24 y 25 de abril de 2006

⁷⁸ SAP La Rioja 360/2002, 19 de septiembre, AC 2002/2333.

⁷⁹ En el mismo sentido, SAP Ciudad Real 460/2000 (Sección 1ª) 19 diciembre, JUR 2001/66507, SAP Murcia 294/2004 (Sección 1ª) de 19 octubre, JUR 2005/72846, SAP Alicante 91/2000 (Sección 4ª) de 4 de febrero, AC 2000/806, entre otras.

⁸⁰ SAP Alicante 91/2000 (Sección 4ª) de 4 de febrero, AC 2000/806.

la acción para reclamar los honorarios de letrados, procuradores o peritos que han intervenido en la defensa del asegurado no se basa en la parte de la póliza que contiene un seguro de responsabilidad civil, sino en base a la parte de la misma que contiene un seguro de defensa jurídica cuyas características son distintas, con una regulación también distinta, ya que en éste las relaciones se producen exclusivamente entre asegurador y asegurado, sin que existan terceros perjudicados, por lo que debemos entender que el único que puede exigir el cumplimiento del seguro es el asegurado, no siendo de aplicación el artículo 76 de la Ley de contrato de Seguro, pues no existe ningún perjudicado que pueda ejercitar acción directa alguna contra el asegurador. En este sentido la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 21 de marzo de 2013. Se considera por tanto que no cabe una interpretación analógica o extensiva de la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro para poder fundamentar la legitimación de estos profesionales ante el ejercicio de la acción frente a la aseguradora en pago del seguro de defensa jurídica, pues se afirma que éstos no tienen la consideración de terceros perjudicados del siniestro, sino que la cobertura por la que se reclama nace directamente del contrato de seguro y despliega sus efectos exclusivamente frente al asegurado, de ahí su única y exclusiva legitimación.

Sin embargo debemos proclamar que también existen fundamentos que dan cabida a la legitimación del letrado para poder reclamar el pago de sus honorarios directamente frente a la aseguradora en estos casos. Así lo han reconocido sentencias como la de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de junio de 1996, la Audiencia Provincial de Cáceres de 27 de junio de 1996 o la ya citada de la Audiencia Provincial de Cáceres de 9 de febrero de 2004. Los argumentos esgrimidos por las mismas se basan en la consideración de tercero que debe darse al letrado en estos supuestos y por tanto su asimilación al perjudicado para gozar del ejercicio de la acción directa reconocida en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro. Pero es que además de este argumento, en concreto la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de junio de 1996 deja apuntado un criterio más que defendible, cual es la aplicación de la previsión que hace el artículo 1257.2 del Código Civil, al reconocer el derecho para reclamar al tercero cuando el contrato contuviere alguna estipulación a favor del mismo. En este sentido es claro que el seguro de defensa jurídica prevé el derecho del asegurado de elegir a un abogado libremente para su defensa, así como la

obligación de que la aseguradora sufrague los gastos por honorarios del mismo. Esta previsión realmente reconoce la obligación por parte de la compañía de seguros de hacer frente a los honorarios del letrado libremente elegido, por lo que pudiera considerarse como previsión a favor del mismo, es decir, estaría reconociendo su legitimación para dirigirse personalmente contra la misma en caso de impago. Todo ello sin olvidar como ya se ha dicho que la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2000⁸¹, no estimó la demanda interpuesta por el letrado encargado de la defensa del asegurado, pero para llegar a tal conclusión entró a juzgar el fondo del asunto, sin cuestionar la legitimación activa del actuante.

En este mismo sentido resulta, al menos interesante, traer a colación lo dispuesto en el artículo 1.111 del Código Civil –acción pauliana–, en cuanto se reconoce el derecho del acreedor a ejercitar los derechos que el deudor tuviera reconocidos para el pago de su crédito. Si seguimos la misma línea de argumentación, debemos reconocer la legitimación del letrado para dirigirse frente a la aseguradora en reclamación del pago de sus honorarios cuando el asegurado, su cliente, no haya hecho frente a los mismos⁸², pues aunque es cierto que el letrado debe reclamar sus honorarios al cliente/ asegurado, igual de cierto es que en no pocos casos dicha reclamación resulta infructuosa, por lo que entiendo plenamente aplicable en ese caso el artículo 1.111 del Código Civil y la posibilidad de dirigirse directamente el letrado frente al deudor de su deudor. Con todo ello, es evidente que existe líneas de argumentación para defender la legitimación del letrado para reclamar el pago de sus honorarios frente a la compañía de seguros, cuando éste ha sido designado libremente por el asegurado, debiendo tener presente además que

⁸¹ STS 437/2000 de 20 de abril, RJ 2000/2981.

⁸² En la revista RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO, nº 33 de 2014, de la editorial SEPIN, se publica una encuesta sobre el particular en el que todos los encuestados se inclinan por la falta de acción del letrado, salvo éste que escribe, curiosamente el único letrado con despacho propio de los encuestados, pues el resto eran reputados juristas (presidentes de audiencias provinciales, magistrados y letrados internos de aseguradoras), pero que nunca se han visto con el problema del cliente que ha cobrado la indemnización y ya no quiere saber nada del asunto de los honorarios de su letrado. Ciertamente es que se le podrían reclamar al mismo, pero tan cierto como que en no pocos casos dicha reclamación va a resultar infructuosa, por lo que entiendo plenamente aplicable en este supuesto el artículo 1.111 del Código Civil: “Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho”.

el derecho debe buscar en la medida de sus posibilidades la justicia material, la justicia efectiva, y evidentemente el seguro de defensa jurídica va destinado a satisfacer los gastos por letrado, procurador y otros profesionales cuya intervención sea preceptiva para la defensa del asegurado, objetivo que se verá realmente satisfecho cuando éstos puedan reclamar en su propio nombre el pago de sus honorarios frente a la correspondiente compañía, algo que por otro lado se viene haciendo de forma habitual en el cauce extrajudicial.

Por otro lado, es clara la legitimación activa del letrado para reclamar los honorarios cuando hay cesión del crédito entre abogado y asegurado (cliente), tal y como claramente se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), de 20 de noviembre de 2009: *“En efecto, si la comunicación de la cesión de crédito operada entre el acreedor cedente y el cesionario es requisito de eficacia y no de validez del negocio traslativo, significa que el mismo produce por sí solo todos sus efectos entre las partes, y que sólo los produce frente al deudor cedido -tercero- una vez sea conocido por éste, de tal manera que hasta que se produzca el acto de comunicación el deudor está obligado ante el acreedor originario mientras que tras dicha comunicación sólo se libera cumpliendo frente al cesionario o nuevo acreedor.*

Por tanto, aunque fuera cierto que los asegurados de DAS omitieron toda comunicación previa de la cesión del derecho al reembolso a favor del letrado señor Alexander, ello no priva de validez a la expresada cesión de crédito ni invalida la legitimación actual del cesionario para ejercitar el derecho de reembolso de gastos judiciales que por contrato correspondía originariamente a los señores Rómulo, Susana y Casiano frente a su asegurador de defensa jurídica.

Pero es que la expresada comunicación sí se produjo, según se desprende de los escritos remitidos por el bufete Soler-Naharro en reclamación del pago de las minutas (docs. 9, 16 y 30), a todos los cuales se adjuntaba la minuta en cuestión, la resolución judicial expresiva de la defensa de los intereses de cada uno de los asegurados de DAS y, finalmente, “copia del documento de cesión de la cobertura de defensa jurídica que mi cliente tiene concertada con Uds. y a favor de este despacho profesional”.

La circunstancia de que el convenio de cesión del crédito recibiera la denominación técnica de “cesión de la cobertura” no había de entrañar problema interpretativo alguno para los rectores de DAS, ya que no cabía duda de

ningún género de que con ello se aludía a la cesión del crédito que ostentaba cada uno de los clientes del letrado Alexander frente a DAS para el reembolso de los gastos que generase precisamente la defensa jurídica encomendada a ese letrado en unos concretos procesos judiciales.

De otra parte, la argumentación de DAS basada en el artículo 7 LCS conforme a la cual Alexander carece de legitimación para reclamar el pago de sus minutas porque no figura en las pólizas como asegurado o como beneficiario es de todo punto extemporánea, ya que el aquí demandante no se arroga ninguna de esas cualidades -tampoco la de subrogado legal ex artículo 1209 CC-, sino estrictamente la de cesionario de crédito, y es de recordar que el Código civil sienta como regla general la transmisibilidad de “los derechos adquiridos en virtud de una obligación” (art. 1112), entre los que se halla el crédito al reembolso de gastos que corresponde al asegurado de defensa jurídica, máxime cuando, como aquí ocurre, hace uso de su derecho a designar letrado de su libre elección (art. 76.d) LCS)”.

5. Directivas europeas y futuras reformas de este seguro

5.1 El seguro de defensa jurídica ante la incorporación de la directiva Solvencia II

La Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) regula el “seguro de defensa jurídica”, pero su incorporación a nuestro Ordenamiento de los mandatos armonizadores de esta Directiva, según **TAPIA HERMIDA**⁸³, “no comportará cambios sustanciales de la regulación vigente del seguro de defensa jurídica porque esta última está adaptada a la Directiva del Consejo, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica (87/344/CEE) y la nueva Directiva Solvencia II no modifica esencialmente aquellas previsiones”.

«La noción comunitaria del seguro de defensa jurídica se basa en una relación de intercambio de prestaciones según la cual el asegurado paga una prima al asegurador que asume un compromiso, residiendo en la naturaleza del mismo la especificidad de este tipo de segu-

⁸³ TAPIA HERMIDA, A.J. ob. cit. Manual de Ponencias del XIII Congreso Nacional editado por SEPIN.

ro. Este compromiso u obligación que asume el asegurador tiene un contenido inmediato y unas finalidades últimas (art. 198.1 de la Directiva Solvencia II):

- El contenido inmediato se bifurca en una doble posibilidad, alternativa o cumulativa: una prestación indemnizatoria de carácter pecuniario («hacerse cargo de los gastos de procedimiento judicial») y una prestación de servicios «in natura» («proporcionar otros servicios»).

- Las finalidades últimas de aquellas prestaciones presentan, también, una doble posibilidad de configuración: como una finalidad resarcitoria de un daño sustancial sufrido por el patrimonio del asegurado (“garantizar una indemnización del daño sufrido por el asegurado, de forma amistosa o en un procedimiento civil o penal”) o como una finalidad preventiva de un daño procesal de aquel patrimonio (“defender o representar al asegurado en un procedimiento civil, penal, administrativo o de otra naturaleza, o contra una reclamación de la que este sea objeto”).

Siguiendo con los aspectos generales, procede recordar, como explica **TAPIA HERMIDA**, que “la regulación comunitaria –y, por ende, la española– del seguro de defensa jurídica gravita sobre la voluntad de prevenir y solventar los potenciales conflictos entre los intereses del asegurador y del asegurado de defensa jurídica como consecuencia de la asunción, por el primero, de compromisos derivados de varios ramos del seguro. En cuanto se refiere a los mecanismos de prevención de aquellos conflictos de intereses, se ha venido considerando que el más eficaz consiste en la especialización de los aseguradores que se dediquen al ramo de defensa jurídica de tal manera que las entidades sean monorramo. Esta constatación ha llevado a la imposición, en determinados Estados con mercados de seguro especialmente desarrollados, del principio de especialización obligatoria. Sin embargo, la imposición de tal principio en otros Estados miembros de la UE con mercados aseguradores menos desarrollados en donde no existe tal especialización tropezaba con la práctica imposibilidad de obligar a la escisión de las empresas multirramo y la consiguiente multiplicación de entidades aseguradoras, contraria a principios de política legislativa de seguros tendentes a la creación de entidades aseguradoras suficientemente dimensionadas. Por lo anterior, la Directiva 87/344/CEE llegó a una solución de compromiso al admitir el desarrollo de este ramo de seguro a las entidades multirramo, si bien a

condición de que se establezcan medidas preventivas de conflictos de intereses. Estas medidas abarcan dos esferas propias de la actividad de las entidades aseguradoras: la contractual o externa de relación con el asegurado; y la organizativa o interna de gestión de este sector de actividad. La distinción señalada tiene un carácter flexible puesto que, como veremos, las alternativas de gestión de las entidades se reflejarán, inevitablemente, en los contratos de seguro de defensa jurídica que celebren”.

Para acabar con estos aspectos generales, este autor⁸⁴ se refiere a la acumulabilidad del riesgo de defensa jurídica con otros ramos, pues «la Directiva Solvencia II culmina el proceso de acumulabilidad con la supresión expresa de la especialización al establecer, en su art. 205, que *“los Estados miembros suprimirán cualquier disposición que prohíba a las empresas de seguros el ejercicio simultáneo en su territorio del seguro de defensa jurídica y de otros ramos”*».

Por otro lado, según explica este autor, «la incorporación de los mandatos armonizadores de la Directiva Solvencia II tampoco obligará, según explica este autor, a modificar el régimen del seguro de defensa jurídica contenido en la Sección 8ª del Título II de la LCS (arts. 67.a) a 76.g) porque este régimen ya recoge tales mandatos. En particular:

- La exigencia de la contratación diferenciada del seguro de defensa jurídica contenida en el art. 199 de la Directiva Solvencia II –cuando establece que “la garantía de defensa jurídica deberá ser objeto de un contrato separado del establecido para los restantes ramos o bien de un capítulo aparte de una póliza única con indicación del contenido de la garantía de defensa jurídica y, si el Estado miembro lo requiere, de la prima correspondiente”– ya consta en el art. 76.c) de la LCS.

- La libre elección de abogado establecida en el art. 201 de la Directiva Solvencia II –cuando señala que “todo contrato de defensa jurídica reconocerá de forma explícita que: a) cuando se recurra a un abogado o a cualquier otra persona que posea las cualificaciones requeridas por la legislación nacional para defender, representar o servir los intereses del asegurado, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, el asegurado tendrá la libertad de elección de dicho abogado o de dicha persona; b) los asegurados tendrán libertad de elegir abogado o, si

⁸⁴ TAPIA HERMIDA, A. J. ob. cit. Manual de Ponencias del XIII Congreso Nacional editado por SEPIN.

lo prefieren y en la medida en que lo permita la legislación nacional, cualquier otra persona que posea las cualificaciones necesarias, para servir sus intereses cada vez que surja un conflicto de intereses”⁸⁵- ya consta incorporada a nuestro Ordenamiento por el art. 76.d) de nuestra LCS vigente, aunque como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, determinadas cláusulas que actualmente fijan límites cuantitativos muy reducidos en algunos seguros de defensa jurídica, podrían querer entenderse por algún sector de la doctrina contrarias a este art. 201 de la Directiva Solvencia II, por cuanto supuestamente desnaturalizan el contrato de defensa jurídica recogido en el mismo.

- La sumisión a arbitraje de las diferencias entre el asegurador y el asegurado que exige el art. 203 de la Directiva Solvencia II -cuando dice que “los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la empresa de seguros de defensa jurídica y el asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad. El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado a recurrir a tales procedimientos”- consta incorporada al art. 76.e) de nuestra LCS vigente.

- La información al asegurado sobre los derechos que le asisten en los términos establecidos en el art. 204 de la Directiva Solvencia II -cuando dispone que “cada vez que surja un conflicto de intereses o que exista desacuerdo respecto a la solución de un litigio, el asegurador de la defensa jurídica o, en su caso, la oficina de liquidación de siniestros, deberá informar al asegurado del derecho contemplado en el artículo 201, apartado 1 y de la posibilidad de recurrir al procedimiento contemplado en el artículo 203”- consta ya en el art. 76.f) de nuestra LCS vigente, aunque como veremos al hablar del arbitraje este deber de información no se recoge actualmente en muchas pólizas.

- Por último, el art. 76.g) de nuestra vigente LCS armoniza nuestro Derecho con las exclusiones -obligatorias (referidas a “litigios o riesgos resultantes de la utilización de embarcaciones

marítimas” y a la responsabilidad civil) y facultativa (asistencia turística) para los Estados miembro- de aplicación del régimen del seguro de defensa jurídica previstas en el art. 198.2 de la Directiva Solvencia II».

5.2 El seguro de defensa jurídica ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro

Al igual que ocurre con Solvencia II, la continuidad del régimen vigente está garantizada para el profesor **TAPIA HERMIDA**⁸⁶, en la futura Ley de Contrato de Seguro, pues “si comparamos los textos preparatorios del nuevo régimen del contrato de seguro de defensa jurídica⁸⁷ con el contenido en la LCS vigente⁸⁸, constatamos, que se produce una continuidad sustancial, con una redistribución y un mejor orden del contenido de los preceptos”. Esto sucede en los siguientes apartados, como dice este autor:

- La noción del seguro de defensa jurídica.

«Se mantiene la definición vigente del art. 76.a) de la LCS porque tanto el art.64 del APLCS⁸⁹ como el art. 592-48 de la PCM⁹⁰ dicen que “*Por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro*”». Luego nada aporta de nuevo que arroje luz sobre la validez de los límites por no ser preceptivo el uso del profesional, por lo que tendremos que seguir al agur de la jurisprudencia interpretativa de este precepto.

- El ámbito del seguro de defensa jurídica.

⁸⁶ TAPIA HERMIDA, A. J. ob. cit. Manual de Ponencias del XIII Congreso Nacional editado por SEPIN.

⁸⁷ La Sección 6ª (“Seguro de defensa jurídica”) del Capítulo III del Título II del Texto conjunto del Ministerio de Justicia (MJ) y del Ministerio de Economía y Hacienda (MEH) de un Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro que data de 8 de abril de 2011, y la Sección 9ª (“Del Seguro de Defensa Jurídica”) del Capítulo II (“De los seguros contra daños”) de tu Título IX (“De los contratos de seguros y de mediación de seguros”) de la “Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación”, que se hizo pública el 20 de junio de 2013.

⁸⁸ Artículo 76, apartados a) a g).

⁸⁹ APLCS: Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 8 de abril de 2011.

⁹⁰ PCM: Propuesta de Código Mercantil elaborada por la “Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación”, que se hizo pública el 20 de junio de 2013.

⁸⁵ El apartado 2 de este precepto aclara que “A efectos de la presente sección, se entenderá por abogado cualquier persona habilitada para ejercer sus actividades profesionales al amparo de una de las denominaciones previstas en la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados”.

«Se reordena el régimen vigente agrupando en un solo precepto las exclusiones contenidas en los arts. 76.b) y 76.g) de la LCS vigente ya que tanto el art. 65 del APLCS como el art. 592-49 de la PCM delimitan el ámbito de cobertura del seguro de defensa jurídica diciendo: “1. Quedan excluidos de la cobertura del seguro de defensa jurídica el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales. 2. Los preceptos contenidos en esta Sección no serán de aplicación: 1º. A la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil. 2º. A la defensa jurídica realizada por el asegurador de la asistencia en viaje. En este caso, la no aplicación de las normas de esta Sección quedará subordinada a que la actividad de defensa jurídica se ejerza en un Estado distinto del de la residencia habitual del asegurado; a que dicha actividad se halle contemplada en un contrato que tenga por objeto única y exclusivamente la asistencia a personas que se encuentren en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias de su lugar de residencia habitual, y a que en el contrato se indique claramente que no se trata de un seguro de defensa jurídica, sino de una cobertura accesoria a la de asistencia en viaje. 3º. A la defensa jurídica que tenga por objeto litigios o riesgos que surjan o tengan relación con el uso de buques o embarcaciones marítimas”». Es importante ver que el legislador podía haber aclarado determinados extremos del ámbito de cobertura de este seguro que actualmente genera controversias con sentencias de audiencias provinciales contrapuestas, pero ha preferido limitarse a un continuismo que nos aleja de una solución legislativa a las exclusiones o limitaciones cualitativas.

- La documentación del seguro de defensa jurídica.

«Se refunden las exigencias de separación –absoluta o relativa– de este seguro, de reflejo documental de los derechos del asegurado y de información al mismo que imponen los art. 76.c) y 76.f) de la LCS vigente en un único precepto porque tanto el art. 66 del APLCS como el art. 592-50 de la PCM dicen: “1. El seguro de defensa jurídica deberá ser objeto de un contrato independiente. 2. El contrato, no obstante, podrá incluirse en capítulo aparte dentro de una póliza única, en cuyo caso habrán de especificarse el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde. 3. En todo caso, la póliza del contrato de seguro de defensa jurídica habrá de recoger expresamente los derechos reconocidos al asegurado por el artículo siguiente. 4. En particular, en caso de conflicto de intereses

o de desavenencia sobre el modo de tratar una cuestión litigiosa, el asegurador deberá informar inmediatamente al asegurado de la facultad que le compete de ejercitar los derechos a que se refiere el artículo siguiente”». Se echa en falta que se aprovechara esta reforma para aclarar a quien debe afectar la falta de la especificación del contenido de la defensa jurídica garantizada y de la prima que le corresponde, a la aseguradora que confecciona dicha póliza como contrato de adhesión –responsable por ello de la falta de información o de cumplimiento de dichas formalidades según determinada jurisprudencia– o al asegurado que contrata dicho seguro con esas circunstancias de indefinición de contenido e indeterminación de la prima –y que por tanto debe atenerse a las consecuencias de dicha indefinición e indeterminación según otras sentencias–, pues cualquier reforma legislativa debería ser usada, aprovechando la misma, para plasmar el criterio del legislador que arroje luz sobre cualquier controversia jurisprudencial.

- Los derechos del asegurado en el seguro de defensa jurídica.

«Se unifican en un solo precepto las referencias a aquellos derechos contenidas en los arts. 76.d) y 76.e) de la LCS vigente porque tanto el art. 67 del APLCS como el art. 592-51 de la PCM dicen: “1. El asegurado tendrá derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento. El Abogado y Procurador designados por el asegurado no estarán sujetos, en ningún caso, a las instrucciones del asegurador. 2. El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada”». Se mantiene por tanto la apuesta por el arbitraje como solución de conflictos, que trataremos en el siguiente apartado.

Por el contrario si es muy relevante la reforma propuesta para el artículo 74 de la LCS, tal y como explica en el primero de los artículos doctrinales de esta revista **TAPIA HERMIDA**⁹¹, pues en el art. 62 del APLCS⁹² de 2011 que regularía la cobertura de los “gastos de defensa jurídica”, se

⁹¹ TAPIA HERMINA, A. J.: “El seguro de responsabilidad civil en la propuesta de Código Mercantil”, nº 49 de la revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, correspondiente al Primer Trimestre de 2014, pág. 9 y ss.

⁹² APLCS: Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 8 de abril de 2011.

fija un mecanismo de cobertura indemnizatoria directa de la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado mediante la asunción por el asegurador de aquellos gastos, pues en su apartado 1 establece: “la cobertura del contrato comprende también los gastos judiciales y extrajudiciales que ocasione al asegurado su defensa ante las reclamaciones de responsabilidad civil presentadas por un tercero, siempre que los gastos sean adecuados conforme a las circunstancias” y el apartado 2 añadía que “los gastos judiciales de defensa del asegurado serán de cuenta del asegurador al margen de la suma asegurada”.

Para este autor “esta presunción legal tendría un carácter expresamente dispositivo dado que en el apartado 3 se permite el pacto por el que el asegurador asuma la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, siempre que aquel pacto respetara los mismos límites de conflicto de intereses que establece el art. 74 de la LCS vigente. Además, el art. 62 del APLCS de 2011 establece dos novedades relevantes que consisten en no computar los gastos judiciales de defensa del asegurado –que serán de cuenta del asegurador– dentro del límite de la suma asegurada; e imponer al asegurador el deber de aportar –hasta el límite de la suma asegurada– la fianza o garantía precisas para evitar la ejecución de una decisión judicial frente al asegurado”.

Por su parte, el art. 592-45 de la Propuesta de Código Mercantil⁹³ de 2013 modifica igualmente el actual régimen del art. 74 de la LCS cuando establece un mecanismo de cobertura indemnizatoria directa de la defensa jurídica frente a la reclamación del perjudicado mediante la asunción por el asegurador de aquellos gastos al decir que “la cobertura del contrato comprende también los gastos judiciales y extrajudiciales que ocasione al asegurado su defensa ante las reclamaciones de responsabilidad civil presentadas por un tercero, siempre que los gastos sean adecuados conforme a las circunstancias”.

La PCM recoge, como asimismo pone de manifiesto este autor⁹⁴, las dos novedades del art. 62 del APLCS de 2011 antes señaladas, disponiendo que “*los gastos judiciales de defensa*

del asegurado serán de cuenta del asegurador al margen de la suma asegurada”; y que el deber del asegurador de aportar –hasta el límite de la suma asegurada– la fianza o garantía precisas para evitar la ejecución de una decisión judicial frente al asegurado, añadiendo su posible liberación “*si reconoce frente al asegurado que la pretensión del tercero está ajustada a derecho*”. Por el contrario, a diferencia del APLCS de 2011, la PCM no contiene una referencia expresa al pacto de asunción legal de la defensa del asegurado por el asegurador y a sus eventuales límites en caso de conflicto de intereses.

Por tanto, los dos textos –tanto el de 2011 como el de 2013– coinciden en modificar la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del tercero perjudicado dándole un alcance indemnizatorio, mediante el pago por el asegurador de determinados gastos; ya que ambos preceptos refieren la defensa jurídica a la asunción por el asegurador de “*los gastos judiciales y extrajudiciales que ocasione al asegurado su defensa ante las reclamaciones de responsabilidad civil presentadas por un tercero, siempre que los gastos sean adecuados conforme a las circunstancias*”; añadiendo en ambos casos la precisión de que “*los gastos judiciales de defensa del asegurado serán de cuenta del asegurador al margen de la suma asegurada*”.

Aun cuando, precisa **TAPIA HERMIDA**, en la propuesta de reforma del art. 74 LCS “no se establece expresamente la libre elección de abogado y procurador por el asegurado en términos semejantes a lo que sucede con el seguro de defensa jurídica del art. 76.a) de la LCS, cuyas normas no se aplican a la defensa jurídica del seguro de responsabilidad civil; la nueva presunción legal de cobertura por el asegurador de los gastos de defensa del asegurado frente a la reclamación del tercero perjudicado, dándole un alcance indemnizatorio, unido a la necesaria salvaguarda del derecho del asegurado a la defensa, debería conducir a aplicar la libre elección de letrado”, siempre que los gastos sean adecuados conforme a las circunstancias, similar a la libre designación del artículo 76.d) de la LCS.

Otra cosa es que esto se plasme al final en la futura LCS, pues como decía **ANGULO RODRÍGUEZ**⁹⁵, director general de seguros en la etapa en la se aprobó la Ley de Contrato de Segu-

⁹³ En adelante PCM. Dicha propuesta de Código Mercantil fue elaborada por la “Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación”, haciéndose pública el 20 de junio de 2013.

⁹⁴ TAPIA HERMIDA, A. J. ob. cit. “El seguro de responsabilidad civil en la propuesta de Código Mercantil”, artículo publicado en la pg 9 y ss de esta misma revista.

⁹⁵ ANGULO RODRÍGUEZ, L. “Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia”, nº 21 de la revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, correspondiente al Primer Trimestre de 2007.

ro, “es de esperar que efectivamente se lleve a cabo la revisión de la LCS, sin caer en tentaciones de anquilosarla. Huir de ese y de cualquier otro anquilosamiento, será siempre una buena enseñanza que aprender y desde luego que difundir entre nuestros Alumnos, partiendo de que el Derecho es el sentido común institucionalizado y, cuando no sucede así, habremos de preguntarnos la causa”. Siete años después de dichas palabras, aun no hay reforma de la Ley de Contrato de Seguro.

6. Arbitraje

La normativa aplicable es la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que vino a sustituir y derogar la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Asimismo el artículo 76 e) de la LCS establece que *“El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada”*. Y por su parte el artículo 76.f) obliga a que *“La póliza del contrato de seguro de defensa jurídica habrá de recoger expresamente los derechos reconocidos al asegurado por los dos artículos anteriores. En caso de conflicto de intereses o de desavenencia sobre el modo de tratar una cuestión litigiosa, el asegurador deberá informar inmediatamente al asegurado de la facultad que le compete de ejercitar los derechos a que se refieren los dos artículos anteriores”*. Pues bien, esta obligación de información de derecho raramente se cumple, pues no es habitual encontrar en las pólizas información sobre el referido derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador en relación al contrato de seguro.

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, establece en su artículo 61 los mecanismos de solución de conflictos: *“1. Los conflictos que puedan surgir entre tomadores de seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras se resolverán por los jueces y tribunales competentes. 2. Asimismo, podrán someter voluntariamente sus divergencias a decisión arbitral en los términos del artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y sus normas de desarrollo. 3. En cualquier caso, y salvo aquellos supuestos en que la legislación de protección de los consumidores y usuarios lo impida, también podrán someter a arbitraje*

las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje”.

La jurisprudencia reciente señala que el art.76.e) de la LCS⁹⁶ le atribuye ese derecho sin establecer excepción general alguna; por lo que toda limitación, para que sea válida, debe cumplir los requisitos del art. 3 de la LCS. En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), de 3 febrero de 2012⁹⁷, que dice: *“El tenor literal de este precepto de la Ley establece y define un verdadero derecho subjetivo de naturaleza privada que el asegurado ostenta frente a la compañía aseguradora. Se desprende ello del uso en el precepto del vocablo derecho, que por definición, se tiene siempre frente a alguien, en este caso frente la otra parte contratante es decir la aseguradora. Este derecho subjetivo no puede ser desconocido por la jurisdicción. La consecuencia de ello es que el asegurado puede compelir a la aseguradora para someter a arbitraje cualquier vicisitud que pudiera surgir en el contrato de seguro celebrado interpartes, como es el caso que nos ocupa, con independencia de cuál sea el fondo del asunto enjuiciar por el árbitro, que no puede ser examinado en la presente, resolución en la que tan solo cabe reconocer al recurrente su derecho, a esta particular actio mediante la que se somete a la heterocomposición de un tercero imparcial que es él árbitro. En el caso enjuiciado no cabe apreciar la existencia de cosa juzgada, toda vez que la actio hasta este momento ha quedado imprejuizada y no ha existido ninguna decisión sobre el fondo del asunto, ni en sede jurisdiccional ni en la circunstancia de haber acudido el asegurado con anterioridad al arbitraje, toda vez que dicho arbitraje no fue aceptado por la aseguradora”*.

Como ya se ha comentado en el apartado anterior, la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre

⁹⁶ Ver OLMOS PILDAÍN, A., “El seguro de defensa jurídica”, cit., pág. 339 y ss. Ver también comentario de TAPIA HERMIDA, A. J. en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.) “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones” cit. pág. 1922 y ss.

⁹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), núm. 76/2012 de 3 febrero, ponente Pascual Martín Villa, cuyo texto completo -facilitado por el compañero que llevó este asunto Antonio Raventós Riera, obra en el apartado de arbitraje de la web www.asociacionabogadosrcs.org, junto con el Reglamento Arbitral de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, la relación de árbitros homologados por nuestra Asociación, tablas de honorarios de los árbitros, cláusula arbitral recomendada y modelos de demandas arbitrales.

de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), al referirse a los mecanismos comunitarios de solución de los conflictos de intereses que efectivamente puedan producirse, establece en su artículo 200 esencialmente los dos siguientes derechos: a) El reconocimiento al asegurado de la facultad de acudir a una instancia arbitral para dirimir sus divergencias con el asegurador. b) La información al asegurado de sus derechos específicos. Por su parte el art. 203 de la mencionada Directiva Solvencia II establece la sumisión a arbitraje de las diferencias entre el asegurador y el asegurado -cuando dice que “los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la empresa de seguros de defensa jurídica y el asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad. El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado a recurrir a tales procedimientos”- y aunque dicha previsión consta incorporada al art. 76.e) de nuestra LCS vigente, la mencionada directiva no hace otra cosa que reafirmar la importancia que da Europa al arbitraje como medio de solución de conflictos. Completando el art. 204 de dicha Directiva la importancia del deber de información al asegurado sobre los derechos que le asisten, disponiendo que “cada vez que surja un conflicto de intereses o que exista desacuerdo respecto a la solución de un litigio, el asegurador de la defensa jurídica o, en su caso, la oficina de liquidación de siniestros, deberá informar al asegurado del derecho contemplado en el artículo 201, apartado 1 y de la posibilidad de recurrir al procedimiento contemplado en el artículo 203” -el arbitraje-. Y aunque dicha previsión igualmente consta ya en el art. 76.f) de nuestra LCS vigente, lo cierto es que son muchas las pólizas que no reflejan dicha información.

Por su parte, como igualmente ya se ha comentado en el apartado anterior al hablar de la reformas futuras, el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 8 de abril de 2011, y la “Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación”, que se hizo pública el 20 de junio de 2013, unifican en un solo precepto las referencias a aquellos derechos del asegurado en el seguro de defensa jurídica contenidas en los art. 76.d) y 76.e) de la LCS vigente porque tanto el art. 67 del APLCS como el art. 592-51 de la PCM dicen: “1. El asegurado tendrá derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que

hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento. El Abogado y Procurador designados por el asegurado no estarán sujetos, en ningún caso, a las instrucciones del asegurador. 2. El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada”. Se mantiene por tanto, como no podía ser de otra forma, la apuesta por el arbitraje como solución de conflictos, tal y como se concibe en Europa, pero en España estamos aún lejos de ver el arbitraje como una solución, pues el mismo está aún muy incipiente. Basta ver que la referida y comentada sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), de 3 febrero de 2012, que reconoce el derecho a la designación de árbitro conforme al artículo 76 e) de la LCS⁹⁸, es una raya en el agua, al igual que lo son los laudos sobre esta materia⁹⁹, por lo que aún nos queda por hacer una importante labor conciliadora de las bondades del sistema arbitral.

7. Conclusiones

PRIMERA. La diferencia entre la defensa jurídica de la responsabilidad civil, prevista en el artículo 74 de la LCS, y el seguro de defensa jurídica, previsto en el artículo 76.a) de la LCS, radica a juicio de algunos autores en la posición procesal del asegurado, determinando que nos encontramos ante un supuesto del referido artículo 74 cuando el asegurado es demandado, y por el contrario, cuando sea demandante, estaremos en el marco de un seguro de defensa jurídica del artículo 76.a). Por el contrario algunas audiencias provinciales establecen que la posición procesal del asegurado no es definitiva del tipo de se-

⁹⁸ Aunque no llega a nombrarlo, toda vez que la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, operada mediante la Ley 11/2011, vino a establecer la competencia para el nombramiento y remoción judicial de árbitros de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.

⁹⁹ Desde que se aprobó el Reglamento Arbitral de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro en la Asamblea General de la misma celebrada en Cádiz el 21 de junio de 2012, y se protocolizó notarialmente dicho reglamento el 12 de julio de 2012, al que se puede acceder a través del apartado de arbitraje de la web www.asociacionabogadosrcs.org, han sido sólo 4 las solicitudes de nombramiento de árbitro recibidas por la Secretaría de Administración de Arbitraje (SADAR), correspondiendo la mayoría a Barcelona.

guro contratado, ya que el seguro de defensa jurídica puede dar cobertura tanto a las reclamaciones del asegurado frente a terceros como a la defensa del asegurado frente a reclamaciones de terceros. La circunstancia de que esta última defensa jurídica también puede estar cubierta por un seguro de responsabilidad civil no puede hacernos ignorar que, si el asegurador cubre la defensa del asegurado por un seguro de defensa jurídica, el defendido goza de los derechos propios de este tipo de seguro, siendo el fundamental de estos derecho la libre elección de profesionales que le representen y defiendan.

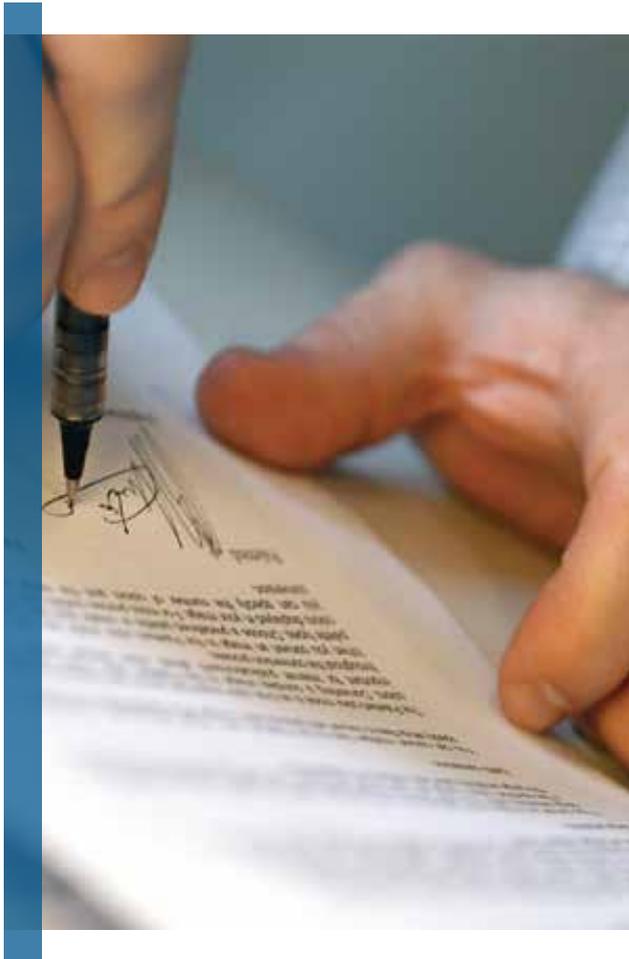
SEGUNDA. La doctrina jurisprudencial establece la distinción del seguro de defensa jurídica del art. 76.a) a g) de la LCS con la cobertura de la defensa frente a la reclamación del perjudicado prevista en el art. 74 de la LCS, en que el primero deberá ser objeto de un contrato independiente o de inclusión en capítulo aparte dentro de una póliza única, en cuyo caso habrán de especificarse separadamente el contenido de la defensa jurídica garantizada y la prima que le corresponde; mientras que el segundo supuesto, la defensa frente a la reclamación del perjudicado, es una cobertura que necesariamente acompaña al seguro de responsabilidad civil salvo pacto en contrario, y que únicamente ampara la defensa del asegurado frente a la reclamación de terceros perjudicados.

Numerosa jurisprudencia menor hace recaer sobre el asegurado la falta de cumplimiento de dichas formalidades necesarias para que nos encontremos ante un verdadero seguro de defensa jurídica, no obstante hay también diversas sentencias que discrepan de la anterior tesis, pues entienden que el contrato de seguro es un contrato de adhesión, por lo que quien debe procurar cumplir las pautas legales de forma es la aseguradora que lo redacta, entendiendo que no puede beneficiar a la aseguradora el incumplimiento de su obligación de precisar qué parte de la prima que cobra por diversos conceptos, entre ellos el de defensa jurídica, corresponde a este contrato especial, es decir, si en las pólizas se recoge con carácter genérico la cobertura de la defensa jurídica, el hecho de que la aseguradora no especifique qué cuantía concreta de la prima se asigna a la misma, no puede perjudicar al asegurado, ya que en este caso, se produciría una vulneración de sus derechos básicos como consumidor. En definitiva, hay sentencias que establecen que la oscuridad de los contratos no puede favorecer a la parte más fuerte en la contratación, que es la que redacta los documentos y a la que se adhiere el asegurado.

TERCERA. La libre designación de profesionales no debería ser un punto de confrontación entre abogados y compañías de seguros, pues a todos perjudican los conflictos que actualmente surgen, por lo que deberían habilitarse sistemas de mediación o arbitraje que pudieran ayudar a disminuir o agilizar la resolución de los mismos. El derecho a la libre elección de letrado es claro en el caso del artículo 76.a), pero no así en los supuestos del art. 74 de la LCS, en los que sólo se daría este derecho cuando exista un conflicto de intereses con la aseguradora, siendo el más habitual que ésta sea también la aseguradora de la parte contraria.

CUARTA. La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo deja claro que no son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado las que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, incluyendo en estas categorías la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada, por lo que el límite cuantitativo que se establece en el seguro de defensa jurídica será en todo caso una cláusula delimitadora del riesgo, aunque siempre que responda a un propósito de concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o en coherencia con el uso establecido, por lo que no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza (STS de 19 de julio de 2012). En base a ello, parte de la doctrina entiende que tanto las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto como las limitativas de los derechos de los asegurados, deben respetar el principio de congruencia con el propio objeto del seguro, no pudiendo vaciarlo de contenido, pues de lo contrario podrían ser declaradas abusivas.

QUINTA. El Tribunal Supremo ha entendido que no son abusivas las cláusulas que atribuyen a la aseguradora la facultad de valorar la viabilidad de la pretensión, siempre que dicha facultad no se le atribuya de forma indiscriminada o arbitraria y se garantice la cobertura por la aseguradora cuando el asegurado ejercite por su propia cuenta y riesgo las acciones judiciales y obtenga una resolución favorable o una indemnización de cuantía similar a su pretensión inicial (STS de 1 de julio de 2010). Por el contrario entiende como abusivas -por incompatibles con el principio de igualdad entre las partes- las cláusulas que dejan a la exclusiva voluntad de la aseguradora la decisión de interponer los eventuales recursos en los correspondientes procedimientos y las que liberan a ésta de cumplir la



prestación si la parte contraria en el procedimiento es condenada en costas.

SEXTA. La doctrina jurisprudencial entiende cubiertas por el seguro de defensa jurídica las gestiones extrajudiciales o amistosas, entre otras razones porque no puede considerarse la gestión previa a la interposición de la demanda como algo ajeno y distinto al procedimiento judicial en sí, sino como un acto preparatorio del procedimiento judicial, propio de una correcta práctica profesional y beneficioso para los asegurados, pues les consigue una rápida satisfacción de sus intereses y les evita las molestias e incertidumbre propias de todo procedimiento judicial, y para la propia aseguradora, puesto que los gastos de defensa judicial serán menores que si se presenta la demanda.

SÉPTIMA. La legitimación del abogado para reclamar directamente del asegurador los honorarios dimanantes de su intervención ha generado sentencias en ambos sentidos, no poniéndose de acuerdo en la consideración de tercero del letrado y por tanto su asimilación al perjudicado para gozar del ejercicio de la acción directa reconocida en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro. Pero hay otras sen-

tencias que se basan en la previsión que hace el artículo 1257.2 del Código Civil, al reconocer el derecho para reclamar al tercero cuando el contrato contuviere alguna estipulación a favor del mismo. En este sentido es claro que el seguro de defensa jurídica prevé el derecho del asegurado de elegir a un abogado libremente para su defensa, así como la obligación de que la aseguradora sufrague los gastos por honorarios del mismo. Esta previsión realmente reconoce la obligación por parte de la compañía de seguros de hacer frente a los honorarios del letrado libremente elegido, por lo que pudiera considerarse como previsión a favor del mismo, es decir, estaría reconociendo su legitimación para dirigirse personalmente contra la misma en caso de impago.

OCTAVA. La Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Solvencia II) regula el “seguro de defensa jurídica”, pero su incorporación a nuestro Ordenamiento de los mandatos armonizadores de esta Directiva no comportará cambios sustanciales porque nuestro régimen legal ya recoge tales mandatos, como son la exigencia de la contratación diferenciada del seguro de defensa jurídica contenida en el art. 199 de la Directiva Solvencia II -aunque no obliga a que deba indicarse por separado la prima correspondiente, como si lo hace el art. 76.c) de la LCS-. Así como la libre elección de abogado establecida en el art. 201 de la Directiva Solvencia II cuando señala que el asegurado tendrá la libertad de elección de abogado -aunque como ya se ha dicho, determinadas cláusulas que actualmente fijan límites cuantitativos muy reducidos en algunos seguros de defensa jurídica, podrían querer entenderse por algún sector de la doctrina jurisprudencial contrarias a esta disposición comunitaria, por cuanto supuestamente desnaturalizarían la libre elección de abogado recogida en dicho artículo-.

NOVENA. Tanto el “Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro” de 8 de abril de 2011, como la “Propuesta de Código Mercantil” elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación”, que se hizo pública el 20 de junio de 2013, representan una continuidad sustancial del régimen vigente para el seguro de defensa jurídica del actual art. 76.a) de la LCS, desaprovechando esta oportunidad para aclarar determinados extremos del ámbito de cobertura de este seguro que actualmente genera importantes controversias, con sentencias de audiencias provinciales contrapuestas. Se echa en falta que el legislador determinara a quien debe afectar

la falta de la especificación del contenido de la defensa jurídica garantizada y de la prima que le corresponde, a la aseguradora que confecciona dicha póliza –responsable por ello de la falta de información o de cumplimiento de dichas formalidades según determinada jurisprudencia– o al asegurado que contrata dicho seguro con esas circunstancias de indeterminación de la prima –y que por tanto debe atenerse a las consecuencias de dicha indefinición e indeterminación tal y como mantienen otras sentencias–.

Por el contrario, ambos textos proyectados –tanto el de 2011 como el de 2013– coinciden en modificar la defensa jurídica del asegurado frente a la reclamación del tercero perjudicado del art. 74 de la LCS, dándole un nuevo alcance indemnizatorio mediante el pago por el asegurador de determinados gastos; ya que ambos preceptos refieren la defensa jurídica a la asunción por el asegurador de “los gastos judiciales y extrajudiciales que ocasione al asegurado su defensa ante las reclamaciones de responsabilidad civil presentadas por un tercero, siempre que los gastos sean adecuados conforme a las circunstancias”. Por tanto y aun cuando en la propuesta de reforma del art. 74 de la LCS no se establece expresamente la libre elección de abogado y procurador por el asegurado en términos semejantes a lo que sucede con el seguro de defensa jurídica del art. 76.a) de la LCS, la nueva presunción legal de cobertura por el asegurador de los gastos de defensa del asegurado frente a la reclamación del tercero perjudicado, unido a la necesaria salvaguarda del derecho del asegurado a la defensa, podría conducir a aplicar también en este supuesto la libre elección de letrado similar a la libre designación del artículo 76 d) de la LCS. Otra cosa es que esto se plasme al final en la futura LCS.

DÉCIMA. El art. 203 de la mencionada Directiva Solvencia II establece la sumisión a arbitraje de las diferencias entre el asegurador y el asegurado –cuando dice que “los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la empresa de seguros de defensa jurídica y el asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad. El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado a recurrir a tales procedimientos”– y aunque dicha previsión consta ya incorporada al art. 76.e) de nuestra LCS vigen-

te, la mencionada directiva no hace otra cosa que reafirmar la importancia que da Europa al arbitraje como medio de solución de conflictos. Asimismo el “Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro” de 8 de abril de 2011 y la “Propuesta de Código Mercantil” mantienen que el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro, reafirmando por tanto, como no podía ser de otra forma, la apuesta por el arbitraje como solución de conflictos, tal y como se concibe en Europa, aunque en España aún nos queda por hacer una importante labor concienciadora de las bondades del sistema arbitral.

BIBLIOGRAFÍA:

ANGULO RODRÍGUEZ, L. “Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia”, nº 21 de la revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, correspondiente al Primer Trimestre de 2007.

BATALLER GRAU, J. y OTROS: “El contrato de seguro jurídico en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Editorial Tirant lo Blanch, 1999.

CANO FERRÉ, P. “Seguro de Protección Jurídica”, ponencia realizada en el I Congreso Constituyente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, celebrado en Granada los días 15,16 y 17 de noviembre de 2001.

DACHS, M. “El seguro de defensa jurídica; cuestiones suscitadas en la praxis aseguradora en el ámbito del automóvil”.

LASO PENA, J. M.: “El incomprendido seguro de defensa jurídica”, en revista de Tráfico, marzo-abril 2006, nº 5.

LOPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: “La libre elección de profesional en el seguro de defensa jurídica”, en Revista Práctica de Derecho de Daños, nº 46, febrero 2007, pág. 16 y ss.

OLMOS PILDÁIN, A. “El seguro de defensa jurídica”, Editorial Aranzadi, 1997.

SÁNCHEZ CALERO, F. “Comentario al artículo 74 LCS”, en Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, 3ª edición, 2005.

TAPIA HERMIDA, A. J.: “Comentario al artículo 76 apartados a) al g) de la LCS en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.) “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones”, 4ª ed., Thomson-Aranzadi, 2010, pág. 1801 y ss.

TAPIA HERMIDA, A. J. “El seguro de defensa jurídica. Aspectos polémicos y novedosos del derecho vigente y del proyectado, con particular referencia al límite de la cobertura en supuestos de libre designación de profesionales”, XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, celebrado en Valencia los días 14, 15 y 16 de noviembre de 2013.

TAPIA HERMIDA, A. J.: “El seguro de responsabilidad civil en la propuesta de Código Mercantil”, nº 49 de la revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, correspondiente al Primer Trimestre de 2014, pág. 9 y ss.

TIRADO SUÁREZ, F. J. “La libre elección de profesionales en el seguro de defensa jurídica”, XXII Congreso de derecho de la Circulación, celebrado en Madrid los días 24 y 25 de abril de 2006.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Indemnización por daños y perjuicios. Asbestosis. Aplicación del Baremo para accidentes de circulación. Factor de corrección por lesiones permanentes: debe aplicarse independientemente de la edad de la víctima en aplicación del principio de igualdad

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social),
de 15 de enero de 2014.

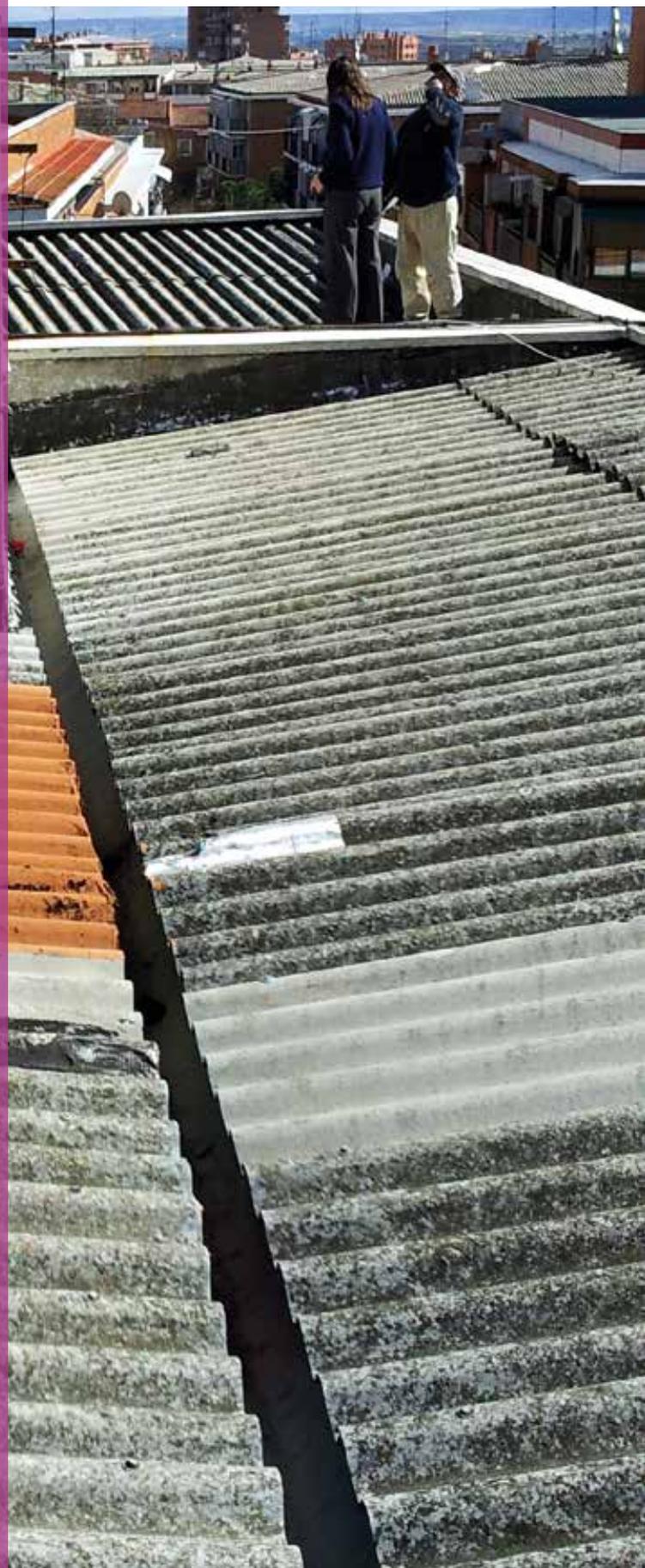
Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La sentencia recurrida ha revocado la de instancia que, con estimación parcial de la demanda, había fijado la indemnización adicional por daños y perjuicios derivados para la actora de enfermedad profesional (asbestosis), condenando a la empresa por este concepto al abono de una cantidad total de 103.443 euros, de la que 73.443 euros, reconocidas en la instancia, corresponden a la indemnización básica por lesiones permanentes prevista en la Tabla III del Anexo I del Real Decreto Legislativo 8/2004 y 30.000 euros por el factor de corrección del epígrafe lesiones permanentes los valores establecidos por la resolución de 20 de enero de

2011 (BOE del 27 de enero). Este último pronunciamiento responde a la estimación del recurso de la actora y se justifica porque la sentencia recurrida considera que la reparación ha de aplicarse con criterios de igualdad, al margen de la edad de la actora que era de 80 años en el momento del reconocimiento de la incapacidad y de 82 cuando se dictó la sentencia de instancia. La sentencia recurrida desestima el recurso de la empresa que pretendía excluir de forma total la indemnización negando su responsabilidad en la causa de la que deriva el daño y eliminar o reducir la indemnización mediante un descuento del recargo y del importe del capital coste de las prestaciones de la Seguridad Social. Contra estos pronunciamientos recurre la empresa demandada, aportando como sentencia contradictoria la dictada por la misma Sala de lo Social de Cataluña de 24 de marzo de 2010; sentencia que desestima el recurso del demandante -nacido en 1927 y declarado en incapacidad en 2007- que solicitaba que se aplicase el factor de corrección correspondiente a la pérdida de "los disfrutes y satisfacciones de la vida" (factor de corrección de la Tabla IV por lesiones permanentes) y desestima también esta resolución el recurso de la empresa en que proponía dos motivos, tendentes ambos a excluir la responsabilidad por no existir conducta antijurídica, ni culpabilidad.

SEGUNDO.- La contradicción ha de estimarse con el alcance que se precisará. La sentencia recurrida considera que el epígrafe correspondiente al factor de corrección lesiones permanentes en su vertiente de reparación de la discapacidad vital es aplicable a una persona que tenía la edad de 79 años cuando se le reconoció la incapacidad y 82 cuando se dictó la sentencia de instancia y que padece "asbestosis pulmonar con insuficiencia ventilatoria grave y disnea a mínimos esfuerzos y con valores en espirometría que, en el mes de noviembre de 2008, eran de 47% FVC, 54% FEV1 y 109% FEV1/FVC". Para llegar a esta conclusión sostiene, con cita de los principios del punto 1.7º del Anexo de la Ley de responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos de motor (Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2004) y de la STC 181/ 2000, que la aplicación de la indemnización complementaria debe responder a criterios de igualdad. La sentencia de contraste llega a conclusión contraria por entender que el actor tenía 82 años, que la incapacidad deriva de cervicoartrosis avanzada, lumboartrosis moderada y gonoartrosis moderada, lesiones que son ajenas a la enfermedad profesional y que no se han alegado, ni acedi-





tado daños distintos o concretos que puedan justificar una compensación adicional y que la culpabilidad es mínima. Consta, sin embargo, que las lesiones del actor en aquel proceso son, aparte de las anteriores, una asbestosis pleuropulmonar con moderada alteración ventilatoria, que le provoca limitación funcional para esfuerzos físicos con los valores de espirometría que se recogen en el hecho probado 4º. Tanto el Ministerio Fiscal, como la parte recurrida niegan la existencia de contradicción, pero sus objeciones no se comparten por la Sala. La diferencia entre las sentencias no está en que una excluya la aplicación del baremo y la otra no. Las dos resoluciones aplican el baremo, aunque ambas reconocen también el carácter optativo de esa aplicación. Pero mientras que la sentencia recurrida acepta la existencia de un daño indemnizable en una persona de la edad de la actora, la sentencia de contraste lo excluye en atención a la edad de la demandante, que en lo esencial es similar en ambos casos. Es cierto que en la sentencia de contraste se dice que no se han alegado y acreditado los daños adicionales derivados de la enfermedad profesional, pero éstos se recogen en el hecho probado 4º en los términos ya examinados. También considera la culpabilidad mínima, pero a ésta también se refiere la sentencia de instancia en el caso resuelto por la recurrida. En cuanto a la objeción relativa a que se trata de valoraciones que corresponden al juez de instancia, es cierto lo que se afirma, pero aquí no hay una valoración distinta sino dos criterios generales que aparecen en clara oposición: nuno, el de la sentencia recurrida, que mantiene que la valoración por aplicación del principio de igualdad nondebe tener en cuenta la edad de la víctima y el de la sentencia de contraste que toma en consideración lanedad avanzada para excluir la reparación por la discapacidad vital. La referencia de la sentencia de contrastena la falta de alegación y prueba de los daños derivados de la enfermedad no puede tenerse en cuenta pornlo ya dicho.

TERCERO.- Debe examinarse ahora la infracción que se denuncia de los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil en relación con la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre y sus posteriores modificaciones en la Ley 21/2007 de 11 de julio y Ley 18/2009 de 23 de noviembre. Esta denuncia se concreta de dos formas: 1º) En primer lugar, se señala, de forma algo confusa, que no puede aplicarse el baremo y para ello exponen varias razones: 1ª) la edad de la actora en el momento de la declaraciones de incapacidad (80 años en el momento de la incapacidad total y

83 en el de la absoluta) y el hecho de que la enfermedad permaneció latente y asintomática muchos años; 2º) el baremo establecido para la reparación de los accidentes de circulación no es aplicable a las contingencias profesionales y, en especial, a una enfermedad que no era previsible en el momento en que se contrajo. 2º) En segundo lugar, se discrepa de los cálculos realizados, alegando que no están justificados, que no es aplicable el factor de corrección por lucro cesante a quien no está ya en edad laboral y que tampoco es aplicable el factor de corrección por los distintos grados de incapacidad.

Este planteamiento solo parcialmente puede examinarse, porque en gran medida excede el ámbito de la contradicción, aparte de carecer de contenido casacional por existir ya doctrina unificada en sentido contrario al que se mantiene en la pretensión impugnatoria. La pretendida falta de justificación o motivación tendría que haberse instrumentado con una denuncia de infracción del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aportando una resolución contradictoria. Por otra parte, como ya se ha dicho, las dos sentencias comparadas parten de aceptar la aplicación del baremo cuando el juez social opta por esa aplicación y con ello además se sigue el criterio reiteradamente establecido por esta Sala en las sentencias del Pleno de 17 de julio de 2007 y en otras muchas, entre las que pueden citarse las de 14 de julio de 2009 y 24 de noviembre de 2010. En síntesis, la nueva doctrina establece que la aplicación del baremo es optativa para el juez social, que puede aplicarlo o no; el baremo tiene además un carácter orientador no vinculante en la medida en que los órganos judiciales del orden social podrán apartarse razonadamente de sus criterios, incrementando incluso los niveles de reparación previstos, dadas las particularidades de la indemnización adicional de los accidentes de trabajo, que opera en el marco de la responsabilidad por culpa y dentro de obligaciones cualificadas de seguridad. Lo importante es que el juzgador razone su aplicación del baremo y su apartamiento de él, para lo que debe hacer una aplicación vertebrada de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado y razonando las modificaciones que considere necesario establecer. En cuanto al descuento de lo percibido por otras vías de reparación, también está consolidada la doctrina en las sentencias que se han citado. El recargo no se descuenta por su componente sancionador y respecto a las prestaciones de la Seguridad Social, si bien son en principio descontables por corresponder a un aseguramiento público y obligatorio de la responsabilidad del



empleador, su descuento ha de instrumentarse respetando los criterios de homogeneidad. En este sentido la sentencia de 17 de julio de 2007 (recurso 4.367/2005) señala que si el daño tiene distintos componentes –las lesiones físicas, las psíquicas, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente y lucro cesante– y todos ellos deben ser indemnizados, la compensación entre las diversas vías de reparación “debe hacerse entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación



del daño real". Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en una vía de reparación con lo reconocido en otra por conceptos diferentes -por ejemplo, por daño moral-. De ahí que, aun en el caso de que existiera contradicción en estos puntos, el recurso carecería de contenido casacional.

A ello hay que añadir que ninguna de las sentencias comparadas aplica en el presente

caso el factor corrección por perjuicios económicos (lucro cesante). Así, la sentencia recurrida confirma el fallo de instancia que otorga 73.440 euros por indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (Tabla III) y reconoce otros 30.000 euros por el epígrafe de lesiones permanentes constitutivas de incapacidad de la Tabla IV; no se ha aplicado, por tanto, el epígrafe perjuicios económicos de esa última tabla, que es el que permite el descuento del capital coste de la pensión en virtud de la doctrina ya citada. Por su parte, la sentencia de contraste señala que no puede aplicarse compensación alguna por pérdida de expectativas profesionales a una persona de la edad del actor.

CUARTO.- Queda así limitado el análisis del motivo a la impugnación del cómputo del factor de corrección por lesiones permanentes constitutivas de incapacidad para la ocupación o actividad habitual. La sentencia recurrida lo ha aplicado porque considera que el principio de igualdad determina que, a efectos de descartar la indemnización, no puedan tenerse en cuenta, como hizo la sentencia de instancia la edad de la víctima, ni la similitud de las limitaciones que padece con las de otras personas de su edad, citando al respecto, como ya se ha dicho, el principio 7 del Anexo de la LRCSCVM y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su STC 181/2000. Pero el principio 7 del Anexo de la Ley lo que afirma es que "la cuantía de la indemnización por los daños morales es igual para todos" y la doctrina constitucional que se menciona es un pasaje relativo al fundamento jurídico 9º de la sentencia citada que se refiere a la denuncia de la infracción por la LRCSCVM, no del art. 14 de la Constitución, sino de su artículo 15, señalando simplemente que "si en el ámbito de la responsabilidad civil, la vida y la integridad (física y moral) han de ser objeto de cuantificación dineraria o patrimonial, el más elemental respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) obliga a que aquélla sea la misma para todos".

Ahora bien, es cierto que ni del indicado principio, ni de la doctrina constitucional puede concluirse que, a la hora de establecer las indemnizaciones de los daños, deba aplicarse en todos los casos un criterio estricto de igualdad que haga abstracción de las circunstancias de la víctima que pueden influir en el alcance efectivo del daño. El baremo atiende en muchos de sus apartados a esas circunstancias y el propio principio 7º indica que "para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víc-

tima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado". Lo que dice realmente el principio 7º es que la cuantía de la indemnización de los daños morales es la misma para todas las víctimas. Pero, aparte de que aquí no estamos propiamente ante daños morales, esto no significa que todo daño moral tenga el mismo valor, sino simplemente que no intervienen en esa valoración elementos ajenos al propio daño, como, por ejemplo, los que se contemplan en el epígrafe de perjuicios económicos. Por otra parte, es sabido que la doctrina constitucional señala que el principio de igualdad lo que prohíbe son los tratamientos diferentes que carezcan "de justificación objetiva y razonable o resulten desproporcionados en relación con dicha justificación", es decir, "las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados" (STC 271/2012 y las que en ella se citan).

De ahí se deduce que no sería contrario al principio de igualdad tener en cuenta la edad de la víctima a la hora de valorar determinados daños y en concreto el denominado perjuicio de disfrute que se asocia a la discapacidad vital. En este sentido, en nuestras sentencias de 17 de julio de 2007 y 14 de julio de 2009 ya se señaló que dentro del factor de corrección por lesiones permanentes de la Tabla IV existen dos elementos que se asocian a la discapacidad y que hay que diferenciar: por una parte, se compensa la pérdida o reducción de la capacidad de ganancia (discapacidad laboral) y, por otra, la pérdida o reducción o la incapacidad para otras actividades de la vida (discapacidad vital, dentro de la que se encuentra el denominado perjuicio d'agrément), correspondiendo al prudente arbitrio del juzgador la ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar qué parte de la cantidad incluida en el factor se imputa a discapacidad laboral y cuál a la vital. Pero lo que pretende la parte no es combatir la ponderación de la Sala, que ha estimado procedente una atribución del 50% en el punto más bajo de la escala de la resolución de 20 de enero de 2011 (45.352,71 euros sobre 90.705,43 euros) y que luego ha limitado a 30.000 euros en atención a lo pedido. Lo que se sostiene en el recurso es que hay que prescindir totalmente de la reparación del daño, pretensión que debe rechazarse, porque se ha acreditado un perjuicio del estado vital de la actora sobre el que razona la sentencia recurrida; perjuicio que la edad puede reducir, pero no excluir. El moti-

vo debe, por tanto, desestimarse, no sin antes indicar que no se reitera en él la alegación del carácter mínimo de la culpa, que es obvio que tampoco podría excluir la indemnización, ni reducirla en el presente caso, pues no hay previsión específica en este sentido en los elementos correctores de disminución dentro de un baremo que opera incluso en los supuestos de responsabilidad objetiva.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia recurrida, con pérdida del depósito constituido para recurrir y condena en costas de la parte recurrente, manteniéndose el aseguramiento realizado en garantía del cumplimiento de la condena.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa URALITA, S.A., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 22 de octubre de 2012, en el recurso de suplicación nº 6.561/11, interpuesto frente a la sentencia dictada el 5 de abril de 2011 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Sabadell, en los autos nº 1.051/09, seguidos a instancia de Dª Adelaida contra dicha recurrente, sobre cantidad. Condenamos a la empresa recurrente al abono de las costas del presente recurso; costas que comprenderán los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro de los límites legales, fijará la Sala si a ello hubiera lugar. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará su destino legal manteniéndose el aseguramiento realizado en garantía del cumplimiento de la condena.

Devuélvase las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Analiza la Sala Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 15/01/14 (Recurso 917/13) si la avanzada edad de la actora (82 años en el presente caso) puede excluir el factor corrector por lesiones permanentes de la Tabla IV del Baremo de accidentes de tráfico. La actora fue declarada afecta de una Incapacidad Permanente en grado de Total derivada de enfermedad profesional cuando contaba con la edad de 80 años tras ser diagnosticada de asbestosis pulmonar y reclamó en la vía social una indemnización por daños y perjuicios.

En base a la Tabla IV del Baremo, la actora solicitaba en su demanda la cantidad de 30.000 euros por la incapacidad permanente que presentaba. La Sentencia de instancia no otorgó a la trabajadora ninguna indemnización por este concepto atendiendo, entre otras razones, a la avanzada edad de la misma y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó dicho pronunciamiento invocando el principio 7º del Anexo de la LRCSCVM y la doctrina constitucional del art. 15 CE

En base a la Tabla IV del Baremo, la actora solicitaba en su demanda la cantidad de 30.000 euros por la incapacidad permanente que presentaba. La Sentencia de instancia no otorgó a la trabajadora ninguna indemnización por este concepto atendiendo, entre otras razones, a la avanzada edad de la misma y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó dicho pronunciamiento invocando el principio 7º del Anexo de la LRCSCVM y la doctrina constitucional del art. 15 CE.

El Alto Tribunal comienza recordando que en la jurisdicción social la aplicación del baremo de tráfico es optativo y tiene, además, carácter orientador para el juez social, esto es, que este puede apartarse del mismo siempre y cuando justifique dicho extremo. Asimismo, analiza, siguiendo las líneas de la Sentencia del Pleno de 17/07/07, que los descuentos a aplicar en la indemnización deben instrumentarse respetando los criterios de homogeneidad y, por tanto, el capital coste de la prestación de incapacidad permanente reconocida podrá ser tenido en cuenta en el apartado de perjuicios económicos de la Tabla IV ya que ese factor corrector va destinado a paliar el lucro cesante pero en ningún caso puede ser descontado el citado capital coste de la indemnización por lesiones permanentes que constituyen una incapacidad puesto que este factor corrector no va destinado a cubrir el lucro cesante de la víctima.

Finalmente, entrando en la cuestión a determinar, el Tribunal Supremo analiza las razones

El Alto Tribunal comienza recordando que en la jurisdicción social la aplicación del baremo de tráfico es optativo y tiene, además, carácter orientador para el juez social, esto es, que este puede apartarse del mismo siempre y cuando justifique dicho extremo

del Tribunal Superior de Justicia para conceder a la actora la cantidad de 30.000 euros por lesiones permanentes constitutivas de incapacidad permanente y aunque confirma ese pronunciamiento desestimando el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina interpuesto por la empresa condenada, hace una serie de puntualizaciones a los argumentos esgrimidos por el TSJ.

COMENTARIO

En segundo lugar, matiza los argumentos dados por el TSJ con respecto a la doctrina constitucional sentada en la Sentencia 181/2000 de 29 de junio. El TSJ acude a esa doctrina para concluir que la vida y la integridad física y moral (art. 15 CE) han de ser objeto de cuantificación dineraria o patrimonial, el respeto a la dignidad humana consagrado en el art. 10.1 CE, obliga a que la cuantificación sea la misma para todos

En primer lugar, matiza el Alto Tribunal qué quiere decir el principio 7º del Anexo de la LRCSCVM pues entiende que el mismo no indica que a la hora de establecer las indemnizaciones de los daños, deba aplicarse un criterio estricto de igualdad hasta tal punto que deba abstraerse toda circunstancia de la víctima; sino que más bien, lo que el citado principio quiere decir es que la cuantía de la indemnización de los daños morales es igual para todos pero ello no signi-

fica que todo daño moral deba tener el mismo valor.

De igual forma, en segundo lugar, matiza los argumentos dados por el TSJ con respecto a la doctrina constitucional sentada en la Sentencia 181/2000 de 29 de junio. El TSJ acude a esa doctrina para concluir que la vida y la integridad física y moral (art. 15 CE) han de ser objeto de cuantificación dineraria o patrimonial, el respeto a la dignidad humana consagrado en el art. 10.1 CE, obliga a que la cuantificación sea la misma para todos. Ahora bien, el Tribunal Supremo, hace una importante puntualización y es que esa doctrina sentada por el TC va referida al art. 15 CE y no al artículo 14 CE y que aún cuando se apele al principio de igualdad, lo que la doctrina constitucional prohíbe son tratamientos diferentes carentes de “justificación objetiva y razonable o resulten desproporcionados en relación con dicha justificación”.

Y precisamente por ello, el Tribunal Supremo entiende que no es contrario al principio de igualdad tener en cuenta la edad de la víctima a la hora de valorar determinados daños como es el factor corrector por lesiones permanentes que dan lugar a una incapacidad de la Tabla IV.

A fin de cuantificar la indemnización de la actora por este concepto, parte la Sentencia del valor mínimo de la orquilla para la incapacidad permanente absoluta en el año 2011 (90.705,43 euros) debido a las limitaciones que la actora padece y atribuye a ese importe un 50% de esa cantidad a la discapacidad laboral y otro 50% a la discapacidad vital.

Es en este punto donde la edad de la actora es tenida en cuenta pues es evidente que debido a su avanzada edad carece de ocupación laboral y sus posibilidades de acceder al mercado laboral son prácticamente nulas. Por ello, en el presente caso, el Tribunal Supremo entiende ajustado otorgar el 50% del factor corrector (45.352,71 euros) al presente supuesto en el que debido a la edad de la actora, solamente ve mermadas sus actividades para otras facetas de la vida (discapacidad vital) que no son las laborales. Sin embargo, dado que en la demanda únicamente se postuló por este concepto la cantidad de 30.000 euros, esa es la cuantía que se le reconoce a la misma.

En definitiva, en la aplicación del baremo dentro del orden jurisdiccional social, la edad de la víctima puede ser tenida en cuenta por el juzgador a la hora de fijar la indemnización, reduciendo la misma, sin que por ello se violente el principio de igualdad y la doctrina constitucional. Ahora bien, ello no significa, que la edad, la avanzada edad de la víctima, en este caso, no puede conllevar a la exclusión de la indemnización por el factor corrector por incapacidad permanente establecido en la Tabla IV del baremo.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Estimación de la demanda de error judicial planteada por el perjudicado de un accidente de tráfico, frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial que declaraba prescrito su derecho de indemnización por accidente de tráfico. Habrá de considerarse el día inicial del cómputo de prescripción de la acción civil aquel en el que se notifica el archivo del procedimiento penal, y no aquel en el que el perjudicado manifestó el deseo de renunciar a las acciones civiles

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 21 de enero de 2014.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El error judicial cuya declaración se interesa en la demanda consistiría en que la sentenciade la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de junio de 2010 y la providencia del mismo tribunal de 27 de septiembre de 2010 que denegó tramitar la petición de nulidad de dicha sentencia no habían tenido en cuenta que en los casos de previo proceso penal por los mismos hechos, con denuncia o de oficio, el *dies a quo* para la prescripción de la acción es el momento en que se notifica la resolución que pone fin definitivamente al procedimiento penal y que el archivo del procedimiento penal anterior se produjo

mediante el auto de 15 de septiembre de 2006, por lo que la acción del ahora demandante de error judicial no estaba prescrita. También se invoca que la sentencia de la Audiencia adolece de incongruencia interna porque, aceptando la fundamentación de la de instancia, la varía de un modo completamente erróneo, con una arbitrariedad manifiesta y vulnerando la ley y la constante doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, omitiendo también todo estudio y pronunciamiento respecto de otros motivos del recurso atinentes al tema de la prescripción de la acción en caso de lesiones con reconocimiento de la incapacidad y con interrupción de la prescripción.

Finalmente, se denuncia que la sentencia omite el estudio y el pronunciamiento sobre los motivos 1, 3 y 4 del recurso de apelación, relativos a que (i) el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción es el del alta médica definitiva, (ii) la aseguradora reconoció su responsabilidad al ofrecer parte de la indemnización en la causa penal anterior, por lo que no puede, yendo contra sus propios actos, alegar prescripción alguna, y (iii) la prescripción se interrumpe por reclamación extrajudicial de la deuda.

SEGUNDO.- Son hechos probados relevantes para el pronunciamiento de esta Sala y que resultan de "las actuaciones del pleito" (art. 514.1 LEC en relación con el art. 293.1.c. LOPJ) los siguientes: 1. Sobre las 6.45 horas del 6 de noviembre de 2005, en el kilómetro 2,200 de la carretera AC-115, término municipal de Neda, partido judicial de Ferrol, se produjo una colisión entre el turismo Citröen-Xantia, matrícula....-NZR, conducido por D. Porfirio y asegurado con la Mutua Madrileña, y el turismo Citröen ZX, matrícula H-....-HE, asegurado con la compañía Mapfre y conducido por D. Juan Enrique, el hoy demandante de declaración de error judicial, al incorporarse el primer vehículo, en un cruce señalizado con "Ceda el paso", a la citada carretera por la que, según el atestado de la Guardia Civil, circulaba correctamente y con prioridad de paso el segundo vehículo.

2. Por los anteriores hechos D. Juan Enrique presentó denuncia, mediante escrito de fecha 23 de diciembre de 2005, alegando haber sufrido "lesiones de importancia según consta en los partes e informes médicos que se adjuntan, por las que se encuentra convaleciente y bajo tratamiento médico".

3. En virtud de la denuncia se incoaron las actuaciones de juicio de faltas nº 613/2005 por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Ferrol.

4. El 9 de mayo de 2006 la representación procesal del Sr. Juan Enrique en dichas actuaciones de juicio de faltas presentó un escrito manifestando lo siguiente: "Que desiste de la acusación penal que tenía formulada en dicho Juicio, cuyo archivo consiguientemente procede, con EXPRESA RESERVA DE ACCIONES CIVILES, para ejercitarlas ante la Jurisdicción de este orden."

5. El 15 de septiembre de 2006 la magistrada-juez titular del Juzgado de Instrucción nº 3 dictó auto acordando el archivo de las actuaciones de juicio de faltas con reserva expresa de las acciones civiles. Su fundamento de derecho único fue el siguiente: "Dada la escasa trascendencia social de los hechos imputados y reestablecida la paz social, fin inspirador del proceso penal, por el perdón del ofendido, quien además, renuncia a la acción penal con reserva expresa al ejercicio de las acciones civiles que pudieran corresponderle y solicita el archivo de las actuaciones procede acordar, conforme al principio de intervención mínima, el archivo de las presentes diligencias".

6. El auto fue notificado a la representación procesal del Sr. Juan Enrique el 19 de septiembre de 2006.

7. D. Juan Enrique recibió el alta médica el 6 de mayo de 2007.

8. Mediante telegrama con acuse de recibo de 17 de julio de 2007, entregado el 20 de julio de 2007 a las 13.00 horas, D. Juan Enrique, a los efectos de lo dispuesto en el art. 1.973 CC, reclamó a la aseguradora Mutua Madrileña Automovilista una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por causa del accidente de tráfico. El 12 de marzo de 2008 remitió un nuevo telegrama a la misma aseguradora con idéntico contenido al del anterior.

9. El 12 de septiembre de 2008 D. Juan Enrique presentó demanda de juicio ordinario contra la compañía de seguros Mutua Madrileña Automovilista, como aseguradora del vehículo matrícula....-NZR, en la que reclamaba a esta la cantidad de 137.748 euros por las lesiones, secuelas y daños materiales sufridos por él como consecuencia de los hechos acaecidos el 6 de noviembre de 2005.

10. En virtud de dicha demanda se incoaron las actuaciones de juicio ordinario nº 1.011/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ferrol.

11. En su contestación a la demanda Mutua Madrileña Automovilista alegó, entre otras cau-



sas de oposición, que desde el 9 de mayo de 2006, en que D. Juan Enrique presentó el escrito renunciando a la acción penal y reservándose las acciones civiles, hasta el 17 de julio de 2007, en que remitió telegrama reclamando la indemnización a la compañía aseguradora, había transcurrido el plazo de un año establecido para la prescripción de la acción por culpa extracontractual.

12. El magistrado-juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ferrol dictó sentencia el 20 de mayo de 2009 desestimando la demanda por considerar que la acción había prescrito por haberse ejercitado "más allá del plazo de un año desde la fecha del siniestro".

13. D. Juan Enrique interpuso recurso de apelación contra la indicada sentencia, que fue resuelto por sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de junio de 2010. La Audiencia desestimó el recurso por considerar que el cómputo del plazo para la prescripción de la acción por culpa extracontractual debía iniciarse a partir del día en que D. Juan Enrique hizo reserva ante el Juzgado de Instrucción de las acciones civiles, pues este era el momento "en que la parte actora pudo emprender el ejercicio de sus pretensiones" según el artículo 1.969 CC, "que no es otro que a partir de aquél en que se efectuó dicha reserva, 9-mayo-06, desde la cual pudo la parte, sin objeción alguna, ejercitar las acciones civiles".

14. Mediante escrito presentado el 12 de julio de 2010 D. Juan Enrique solicitó aclaración o

complemento y, en su defecto, la nulidad de la sentencia por "incongruencia omisiva, falta de motivación y arbitrariedad contraria al principio de seguridad jurídica", con vulneración de los artículos 24.1 y 9.3 de la CE.

15. Por auto de 7 de septiembre de 2010 la Audiencia denegó la petición por ir "más allá de una simple aclaración o complemento".

16. Mediante escrito presentado el 10 de septiembre de 2010 D. Juan Enrique instó ante la Audiencia la nulidad de la sentencia "por defectos de forma causantes de indefensión, por incongruencia omisiva, falta de motivación y arbitrariedad contraria al principio de seguridad jurídica, con vulneración de los artículos 24.1 y 9.3 de la Constitución".

17. Por providencia de 27 de septiembre de 2010 la Audiencia acordó no acceder a la petición.

TERCERO.- Debe resolverse en primer lugar la alegación del abogado del Estado, coincidente con lo expresado en el informe del órgano al que se imputa el error judicial, relativa al incumplimiento por la parte demandante del requisito establecido en el art. 293.1, f) LOPJ sobre la necesidad de agotar los recursos previstos en el ordenamiento previamente a la interposición de la acción judicial para el reconocimiento del error judicial. Se funda dicha alegación en que habría sido posible interponer recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial pero no se hizo, y en que

contra la sentencia tachada de errónea cabía recurso de casación porque, aun cuando el asunto se tramitó como de cuantía indeterminada, esta, sumando el principal reclamado más los intereses vencidos cuando se interpuso la demanda, superaría la cifra de 150.000 euros entonces vigente para el acceso a la casación. Frente a estos argumentos debe oponerse que, según doctrina de esta Sala, "para computar como cuantía litigiosa los intereses vencidos al tiempo de interponerse la demanda no basta con la petición genérica de intereses legales, añadida sin más a la suma reclamada como principal, sino que es precisa su cuantificación en la propia demanda (SSTS 26-6-96, 22-12-97, 11-3-98, 23-5-2000, 29-12-2000 y 31-7-2001 y AATS 4-2-93 en recurso 1.797/92, 11-2-97 en recurso 2.773/96, 26-10-99 en recurso 2.083/99, 23-5-2000 en recurso 840/2000 y 29-12-2000 en recurso 3.136/2000), debiendo destacarse que la jurisprudencia de esta Sala viene siendo especialmente rigurosa al interpretar y aplicar dicha regla respecto del acceso a los recursos extraordinarios en función de la cuantía litigiosa, no sólo excluyendo del cómputo los intereses que en la demanda no se especifiquen claramente como vencidos (STS 18-7-97 y AATS 4-3-92, 28-1-93, 24-6-93, 16-9-93, 28-2-95, 15-4-97 y 24-6-97), o no precedidos de una declaración de mora del deudor (STS 11-3-97), sino también -como se ha señalado- los no cuantificados en la propia demanda (STS 26-6-96 y AATS 26-7-90, 4-2-93, 15-4-97, 5-10-99 y 27-6-2000)" (ATS de 13/10/2009, en recurso de queja nº 287/2009, en el que se alegó que debían computarse los intereses legales del art. 20 LCS). De lo anterior se sigue que, al no haber recurso de casación contra la sentencia a la que se imputa el error, el demandante ha cumplido el requisito del previo agotamiento de los recursos establecido en el art. 293.1, f) LOPJ.

CUARTO.- Como esta Sala ha declarado en su sentencia de 2 de marzo de 2011 (EJ nº 17/2009) «el error judicial, fuente del derecho a obtener una indemnización que reconoce a los perjudicados el artículo 121 CE, ha de tener la gravedad que implícitamente exige el artículo 292.3 LOPJ (pues en el se establece que la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a la indemnización) y que la jurisprudencia reclama (SSTS de 25 de enero de 2006, EJ nº 32/2004, 4 de abril de 2006, EJ nº 13/2005, 13 de diciembre de 2007, EJ nº 35/2004), en consonancia con el carácter extraordinario de una institución mediante la que se ordena el resarcimiento por el Estado de los daños causados por una sentencia dictada en el ejercicio de la función jurisdiccional con fuerza de cosa juzgada.



»Por ello, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, el error judicial debe circunscribirse a las decisiones de hecho o de Derecho que carecen manifiestamente de justificación (SSTS de 26 de noviembre de 1996 y 8 de mayo de 2006), pues admitir otros supuestos de error implicaría utilizar el trámite para reproducir el debate sobre las pretensiones planteadas cual si se tratara de una nueva instancia o de un recurso en detrimento de la fuerza de cosa juzgada de las decisiones judiciales y de la independencia reconocida a los tribunales. »La solicitud de declaración de error judicial, en suma, exige no solamente que se demuestre el desacierto de la resolución contra la que aquella se dirige, sino que ésta sea manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico o haya sido dictada con arbitrariedad. »El procedimiento de error judicial no permite, por consiguiente, reproducir el debate propio de la instancia (SSTS de 4 de abril de 2006, EJ nº 1/2004 y 7 de mayo de 2007, EJ nº 10/2005), ni instar una revisión total del procedimiento de instancia (STS de 31 de febrero de 2006, EJ nº 11/2005), ni discutir sobre el acierto o desacierto del tribunal de instancia en la interpretación de las normas aplicadas o en la valoración de la prueba (SSTS de 25 de enero de 2006, EJ nº 32/2004, 27 de marzo de 2006, EJ nº 13/2005,



22 de diciembre de 2006, EJ nº 16/2005, y 7 de julio de 2010, EJ nº 7/2008)».

QUINTO.- A la vista de los hechos probados expresados en el fundamento segundo, en relación con la doctrina de esta Sala expresada en el fundamento cuarto, la demanda de declaración de error judicial ha de ser estimada por las siguientes razones:

1ª) Al determinar el día inicial para el cómputo del plazo de un año establecido en los arts. 1.968-2º y 1.969 CC para la prescripción de las acciones por culpa extracontractual en los casos en el que previamente se hayan seguido actuaciones penales terminadas mediante auto de archivo por haber renunciado el denunciante a la acción penal pero con reserva de la acción civil, la sentencia a la que se imputa el error parte del día en que el perjudicado denunciante hizo reserva de las acciones civiles para ejercitarlas ante la jurisdicción civil, que en el caso enjuiciado fue el 9 de mayo de 2006, fecha de presentación del escrito ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Ferrol en el que el entonces denunciante y hoy demandante de declaración de error judicial manifestó que "desiste de la acusación penal que tenía formulada en dicho juicio, cuyo archivo consiguientemente

te procede, con expresa reserva de acciones civiles, para ejercitarlas ante la jurisdicción de este orden".

2ª) Teniendo en cuenta ese día inicial la sentencia concluye que, como la demanda del proceso de origen, es decir del subsiguiente proceso civil, se presentó el 12 de septiembre de 2008, la acción civil estaba prescrita.

3ª) Sin embargo tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 196/1988, 220/1993, 89/1999, 298/2000, 125/2004 y 12/2005 entre otras) como la jurisprudencia de esta Sala, con base en los arts. 111, 112 y 114 LECrim, 1.969 CC y 270 LOPJ, vienen declarando que cuando se hayan seguido actuaciones penales por los mismos hechos el plazo de prescripción de la acción civil no comienza a correr hasta la notificación al perjudicado de la resolución que ponga fin al proceso penal. Más concretamente, en relación con actuaciones penales precedentes en las que el perjudicado se hubiera reservado las acciones civiles para ejercitarlas separadamente, mantienen la misma doctrina las sentencias de esta Sala de 19 de julio de 2007 (recurso nº 2.715/00), 11 de octubre de 2007 (recurso nº 4.203/00), 25 de junio de 2008 (recurso nº 3.987/01) y 15 de diciembre de 2010 (recurso nº 1.118/07); y de estas, más concretamente aún, la de 19 de julio de 2007 analiza incluso el carácter semipúblico de la falta por la que se habían seguido las actuaciones penales y la posible repercusión sobre el comienzo del plazo de prescripción de la acción civil tanto de la renuncia por el perjudicado al ejercicio de la acción penal como de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 8 de mayo de 1990, para concluir que ninguno de estos factores desvirtúa la jurisprudencia sobre el comienzo del plazo de prescripción de la acción civil. Es más, la sentencia del Pleno de esta Sala de 29 de abril de 2009 (recurso nº 325/06), que trata de la posible caducidad de la acción civil para la protección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, fijó la doctrina jurisprudencial en el sentido de que el plazo de caducidad de la acción civil, no de prescripción, establecido en el art. 9.5 de la LO 1/1982, solo corría, estando pendientes actuaciones penales, en el caso de los llamados delitos privados, es decir de los perseguibles solo a instancia de parte, pero siempre que las actuaciones penales "finalizaran después de cuatro años sin sentencia condenatoria y, además, el ofendido no se hubiera reservado la acción civil expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal".

4ª) Por tanto, la sentencia cuestionada, al situar el día inicial del plazo de prescripción de la acción civil en aquel en que el perjudicado manifestó que "desistía" de la acción penal con expresa reserva de las acciones civiles, incurrió en un error patente al prescindir de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia de esta Sala que, desde varios años antes de dictarse la sentencia cuestionada, desautorizaban por completo dicha solución, contraria por demás tanto al dato de que el entonces denunciante quedó pendiente de una respuesta del juez penal a su petición como a la posibilidad, no por remota menos posible legalmente, de que el Ministerio Fiscal se opusiera a su petición de archivo.

5ª) Al referido error se unió el también alegado en la demanda de declaración de error judicial y consistente en no haberse atendido a la fecha del alta médica definitiva alegada en la demanda, posterior al propio auto de archivo de las actuaciones penales, porque asimismo es jurisprudencia constante de esta Sala que en los casos de lesiones con secuelas el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no comienza a correr hasta la estabilización de las secuelas, e incluso puede retrasarse más aún cuando, seguido expediente para determinar la repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del perjudicado, este no se conforma con la resolución administrativa correspondiente (SSTS 11-2-2011 en recurso nº 1.418/07, 5-7-2011 en recurso nº 2174/07 y 19-11-2011 en recurso nº 1.331/07, con cita en todas ellas de muchas otras anteriores).

6ª) Como quiera que el auto de archivo de las diligencias penales es de 15 de septiembre de 2006 y que el 17 de julio de 2007 se interrumpió la prescripción de la acción civil por la reclamación efectuada de manera fehaciente a la aseguradora, lo que se reiteró el 12 de marzo de 2008, resulta que cuando se presentó la demanda civil, 12 de septiembre de 2008, la acción no estaba prescrita.

7ª) Por todas las razones anteriores la sentencia de la Audiencia ha incurrido en error judicial, dado que la motivación por la que se resuelve la cuestión jurídica planteada resulta manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico y ha dado lugar a que no se haya examinado la pretensión de la parte demandante del pleito principal, siendo por tanto evidente el daño causado al demandante y por tanto la concurrencia del requisito que exige el art. 292 LOPJ.

SEXTO.- La estimación de la demanda de error judicial respecto de la sentencia de 25 de junio

de 2010 implica que también exista error judicial en la providencia de 27 de septiembre de 2010 que denegó tramitar la petición de nulidad de dicha sentencia, que, por lo expresado en el fundamento quinto, debió ser anulada.

SÉPTIMO.- Procede por tanto estimar la demanda y declarar el error judicial, sin que, como resulta del art. 293.1 e) LOPJ en relación con el art. 516.2 LEC, se impongan especialmente las costas a ninguna de las partes y debiendo devolverse al demandante, conforme al art. 293.1 c) LOPJ en relación con el art. 513.1 LEC, el depósito constituido.

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

FALLAMOS

1º.- ESTIMAR LA DEMANDA sobre declaración de error judicial interpuesta por el procurador D. Fernando Pérez Cruz, en nombre y representación de D. Juan Enrique, contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña el 25 de junio de 2010 en el rollo de apelación nº 486/2009 y la providencia del mismo tribunal de 27 de septiembre de 2010 que denegó tramitar la petición de nulidad de dicha sentencia.

2º.- DECLARAR EL ERROR de la sentencia y providencia referidas.

3º.- No imponer especialmente las costas a ninguna de las partes.

4º.- Y devolver al demandante el depósito constituido.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O'Callaghan Muñoz.
-RUBRICADO PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Importantísima sentencia del Tribunal Supremo, que no solo estudia un interesante error judicial por mala aplicación del instituto de la prescripción civil, después de un previo trámite penal (y que estudiaremos detalladamente), sino que además, efectúa un análisis de la petición de nulidad de una sentencia de la Audiencia Provincial, del computo de los intereses para sumarlos al principal en orden al Recurso de Casación, y por último, a estudiar cuando es real la posibilidad de aceptar que existe el error judicial.

La resolución, deja muy claro, que como ya dijo en la sentencia de fecha 2 de marzo de 2011, que el error judicial ha de tener la gravedad que implícitamente exige el artículo 292.3 LOPJ. Y como se ha reiterado (STS 26-11-96 Y 8 de mayo de 2006) se exige no solamente que se demuestre el desconcierto de la resolución, sino que ésta, sea manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico o haya sido dictada con arbitrariedad

EXISTENCIA DE ERROR JUDICIAL

- La resolución, deja muy claro, que como ya dijo en la sentencia de fecha 2 de marzo de 2011, que el error judicial ha de tener la gravedad que implícitamente exige el artículo 292.3 LOPJ. Y como se ha reiterado (STS 26-11-96 y 8 de mayo de 2006) se exige no solamente que se demuestre el desconcierto de la resolución, sino que ésta, sea manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico o haya sido dictada con arbitrariedad.

PETICIÓN DE NULIDAD ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

- Entiende el Alto Tribunal que existiendo error judicial patente, la Audiencia Provincial, erró igualmente al no haber anulado, de oficio, y admitir la petición de nulidad de la sentencia que pedía la parte demandante. (Siempre, lógicamente, que se den los requisitos tratados en el apartado anterior para la existencia del error judicial).

COMPUTO DE LOS INTERESES PARA LA CUANTÍA DEL RECURSO DE CASACIÓN

- El Tribunal Supremo determina, en esta sentencia, que es doctrina de esta Sala, “que para computar como cuantía litigiosa, los intereses vencidos al tiempo de interponerse la demanda, no basta la petición genérica de los intereses legales, añadida sin más a la suma reclamada como principal, sino que es preciso su cuantificación en la propia demanda, debiéndose destacarse que la Jurisprudencia de esta Sala viene siendo especialmente rigurosa al interpretar y aplicar dicha regla respecto del acceso a los recursos extraordinarios en función de la cuantía litigiosa, no solo excluyendo del cómputo los intereses que en la demanda no se especifican claramente como vencidos, o no precedidos de una declaración de mora del deudor, sino también, los no cuantificados en la propia demanda, en la que se alega que deben computarse los intereses legales del artículo 20 LCS”.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

- Si bien parece un tema un tanto trillado, la aplicación de la prescripción de la acción con un anterior procedimiento penal, veremos los desaciertos de los Tribunales inferiores.

a) El asunto trataba de que un perjudicado, renunciaba en una fecha determinada a la acción penal con reserva de acción civil en un Juicio de Faltas, y meses más tarde se dictaba Auto de Archivo, y posteriormente se le notificaba a ese perjudicado.

COMENTARIO

b) Pues bien, el Juzgado de Primera Instancia en el Procedimiento Ordinario manifestó, que estaba la acción prescrita, pues había pasado un año, entre la ocurrencia del siniestro, y la 1ª interrupción de la prescripción.

c) Sin embargo, la Audiencia Provincial, entendió, que existía prescripción de la acción porque había pasado 1 año desde la renuncia de la acción penal, hasta la primera interrupción. VEMOS QUE NO ESTÁ TAN CLARO EL TEMA.

d) Omitimos los detalles de lo que manifestó el Abogado de la aseguradora en su escrito, pues aunque consiguió su objetivo, de que su cliente no pagara ninguna indemnización, uno, por pudor jurídico, prefiere no repetirlo.

e) Sin embargo, el Tribunal Supremo acierta de plano, y sienta (como ya venía haciendo) sus bases en este asunto.

1) Comienza, manifestando la doctrina del Tribunal Constitucional, de que cuando se hayan seguido actuaciones penales, la prescripción de la acción civil no comienza a correr hasta la notificación al perjudicado de la resolución que ponga fin al proceso penal.

2) La Sala, mantiene, que ya varios años antes de que se dictase la sentencia errónea, mantenía que el entonces denunciante (que había renunciado a la acción penal) quedaba pendiente de una respuesta del Juez Penal de su petición, que además, el Ministerio Fiscal podía oponerse al Archivo Penal (aunque fuese remotamente).

3) Por último, el Tribunal Supremo no se puede resistir, a decir, que al error ya denunciado, se unía también, el no haberse atendido a la fecha del alta médica definitiva (que además, fue posterior al Auto de Archivo) alegada en la demanda, cuando es constante la Jurisprudencia de la Sala, que en casos de lesiones con secuelas, el plazo de prescripción de la acción civil de responsabilidad por culpa extracontractual, no comienza hasta la estabilización de las secuelas, e, incluso, puede retrasarse aún más cuando se sigue expediente para determinar la repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del perjudicado.

CONCLUSIÓN

- El error por tanto, no podía ser más evidente, esperpéntico, y contrario al ordenamiento jurídico. '*Chapeau*' por el estudio completo del Tribunal".

El Tribunal Supremo no se puede resistir, a decir, que al error ya denunciado, se unía también, el no haberse atendido a la fecha del alta médica definitiva (que además, fue posterior al Auto de Archivo) alegada en la demanda, cuando es constante la Jurisprudencia de la Sala, que en casos de lesiones con secuelas, el plazo de prescripción de la acción civil de responsabilidad por culpa extracontractual, no comienza hasta la estabilización de las secuelas

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Derecho al honor. Inclusión por error de datos personales en la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE) por la entidad bancaria demandada. Caducidad de la acción, infracción continuada

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª),
de 29 de enero de 2013.

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Antecedentes del caso 1.- Los hechos relevantes para entender las cuestiones planteadas en este recurso de casación son, resumidamente, los que a continuación se exponen.

La demandada "MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA JEREZ Y SEVILLA (CAJASOL)" (en lo sucesivo, CAJASOL) comunicó en enero de 1996 a la Central de Información de Riesgos del Banco de España (en lo sucesivo, CIRBE), para su inclusión en el fichero cuya gestión esta legalmente encomendada a CIRBE, la existencia de un "riesgo indirecto" del demandante D. Lorenzo por importe

de 117.000 euros como consecuencia de ser fiador de un préstamo concedido por dicha entidad. El afectado tuvo conocimiento de dicha inclusión en 1997 y reclamó verbalmente a CAJASOL que cancelara tales datos por ser erróneos. CAJASOL, pese a comprometerse a cancelarlos, no lo hizo, y en noviembre de 2004 el afectado tuvo conocimiento de que sus datos personales persistían en el fichero de CIRBE, realizando una nueva reclamación a CAJASOL. Los datos permanecieron en el fichero hasta 31 de noviembre de 2004, pues en la comunicación mensual de datos que CAJASOL realizó a CIRBE ese mes ya no incluyó los correspondientes al afectado.

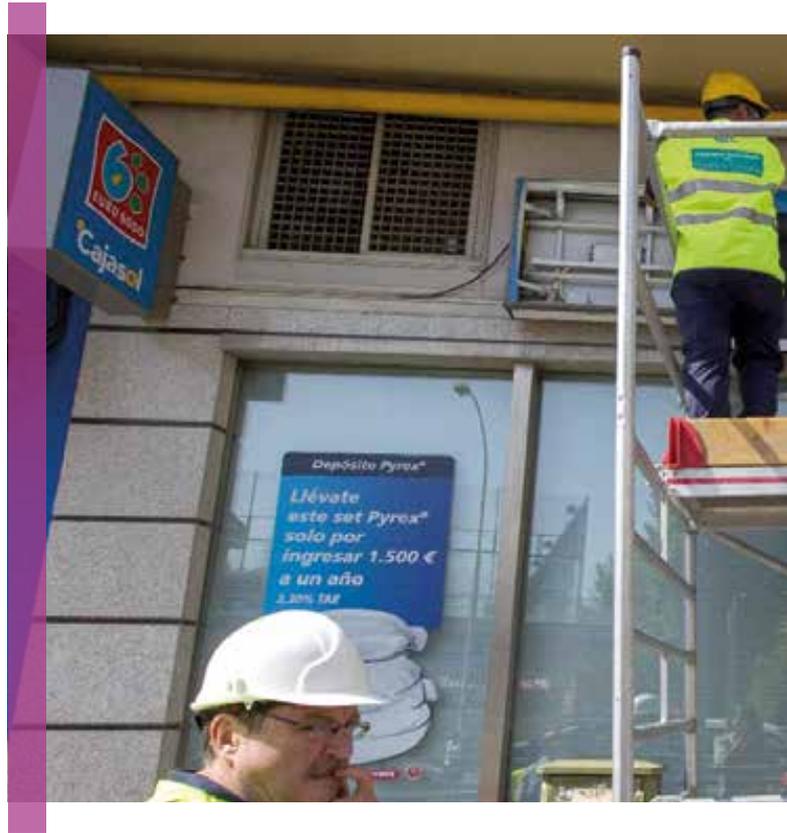
Este denunció los hechos ante la Agencia Española de Protección de Datos (en lo sucesivo, AEPD) el 22 de abril de 2005. AEPD tramitó un expediente sancionador contra CAJASOL y le impuso sendas sanciones de 90.000 euros cada una de ellas por la comisión de dos infracciones graves de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo, LOPD), consistentes en el tratamiento de los datos personales del demandante en su fichero sin su consentimiento, pese a no mantener relaciones contractuales con el mismo, y en haberlos mantenido en el fichero CIRBE sin que respondieran a su situación real.

2.- D. Lorenzo interpuso en abril de 2008 demanda contra CAJASOL en solicitud de que se declarara la existencia de una intromisión ilegítima en su honor, determinada por la conducta antes descrita, y le indemnizara por el "daño moral genérico" en 180.000 euros o la cantidad que en su defecto se fijara.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que estimó la excepción de caducidad de la acción opuesta por CAJASOL, pues consideró que el plazo de cuatro años previsto en el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil de Derechos al Honor, Intimidad Personal y Propia Imagen se inició en 1997, cuando el afectado conoció su indebida inclusión en el fichero de solvencia patrimonial.

3.- Apelada la sentencia por el demandante, la Audiencia Provincial la confirmó, pues consideró que no se estaba en el caso de existencia de daños continuados sino de daños permanentes, originados por un solo acto, la inclusión de los datos del demandante en el fichero, y este se había conocido por el agraviado en 1997.

El mantenimiento de los datos en el fichero, consideró la Audiencia, dio lugar a la comisión de infracciones administrativas por CAJASOL



pero no constituyen perjuicios ocasionados en diferentes actos. Contra esta sentencia se interpone por el demandante recurso de casación.

SEGUNDO.- Enunciación del único motivo del recurso de casación 1.- El único motivo de casación se encabeza con el siguiente párrafo: «Mediante este primer motivo de recurso se denuncia que la Sala sentenciadora ha incurrido en vulneración del artículo 18.1 y 18.4 de la Constitución, en cuanto, entiende esta parte, el derecho al honor ampara la reclamación de autos frente a la ilegalidad de la actuación de la entidad demandada, así como en la infracción por inaplicación o cuanto menos incorrecta aplicación de los artículos 2.1, 7 y 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; de los artículos 4 y 9 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y el artículo 1 de la Orden ECO/697/2004, de 11 de marzo, sobre la Central de Información de Riegos, al declarar explícitamente que la intromisión y los perjuicios ocasionados se producen por un solo acto en 1997, que es el alta del actor en el fichero CIRBE, siendo lo demás una continuidad de la situación advertida en ese año, por lo que estamos ante un daño permanente al ser un daño único que perdura en el tiempo y que es fruto de un solo acto, estando por todo ello caducada la acción a la fecha de interposición de la demanda en abril de 2008».

2.- El motivo se fundamenta en los siguientes argumentos, que se exponen sucintamen-



te: (i) la normativa de la CIRBE prevé que la actualización de los datos de los riesgos será mensual; (ii) no nos encontramos ante un "daño permanente" sino ante un "daño continuado"; (iii) en sede de intromisión al derecho al honor, la sentencia núm. 651/2004, de 9 de julio, de esta Sala declaró que no comienza a computarse el plazo de caducidad mientras siga perpetrándose la intromisión ilegítima; y (iv) CAJASOL cometió una nueva intromisión y vulneración del derecho al honor del demandante cada vez que remitió datos a CIRBE, esto es, mensualmente.

TERCERO.- El inicio del plazo de caducidad de la acción en el caso de infracciones al honor producidas por la indebida inclusión en ficheros de datos de carácter personal

1.- La cuestión controvertida en el recurso es si el plazo de caducidad de la acción de protección del derecho al honor, cuando la intromisión ilegítima consiste en la inclusión indebida de los datos personales del demandante en un fichero sobre solvencia económica, por no respetarse los principios de calidad de los datos establecidos en el art. 4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo, LOPD), comienza a computarse cuando el demandante tuvo conocimiento de tal inclusión o cuando los datos dejaron de estar incluidos en el fichero.

2.- La sentencia de esta Sala núm. 651/2004, de 9 de julio, referida a una intromisión en el honor producida por utilización por la demandada como nombre, o más propiamente, rótulo de un establecimiento hotelero, del título nobiliario y escudo de armas de la demandante, que «mientras no deje de utilizar dicho nombre la intromisión ilegítima sigue perpetrándose, por lo que no empezaría a contar el plazo de caducidad». La posterior sentencia núm. 899/2011, de 30 de noviembre, trató la cuestión en relación justamente a una intromisión en el derecho al honor producida por la indebida inclusión de los datos personales del afectado en un fichero de solvencia económica, concretamente uno de los llamados "registros de morosos". Declara la citada sentencia sobre esta cuestión: «A este respecto es pertinente hacer una distinción entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr «desde que lo supo el agraviado», como dispone el artículo 1.968.2.º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción. En cambio, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, hasta la producción del definitivo resultado (STS 28 de octubre de 2009 y 14 de julio de 2010), si bien matizando que esto es así «cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida» (SSTS 24 de mayo de 1993, 5 de junio de 2003, 14 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2007). »En el presente caso, de acuerdo con la anterior distinción, consideramos que los daños producido por la inclusión indebida en uno de estos registros o ficheros de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados, como lo demuestra el hecho de que la causa que origina la intromisión en el derecho al honor (la imputación de ser moroso) persista durante el tiempo en su eficacia potencialmente lesiva del honor ajeno hasta que no se cancela o se produce la baja del demandante en los citados registros, al margen de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público,

sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública (STS 24 de abril de 2009)».

3.- Aplicada dicha doctrina al presente caso, el plazo de caducidad de la acción no se inició mientras los datos del demandante estuvieron incluidos en el fichero. La causa a la que el demandante liga la intromisión en su derecho al honor (la inclusión en un fichero de solvencia patrimonial) persistió en el tiempo, desplegando sus efectos hasta se produjo la baja del demandante en el citado registro. Durante todo ese tiempo, CAJASOL mantuvo lo que, salvando la conveniente distancia respecto del correlativo concepto penal, podríamos denominar como "dominio del hecho", puesto que la persistencia de los datos personales del demandante en el fichero se debió a que CAJASOL no comunicó a CIRBE la procedencia de su exclusión, de tal suerte que en cualquier momento de ese periodo CAJASOL podía haber puesto fin a la conducta a la que se imputa la producción de una intromisión en el honor del afectado.

4.- Aunque en ocasiones esta Sala, cuando se considera incorrecta la apreciación de la excepción de prescripción o caducidad, ha casado la sentencia y devuelto los autos a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia, por no estar suficientemente fijada la base fáctica del litigio, tal actuación no es procedente cuando, como ocurre en el caso de autos, la cuestión que se plantea es de naturaleza meramente jurídica por no existir controversia sobre las cuestiones fácticas fundamentales que son relevantes para la decisión de la cuestión litigiosa. Por tanto, al estimar el motivo de casación ha de asumirse la instancia y entrar a resolver la pretensión formulada en la demanda.

CUARTO.- Asunción de la instancia. La pretensión del demandante 1.- El demandante promovió el procedimiento especial y preferente de protección de los derechos fundamentales del art. 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Alegó que el derecho fundamental vulnerado era el derecho al honor reconocido en el art. 18.1 de la Constitución «protegido específicamente por la Ley Orgánica 1/1982». En el suplico de la demanda solicitó se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en su honor y se condenara a CAJASOL al pago de una indemnización por "daño moral genérico".

2.- De acuerdo con lo expuesto en la demanda, la intromisión se habría producido porque al

comunicar CAJASOL los datos del demandante al fichero de CIRBE le ha efectuado una imputación de hechos no veraces que menoscaban su fama pues se le imputaba la condición de moroso. Tal intromisión en el derecho al honor, sigue afirmando la demanda, generaría «una responsabilidad objetiva (art. 9.3 Ley Orgánica 1/1982) resarcible mediante la condena a indemnizar los perjuicios ocasionados (art. 9.2 Ley Orgánica 1/1982)», por lo cual reclama en su demanda «la indemnización mínima correspondiente a 180.000, cantidad que se ha obtenido tomando en cuenta que esa misma fue el total de la multa que la Agencia Española de Protección de Datos impuso a CAJA SAN FERNANDO por su incumplimiento de LOPD».

QUINTO.- Valoración de la Sala. Inexistencia de vulneración en el derecho fundamental al honor 1.- No existe controversia sobre el error cometido por CAJASOL al comunicar al fichero de CIRBE los datos personales del demandante asociándolos a un riesgo indirecto de 117.000 euros, derivado de su condición de fiador de un préstamo concedido por dicha Caja de Ahorros, y mantenerlos durante varios años. El error consistía en que el fiador que intervino en tal operación crediticia era en realidad el padre del demandante, y se explicaba por CAJASOL porque ambos eran administradores de la sociedad prestataria. La inclusión y mantenimiento indebido de tales datos personales en el fichero de CIRBE supuso una infracción de la normativa de protección de datos personales que fue sancionada administrativamente.

2.- De acuerdo con su normativa reguladora vigente cuando se produjeron los hechos (art. 59 y siguientes de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, y anteriormente, artículo 16 del Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, por el que se creó dicho fichero, y normas reglamentarias complementarias), la Central de Información de Riesgos del Banco de España es un servicio público que tiene por finalidad recabar de las entidades de crédito y otras entidades financieras, datos e informaciones sobre los riesgos de crédito derivados de contratos tales como préstamos, créditos, descuentos, emisiones de valores, contratos de garantía, compromisos relativos a instrumentos financieros, o cualquier otro tipo de negocio jurídico propio de su actividad financiera, para facilitar a las entidades declarantes datos necesarios para el ejercicio de su actividad, permitir a las autoridades competentes para la supervisión prudencial de dichas entidades el adecuado ejercicio de sus competencias de supervisión e inspección y contribuir al correcto desarrollo de las restantes funciones que el Banco de España

tiene legalmente atribuidas. A tales efectos, tales entidades han de enviar periódicamente al CIRBE los datos sobre las operaciones de esa naturaleza que concierten y las personas que directa o indirectamente resulten obligadas en ellas. También comunicarán los datos que reflejen una situación de incumplimiento, por la contraparte, de sus obligaciones frente a la entidad declarante. Las entidades declarantes tienen derecho a obtener informes sobre los riesgos de las personas físicas o jurídica registradas en el fichero de CIRBE siempre que dichas personas mantengan con la entidad solicitante algún tipo de riesgo, o bien hayan solicitado a la entidad un préstamo o cualquier otra operación de riesgo, o figuren como obligadas al pago o garantes en documentos cambiarios o de crédito cuya adquisición o negociación haya sido solicitada a la entidad.

3.- De lo expuesto se desprende que el fichero de CIRBE no es propiamente un fichero de datos de carácter personal de los previstos en el apartado 2º del art. 29 de la LOPD, esto es, uno de los denominados habitualmente "registros de morosos" por recoger datos de carácter personal relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor. Es un fichero administrativo específico destinado a informar sobre los riesgos de crédito derivados de contratos propios de la actividad financiera. Es posible que contenga informaciones sobre la existencia de incumplimientos de obligaciones dinerarias, cuando las mismas se hayan producido, pero no necesariamente toda persona cuyos datos personales se incluyen en tal fichero está asociada a informaciones sobre tales incumplimientos, basta con que sea prestataria, acreditada o fiadora en una operación de crédito. En el caso objeto del recurso no se alega por el demandante que CAJASOL hubiera comunicado a CIRBE la existencia de un incumplimiento por su parte de una obligación dineraria, solamente de que el mismo mantenía un riesgo indirecto con CAJASOL como fiador en un préstamo, ni aparece una información de esa naturaleza en la consulta del fichero aportada con la demanda. La consideración que se hace en la demanda en el sentido de que «mi cliente apareció públicamente como insolvente durante ocho años» carece por tanto de una base objetiva que la sustente.

4.- Afirma la sentencia núm. 284/2009, de 24 de abril que «esta Sala, en pleno, ha mantenido la posición de entender que la inclusión, faltando a la veracidad, por una entidad, en un registro de solvencia patrimonial -los llamados "registros de morosos"- implica un atentado al derecho del honor del interesado que ha aparecido en tal registro, erróneamente». Dicha sentencia, recogiendo la jurisprudencia de la Sala, considera que la vulnera-

ción del derecho al honor provocada por la inclusión en un registro de morosos viene determinada porque «supone desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena (artículo 7-7º Ley Orgánica 1/82), por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. Efectivamente, tal persona, ciudadano particular o profesionalmente comerciante, se ve incluido en dicho registro, lo cual le afecta directamente a su dignidad, interna o subjetivamente e igualmente le alcanza, externa u objetivamente en la consideración de los demás, ya que se trata de un imputación de un hecho consistente en ser incumplidor de su obligación pecuniaria que, como se ha dicho, lesiona su dignidad y atenta a su propia estimación, como aspecto interno y menoscaba su fama, como aspecto externo. Y es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. Sí, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 de la mencionada Ley de 5 de mayo de 1982».

5.- La simple información sobre la condición de fiador o avalista de una persona en un préstamo concedido por una entidad financiera no supone desmerecimiento. Es más, en la sociedad actual es habitual la solicitud de financiación tanto por los particulares como por las empresas, y la intervención de fiadores o avalistas en tales operaciones, sin que ello lleve aparejada connotación peyorativa alguna. Por consiguiente, al no asociarse al demandante una información sobre impago o morosidad, no se ha vulnerado su derecho al honor.

6.- Cuestión distinta es que se hubieran podido infringir otros derechos del demandante distintos del derecho al honor, de naturaleza constitucional o infraconstitucional, o causarse otros daños, como pudiera ser el patrimonial consistente en la denegación de financiación por un exceso de riesgo que no era real.

Pero la pretensión ejercitada en la demanda, de acuerdo con lo que resulta de la causa de pedir y de la petición formulada en la demanda, se circunscribe a la vulneración del derecho al honor. Y no se alega perjuicio patrimonial alguno des-

vinculado de esa supuesta vulneración del honor. Se solicita la indemnización de un "daño moral genérico" por cuanto que, según se alega en la demanda, conforme a la Ley Orgánica 1/1982, de la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor se deriva necesariamente la existencia de un daño. Dado que, como se ha razonado, no ha existido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante por el hecho de que se haya informado erróneamente de su condición de fiador de un préstamo, la justificación que en la demanda se hace de la existencia de un daño indemnizable carece de fundamento.

7.- En la demanda se hace hincapié, como fundamento de la pretensión, que CAJASOL ha sido sancionada por la AEPD. Y la indemnización mínima que se solicita (180.000 euros) se justifica en ser ese el importe de la multa impuesta a CAJASOL. La ilicitud de la actuación de CAJASOL y la gravedad de su conducta es suficiente en sí misma para la imposición de una sanción administrativa consistente en una elevada multa, en cuanto que infractora de la LOPD y de sus normas reglamentarias de desarrollo. Pero no lo es para que se declare la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la que derive la existencia de un daño indemnizable.

El importe de la sanción administrativa impuesta a CAJASOL no es tampoco justificativo de que se haya causado al demandante un "daño moral genérico" que pueda valorarse en tal importe. Por lo expuesto, es procedente la desestimación de la demanda, si bien por razones diferentes de las expuestas en las sentencias de instancia, lo que supone una estimación parcial del recurso de apelación, al acogerse la impugnación de la estimación de la excepción de caducidad pero desestimarse la pretensión formulada en la demanda por razones de fondo.

SEXTO.- Costas

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas de casación, al ser estimado el recurso, ni de las costas de apelación, al ser también estimado parcialmente este recurso, conforme a lo previsto en los arts. 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procede condenar al demandante al pago de las costas de primera instancia al resultar plenamente desestimada su demanda.

3.- Procede acordar la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgá-

nica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLAMOS

1.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Lorenzo, contra la sentencia dictada el 20 de octubre de 2011, por la sección novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 382/2010.

2.- Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3.- En su lugar, estimamos parcialmente el recurso de apelación promovido por D. Lorenzo contra la sentencia de 8 de junio de 2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 67 de Madrid, y acordamos: 3.1.- Estimar la impugnación de la estimación de la excepción de caducidad realizada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

3.2.- Entrar en el fondo de la pretensión formulada y desestimar plenamente la demanda promovida por D. Lorenzo contra la entidad "MONTE DE PIEDAD Y CAJA DE AHORROS SAN FERNANDO DE HUELVA JEREZ Y SEVILLA (CAJASOL)".

3.3.- No hacer expresa imposición de las costas de apelación y condenar al demandante al pago de las costas de primera instancia.

4.- No procede imposición de costas correspondientes al recurso de casación. Procédase a la devolución del depósito constituido a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Ramón Ferrándiz Gabriel, Antonio Salas Carceller, Ignacio Sancho Gargallo, Rafael Saraza Jimena. FIRMADA Y RUBRICADA. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Saraza Jimena, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico

El pasado mes de enero, el Tribunal Supremo ha dictado dos nuevas sentencias generadas por indebida inclusión en ficheros de datos de carácter personal, en concreto en registros de solvencia patrimonial, siendo ponente de ambas el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena. La primera es la sentencia de 22 de enero 2014, derivada de un supuesto en el que una entidad de crédito incluyó en dos “registros de morosos” (“BADEX-CUG” y “ASNEF-EQUIFAX”) los datos de los fiadores de un préstamo, pese a que previamente en el proceso de ejecución se consignó el principal por el que se despachó ejecución, para su entrega a la ejecutante, y la cantidad prevista para intereses y costas por la que se despachó ejecución, a resultas de la oposición formulada a la ejecución por no haberse notificado la cantidad exigible antes de la interposición de la demanda. En esta sentencia se expone de manera detallada el régimen aplicable a los ficheros de datos referidos al incumplimiento de obligaciones dinerarias (“registros de morosos”) y la jurisprudencia emanada al respecto, siguiendo en ese caso en particular la doctrina ya sentada en la STS de 6 marzo de 2013 acerca de que el llamado principio de calidad de los datos impide la inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza. La segunda sentencia aludida, y aquí reseñada, es la de 29 de enero de 2014, que trae su causa en la errónea inclusión en la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE) como fiador a quien realmente no tenía tal condición.

Con estas dos sentencias, son al menos una decena las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo en esta materia. Ya en 1995, en sentencia de 26 de septiembre, la Sala de lo Civil se pronunció sobre la incorrecta inclusión en un “registro de morosos” y la responsabilidad civil que ello pudo originar, no apreciando relación de causalidad entre el figurar inscrito como moroso y la denegación de trabajo que solicitó el inscrito. En adelante, se han dictado otras en las que los afectados han solicitado indemnizaciones por haberse vulnerado el derecho fundamental al derecho al honor del indebidamente inscrito como moroso. Cabe citar las siguientes sentencias: STS de 5 de julio de 2004; STS de 7 de marzo de 2006; STS de 24 de abril de 2009, sentencia de pleno que sienta como doctrina jurisprudencial que el derecho fundamental vulnerado en estos casos es el derecho al honor, y declara que para que tal vulneración se produzca es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas; STS de 30 noviembre de 2011, en la que se declara que el «dies a quo» para el computo del plazo de caducidad de la acción de protección del derecho al honor es el de constatación de la inexistencia de la deuda a través del proceso judicial de reclamación y no el del conocimiento de su inclusión en los registros; STS de 9 abril de 2012; STS de 29 enero de 2013; y la STS de 6 marzo de 2013, que aborda la incorrecta inclusión en un “registro de morosos” por tratarse de un deuda de dudosa existencia, declarando que «la deuda debe ser además de vencida y exigible, cierta, es decir, inequívoca, indudable, siendo necesario además el previo requerimiento de pago; por tanto no cabe inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza».

Todas estas sentencias, y la abundante jurisprudencia menor existente por la indebida inclusión en ficheros de datos de carácter personal, han sido estudiadas por la doctrina científica, en especial la civilista, como los trabajos realizados por el propio Saraza Jimena (Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2011) y otros muchos autores, entre los que a título de ejemplo se puede citar a Almagro Nosete (Diario La Ley, nº 7.180, 22 mayo 2009); Botana García (Práctica de Derecho de Daños, nº 60, mayo 2008); Chaparro Matamoros (Diario La Ley, nº 8.073, 30 abril 2013); De la Iglesia Monje (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 731, 2012); Hualde Manso (Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, nº 8/2013); Mendoza Losana (Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 93, 2013); Parra Lucán (Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil, coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Vol. 3, 2009;

COMENTARIO

y en Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2011); Rodríguez Ruiz de la Villa (Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 82, abril-junio 2001).

Como decimos, en la mayoría de los casos, la vía elegida por los perjudicados ha sido la derivada de considerar que la inclusión en un registro de morosos, erróneamente, sin que concorra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. El Tribunal Supremo considera tal inclusión, cuando es indebida por no respetarse los principios de calidad de los datos y demás requisitos exigidos por la normativa sobre ficheros de datos sobre incumplimientos de obligaciones dinerarias, como una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

Pero cuando no estamos ante un "registro de morosos", sino ante la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), y la inclusión en el mismo no es como moroso sino en un concepto que –aunque erróneo– no suponga desmerecimiento (por ejemplo, figurar erróneamente como fiador de un deudor, cuando no se tiene esa cualidad), no se estaría ante una vulneración del derecho al honor. Por tanto, en esos casos, no hay que dejarse llevar por esa inercia consistente en articular la petición por una supuesta intromisión ilegítima en el derecho al honor, debiendo considerarse otras vías que sí quedan abiertas ante esa conducta: la errónea inclusión en el CIRBE de un dato que no implica difamación puede constituir, además de una infracción de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal que dé lugar a la correspondiente responsabilidad administrativa, una infracción de otros derechos distintos del derecho al honor, o causar otros daños, como pudiera ser el patrimonial consistente en la denegación de financiación por un exceso de riesgo que no era real.

Esto último es lo que ha declarado la sentencia reseñada, de 29 de enero de 2014, en la que:

a) En primer término repasa la naturaleza jurídica del CIRBE, concluyendo que no es propiamente un fichero de datos de carácter personal de los previstos en el apartado 2º del art. 29 de la LOPD (no es un "registro de morosos"), al ser un fichero administrativo específico destinado a informar sobre los riesgos de crédito derivados de contratos propios de la actividad financiera, y no un fichero en el que se recogen datos de carácter personal relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor.

b) Declara que la simple información sobre la condición de fiador o avalista de una persona en un préstamo concedido por una entidad financiera no supone desmerecimiento, y por consiguiente al no asociarse al demandante una información sobre impago o morosidad, no se ha vulnerado su derecho al honor

c) Advierte que ello no impide que se hayan podido infringir otros derechos del demandante distintos del derecho al honor, de naturaleza constitucional o infraconstitucional, o causársele otros daños, como pudiera ser el patrimonial consistente en la denegación de financiación por un exceso de riesgo que no era real; algo sobre lo que no cabe pronunciamiento en ese caso atendiendo a la pretensión ejercitada en la demanda, limitada a la vulneración del derecho al honor.

d) Por otro lado, en cuanto el plazo de caducidad de la acción, con carácter previo declaró que el *dies a quo* para el computo del plazo de caducidad de la acción de protección del derecho al honor, no se inició mientras los datos del demandante estuvieron incluidos en el fichero, siguiendo expresamente la doctrina mantenida en la STS de 30 noviembre de 2011, que consideró que los daños producidos por la inclusión indebida en uno de estos registros o ficheros de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo. No deben restarse de forma automática las prestaciones ni las mejoras de seguridad social, cuando, como es el caso, para su cálculo, el juez de instancia y la sala de suplicación, con la conformidad de las partes, utilizaron el baremo de los accidentes de circulación. La mejora de seguridad social establecida en una disposición convencional sólo puede compensarse con lo percibido por el concepto de lucro cesante

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª),
de 13 de marzo de 2014.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- 1. La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora se centra en determinar si procede deducir, o no, o en qué forma, de la indemnización reclamada por daños y perjuicios, la cantidad que, en virtud de lo pactado en convenio colectivo como mejora voluntaria de seguridad social, percibió cada uno de los dos hijos menores del causante (45.000x2=90.000 euros), fallecido como consecuencia de un accidente de trabajo.

2. Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación ahora recurrida (STSJ del País Vasco 19-2-2013, R. 201/13) han deducido el im-

porte de aquellas mejoras (45.000 euros por cada hijo) del total de la indemnización correspondiente a los daños causados, cuando los actores entendían que la deducción debería practicarse, en su caso, sobre el concepto de "lucro cesante", siendo así que los criterios empleados para el cálculo de la indemnización por los daños han sido siempre -en instancia, en suplicación y ya no se discuten en este trámite- los que se recogen en el sistema para la valoración en accidentes de tráfico de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, conforme a la actualización aprobada por Resolución de 24 de enero de 2012, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE 6-2-2012).

3. La sentencia de instancia (JS nº 7 de Bilbao 25-5-2012) estimó parcialmente la demanda y, en lo que al presente recurso interesa, condenó solidariamente a tres de las entidades demandadas a que abonaran a cada uno de los dos hijos menores del causante la suma de 6.085,10 euros, descontándoles así los 45.000 e derivados del convenio colectivo de aplicación (el de la Construcción de Vizcaya) del total de 51.085,10 euros (46.441 de indemnización más 4.644,10 por perjuicio económico) que, conforme al baremo del automóvil, la propia resolución les reconocía.

4. La sentencia impugnada, manteniendo incólume el relato fáctico de instancia, cuyo contenido íntegro hemos reproducido en los antecedentes de la presente resolución, para desestimar el recurso de suplicación interpuesto por los causahabientes, en el que denunciaban la infracción de los arts. 1101 y 1106 del Código Civil y de la jurisprudencia que mencionaban (SSTS 17-7-2007, entre otras) y, entre otras cosas, insistían en la elevación de las indemnizaciones que correspondían a los dos hijos menores del trabajador fallecido, se limita a afirmar que la de instancia aplicó "para cada hijo menor, descontando lo ya cobrado por vía de mejora prevista en el convenio colectivo, evitando así duplicidades resarcitorias (...). Así mismo, aplicó el factor de corrección hasta el 10% que es el máximo, atendiendo a los ingresos anuales de la víctima por trabajo personal. Todo ello conforme a las cuantías vigentes en el momento de dictarse la sentencia. Por tanto, no cabe hacer reproche alguno a esa decisión".

Solicitada "subsanción y complemento de sentencia" por los actores, la Sala del País Vasco, mediante auto del 26-3-2013, la denegó,



reiterando los argumentos de la sentencia respecto a la indemnización de los hijos menores, porque "no se considera aplicable al caso el art. 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

5. Contra la sentencia de suplicación recurren en casación unificadora los demandantes, insistiendo en aquél mismo modo de descuento y achacando a la sentencia impugnada la aplicación indebida de los arts. 1101, 1106 y 1172 del Código Civil, así como los criterios de determinación de la indemnización contenidos en el referido Baremo, en relación a la doctrina establecida en la sentencia de contraste (STSJ Castilla y León Valladolid de 6-4-2011, R. 84/2011) que, según dice, "recoge la doctrina unificada por el TS en sus sentencias de 17 de julio de 2007 y posteriores".

6. La sentencia referencial, también respecto a una indemnización por daños derivados



de accidente de trabajo, mantiene, con remisión a las sentencias de esta Sala de 17-7-2007, "que lo percibido por prestaciones sociales y mejora de las mismas es compensable con la parte de la indemnización reconocida por lucro cesante, pero no con las cantidades reconocidas por otros conceptos, de tal forma que solo se compensan conceptos homogéneos", y con tales parámetros concluye, por aplicación del Baremo de 2007, que "a la viuda le correspondería (Tabla 1, Anexo 1) una indemnización básica por muerte (incluidos daños morales) de 99.222,70 euros. Ahora bien, esa indemnización básica está sujeta a factores de corrección (Tabla 11), entre los que se incluye el de perjuicios económicos. La Sala considera que, dado que la viuda ha percibido prestaciones económicas y mejora de seguridad social (hecho undécimo [39.313 euros en virtud de póliza de convenio]) cuya razón de ser es la compensación del perjuicio económico, no cabe añadir

cantidad alguna por ese factor, en lo que constituye el modo adecuado de compensar lo que se recibe en tal concepto".

7. La contradicción parece evidente, sobre todo cuando la sentencia referencial, según manifiesta expresamente, está aplicando la doctrina jurisprudencia! a la que luego nos referiremos, porque mientras la recurrida practica el descuento de los 45.000 euros de la mejora, de manera prácticamente automática, sobre el resultado total de la indemnización por daños que corresponde a cada hijo menor, por el contrario, en la sentencia de contraste ese descuento o compensación parece efectuarse sobre el lucro cesante cuando lo hace sobre el concepto de "perjuicios económicos" de la Tabla 11 del Baremo. Y siendo precisamente esa la discrepancia esencial de las sentencias comparadas, resulta irrelevante, en contra de lo que afirma uno de los recurridos en su escrito de impugnación, que sea distinta la regulación convencional que establece cada mejora, porque lo decisivo, como sostiene con acierto el Ministerio Fiscal para reconocer la contradicción de sentencias, no es si la mejora debe o no ser descontada -siempre ha de serlo- sino el modo de hacerlo.

SEGUNDO.- 1. La mejor doctrina se contiene en la sentencia referencial por lo que procede anular y casar la sentencia recurrida.

En efecto, la cuestión debatida, tratada con carácter general en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala, fue unificada por dos sentencias de Sala General, ambas de fecha 17 de Julio de 2007 (R. 4.367/05 y 513/06), a cuya fundamentación *in extenso* nos remitimos, pudiendo resumirse esa nueva doctrina al respecto, tal como hizo la posterior de 21 de enero de 2008 (R. 4.017/06) y reiteró la de 20 de octubre del mismo año (R. 672/07), en los siguientes puntos:

"1. La mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es partidaria de la llamada *compensatio lucri cum damno*: compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1.4 del Código Civil, de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras

fuentes por el mismo concepto. La regla general sería, pues, el cómputo de todos los cobros derivados del mismo hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto. La aplicación de este principio por parte de este orden jurisdiccional social debe ser objeto, no obstante, de ciertas matizaciones y correcciones, para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido, como está ocurriendo. Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien centró el aseguramiento del daño causado su responsable.

2. Los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente, lo que supone que la norma garantiza al perjudicado la total indemnidad por el hecho lesivo. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues sólo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación.

3. Sentado lo anterior, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se efectúe por el juzgador, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, de forma que el descuento por lo ya abonado opere, solamente, sobre los conceptos a los

que se imputaron los pagos previos. Consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como, que las que se reconocen por la incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa.

4. Especial consideración merece el descuento del capital coste de la prestación por incapacidad permanente reconocida por la Seguridad Social y, en su caso, del importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial o por lesión permanente no invalidante que se hayan reconocido por la Seguridad Social. Ante todo, conviene recordar que estas prestaciones se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral. Por tanto, es lógico computar y deducir lo cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario, sea por vía del pago de primas de seguro, sea por aportación directa. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, es claro que las prestaciones que indemnizan por la pérdida de ingresos, sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante" (FJ 4g STS 21-1-2008).

En la STS de 20 de octubre de 2008 (R. 672107) añadíamos, como deducíamos igualmente de nuestras dos precitadas resoluciones del Pleno, que:

"1) que, para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios derivada de un accidente de trabajo, resulta oportuno -que no obligatorio- la utilización, como criterio de orientación analógica -nunca por reproducción mimética de las concretas operaciones contenidas en el Anexo-, del sistema de valoración de daños del Anexo introducido por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (hoy Anexo al Real Decreto Legislativo 81/2004, de 29 de octubre, cuyos módulos han sido cuantitativamente actualizados por Resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones); 2) ese sistema baremado, cuando se utilice, puede corregirse al alza en los casos en que concurra culpa

o negligencia empresarial y, aunque su determinación cuantitativa constituye una competencia fundamental del juez de instancia, cabe su revisión en cualquier alzada en los supuestos en los que sus conclusiones, por resolver de forma errónea, caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta, no superen el imprescindible test de razonabilidad; y 3) en principio, y sin perjuicio de la obligada reparación íntegra y total del daño causado, las prestaciones de la Seguridad Social actúan de forma tasada la responsabilidad objetiva del empresario y compensan la pérdida de ingresos profesionales (lucro cesante) del trabajador accidentado, bien para descontar su capital-coste de una previa capitalización del lucro cesante en algunos supuestos, bien para descontar su importe mensual del verdadero lucro (el salario percibido hasta el accidente) cesante en el mismo período de tiempo" (FJ 3Q STS 20-10-2008).

Más en particular, conviene reproducir el concreto pasaje de la STS de 17 de julio de 2007 (Pleno, R. 4.367/05) que, afectando específicamente a la cuestión objeto del presente recurso, dice así: "... la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones sólo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante, así como, que las que se reconocen por la incapacidad temporal no se pueden compensar con las que se dan por la incapacidad permanente y viceversa. Con respecto a la compensación de las prestaciones por incapacidad temporal, conviene recordar, conforme a lo antes dicho y a la doctrina constitucional citada, que esta jurisdicción no está vinculada por las normas de la Tabla V del Baremo y que la reparación de los perjuicios económicos debe perseguir la plena indemnidad del trabajador, lo que supone, salvo prueba que acredite otra cosa, que el perjudicado en concepto de lucro cesante debe percibir, al menos, el cien por cien del salario cobrado al tiempo del accidente y que las prestaciones sociales percibidas no puedan compensarse con la indemnización señalada con arreglo a la citada Tabla V mientras las mismas, junto con su posible mejora convencional, no superen ese cien por cien, sin que, por otro lado, quepa su compensación con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral, cual se dispone en el artículo 1.106 del Código Civil y se reitera en el artículo 1-2 de la LRCSCVM (FJ 3º).

2. Pues bien, el apartado Primero ("Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización"), punto 7, del ya mencionado Anexo del RD Leg. 8/2004 dispone que "para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima...".

En la "explicación del sistema" que nos facilita el apartado Segundo del propio Anexo, cuando se refiere al contenido de la Tabla 1, nos dice que "comprende la cuantificación de los daños morales, de los daños patrimoniales básicos y la determinación legal de los perjudicados", y respecto a la Tabla 11 la explicación consiste en afirmar que "describe los criterios que deben ponderarse para fijar los restantes daños y perjuicios ocasionados, así como los elementos correctores de estos". "A dichos efectos [continúa la norma], debe tenerse en cuenta que tales daños y perjuicios son fijados mediante porcentajes de aumento o disminución sobre las cuantías fijadas en la tabla 1 y que son satisfechos separadamente y además de los gastos correspondientes al daño emergente, esto es, los de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro y funeral".

Respecto a los factores de corrección, además de aclararnos para la Tabla 1 que "no son excluyentes entre sí, sino que pueden concurrir conjuntamente en un mismo siniestro", nos informa también en relación con la Tabla 11 ("Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte"), que los "perjuicios económicos" están relacionados con los "ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal".

Parece claro, pues, tal como concluye con acierto el Ministerio Fiscal cuando analiza la mencionada regulación, que es este último factor de corrección, el referido a los ingresos que percibía la víctima, el que cuantifica el lucro cesante al que sin duda alude el punto 7 del transcrito apartado Primero.

3. Llegados a este punto, también con el Informe del Ministerio Fiscal, luce con suficiente claridad el error de la sentencia impugnada cuando, de la indiscutida indemnización básica derivada de la Tabla 1 (cuantificación de los daños morales y patrimoniales básicos) que, en aplicación del también indiscutido Baremo, corresponde a cada uno de los hijos menores del causante (46.441 euros), descontó indebidamente los 45.000 euros de la mejora de seguri-



dad social derivada del convenio colectivo que había compensado el lucro cesante del progenitor. Sin embargo, el incremento por perjuicio económico que, en cuantía del 10% de aquella indemnización básica, deriva de la Tabla 11, que, como vimos, viene a ponderar los restantes daños y perjuicios ocasionados, al tener la consideración de lucro cesante y ser homólogo, por tanto, a la mejora establecida en el convenio colectivo, sí puede ser compensado. En definitiva, el único descuento procedente es precisamente el del 10% de este último "incremento", es decir, la cantidad de 4.644 euros.

TERCERO.- Lo hasta aquí razonado pone de manifiesto que la sentencia recurrida, al proceder a descontar automáticamente de la indemnización total que correspondía a cada uno de los hijos menores del causante (46.441 C) el importe de la mejora de seguridad social prevista en el convenio colectivo de aplicación (45.000 euros), no se atuvo a la buena doctrina. Así pues, procede la estimación del recurso, la revocación del fallo impugnado y la consecuente condena al abono a cada uno de los hijos menores, María y Aitor Montaña Lozano, de los 41.797 euros ($46.441 - 4.644 = 41.797$) que constituyen la cuantía íntegra de la indemnización básica, manteniendo en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia, incluidas las responsabilidades que, respecto a su abono, contiene dicha resolución. Sin costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña Nieves Lozano Huerta y de sus dos hijos menores, María y Aitor Montaña Lozano, contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2013, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso de suplicación nº 201/13) y, resolviendo el debate de suplicación, estimamos el de tal clase interpuesto por Doña Nieves Lozano Huerta, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, María y Aitor Montaña Lozano, y Doña Maximiana Riero Hompanera y, en consecuencia, condenamos a los demandados al abono a cada uno de los hijos menores del causante, María y Aitor Montaña Lozano, de los 41.797 euros que constituyen la cuantía íntegra de la indemnización básica, manteniendo en todo lo demás el fallo de la sentencia de instancia, incluidas las responsabilidades que, respecto a su abono, contiene dicha resolución. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis Gilolmo López hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Cuando un trabajador por cuenta ajena sufre por accidente una grave incapacidad permanente, le corresponde una pensión que cumple la función de paliar la pérdida de sus ingresos. A veces, el empresario completa la cobertura social con una mejora voluntaria que suele venir impuesta por convenio colectivo. Esta mejora tiene por objeto fortalecer la situación económica que genera el accidente con un nuevo paliativo del lucro cesante padecido. Así lo declaró de modo explícito la STSJ de Castilla-León (Valladolid) de 6 de abril de 2011 (citada como de contraste en el recurso resuelto por la que es objeto de este comentario), al declarar que la razón de ser de las mejoras sociales es la compensación del perjuicio económico sufrido. Ambas medidas sociales disminuyen el lucro cesante porque hay el consenso de que la pensión recibida con su mejora no lo restaura por completo. A su vez, lo dicho de una grave incapacidad permanente se predica también del fallecimiento que genera las consiguientes prestaciones sociales, incluida eventualmente su mejora, en favor de la familia dependiente del trabajador. La concreta función resarcitoria que cumplen estas prestaciones constituyó la clave de la excelente jurisprudencia que, en el ámbito social, forjaron las sentencias plenarias de la Sala 4ª del TS de 17 de julio de 2007, de las que constituye manifestación la que suscita este comentario.

La jurisdicción social viene utilizando desde hace años el sistema legal valorativo de la Ley 30/1995 para cuantificar los perjuicios causados en accidentes laborales atribuidos al empresario en concepto de responsabilidad civil. Tratándose de un orden jurisdiccional acostumbrado a manejar baremos preceptivos, es decir, a operar bajo el imperio de una legalidad valorativa estricta y no bajo el autoseñorío de la judicialidad valorativa, cuando conoce de la denominada responsabilidad civil "adicional" se siente impelido a manejar el baremo del automóvil, pese a que los accidentes enjuiciados nada tengan que ver con la circulación rodada. Pero debe resaltarse que, pese a la vocación baremista que por formación profesional le caracteriza, esta jurisdicción ha sido la que mejor ha pergeñado la doctrina que postula la utilización orientativa del sistema cuando se trata de daños corporales ajenos al tránsito motorizado, pues ha perfilado la orientación con desvío justificado, diciendo que el órgano judicial que decide manejarlo (enfaticando la más que conveniencia de su manejo), debe apartarse de él cuando las reglas del sistema no se compatibilizan con una reparación completa de los daños y perjuicios. Resaltan en este sentido las sentencias de 20 de octubre de 2008 y 15 de enero de 2014, aunque apoyan el desvío justificado en el vidrioso fundamento de que la responsabilidad adicional del empresario se funda en el título culposo. Pese a ello, la doctrina señalada queda circunscrita a su expresión literaria, porque la cláusula de la desviación queda desusada, funcionando la orientación flexible como inflexible.

En el caso de la sentencia comentada, el TSJ aplicó el sistema y cuantificó los daños y perjuicios de la viuda, padres e hijos menores (dos) del trabajador fallecido atendiendo al correcto criterio valorista, con actualización de las cuantías a la fecha del enjuiciamiento (2012), sin dejarlas congeladas a la fecha del siniestro (2008), es decir, sin aceptar el desviado criterio al que se atiene la Sala 1ª del TS; y no hubo sobrerresarcimiento con cargo a las aseguradoras condenadas porque los intereses moratorios especiales se impusieron desde la fecha de la sentencia y no desde la del siniestro. De acuerdo con ello, aplicadas de modo estricto las reglas del grupo I de la tabla I, la sentencia reconoció las siguientes cantidades: a la viuda del fallecido, 122.604,71 euros, de los que correspondían 111.458,83 a la indemnización básica y 11.145,88 al factor de corrección por perjuicios económicos; a cada uno de los padres del fallecido, 10.217,05 euros, de los que correspondían 9.288,23 a la indemnización básica y 928,82 al factor de corrección por perjuicios económicos, dándose la circunstancia de que, al haber fallecido el padre unos catorce meses después que su hijo, su crédito resarcitorio se adjudicó a sus herederos; y a cada uno de los hijos menores, 6.085,10 euros, pues, correspondiendo de inicio una indemnización ascendente a 51.085,10 euros (básica+factor; 46.441+4.644,10), este importe se compensó con los 45.000 euros percibidos en virtud de la mejora social prevista en el convenio colectivo.

En nombre de los hijos menores, la viuda del fallecido interpuso recurso de casación para unificación de doctrina, invocando como de contraste la sentencia antes mencionada por haberse ajustado a la doctrina sentada por las SSTS de 17 de julio de 2007, denunciando que la compensación de la prestación social sólo procede con el importe del factor de corrección por perjuicios económicos. El TS acogió el recurso y, en consecuencia, la indemnización definitiva, cifrada en 6.085,10 euros (51.085,10-45.000) por la sentencia recurrida, tendría que haberse sustituido por la de 46.441 euros (51.085,10-4.644,10). Pero el TS se equivocó pues, al pretender que la indemnización se circunscribiera a la cuantía íntegra de la suma básica (46.441 euros) con eliminación de la suma del factor de

COMENTARIO

corrección por perjuicios económicos (4.644 euros), lo que hizo fue deducir este segundo importe del primero (46.441-4.644=41.795). Supongo que la parte actora captaría el yerro y que se rectificaría por vía de aclaración. Por otra parte, debe resaltarse que la sentencia recurrida, que había efectuado una impertinente compensación en la determinación de la indemnización de los hijos, dejó de efectuar la que era pertinente respecto de la indemnización de la viuda, a la que aplicó el factor de corrección por perjuicios económicos, pese a ser beneficiaria (se supone) de la correspondiente pensión social, sin que este reconocimiento, que es indebido según la doctrina jurisprudencial, fuera objeto de impugnación por la parte demandada, por lo que adquirió firmeza.

La reflexión que surge de esa sentencia es que los hijos menores del fallecido sufrieron como consecuencia del fallecimiento de su padre un lucro cesante que fue parcialmente resarcido con 45.000 €, en virtud de la mejora del convenio colectivo, porque esta suma corresponde a tal concepto, según hemos visto, sobre la base de no ser sobrerrestauradora (enriquecedora) sino infrarresarcitoria (por no cubrir el total del perjuicio). Pues bien, pese a la insuficiencia resarcitoria de la percepción social (según sostiene la doctrina laboralista) y pese a no calcularse qué cantidad resarciría al pleno el lucro cesante padecido, se descontó el importe del factor de corrección por perjuicios económicos (operación justicialmente discutible) y quedó incólume la cantidad reconocida por el concepto de perjuicios personales (negativa de descuento cuyo acierto es absolutamente elemental), si se rectificó el yerro cometido.

Si la cuestión valorativa funcionara de modo cabal, tendrían que cuantificarse los perjuicios personales con la orientación que proporciona el sistema legal que, establecido para los accidentes de circulación, se caracteriza porque le es de esencia la parcialidad resarcitoria, según se desprende de la STC de 29 de junio de 2000 y de la STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 2010. Ello conllevaría un incremento prudencial, al no estarse ante un accidente de tráfico. A su vez, tendría que cuantificarse el lucro cesante padecido por los hijos menores del fallecido, teniendo en cuenta la parte que del salario del trabajador fallecido se destinaba a sus hijos y el horizonte temporal de la dependencia económica de éstos (definida en atención a su respectiva edad, que era de 6 y 3 años). Sin obviar las dificultades que puede ofrecer este cálculo, es inequívoco que no puede cifrarse en el importe del factor de corrección por perjuicios económicos (4.644,10 euros). Si nos atenemos a las observaciones iniciales, hay que sostener que el lucro cesante de los hijos era superior a 45.000 euros. Si esto es así, el descuento realizado, consistente en la supresión del factor de perjuicios económicos, sólo sería procedente si se hubiera demostrado que el lucro cesante total ascendía a la cantidad señalada. Pero no puede obviarse que el lucro cesante padecido por los hijos había quedado previamente paliado con buena parte del importe de la pensión social reconocida a su madre y, en concreto, con la pensión de orfandad. Si, para calcular el lucro cesante de la viuda y de los hijos, hay que partir de las retribuciones que recibía el accidentado (unos 26.000 euros anuales), y aplicarle el descuento de la cuota sibi, es claro que lo mismo que los hijos son destinatarios de una buena parte de ellas, también lo son de una buena parte de la pensión social reconocida a la madre.

De todo ello se obtienen dos conclusiones. En primer lugar, que la doctrina social sentada por las sentencias de 17 de julio de 2007 fue un paso muy importante en pos de la consecución de una razón resarcitoria que no se alcanzó, pues todavía queda bastante camino por recorrer en tal sentido. En segundo lugar, que el estudio de la jurisprudencia de los diversos ordenes jurisdiccionales, la parcialidad resarcitoria del sistema legal valorativo, utilizado de modo preceptivo o facultativo (accidentes de circulación y accidentes ajenos a ésta, respectivamente) y el resarcimiento social del lucro cesante que se reconoce a los trabajadores por cuenta ajena (o a sus causahabientes) demuestran que los que no lo son –con exclusión de los funcionarios que en términos sustanciales son trabajadores por cuenta ajena– y no cuentan con la prestación social con que cuentan aquéllos (aunque se reputa insuficiente) no reciben por lucro cesante una cantidad equivalente, sufriendo, por tanto, en términos sociales, una confiscación porque su importe queda en el bolsillo de quienes tendrían que haberlo sufragado. Nos encontramos así con que en España se garantiza el lucro cesante de los trabajadores por cuenta ajena que resultan accidentados y, en cambio, persiste el lucro cesante de los demás; y que conste que estoy conforme con lo primero y, naturalmente, disconforme con lo segundo ¿Constituye una insensatez sostener que el lucro cesante de los trabajadores por cuenta propia tendría que ser resarcido al menos con la cantidad que se les reconocería si fueran trabajadores por cuenta ajena? Frente al lucro cesante de los trabajadores por cuenta ajena (o de sus causahabientes), reconocido como parcial, hay la persistencia del lucro cesante de los trabajadores por cuenta propia que carezcan de una protección similar a la social.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Responsabilidad civil del notario que autoriza una escritura pública de compraventa sin advertir al comprador de la existencia de un embargo trabado sobre la finca objeto de compraventa. Error inexcusable del notario que no recibió a tiempo la comunicación del registro

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 18 de marzo de 2014.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- 1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

i) El día 22 de mayo de 2008, Natrolita, S.L. y Sermas, S.L. suscribieron un contrato de arras, para la compra de la vivienda propiedad de Sermas, S.L. sita en Paseo de Gracia núm. 89, 6º-1ª de Barcelona, en el que se fijó como precio de la compraventa 2.450.000 euros, que debía abonarse de forma aplazada. En aquel momento se hizo un primer pago, que servía de arras, de 53.500 euros.

ii) El 4 de junio de 2008, Natrolita, S.L. y Sermas, S.L. otorgaron un contrato de ampliación de arras, por el cual Natrolita, S.L. entregó a Sermas, S.L. la suma de 294.250 euros a cuenta del precio del inmueble.

iii) La escritura pública de compraventa que inicialmente se iba a otorgar el día 18 de septiembre, lo fue finalmente el día 22 de septiembre de 2008, en la notaría de Carlos María.

iv) Antes, el día 16 de septiembre de 2008, un oficial de la notaría había solicitado por fax al Registro de la Propiedad núm. 18 de Barcelona, información registral continuada de la reseñada finca, con la finalidad de otorgar escritura pública de compraventa el día 18 de septiembre, aproximadamente a las 10 de la mañana. En esa solicitud se facilitó un determinado número de fax que acababa en 34.

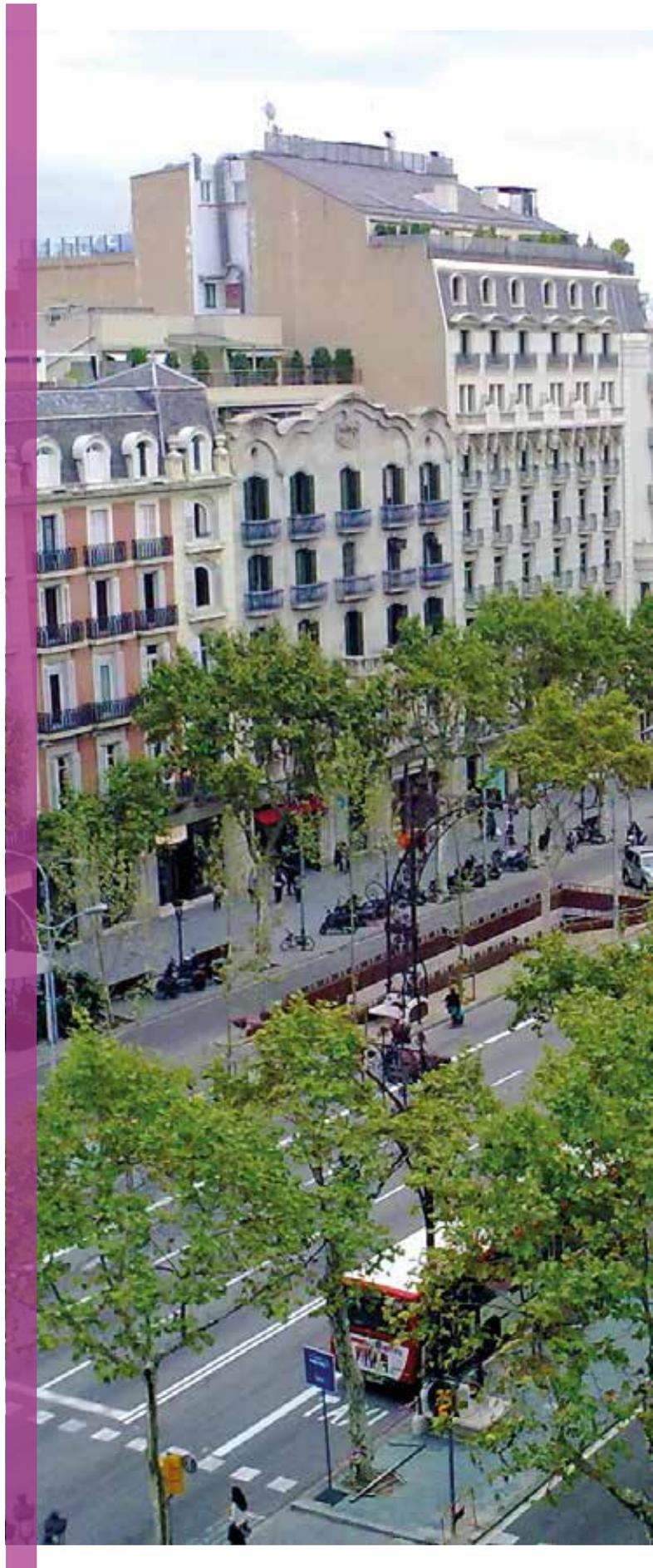
v) A las 9,48 horas, del día 18 de septiembre de 2008, el Registro de la Propiedad creó el documento núm. 09180129 (nota informativa con efectos al cierre del Diario del día hábil anterior a la fecha de expedición), para enviarlo por fax informático, sin que conste acreditada su recepción.

vi) El mismo día 18 de septiembre de 2008, a las 12,39 horas, tuvo entrada en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo sobre esa finca del Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Barcelona, por un importe de 1.970.877 euros de principal y 580.000 euros de intereses y costas.

vii) Como se había pedido información continuada, el Registro creó el documento núm. 09180136, para comunicar a la notaría por fax informático que había tenido entrada aquella orden de anotación de embargo. El sistema informático generó un informe según el cual el documento fue recibido por el destinatario el día 19 de septiembre, a las 9,47 horas.

viii) Sobre las 11,30 horas del día 19 de septiembre, el oficial de la notaría que se encargaba de esta escritura comunicó por teléfono con el Registro de la Propiedad núm. 15 para advertirles que no habían recibido la información que habían solicitado, y les facilitó un nuevo número de fax, que acababa en 33.

ix) Desde el Registro de la Propiedad, y por medio de un fax convencional, se reenvió la primera nota informativa que había sido creada el día 18 de septiembre, esto es, antes de que entrara el mandamiento de embargo, y por eso





omitía una referencia al embargo. Esta comunicación fue recibida en la notaría el día 19 de septiembre a las 11,46 horas.

x) La escritura fue otorgada sin que incluyera, ni se pusiera en conocimiento del comprador, el embargo trabado sobre la finca.

2. La compradora (Natrolita, S.L.), en su demanda, ejerció dos acciones: una, dirigida contra la vendedora, de responsabilidad civil contractual, en la que le reclamaba una indemnización de 2.450.000 euros; y otra, dirigida contra el notario que autorizó la escritura de compraventa, de responsabilidad civil contractual por negligencia profesional, en la que reclamaba que fuera condenado a pagar solidariamente la reseñada indemnización de 2.450.000 euros.

3. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la acción dirigida contra la vendedora, a quien condenó a pagar a la demandante la suma de 2.450.000 euros. Este pronunciamiento no fue recurrido en apelación y quedó firme. El juzgado de primera instancia, en relación con la acción de responsabilidad civil profesional del notario, hizo las siguientes consideraciones: i) no resulta lógico pensar que la persona que en el registro recibió la llamada del oficial de la notaría, en la mañana del día 19 de septiembre de 2008, interpretara que lo que la notaría no había recibido era la primera comunicación del día 18 de septiembre y, por ello, remitiera este documento y no el posterior relativo al mandamiento de embargo; ii) Tampoco es lógico pensar que recibida en la notaría la comunicación de la existencia del embargo, como se afirma por la demandante, se solicitara solamente el reenvío de la nota simple informativa con efecto hasta el cierre del libro diario del día 17 de septiembre (comunicación del día 18 de septiembre), y posteriormente se otorgara la correspondiente escritura de compraventa sin hacer constar la existencia del mandamiento; iii) Del informe del perito Sr. José Augusto cabe concluir que la comunicación del mandamiento de embargo remitida a la notaría de forma automática a las 13,28 horas del día 18 de septiembre, no queda constancia que fuera recibida en la notaría.

De lo expuesto concluye que no constaban acreditados los requisitos que acreditaran que el notario demandado hubiera incumplido de forma dolosa, negligente o por ignorancia inexcusable, las obligaciones derivadas del encargo profesional que le fue realizado. Al respecto, apostilla que el fax no debía funcionar correctamente, y por eso, al llamar el día 19 de septiembre, el oficial de la notaría dio otro número

de fax, de tal forma que "una simple avería informática no debe ni puede ser considerada la causa de los hechos sucedidos ni guardar una necesaria relación de causalidad con los perjuicios sufridos por la entidad ahora demandante".

4. La sentencia de apelación estimó el recurso de apelación formulado contra la absolución del notario demandado, estimó íntegramente la acción de responsabilidad ejercitada contra él y le condenó al pago solidario con la vendedora de la indemnización solicitada. Para justificarlo, la Audiencia argumenta en el siguiente sentido: i) la prueba practicada muestra que existió un error de comunicación entre el oficial de la notaría y el empleado del registro; ii) hubiera sido prudente que el empleado del registro se hubiera asegurado de que el oficial de la notaría sólo se refería, cuando llamó para decir que no había recibido la información registral que había solicitado, a la nota informativa, que es lo que se había enviado en un primer momento (antes de que entrara el mandamiento de embargo); iii) pero este posible error de comunicación entre la notaría y el registro no puede eximir de responsabilidad al notario frente al comprador, por no haberle trasladado la información de cargas que, a juicio de la Audiencia, consta facilitada por el Registro, conforme a lo establecido en el art. 175 del Reglamento Notarial. La Audiencia entiende acreditado que el registro facilitó la información relativa a la entrada de la orden judicial de anotación de embargo porque consta en los autos una copia del recibo (report) creado por el sistema informático del registro, según el cual el fax informático fue recibido en su destino (la notaría), sin que el demandado haya acreditado que el documento no le llegó por razones técnicas que no le son imputables.

La Audiencia argumenta que, a la vista de la apariencia que genera el "report" de haber sido recibido el fax informático por la notaría, correspondía al demandado acreditar lo contrario o, como se expresa el tribunal de apelación, "desvirtuar lo que resulta de ese documento", y cita el art. 217 LEC. Frente a la objeción formulada por la notaría de que su línea funcionaba perfectamente y que no recibieron ningún fax del Registro de la Propiedad núm. 15, por lo que debió ser por un problema técnico en el programa informático del emisor, la Audiencia le resta relevancia porque no se ha presentado ninguna prueba para demostrar que fuera así, pues, de hecho, ni siquiera el perito presentado por el demandado pudo comprobarlo.

La Audiencia valora, además, la declaración de un testigo, que es el informático que presta

asistencia al registro, quien explicó cómo funcionaba el sistema de los faxes informáticos (en concreto, como se genera el documento y su remisión) y que según este, el fax llegó a su destino, tal y como informa el report, el día 19 a las 9,45 horas. Y, en relación con la prueba pericial del demandado, la Audiencia entiende que no se ha logrado acreditar que, a pesar de lo que consta en el report, el documento no llegara a su destino la mañana del día 19.

5. Frente a la sentencia de apelación, el notario demandado interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un único motivo, y recurso de casación, también articulado mediante un sólo motivo.

Recurso extraordinario por infracción procesal

6. Formulación del motivo. El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y denuncia literalmente "la infracción del art. 218.2 LEC, en relación con la infracción de los arts. 216 y 217, regulador de las reglas de la carga de la prueba, de los arts. 316, 326, 348, 376, 385 y 386 también de la LEC que rigen, respectivamente, los criterios de valoración de los interrogatorios de parte, de los documentos privados, de los dictámenes periciales, de las declaraciones de los testigos, así como las presunciones legales y judiciales, en la medida en que en la sentencia objeto de recurso se efectúa de forma general una parcial y equívoca valoración de la prueba practicada, contraria a las reglas de la lógica y de la razón".

Luego aclara expresamente que: "el motivo denuncia la infracción de los arts. 316, 326, 348, 376, 385 y 386 LEC en relación con el art. 218 LEC, que regula la valoración de los informes periciales, pruebas documental y testifical, así como la valoración conjunta de la prueba causante de incongruencia en al valoración de la prueba". Y al final de la exposición del motivo, después de llevar a cabo una revisión de la prueba y aportar lo que para él debía haber sido la correcta valoración, concluye: "en definitiva, la argumentación de la sentencia recurrida no sólo resulta contraria a la razón y a la lógica exigidas por el art. 218 LEC, sino que infringe de forma clamorosa las reglas de la valoración de la prueba, por lo que en atención a lo expuesto, el presente motivo debe de estimarse en su integridad". Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

7. Desestimación del motivo. El motivo adolece, en primer lugar, de un defecto de

planteamiento que tiene relevancia directa en su desestimación, pues denuncia la valoración de la prueba practicada en relación con la acreditación de la recepción del fax informático remitido por el registro a las 13,28 horas del día 18 de septiembre, y lo hace al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, como una infracción de las normas reguladoras de la sentencia, cuando esta Sala viene reiterando que debe hacerse al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC.

No se trata de un mero defecto formal de identificación de la norma, pues la remisión al ordinal 4º del art.469.1 LEC, la arbitrariedad o el error notorio en la valoración de la prueba que se denuncia, debe haber dado lugar a una infracción de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Como hemos recordado en otras ocasiones, por ejemplo en la Sentencia 326/2012, de 30 de mayo, "la valoración de la prueba es función de instancia, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del art. 469.1 LEC, en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencias 432/2009, de 17 de junio; 196/2010, de 13 de abril; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo)". Como consecuencia de este defecto de planteamiento, el recurso omite la argumentación sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE, ocasionado por la arbitrariedad o el error notorio en la valoración de la prueba. Sólo por esta razón, ya debería desestimarse el recurso. En cualquier caso, la lógica discrepancia en la valoración de los medios de prueba (testifical del oficial de la notaría y del informático del registro, documental -report remitido por el sistema informático del registro que daba por recibido en su lugar de destino el fax-, y pericial) que guardan relación con la recepción el 19 de septiembre del fax informático remitido desde el registro de 18 de septiembre, que informaba del embargo judicial, no justifica su revisión. Sin necesidad de compartir la misma valoración del tribunal de instancia, no se aprecia ni error notorio ni arbitrariedad: el tribunal concede al report emitido por el sistema informático del registro un valor de principio de prueba acerca de la recepción del fax en su lugar de destino, la notaría, que no estima contradicho por el resto de las pruebas practicadas, entre ellas la testifical del oficial de la notaría y el informe pericial aportado por el demandado. Es una valoración que entra dentro de las posibles, sin perjuicio de que, como advertimos, si juzgáramos como

tribunal de instancia no necesariamente tuviéramos que compartirla.

Recurso de casación

8. Formulación del motivo. Se funda en la infracción de los arts. 1.101, 1.104 y siguientes y concordantes, arts. 1.902, 1.903 y siguientes y concordantes y art. 1124, todos ellos del Código civil. Art. 222 LH y art. 354 RH". La infracción de estos preceptos, proviene de un error en su aplicación, "al entender acreditada -la sentencia recurrida- la concurrencia de nexo causal entre el perjuicio sufrido por la mercantil Natrolita y la actuación contractual del fedatario Dr. Carlos María, cuya carga probatoria corresponde, única y exclusivamente, a quien reclama, es decir, a Natrolita". En el desarrollo del motivo, se argumenta literalmente que "el error, la falta de diligencia exigible, es predicable sin lugar a dudas a la actuación desarrollada por la Sra. Registradora; y de las consecuencias de no haberla querido traer al proceso no puede intentar hacerse partícipe a quien ninguna responsabilidad tiene en lo sucedido dado que se limita a confeccionar el epígrafe de cargas y gravámenes de la escritura en base a la primera y última información continuada que se le remite desde el registro competente". Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

9. Desestimación del motivo de casación. Conviene no perder de vista que la sentencia de instancia declara probado que el fax informático remitido por el Registro el día 18 de septiembre, en el que daba cuenta del mandamiento judicial de embargo sobre la finca que iba a ser objeto de compraventa, fue recibido en la notaría el día 19 de septiembre, a las 9,47 horas.

Conforme al art. 175.1 del Reglamento Notarial (en adelante, RN), el notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de un bien inmueble, debía comprobar la titularidad y el estado de cargas del bien. Para ello, debe solicitar del Registro una nota informativa del estado de cargas en ese momento y que se le informe de las posteriores, antes de que autorice la escritura de compraventa. Las partes que acuden a la notaría, especialmente, el comprador, confían en que el notario les informará adecuadamente de las cargas que pesan sobre el inmueble objeto de la compraventa, para evitar lo que ocurrió en este caso, que el comprador preste su consentimiento a la compra de un inmueble sin conocer que acaba de trabarse un embargo sobre este bien, que lógicamente lo devalúa.



El art. 146 RN prescribe la responsabilidad civil del notario respecto de los daños y perjuicios ocasionados por dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Es indudable que el hecho de que el notario no dejara constancia del embargo judicial que gravaba el inmueble al tiempo de autorizar la escritura de compraventa, ocasionó un grave perjuicio al comprador, quien consintió pagar un precio de 2.450.000 euros por dicho inmueble, que estaba devaluado en una cifra similar como consecuencia del embargo. No puede negarse un nexo de causalidad entre esta conducta, omitir el estado actual de las cargas que pesan sobre el inmueble cuya escritura de compraventa se autoriza, y el detrimento patrimonial del comprador que se obliga a pagar un precio por un inmueble que como consecuencia del embargo apenas vale. Y esta conducta es imputable al notario que, aunque pudiera alegar que desconocía la circunstancia del embargo, esta ignorancia no era excusable frente al comprador. Corresponde al notario tener los medios técnicos necesarios para prestar sus servicios, en este caso para cerciorarse de que informa al comprador de las cargas que pesan sobre la finca que compra. En un caso como el presente en que el sistema de comunicación entre la notaría y el registro no funcionó, y se declara probado que el registro remitió la comunicación en la que informaba del embargo y la notaría debió recibirlo, la ignorancia del notario sobre la existencia de esta carga es inexcusable, a los efectos de responder, conforme al art. 146 RN, de los daños y perjuicios ocasionados al comprador.

Lo anterior, no prejuzga la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir la registradora de la propiedad frente al notario, si se llega a demostrar que los problemas de comunicación también fueron debidos al sistema informático del registro.

Costas. Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, procede imponer al recurrente las costas generadas por sus recursos (art. 398.1 LEC). Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación de Carlos María contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección núm. 14^a) de 27 de octubre de 2011, que resuelve el recurso de apelación (rollo núm. 688/2010) formulado contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Barcelona de 8 de marzo de 2010 (juicio ordinario 830/2009), con imposición de las costas generadas por ambos recursos al recurrente. Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Ramón Ferrándiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Ignacio Sancho Gargallo. Rafael Saraza Jimena. Sebastián Sastre Papiol. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sancho Gargallo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos declara la responsabilidad por negligencia profesional del Notario que intervino y autorizó una escritura de compraventa de un inmueble entre dos sociedades mercantiles, por no haber hecho constar o no haber advertido previamente a la compradora sobre la existencia de un embargo judicial trabado sobre la finca, causando con ello un grave perjuicio para el comprador, quien abonó la totalidad del precio de compra por una finca que quedó manifiestamente devaluada a consecuencia del embargo.

El origen del problema se situó en un defecto de comunicación entre la Notaría y el Registro de la Propiedad al que se pidió la información. Dicho Registro envió por fax dos comunicaciones a la Notaría con la correspondiente información registral; en la primera no constaba la entrada de la orden de anotación de embargo, que sí se recogió en la segunda, cuando esa orden llegó al Registro

El origen del problema se situó en un defecto de comunicación entre la Notaría y el Registro de la Propiedad al que se pidió la información. Dicho Registro envió por fax dos comunicaciones a la Notaría con la correspondiente información registral; en la primera no constaba la entrada de la orden de anotación de embargo, que sí se recogió en la segunda, cuando esa orden llegó al Registro. En la Notaría no se tuvo conocimiento de ese segundo documento (o al menos así se defendió el Notario en el procedimiento judicial), aunque la práctica y valoración de la prueba vino a indicar que sí debió producirse dicha recepción, a la vista del reporte creado por el fax del Registro que indicaba que el documento se envió y recibió en la Notaría, llegándose a la conclusión de que no se ha aportado ninguna otra prueba que desvirtúe esta valoración.

Al margen de la valoración de los hechos, la conclusión final es que el Notario incurrió en culpa o ignorancia inexcusable, surgiendo la responsabilidad civil a la que hace referencia el artículo 146 del Reglamento Notarial. En la Sentencia del Tribunal Supremo no se hace un análisis detallado de este precepto legal y su interpretación, tal vez porque se trata de una valoración jurídica ya tratada en muchas ocasiones anteriores que no necesita de un nuevo análisis profundo al respecto. No obstante, es la esencia de este tipo de condenas por negligencia profesional del Notario, cuando incurre en ignorancia que no es excusable, ya sea por un problema técnico (dice la Sentencia que al Notario le corresponde tener los medios técnicos necesarios para prestar sus servicios, y en este caso cerciorarse de que informa al comprador de forma correcta sobre las cargas que pesan sobre la finca), ya sea por mero despiste, desconocimiento o cualquier otro problema de comunicación con sus empleados.

Desde el punto de vista jurídico y sin perjuicio de otras interpretaciones, la relación que liga al notario con aquel que requiere su actuación, adopta la forma de arrendamiento de servicios, sin que a ello obste ni el carácter público de la función que cumple aquél, al dar fe de lo que se recoge en las escrituras o actas por él redactadas y firmadas, ni menos aún la obligatoriedad de aceptar el encargo que al mismo se le encomiende. Concurren importantes factores particulares a tener en cuenta para determinar el grado de diligencia exigible de los Notarios, en quienes se confía como profesionales independientes y cualificados. El propio Tribunal Supremo ya lo ha puesto de manifiesto en su Sentencia 1223/2007, de 28 noviembre (RJ\2007\8124), cuando indica que el alcance de las obligaciones del notario deriva del alcance de esta confianza, que a su vez depende no sólo del contenido del contrato, sino también de las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1104 I C.c.). Esto determina, en suma, que el grado de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales exigible de acuerdo con las circunstancias es elevado también cuando se trata de aspectos de la actividad notarial que pueden encuadrarse

COMENTARIO

El artículo 146 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba el Reglamento Notarial, establece que «El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable», mientras que el artículo 1104 del Código Civil define la culpa o negligencia del deudor en el sentido de que «consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»

en su actividad profesional al margen de su función instrumental, pues se atribuyen por el particular interesado como cliente a un profesional cualificado en el ámbito jurídico y habilitado por el Estado para la realización privada de funciones públicas de garantía, investido de las notas de independencia e imparcialidad en su actuación de fedatario, de quien es razonable esperar una actividad eficiente acorde con las funciones de seguridad jurídica preventiva que le competen.

El artículo 146 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba el Reglamento Notarial, establece que «El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable», mientras que el artículo 1.104 del Código Civil define la culpa o negligencia del deudor en el sentido de que «consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», para añadir a continuación que «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».

En el caso tratado en la Sentencia ha quedado expuesta la culpa o negligencia en que ha incurrido el Notario contratado, al no respetar una de las reglas de su arte o profesión (“lex artis”), siendo igualmente clara la relación de causalidad entre la culpa y los daños causados. La negligencia en que incurrió el Notario (así apreciada por la Audiencia Provincial de Barcelona y por el Tribunal Supremo en sus respectivas resoluciones) ha contribuido de manera decisiva al resultado dañoso, al confiar el comprador en que el fedatario público actuaría correctamente. Como ha señalado el TS en la sentencia de 28 de noviembre 2007 antes citada: del Notario “es razonable esperar una actividad eficiente acorde con las funciones de seguridad jurídica preventiva que le competen”, por lo que era de esperar que el Notario hubiese conocido y advertido de la existencia del embargo. Esto es, la causa por la que la actora ha sufrido daños reside en la actuación del Notario, al dar fe en la escritura pública, conforme establece el artículo 2 del Reglamento Notarial, de un hecho que no era cierto. Al dar fe el Notario sobre esos extremos, esto es, al “afirmar”, con obligación de todos de creer en tal afirmación, que se ha realizado un contrato o acto en los términos que narra, sin la carga o el gravamen que realmente existe, el adquirente que confió en la fe pública notarial asumió ex lege la situación, sin conocimiento de una carga previa que le causaría un grave perjuicio. Por ello, en cuanto a la relación de causalidad entre esos daños y perjuicios y la conducta o el comportamiento omisivo del Notario contratado, consideramos que no cabe duda de que existe tal relación causal: la negligencia antes expuesta ha contribuido de manera decisiva al resultado dañoso.

En el caso tratado en la Sentencia ha quedado expuesta la culpa o negligencia en que ha incurrido el Notario contratado, al no respetar una de las reglas de su arte o profesión (“lex artis”)

Audiencias provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

Responsabilidad civil de los propietarios de un perro y su aseguradora con la que tenía suscrita póliza de hogar, como consecuencia de los graves daños ocasionados al actor por el animal. Se condena a la aseguradora a abonar la cantidad de 130.033,20 euros más los intereses del artículo 20 de la LCS

Sentencia de la AP de Valladolid (Sección 3ª),
de 30 de enero de 2014.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Sendino Arenas

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La Sentencia de instancia estima la demanda que al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.905 C. Civil, formula D. Marcos frente a Doña María Milagros y la aseguradora GROUPAMA SEGUROS S.A. y consecuentemente condena a los citados demandados a que solidariamente abonen al demandante la suma de 130.033,20 euros más intereses que en el caso de Groupama Seguros serán los del artículo 20.4 LC (RCL 1988, 1.642) y respecto a Doña María Milagros los legales desde la interposición de la demanda, todo ello como indemnización por las lesiones y secuelas sufridas por dicho demandante al ser mordido por un perro propiedad de Dña María Milagros y asegurado en Groupama, el día 5 de

junio de 2010 cuando se hallaba en las instalaciones de las piscinas municipales de la localidad de Sardón de Duero -Valladolid-. Contra dicha sentencia se alza la aseguradora demandada, alegando, resumidamente; errónea valoración de la prueba referida a la cobertura del seguro con infracción de lo dispuesto en los artículos 1 de la Ley de Contrato de Seguros y artículos 217 y 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1.892); errónea valoración de la prueba en cuanto al relato de los hechos acaecidos con infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.905 del C. Civil; error en la valoración del alcance y la cuantificación de las lesiones y secuelas sufridas por el actor; e infracción, por aplicación indebida, del párrafo 4 del artículo 20 de la Ley 50/80 (RCL 1980, 2.295) del Contrato de Seguro referido a los intereses. Pide por todo ello se dicte nueva sentencia que revoque la de instancia en los términos interesados en el escrito recurso. Se oponen a este recurso la code demandada Doña María Milagros y el demandante D. Marcos, solicitando su desestimación e integra confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Comienza la aseguradora recurrente por cuestionar la existencia del seguro y su deber de aseguramiento, arguyendo a tal efecto; por una parte, que ni el actor ni la code demandada han aportado prueba alguna de que a la fecha en que ocurrió el siniestro, el perro, causante de las lesiones, estuviera incluido en las garantías de responsabilidad de la póliza, y por otra, que el tomador del seguro y asegurado no es la dueña del perro sino otra persona D. Nicolás que no es parte en el procedimiento y se ignora su relación y convivencia con aquella. El motivo debe ser rechazado por falta de consistencia jurídica y fáctica. Ciertamente es que se advierte una estrecha proximidad temporal, entre la fecha en que ocurre el siniestro, 5 de junio 2010, y la fecha en que se incluye el perro dentro de las coberturas de la póliza, 2 de junio de 2010, sin embargo, lo cierto y verdad es no existe ningún dato probatorio serio y objetivo por el que pueda afirmarse que la solicitud de tal inclusión fuera hecha después de ocurrido el siniestro y por ende, con ocultación del mismo a la aseguradora, tal y como esta denuncia; muy al contrario, existen datos y circunstancias, algunos aportados por la propia aseguradora que revelan todo lo contrario, es decir, que tal solicitud con aceptación de la aseguradora, se produjo con anterioridad al siniestro aunque casualmente fuera de pocos días.

Y en este sentido además de la inequívoca fecha que del efecto, aparece consignada en las Condiciones Particulares de la póliza aportadas





con la demanda (do. 13, folio 42) la propia demandada en su contestación aporta correos en su poder dirigidos vía fax, por la entidad financiera Grupo Bancaja y Correduría "Bancaja seguros", uno de los cuales expresamente referido a la modificación del seguro para la inclusión de perro en cuestión, vemos que presenta en su parte posterior consignada la fecha 2/6/10. La propia recurrente en el primer motivo de su recurso alude a un correo de Bancaja seguros en el que también se alude como fecha de la solicitud el día 2 de junio, transcribe literalmente: "envío los datos de la solicitud de inclusión de un perro de razón peligrosa que el tomador nos solicitó el día 02/06/2010 pero que no se pudo grabar ya que coincidía con la renovación de la póliza...".

Es más, el hecho reconocido por la propia aseguradora, de que en la causa penal seguida con anterioridad a la presente reclamación civil, hubiera aceptado defender a la dueña del perro, nombrándola letrado a tal efecto, pone de relieve un reconocimiento de la regularidad y temporalidad de esa ampliación de la cobertura por la responsabilidad del perro que ahora denuncia y pretende desconocer yendo claramente contra ese propio actuar anterior. El alegato de que la causa penal fue sobreseída y de que en ese momento desconocía los detalles de ocurrencia de los hechos y del contrato de seguro, no resulta lógico ni creíble, pues lo normal y lo que en buena lógica cabe presumir, es que la aseguradora, antes de aceptar la defensa jurídica de la dueña del perro y de comprometer por tanto la garantía de la póliza como responsable civil directa, era plenamente conocedora de un dato tan importante y fácil de comprobar, como era la existencia o no de cobertura y si el siniestro estaba o no cubierto.

Tampoco el resto de las cuestiones alegadas desvirtúan en absoluto la eficacia de la póliza de litis y la cobertura del siniestro acaecido, pues ha quedado sobradamente probado, por toda la documental aportada y traída a los autos (Condiciones particulares de la póliza, Informe del Ayuntamiento de Sardón sobre el cambio en la numeración de la vivienda objeto de seguro y sobre el empadronamiento de Dña María Milagros, y Hoja de alta del perro del SACYL) y testimonios prestados en acto de juicio a presencia judicial, que dicho seguro tenía por objeto una vivienda hipotecada propiedad del, Sr. Nicolás y que dicha vivienda unifamiliar sita C/ DIRECCION000 NUM000 (actualmente NUM001)de Sardón de Duero, era compartida con la co-demandada, Sr. María Milagros, dueña del perro, de modo que ambos vivían en ella como pareja y con ellos, el perro, causante de

la agresión, debidamente identificado e incluido expresamente dentro de las garantías de la póliza contratada. Pretende la aseguradora, subsidiariamente, hacer valer un límite cuantitativo en el riesgo asegurado aportando para ello un Condicionado General, que sin embargo carece de la eficacia jurídica que propugna ya que, además de no contener datos (p.e. identificación del asegurado, tomador, número de póliza, vivienda....) que permitan relacionarlo o vincularlo, con las condiciones particulares antes referidas. Tampoco consta que hubieran sido firmadas ni siquiera entregadas al tomador o asegurado. Debe pues estarse a lo pactado en tales condiciones particulares, en las que vemos se incluye la garantía por responsabilidad del perro en cuestión "Gamba", sin fijar límite cuantitativo ninguno. Acierta por tanto el Juzgador de instancia al no limitar por dicha causa la indemnización concedida y en modo alguno puede tacharse esta decisión de incongruente, por más que su motivación en este particular pudiera haber sido más explícita y extensa.

TERCERO.- No ha de correr mejor suerte el motivo por el que la recurrente denuncia la existencia de una errónea valoración judicial de la prueba practicada en cuanto a la forma y modo en que se produjo el siniestro. Basta un nuevo y desapasionado examen del conjunto probatorio obrante en autos incluido en visionado del juicio, para advertir que las consideraciones e inferencias que a tal efecto lleva a cabo el Juzgador de instancia son de todo punto fundadas y razonables y en modo alguno pueden ser tachadas de ilógicas, absurdas, contradictorias o ajenas a los dictados de la sana crítica, que serían los únicos supuestos en los que procedería su modificación o revisión en esta Alzada según repetidamente tiene dicho esta Audiencia Provincial en sintonía con una no menos reiterada doctrina jurisprudencial. Nada cabe objetar a los hechos que declara probados ya que son fruto de una valoración razonable en sana crítica y con la innegable ventaja que otorgan la oralidad e intermediación procesal, de todos los testimonios prestados a su presencia y de los que no hay ninguna razón seria para dudar de su veracidad por más que sean personas conocidas, del lesionado, cosa normal tratándose residentes o vecinos de un pueblo pequeño.

El resumen de lo ocurrido es que D. Marcos salía acompañado de su hija menor de las instalaciones municipales en cuyo exterior, atado a una verja y prácticamente pegado a la puerta y sin bozal, se encontraba el perro raza Boxer propiedad de la codemandada Dña María Milagros, y que cuando procedía a cruzar dicha





puerta delante de la hija, al agacharse para acariciar al perro, este, súbita e inesperadamente, le atacó mordándole un ojo de la cara.

CUARTO.- Sobre la responsabilidad en que incurre la dueña del perro y derivadamente su aseguradora no hay duda alguna. El artículo 1.905 del C. Civil literalmente determina que "el poseedor de un animal, o el que se sirve de el, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe".

Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia (Sentencias del T.S. de 26.1.1972, 15.3.1982; 30.4.1984; 28.1.1986 etc.) entiende que la responsabilidad regulada en el citado precepto es una responsabilidad objetiva o por el riesgo inherente a la posesión o utilización del animal, por lo que, en principio, procede por la mera causación del daño sin mas exoneración que los casos de fuerza mayor o culpa de la víctima. Insiste la aseguradora en su total exculpación o cuando menos en que debiera apreciarse una compensación de culpas, en atención a que la conducta del actor al dirigirse al perro y agacharse, fue la única capaz de explicar la reacción del animal y las consiguientes lesiones sufridas. Pero también sobre este particular, hemos de dar la razón el Juez de Instancia pues lleva a cabo una correcta y razonable ponderación de todas circunstancias concurrentes, concluyendo con buen criterio que el mero hecho de que el actor se agachara para acariciar al perro a fin de que su hija pasara por la puerta sin miedo, no puede calificarse de actuar provocador e imprudente, pues ciertamente se corresponde con un comportamiento normal, comprensible y humano ante la necesidad de tener que pasar por donde se hallaba el perro atado, y sin que fuera previsible una reacción tan brusca y agresiva del animal ante el solo hecho de acariciarlo, tanto por la seguridad y confianza que generaba su previa actitud tranquila, como por el hecho de que la dueña le hubiera dejado sin bozal en ese lugar de paso.

Es pues la propietaria y poseedora del animal, (solidariamente con ella su aseguradora), quien debe soportar el riesgo y las consecuencias de esa decisión, pues es la única que como tal, realmente conoce las características, adiestramiento y reacciones del animal, y por lo tanto, la única a la que razonablemente se le puede exigir la ponderación de todas las circunstancias concurrentes antes de decidir llevarlo y situarlo en una zona pública paso, generando con ello el riesgo de un accidente como el ocurrido.

QUINTO.- Insiste igualmente la aseguradora en impugnar algunas de las secuelas y su cuantifica-

ción. Discrepa por una parte, con la apreciación que el Juzgador hace de la secuela de síndrome ansioso, depresivo de una parte y de otra, de la cuantificación económica por la incapacidad permanente total. Pero sin éxito en ninguno de los casos ya que, al margen de su apreciación personal y preferencia probatoria no aporta como debiera, datos y elementos serios y objetivos que pudieran evidenciar el error judicial padecido y consecuentemente enervar su conclusiones que la Sala estima debidamente fundadas y razonadas, por lo que se refiere al síndrome ansioso depresivo por que sigue, con buen criterio, la información suministrada por los dos profesionales, una especialista en Psiquiatría y la otra Médico de familia, pertenecientes al sistema público de la Seguridad Social que atendieron y siguen atendiendo al actor, y que han corroborado la existencia de dicha patología a pesar del largo tiempo transcurrido, sin poder afirmar que con el tiempo pueda desaparecer o revertir, razón mas que suficiente para que deba ser reconocida como secuela distinta y separa de la propia pérdida de visión del ojo, y al margen de este síndrome, sea algo normal en quien sufre tan importante pérdida de por vida.

Y por lo que se refiere a el importe de la indemnización concedida por incapacidad permanente, por que está justificada la rebaja adicional que se pide, cuando según es de ver el Juzgador se sitúa en valores de la zona media-baja de la horquilla del baremo, adecuándose prudencialmente a las limitaciones sufridas por el lesionado, a su mediana edad y situación personal y profesional. Carece de la importancia que le otorga la recurrente, el hecho de que actualmente se halle desempeñando un trabajo de vigilante jurado, pues también habría de tenerse en cuenta, como señala la parte recurrida, que en su anterior trabajo, técnico de mantenimiento-realizaba tareas de precisión más cualificadas y con mayor salario (doc. 22 y 24 aportado con la demanda).

SEXTO.- Y por último y por lo que se refiere a los intereses del artículo 20 de la Ley de contrato de seguros, también la Sala comparte el criterio de la sentencia apelada, pues tuvo la asegurada conocimiento suficiente del accidente, sus circunstancias y sus consecuencias lesivas así como de la contratación y cobertura del seguro contratado, y solo por conveniencia propia ha mantenido hasta este procedimiento, una actitud negativa y retardataria a reconocer cualquier pago o consignación, siquiera en un importe mínimo, a favor del demandante perjudicado tal y como le impone la ley, conducta incumplidora que no puede justificarse por el hecho de que haya existido un previo procedi-

miento penal que termino con sobreseimiento y archivo ya que, como es bien sabido y repetidamente tiene dicho nuestra jurisprudencia, ello no obsta a que exista una responsabilidad civil y en este sentido no hay mas que leer las iniciales diligencias instruidas por la Guardia Civil para advertir que ya desde un principio se establecía como única causa de las lesiones sufridas por el actor, la mordedura de un perro que se identificaba con precisión, y se correspondía con el que se hallaba incluido dentro de las garantías y condiciones particulares contratadas por dicha aseguradora. En resumen, que si la aseguradora nada quiso abonar ni consignar porque consideraba que del siniestro no se derivaba para ella ninguna obligación de indemnizar, habrá de asumir el riesgo de que se le impongan los intereses legales ex artículo 20 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1.892) si finalmente el Juzgado declara esa obligación, como así ha ocurrido.

SÉPTIMO.- Desestimamos en suma el presente recurso de apelación y confirmamos íntegramente la sentencia apelada imponiendo, en consecuencia las costas originadas por esta Alzada a laparte codemandada recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la LEC Vistos los artículos citados y demás de general aplicación;

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 26 de Abril de 2013 dictada en autos de Juicio Ordinario 665/2012 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 7 de Valladolid, y **CONFIRMAMOS** la meritada resolución, imponiendo a la aseguradora recurrente, las costas originadas por esta Alzada. Acordamos, también, la pérdida del depósito constituido al recurrente al haberse confirmado la resolución recurrida, debiéndose dar a aquel el destino previsto en dicha disposición. Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber, conforme a los artículos 208 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1.892) y 248 nº 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1.578 y 2.635), que contra ella cabe interponer, en su caso, los recursos de casación, solo si la resolución del recurso presenta interés casacional y extraordinario por infracción procesal si cabe la casación, interposición que deberá hacerse ante esta Sala dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla para su resolución por el Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En el presente caso, el seguro de hogar cubre la responsabilidad civil del dueño del perro. La Sección 3ª, de la Audiencia Provincial de Valladolid, dicta Sentencia con fecha 30-01-2014, que confirma la Sentencia de fecha 26-04-2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valladolid, por la que condena a la dueña de un perro y al seguro de hogar de la pareja de la dueña, al pago de 130.033,24 euros más los intereses legales, como indemnización por las lesiones sufridas por la víctima del ataque de un perro que llevó a perder la visión de un ojo.

Nos encontramos en un supuesto en el que Doña María Milagros vive y esta empadronada en casa de su pareja Don Nicolás. Don Nicolás es propietario de una vivienda unifamiliar hipotecada, y tiene contratado un seguro de hogar. Con fecha 02-06-2010, el tomador comunica a la aseguradora, que Doña María Milagros es propietaria de un perro de raza peligrosa y solicita su inclusión en el seguro de hogar. Con fecha 05-06-2010, Don Marcos (el lesionado-actor) salía acompañado de su hija menor de las instalaciones de las piscinas municipales en cuyo exterior, atado a una verja y prácticamente pegado a la puerta y sin bozal, se encontraba el perro raza Boxer propiedad de Doña María Milagros. Cuando procedía a cruzar dicha puerta, al agacharse para acariciar al perro para que su hija que le acompañaba pasara sin miedo del perro, este, súbita e inesperadamente, le atacó mordiéndole un ojo de la cara.

El artículo 1.905 del Código Civil, literalmente establece: *“El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”*.

El citado artículo del Código Civil supone que existe una responsabilidad objetiva o presunción de culpabilidad del dueño de un animal, que solamente se exonera por fuerza mayor o por culpa de la víctima.

Así lo confirma la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de fecha 26-01-1972, 15-03-1982, 30-04-1984, 28-01-1986) según la cual la responsabilidad regulada en el citado precepto es una responsabilidad objetiva o por el riesgo inherente a la posesión o utilización del animal, por lo que, en principio, procede condenar al titular del animal por la mera causación del daño sin más exoneración que en los casos de fuerza mayor o culpa de la víctima.

En la Sentencia comentada, la aseguradora pretende la exoneración de responsabilidad por la concurrencia de culpa de la víctima por intentar acariciar al perro. La Sentencia considera que no existe una actuación imprudente en la persona agredida, y condena a la dueña del perro.

La aseguradora demandada, también alega “falta de legitimación pasiva”, que el perro y su dueña no se encontraban cubiertos por el seguro de hogar de la pareja de la dueña, en el momento del siniestro 05-06-2010.

La dueña del perro demandada aporta documental (condiciones particulares de la póliza que cubren específicamente al perro, informe del Ayuntamiento sobre empadronamiento, y Hoja de alta del perro en el SACYL -Servicio de Salud de Castilla y León-), por la que se acredita que la vivienda era compartida por el propietario Don Nicolás con la codemandada Doña María Milagros, dueña del perro, de modo que ambos vivían en ella como pareja y con ellos, el perro, causante de la agresión, debidamente identificado e incluido expresamente dentro de las garantías de la póliza contratada.

COMENTARIO

Sin embargo, la Sentencia, considera acreditado que con fecha 02-06-2010, fue comunicada a la aseguradora la solicitud de inclusión de perro de raza peligrosa en las garantías del seguro de hogar con aceptación de la aseguradora.

Además, se da la circunstancia que la propia aseguradora prestó asistencia jurídica en el procedimiento penal previo, designó un letrado de la aseguradora para la defensa penal de la dueña del perro, por lo que considera que intentar negar después la cobertura por la aseguradora es ir contra sus propios actos. La doctrina de los actos propios es un principio asentado que dimana de lo dispuesto en el artículo 7.1 del Código Civil (*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*) y artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe*), conforme a los cuales todo derecho debe ejercitarse de conformidad con la buena fe.

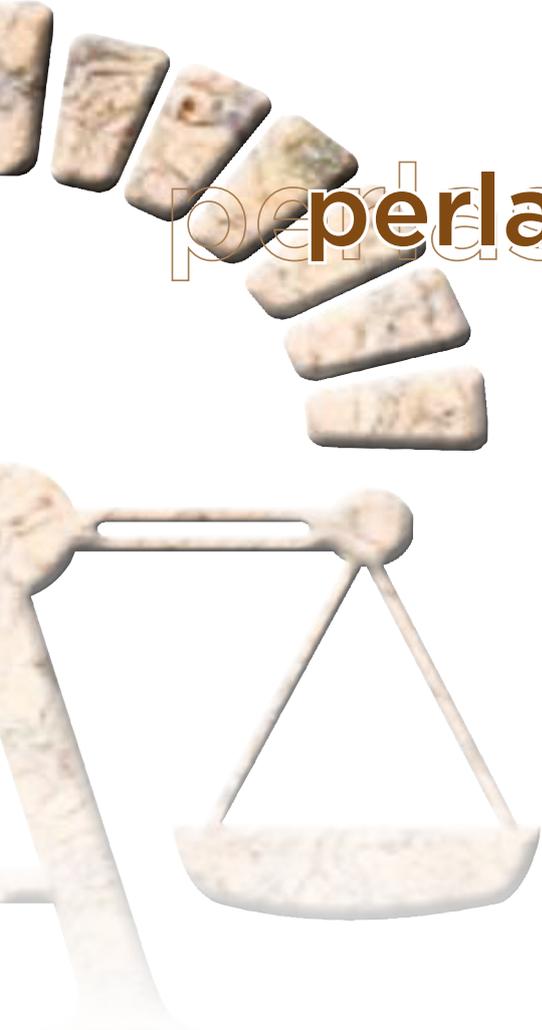
Subsidiariamente, la Aseguradora pretende aplicar un límite cuantitativo a su responsabilidad. Para ello aporta un condicionado general que carece de eficacia jurídica pues no contiene datos que permitan vincularlo con el condicionado particular, como por ejemplo identificación del asegurado, tomador, número de póliza, vivienda, etc. Tampoco consta que dicho condicionado general hubiera sido firmado, ni siquiera que fuera entregado al tomador o asegurado. Por ello debe estarse a lo pactado en las condiciones particulares, en las que se incluye la garantía por responsabilidad del perro concreto sin fijar límite cuantitativo. La Sentencia no lo menciona, pero entendemos que dicha interpretación se realiza de acuerdo a los artículo 2 Ley Contrato de Seguro (*No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado*), artículo 80.2 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (*Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor*), y artículo 1.288 Código Civil (*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*).

La Sentencia de primera instancia reconoce por responsabilidad civil 130.033,45 euros de indemnización conforme al informe del médico forense. Reconoce 21 días hospitalizados, 354 días no hospitalizados improductivos, 33 puntos por perjuicio fisiológico (pérdida de la visión de un ojo: 25 puntos, síndrome trastorno depresivo: 8 puntos), 14 puntos por perjuicio estético (leucoma y parpado caído) y 55.000 euros por incapacidad permanente total para las actividades habituales.

Las secuelas fueron acreditadas con informes de especialistas del sistema público de la Seguridad Social que atendieron al actor.

En cuanto al importe concedido por incapacidad permanente total, este se sitúa en la zona media de la horquilla del baremo, y se fija en atención a las limitaciones sufridas, a la mediana edad del lesionado, y a su situación personal y profesional. Debe destacarse que la indemnización por incapacidad permanente total es compatible con que en la actualidad el lesionado esté desarrollando un trabajo de vigilante jurado, con menor cualificación y menor salario que el que desarrollaba en el momento del siniestro.

La Sentencia impone los intereses moratorios especiales del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. La aseguradora incurre en mora, se retrasa en el pago de la indemnización debida. La actitud de la aseguradora negativa, renuente y retardataria a reconocer su obligación y efectuar cualquier pago o consignación, siquiera en un importe mínimo, a favor del demandante perjudicado tal y como le impone la ley, es una conducta incumplidora que no puede justificarse, y que necesariamente conlleva la imposición de los intereses moratorios.



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

Es frecuente que, justificadamente desesperanzados, algunos justiciables duden de la respuesta que aguardan de la justicia, y se oigan voces de desanimo cuando litigan frente a la administración, pues quien ha de darles respuesta es asimismo -le dicen- administración -de Justicia-. No necesariamente es así, muestra de ello, en un ámbito difícil, es la Sentencia N° 230/2012, de 10 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 2 de Zaragoza, que en el recurso de la entidad propietaria del local en cuyo interior se hallaba un club de fumadores contra la sanción del Gobierno de Aragón, resolvió:

“TERCERO- Con relación a si está permitida por la norma la constitución de un club de fumadores, el Art. 7.k de la ley 28/2005, según redacción dada por la ley 42/2010, prohíbe fumar en “k) Salas de fiesta, establecimientos de juego o de uso público en general, salvo en los espacios al aire libre”. Por su lado, el 19.3.a considera infracciones graves “a) Habilitar zonas para fumar en establecimientos y lugares donde

no esté permitida su habilitación”, habiendo considerado la DGA que se había habilitado una zona para fumadores estando prohibido hacerlo.

Frente a tal aserto, alega la recurrente que lo que hay constituido es, como en otros bingos, un club de fumadores, al amparo de la DA 9ª de la ley 42/2010: “Disposición adicional novena. Clubes privados de fumadores. A los clubes priva-

dos de fumadores, legalmente constituidos como tales, no les será de aplicación lo dispuesto en esta Ley, relativo a la prohibición de fumar, publicidad, promoción y patrocinio, siempre que se realice en el interior de su sede social, mientras en las mismas haya presencia única y exclusivamente de personas socias.

A los efectos de esta Disposición, para ser considerado club privado de fumadores deberá tratarse de una entidad con personalidad jurídica, carecer de ánimo de lucro y no incluir entre sus actividades u objeto social la comercialización o compraventa de cualesquiera bienes o productos consumibles.

En ningún caso se permitirá la entrada de menores de edad a los clubes privados de fumadores”.

Por la Diputación General de Aragón se alega que no está previsto que en un lugar público se puedan constituir y que ello contradice la regla general del Art. 7.k.

Para resolver la cuestión hay que atender a varias cuestiones. La primera es que la regla general es la prohibición, pero hay una excepción en la DA 9ª.

La segunda es que en un Estado democrático, la regla es la libertad y la excepción la prohibición, es decir, lo que no está prohibido está permitido.

En tercer lugar, hay que atender a la filosofía de la norma. Cabe preguntarse por qué el Estado es tan liberal con una afición, que cuando es inmoderada se puede calificar de vicio o incluso de ludopatía, como lo es el juego, permitiendo lugares en que las personas se

arruinan a sí mismos o a su familia o incluso arruinan o contribuyen a arruinar a terceros, y en cambio se muestra tan celoso en evitar que puedan sufrir perjuicios derivados del humo ajeno, o incluso del propio. Parece que la razón es la aceptación de las consecuencias, es decir, que si uno acude a un lugar de juego, acepta que puede sufrir pérdidas económicas, e incluso irreparables, pero no por ello acepta que alguien pueda perjudicar su salud con el humo del tabaco, al igual que si va a beber alcohol a un bar en el que tampoco va a poder fumar. Cierto es que ello es discutible, pues parece que bastaría con dejar claro si en un lugar se puede fumar para que los no fumadores nos abstuviésemos de trabajar en ellos o de frecuentarlos.

En cualquier caso, sin entrar en disquisiciones sobre esto último, lo que parece claro que se trata de evitar es que alguien deba soportar el tabaco sin aceptarlo voluntariamente, de ahí que se permitan los clubes de fumadores en los que la pertenencia es voluntaria y deliberada y en los que nadie, salvo que sea idiota, se apuntará si no es fumador. De ello resulta, junto con las otras dos razones dadas, que no hay motivos para excluir la posibilidad de que en un establecimiento abierto al público, y siempre que se cumplan las mismas cautelas, se constituya un club privado de fumadores, además de que sería absurdo prohibirlo si se pudiese, poniendo una puerta desde la calle, establecer dicho club fuera del local y anejo al mismo. Es decir, lo relevante es que nadie que acuda a satisfacer su afición por el juego deba, además, soportar la afición de otros por el humo, y en este caso tal condición se cumple, dado que se trata de un lugar cerrado, como constató la inspección, al que no



pueden acudir los clientes del bingo que no sean socios.

En cualquier caso, si persistiese alguna duda interpretativa, sería de aplicación el principio del “in dubio pro cive”, que impediría sancionar una conducta de la que resulta dudoso que esté tipificada.

CUARTO- Se invoca la existencia de un fraude de ley, pero el fraude, y en este caso el dolo, debe probarlo quien lo sanciona, y no sólo no lo ha hecho, sino que los indicios conocidos llevan a pensar lo contrario. Podría hablarse de fraude si se hubiese constatado que la puerta estaba abierta, o sin cierre alguno, de modo que bastase con entrar en el bingo para poder acceder al club, se perteneciese o no al mismo, en cuyo caso sí podría decirse que había sido una triquiñuela para dar posibilidad de fumar a cualquier cliente, lo que equivaldría a dejar un lugar reservado dentro del local, pero no es así, y la propia inspección no pudo entrar por estar cerrado el acceso.

Por todo ello, procede estimar en su totalidad el recurso, anulando las resoluciones recurridas y dejando sin efecto la sanción”.

Respecto de la asegurabilidad del dolo, es importante la Sentencia N° 1007/2013, de 3 de enero, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que revoca la precedente de la Audiencia Provincial de Valencia, en la cual ante un delito continuado de apropiación indebida se excluyó a las compañías aseguradoras.

“CUARTO.- En el segundo motivo, y al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la inaplicación indebida del art. 117 del Código Penal. Referido precepto sustantivo dispone que «los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda».

Como argumenta el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, una vez acreditado que la práctica de la asesoría fiscal estaba cubierta en la póliza suscrita, la consecuencia jurídica obligada es la declaración de la responsabilidad civil directa de las compañías aseguradoras, cada una de ellas dentro de los ámbitos temporales y con los límites de cuantía establecidos en sus respectivas pólizas.

La sentencia recurrida razona que debe excluirse la responsabilidad civil de las aseguradoras porque la actuación profesional del acusado no era propiamente la de un abogado sino la gestión administrativa y fiscal, pero el acusado fue contratado, según el relato histórico de la sentencia recurrida, como asesor de la empresa en



aspectos fiscales, financieros y contables, y tal actividad está comprendida en el riesgo asegurado en las pólizas, y es propia de asesoría jurídica.

La doctrina establecida por este Tribunal, como nos recuerda la STS 1.240/2001, de 22 de junio, a cuya virtud el seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados, determinando en casos de actuación dolosa del asegurado, el derecho del asegurador a repetir contra éste una vez subrogado en la obligación indemnizatoria conforme al art. 76 de la Ley de Seguros, justifica el anticipado rechazo de la propuesta recurrente que ahora examinamos. En las Sentencias, entre otras, de 24-10-1997, 11-2-1998 y 4-12-1998, se dice al efecto –siguiendo criterios hermenéuticos unificados en Sala General–: «una cosa es que no quepa asegurar conductas do-

losas y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del asegurado. En esos casos, el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria, tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable. El tercero inocente es ajeno a todo ello y ostenta por eso aquella acción directa e inmune del artículo 76 que rige con especificidad en la materia por lo que como norma singular es prevalente. El mismo dato de que prevea la posibilidad de la repetición es revelador de que ha habido obligación legal y su pago por el asegurador, si no tal previsión sería ociosa. El artículo 19 lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por el siniestro producido por mala fe de éste. El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del ase-

gurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. En consecuencia se trata de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposos o doloso. Con carácter general el art. 76 de la Ley de Contratos de Seguro establece que: "el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero", de lo que se deduce necesariamente que los daños ocasionados como con-

secuencia de eventos dolosos no están excluidos de la cobertura del seguro con respecto a las víctimas del daño, y únicamente permiten repetir frente al asegurado, pues en tales casos el seguro no ampara el patrimonio del asegurado frente a las consecuencias negativas de su propio comportamiento doloso. En el mismo sentido el art. 117 del Código Penal. Frente a las razones expuestas se alega, en primer lugar, el principio de no asegurabilidad del dolo. Sin embargo lo que prohíbe dicho principio es que el agente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le pueden derivar de sus propios comportamientos dolosos, pero no que se establezca un sistema obligatorio de protección a las víctimas de una determinada

fuente de riesgo que garantice a las mismas un nivel básico de cobertura frente a los daños sufridos, con independencia de que el origen del daño sea un ilícito civil o penal, doloso o culposos. La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor: si el comportamiento causante del daño fue culposos, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición es decir que también exonera al causante del daño de su responsabilidad civil. Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño pues al ser doloso el acto la responsabilidad del causante no se elimina con el pago del seguro, sino que se le exige por el asegurador». En el mismo sentido, la STS 322/2009, de 23 de marzo".

La Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo, Nº 1/2014 de 21 de enero, recoge las circunstancias en que una muestra de sangre -no obtenida con esa finalidad- puede ser utilizada como prueba, en el caso de un agente de la Guardia Civil de Tráfico, conduciendo el vehículo oficial, es condenado por un delito de CBIBA con resultado de lesiones, sufridas por éste y su acompañante, (también agente):

"Tercero.- Antes de dar respuesta a estas cuestiones, conviene reflejar en lo esencial las diligencias y actuaciones llevadas a cabo en relación a las muestras de sangre y a la autorización judicial. De las actuaciones resulta que: 1º) Tras el accidente..., ingresó el recurrente y su compañero en la Policlínica... y al tener conocimiento el Capitán Jefe del Subsector de Tráfico de Lugo se persona en la Policlínica un equipo de atestados. 2º) El doctor que estaba de guardia de urgencias, y que atendió al recurrente... apreció datos externos de posible ingesta alcohólica y asimismo advirtió un comportamiento "unas veces

algo agresivo" y otras "llorando" en el recurrente quien además no se dejaba pinchar ni cumplir las órdenes médicas, lo que contó a los miembros de la Guardia Civil del equipo de atestados. Declaración en sede policial, ratificada en el Juzgado y en el Plenario. 3º) En esta situación el Capitán Instructor del atestado en unión del equipo de atestados procede a requerir formalmente al recurrente para la realización de la prueba de detección de alcohol en sangre mediante el sistema de aire aspirado, después de que el médico de guardia (...) les informara de que G podía efectuar tal prueba sin contraindicación alguna

médica, lo que así se le hizo saber a G quien alegaba no poder efectuar la prueba por tener cristales en la boca. Hasta en cuatro ocasiones fue informado del deber de someterse a tal prueba y del riesgo en que podrá incurrir si se negaba -atestado y declaración en el Plenario-. 4º) Como persistiese en su negativa se iniciaron las oportunas diligencias que están debida y correctamente documentadas en el atestado, instruyéndosele de sus derechos 5º) En el transcurso de las investigaciones llevadas a cabo por la Guardia Civil, se tuvo conocimiento de que al recurrente por razones terapéuticas se le había efectuado una analítica de sangre en el centro hospitalario, por lo que se interesó del Sr. Juez de Instrucción en oficio de 25 de octubre que se solicitase el informe médico de tal analítica por si en el mismo se pudieran encontrar datos referentes a una posible ingesta alcohólica en el momento de su ingreso hospitalario. 6º) En auto de 26

de octubre del Sr. Juez de instrucción al tiempo de incoar diligencias previas se acuerdan otras diligencias, entre otras y por lo que aquí interesa se acuerda que en relación a la analítica ya efectuada al recurrente se determine la tasa de alcohol en sangre, autorizando a la Guardia Civil y a recoger en su día los resultados de los análisis, y asimismo, se acuerda la custodia y conservación en las condiciones idóneas de las muestras de sangre. La propia Policlínica Lucense envió a efectos de confirmación unas muestras para un nuevo análisis que se llevó a cabo en la Clínica. 7º) El resultado de las dos analíticas fue idéntico, el alcohol en sangre que tenía el recurrente fue de 2,47 g/l equivalente a una intoxicación.

Cuarto.- Concretados los hechos, pasamos a dar respuesta a las dos cuestiones suscitadas por el recurrente. En relación a la nulidad por falta de motivación del auto judicial, como ya se razona en la sentencia de instancia donde ya se dio respuesta a estas cuestiones -f.jdco. primero- existió una autorización judicial que revistió la forma de auto que tiene una motivación escasa pero suficiente como para justificar la decisión. Debe recordarse que la autorización no era para la extracción de sangre, porque esta ya había sido hecho con fines terapéuticos, sino para sobre las muestras de sangre ya extraídas, que se efectuara una analítica por los laboratorios de la Policlínica en averiguación de una posible ingesta alcohólica -que se efectuó como consta al folio 99-, y, asimismo que como interesaba la Guardia Civil se le extrajeran unas muestras para efectuar otro análisis en el laboratorio de referencia interesado por la Guardia Civil, lo que así se hizo constando el resultado de esta segunda analítica al folio y

ambos arrojaron el mismo resultado como ya se ha dicho. En relación a la autorización judicial se dice en el motivo que la misma supuso una vulneración del derecho a la intimidad del recurrente, porque sin su consentimiento se procedió a efectuar ambas analíticas. No existe tal vulneración de la intimidad personal: 1) La injerencia efectuada en la intimidad del recurrente se limitó a efectuar una analítica sobre una extracción de sangre ya efectuada por razones terapéuticas. 2) Dichos análisis fueron autorizados judicialmente en el auto ya indicado. 3) Se trataba de una medida idónea, apta y adecuada para averiguar la posible ingesta alcohólica que llevaba el recurrente cuando conducía el vehículo oficial y se produjo el accidente. 4) Tal injerencia está autorizada por la Ley pues resulta de interés público para todos los usuarios

de la vía que cuando conduzcan vehículos no lo hagan bajo los efectos de la ingesta alcohólica. 5) En el presente caso la necesidad de tal analítica era obvia tanto por la dinámica del accidente, como por la actitud del recurrente en la Policlínica, que alegó el médico de guardia que le atendió, y por su negativa a someterse a la prueba de alcohol en aire aspirado, negándose a pretexto de que tenía cristales en la boca, habiendo sido advertido que no existía impedimento médico a que efectuase tal prueba como así lo confirmó el médico de guardia, siendo requerido por cuatro veces por el equipo de atestados con resultado negativo por lo que se le incoó el correspondiente atestado. 6) Fue una medida proporcionada al fin propuesto. A todo lo expuesto debe añadirse que el propio doctor apreció en el recurrente en su ingreso aspec-



tos sugerentes de una ingesta alcohólica. Ante este escenario, no puede cuestionarse que la autorización judicial cubre sobradamente la injerencia constitutiva de las analíticas efectuadas al ser medida autorizada en la Ley con control judicial, constituyendo una medida necesaria y apta para el fin perseguido sobre cuya legitimidad es ocioso polemizar, y medida que, en fin es proporcionada no existiendo desmesura. Procede el rechazo de la denuncia efectuada en relación a la nulidad de la autorización judicial. En relación a la nulidad de las analíticas por no haberse seguido el protocolo y, en definitiva, no haberse garantizado la cadena de custodia, recordar que la misma no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental, lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis pero

no a su validez. SSTS 129/2011 de 10 de marzo; 1.190/2009 de 3 de diciembre o 607/2012 de 9 de julio. En el presente caso el recurrente solo efectúa meras alegaciones. En efecto, en esta parte del motivo se hace referencia a la jurisprudencia de esta Sala a la que ya hemos hecho referencia en el sentido de que lo que se cuestiona no es la nulidad de la prueba sino su autenticidad. El recurrente cita como datos del quebrantamiento del protocolo a seguir que no consta la identidad de las personas intervinientes ni los conservantes utilizados o tipo de embalaje o si la sangre es arterial o venosa a que hace referencia la orden JUS/1.291/2010 de 13 de mayo. Al respecto debe decirse que estos datos son exigidos para la remisión de muestras para su análisis por el Instituto Nacional de Toxicología. No fue este el caso, pues la segunda analítica se llevó a cabo en otro laboratorio. A ello hay que añadir que de la

omisión de estos datos no se deriva *sic et simpliciter* que se hubiera roto la cadena de custodia o que pudiera haber confusión en la identidad de la sangre analizada. No basta con la mera alegación de posible irregularidad, es preciso argumentar con un mínimo de consistencia al respecto. En el caso de autos consta por la declaración en el Plenario del médico que le atendió que se siguieron los protocolos correspondientes tanto para el primer análisis que se llevó en la propia Policlínica como en el posterior. Más aún, el resultado de ambos análisis es idéntico lo que constituye un dato relevante para rechazar la tesis de las posibles y evanescentes alegaciones de una posible confusión, y, por lo demás y ex abundancia, la normativa que se cita operaría en relación al segundo análisis, pero no al primero que se llevó a cabo en los laboratorios afectos a la Policlínica. Procede el rechazo de todo este primer motivo.

La Sentencia N° 979/2013 de 23 de diciembre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo interpreta el Art. 114 del Código Penal y “cierta pérdida de tiempo en orden a la práctica de la intervención quirúrgica” propiciada por el alta voluntaria solicitada por la víctima, traduciendo en un 20% de minoración de la responsabilidad civil, sin proyección sobre el nexo causal como interrupción:

“En el caso enjuiciado, se declara probado que los acusados asestaron un golpe brutal en la cabeza de la víctima, y a continuación, estando Hilario en el suelo, le dieron fuertes patadas en la cabeza. Por lo tanto, en primer lugar, aunque los acusados no tuvieran intención de ocasionar los graves resultados finalmente producidos, sí que tuvieron conciencia, por la brutalidad de su actuación, del importante peligro generado para la integridad física del citado. Y, en segundo lugar, las graves lesio-

nes sufridas por la víctima no han sido ajenas al riesgo generado por los acusados con su agresión. Si la conducta de la víctima, al solicitar, tras la primera asistencia, el alta voluntaria, acrecentó la intensidad de las secuelas, ello debe tener reflejo, como en la sentencia se ha realizado, en el campo de la responsabilidad civil (STS. 15-05-2009), pero no afecta a la relación de causalidad que ha sido declarada. Como tiene declarado esa Sala, un suceso posterior, puede impedir la imputación cuando esa causa

sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, como sucedería en caso de accidente de tráfico ocurrido al trasladar en ambulancia a la víctima de un evento anterior, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento (STS. 17-01-2001). En este caso, la víctima pidió el alta tras haber sido atendido y sin saber que sufría unas

lesiones internas, pero esas lesiones ya habían sido ocasionadas por los acusados, por lo que resultan imputables a los mismos, sin perjuicio del reflejo de la acción de la víctima en la determinación de la cuantía de la indemnización.

Pero esa no es la situación del caso ahora objeto de enjuiciamiento, ya que la sentencia declara que los acusados asestaron un golpe brutal en la cabeza de la víctima que hizo que cayera desplomado y, estando en el suelo, le dieron fuertes patadas, de forma reiterada, en la cabeza. Por lo tanto, las lesiones producidas, y sin perjuicio de haberse acrecentado la intensidad de las secuelas por la propia conducta de la víctima, no son ajenas al riesgo generado con la agresión de los acusados.



Cualquier persona es conocedora, y por ello prevé, que el propinar golpes y patadas en la cabeza, y más cuando son brutales, fuertes y estando el ofendido en el suelo, como

ocurrió en el caso ahora enjuiciado, puede generar graves lesiones al agredido. Por ello, las que Hilario padeció deben considerarse concreción del peligro generado”.

Interesante planteamiento de una aseguradora en su recurso ante el Tribunal Supremo, que entiendo que si su límite en póliza es de 300.000 euros, y la responsabilidad de su asegurado es del 50%, su pago no debiese exceder de 150.000 euros -Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2013-:

“QUINTO.- El quinto motivo denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, por existir culpa exclusiva de la demandante. Sobre ello, la sentencia impugnada afirma que «debe rechazarse la alegada interpretación errónea del artículo 1.902 del Código Civil y la pretendida culpa exclusiva de la parte actora, puesto que de la prueba practicada en autos, resulta la evidencia de que el Sr. Ildefonso asegurado en la recurrente, se equivocó al no poner unos contrapesos cuando estaba montando la pantalla PLASMAWALL, y fue la caída de dicha pantalla PLASMAWALL, la que conllevó al caer sobre la pantalla LEDS, que ésta a su vez cayera. Siendo el hecho de

que la pantalla LEDS estuviera deficientemente anclada, un hecho que pudo incidir en que cayera por el impacto recibido, pero no una causa eficiente en si misma de dicha caída, por lo que el Juzgador de instancia valora la posible concurrencia de culpa entre las partes en un 50% ...». Esta Sala admite que pueda discutirse en casación la existencia y calificación de la culpabilidad por integrar una *quaestio iuris*, pero es necesario para dicha determinación partir de los hechos declarados probados en la instancia a no ser que los mismos hayan quedado desvirtuados y, en consecuencia, se haya estimado un motivo formulado en tal sentido en el recurso por infracción

procesal estableciendo un relato fáctico distinto. No ha sucedido así en el caso presente, siendo lo cierto que la sentencia recurrida da probado que el asegurado por la demandada «se equivocó al no poner unos contrapesos cuando estaba montando la pantalla PLASMAWALL ...», de lo que resultó la caída de dicha pantalla sobre la otra, circunstancia que razonablemente pone de manifiesto un grado de culpa, si quiera sea ésta concurrente al 50% con la atribuida a otro responsable. Precisamente a partir de tal concurrencia culposa, y su reflejo en el importe de la indemnización, se formula el motivo sexto que denuncia la infracción de los artículos 1.902 y 1.103 del Código Civil, pues entiende que si la responsabilidad del asegurado es del 50% se ha de operar una reducción similar sobre el límite de cobertura de 300.000 euros y responder la aseguradora exclusivamente del pago de 150.000 euros; argumento que ha de

ser rechazado puesto que, con independencia de otras consideraciones que pudieran hacerse si se hubiera fundado el motivo en otras normas distintas de las invocadas, nada tiene que ver con el artículo 1.902 y el 1.103 que se refieren a la responsabilidad del agente, ya determinada en un 50% del importe del daño total causado, y no a la de la aseguradora que, mediante el seguro de responsabilidad civil, protege el patrimonio del asegurado hasta cierto límite que necesariamente ha de cumplirse si resulta alcanzado con la imputación de responsabilidad atribuida al asegurado. También ha de desestimarse, por último, el motivo séptimo que se formula por infracción del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro al condenar la sentencia al pago de los intereses previstos en dicha norma. La Audiencia estima, con acierto, que no existe razón alguna que justificara la desatención absoluta del siniestro por parte de la aseguradora, lo que queda confir-



mado por el hecho de que ni siquiera ha aportado al proceso la póliza de seguro firmada por el tomador y asegurado en la que aceptara expresamente una limitación de la cobertura tan importante como la que

dicha aseguradora afirma que se pactó y que ha constituido el núcleo fundamental de su oposición al pago junto con una inconsistente alegación de falta de legitimación activa de la demandante”.

¿Una persona conceptuable de ciega -prescindiendo de la subjetivación derivada de la posible adquisición personal de alguna habilidad adaptativa-, puede ser objetivamente considerado como gran inválido, a efectos de prestaciones de incapacidad permanente de la Seguridad Social? Lo decide la Sentencia de 1 de abril de 2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo:

“QUINTO.- De la referida jurisprudencia de esta Sala, cabe concretar como doctrina unificada que: a) una persona que pueda ser considerada ciega, por estar indiscutidamente dentro de las categorías de alteración visual que dan lugar a la calificación de ceguera, bien por padecer ceguera total o bien por sufrir pérdida de la visión a ella equiparable (cuando, sin implicar una absoluta anulación de la misma, sea

funcionalmente equiparables a aquella) reúne objetivamente las condiciones para calificarla en situación de gran invalidez; b) aunque no hay una doctrina legal ni científico-médica indubitada que determine qué agudeza visual ha de ser valorada como ceguera, sí puede afirmarse que, en general, cuando ésta es inferior a una décima en ambos ojos se viene aceptando que ello significa prácticamente una ceguera;

c) es claro que el invidente en tales condiciones requiere naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, aunque no figure así en los hechos declarados probados de la correspondiente resolución judicial, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada; d) no debe excluir tal calificación de GI la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, especialmente por percibir algún tipo de estímulo luminoso, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales

de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, con lo que, además, se evita cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación.

SEXTO.- La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto ahora enjuiciado comporta la desestimación del re-

curso de casación unificadora formulado por la Entidad Gestora, puesto que, como se ha expuesto anteriormente, no se discute que la trabajadora demandante padece una situación calificada de "nula agudeza visual" por lo que es correcta jurídicamente su calificación como gran inválida efectuada en la sentencia de suplicación impugnada, a pesar de que la ayuda de tercera persona solamente la requiriera para determinados ac-

tos esenciales e incluso para otros de la misma naturaleza no permanentemente durante todo el día, de que "hasta fechas muy recientes haya desempeñado una actividad por cuenta ajena" o de que "se haya adaptado mejor o peor a su diplopía" pues "una persona ciega podrá adaptarse de forma favorable a su situación y a diferencia de otras, pero eso no impide que esa sea su real situación". Sin costas (art. 235.1 LRJS)".

En torno a la noble dedicación a la abogacía, citar la Sentencia Nº 769/2013, de 18 de Diciembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en ponencia de Don Sebastián Sastre Papiol:

"SEPTIMO..., siguiendo las SSTs de 2 de abril de 2004 con cita de la de 20 de diciembre de 2002 que en relación con la invocación en casación del art. 1.544 del Código Civil dice: "este motivo no puede prosperar, pues, en primer lugar, es una norma que define el contrato de ejecución de obra y el de prestación de servicios, sin más, y no cabe en casación la cita, como infringido, de un precepto tan genérico y amplio como el presente que es, simplemente, definitorio" la sentencia de 25 de febrero de 2002 afirma: "la reiterada doctrina de esta Sala (que) establece que el art. 1.544 es meramente enunciativo de las figuras de los contratos de arrendamiento de obras y de servicios por lo que su aislada invocación no puede servir para obtener la casación de la sentencia (SSTs de 20 de marzo de 1984, 8 de octubre de 1984 y 7 de diciembre de 1998, entre otras)"; "el art. 1.544 tiene carácter definitorio y, por su generalidad, no es válido para servir de soporte a un motivo de casación", dice la sentencia de 7 de diciembre de 1998". Sobre el contrato celebrado entre abogado y cliente, sin perjuicio de la cita de SSTs que las partes recurrentes invocan, acaso una de las que resumidamente, fija los criterios por

los que se debe regir el juzgador como arbitrador de las diferencias habidas entre las partes, está la STS de 30 de abril de 2004, cuando señala: "en el arrendamiento de servicios profesionales de Abogado, como en la generalidad de los arrendamientos (arts. 1.543 y 1.544 CC, aunque este precepto es el de aplicación específica al de obras o servicios), constituye elemento estructural la existencia de precio cierto, el cual ha de pagar quien ha contratado personalmente la prestación -cliente- (sentencias 15 de noviembre de 1996, 17 de diciembre de 1997, 16 de febrero de 2001), y para cuya determinación se habrá de estar a lo acordado por los interesados (art. 1.255 CC, STS 26 de febrero de 1987) y, en su defecto, a la fijación jurisdiccional, atendiendo en este caso a las pautas que fija la jurisprudencia, que son fundamentalmente las que indican las sentencias de 15 de marzo de 1994 (dictamen del Colegio de Abogados, cuantía de los asuntos, trabajo realizado, grado de complejidad, dedicación requerida y resultados obtenidos), 24 de febrero de 1998 (naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor desarrollada) y 16 de febrero de 2001 (tiempo de dedicación, número de asuntos,

complejidad de las cuestiones y resultados favorables), sin descuidar la costumbre o uso del lugar (STS 3 de febrero de 1998) y la ponderación mediante un escrito de prudencia y equidad (SSTs 16 de septiembre de 1999 y 4 de mayo de 1988), si bien constituye un *prius* inexcusable la prueba por el Letrado de la realidad de los servicios prestados (STS 24 de septiembre de 1988, dice la STS de 30 de abril de 2004, Rec. Núm 1.732/1998". Criterios que han reiterado AATS, como el reciente de 3 de septiembre de 2013, resolviendo un recurso de revisión, destacando, una vez más, "la de ser las Normas del Colegio de Abogados meramente orientadoras, siendo el valor económico de las pretensiones uno de los criterios de ponderación y no, por sí sola vinculante, pues más relevante es el verdadero esfuerzo de dedicación y estudio exigido por las circunstancias concurrentes, así como la complejidad de las cuestiones suscitadas y las alegaciones vertidas". Por último, cabe concluir que la moderación de las minutas de letrado no es materia que pueda ser discutida en casación, al ser tarea soberana de las instancias (STS núm. 1.381/2006, de 22 de diciembre. El motivo se desestima"

Buen ejemplo en el campo del error judicial y la prescripción tras un proceso penal, lo constituye la Sentencia de 21 de Enero de 2014, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo:



“QUINTO.- A la vista de los hechos probados expresados en el fundamento segundo, en relación con la doctrina de esta Sala expresada en el fundamento cuarto, la demanda de declaración de error judicial ha de ser estimada por las siguientes razones: 1ª) Al determinar el día inicial para el cómputo del plazo de un año establecido en los arts. 1.968-2º y 1.969 CC para la prescripción de las acciones por culpa extracontractual en los casos en el que previamente se hayan seguido actuaciones penales terminadas mediante auto de archivo por haber renunciado el denunciante a la acción penal pero con reserva de la acción civil, la sentencia a la que se imputa el error parte del día en que el perjudicado denunciante hizo reserva de las acciones civiles para ejercitarlas ante la jurisdicción civil,

que en el caso enjuiciado fue el 9 de mayo de 2006, fecha de presentación del escrito ante el Juzgado de Instrucción nº 3 de Ferrol en el que el entonces denunciante y hoy demandante de declaración de error judicial manifestó que “desiste de la acusación penal que tenía formulada en dicho juicio, cuyo archivo consiguientemente procede, con expresa reserva de acciones civiles, para ejercitarlas ante la jurisdicción de este orden”. 2ª) Teniendo en cuenta ese día inicial la sentencia concluye que, como la demanda del proceso de origen, es decir del subsiguiente proceso civil, se presentó el 12 de septiembre de 2008, la acción civil estaba prescrita. 3ª) Sin embargo tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 196/1988, 220/1993, 89/1999, 298/2000, 125/2004 y 12/2005 entre otras) como

la jurisprudencia de esta Sala, con base en los arts. 111, 112 y 114 LECrim, 1.969 CC y 270 LOPJ, vienen declarando que cuando se hayan seguido actuaciones penales por los mismos hechos el plazo de prescripción de la acción civil no comienza a correr hasta la notificación al perjudicado de la resolución que ponga fin al proceso penal. Más concretamente, en relación con actuaciones penales precedentes en las que el perjudicado se hubiera reservado las acciones civiles para ejercitarlas separadamente, mantienen la misma doctrina las sentencias de esta Sala de 19 de julio de 2007 (recurso nº 2715/00), 11 de octubre de 2007 (recurso nº 4203/00), 25 de junio de 2008 (recurso nº 3987/01) y 15 de diciembre de 2010 (recurso nº 1118/07); y de estas, más concretamente aún, la de 19 de julio de 2007 analiza incluso el carácter semipúblico de la falta por la que se habían seguido las actuaciones penales y la posible repercusión sobre el comienzo del plazo de prescripción de la acción civil tanto de la renuncia por el perjudicado al ejercicio de la acción penal como de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 8 de mayo de 1990, para concluir que ninguno de estos factores desvirtúa la jurisprudencia sobre el comienzo del plazo de prescripción de la acción civil. Es más, la sentencia del Pleno de esta Sala de 29 de abril de 2009 (recurso nº 325/06), que trata de la posible caducidad de la acción civil para la protección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, fijó la doctrina jurisprudencial en el sentido de que el plazo de caducidad de la acción civil, no de prescripción, establecido en el art. 9.5 de la LO 1/1982, solo corría, estando pendientes actuaciones penales, en el caso de los llamados

delitos privados, es decir de los perseguibles solo a instancia de parte, pero siempre que las actuaciones penales "finalizaran después de cuatro años sin sentencia condenatoria y, además, el ofendido no se hubiera reservado la acción civil expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal". 4ª) Por tanto, la sentencia cuestionada, al situar el día inicial del plazo de prescripción de la acción civil en aquel en que el perjudicado manifestó que "desistía" de la acción penal con expresa reserva de las acciones civiles, incurrió en un error patente al prescindir de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia de esta Sala que, desde varios años antes de dictarse la sentencia cuestionada, desautorizaban por completo dicha solución, contraria por demás tanto al dato de que el entonces denunciante quedó pendiente de una respuesta del juez penal a su petición como a la posibilidad,

no por remota menos posible legalmente, de que el Ministerio Fiscal se opusiera a su petición de archivo. 5ª) Al referido error se unió el también alegado en la demanda de declaración de error judicial y consistente en no haberse atendido a la fecha del alta médica definitiva alegada en la demanda, posterior al propio auto de archivo de las actuaciones penales, porque asimismo es jurisprudencia constante de esta Sala que en los casos de lesiones con secuelas el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no comienza a correr hasta la estabilización de las secuelas, e incluso puede retrasarse más aún cuando, seguido expediente para determinar la repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del perjudicado, este no se conforma con la resolución administrativa correspondiente (SSTS 11-2-2011 en recurso nº 1.418/07, 5-7-2011 en recurso nº 2.174/07 y 19-11-2011 en recurso

nº 1.331/07, con cita en todas ellas de muchas otras anteriores). 6ª) Como quiera que el auto de archivo de las diligencias penales es de 15 de septiembre de 2006 y que el 17 de julio de 2007 se interrumpió la prescripción de la acción civil por la reclamación efectuada de manera fehaciente a la aseguradora, lo que se reiteró el 12 de marzo de 2008, resulta que cuando se presentó la demanda civil, 12 de septiembre de 2008, la acción no estaba prescrita. 7ª) Por todas las razones anteriores la sentencia de la Audiencia ha incurrido en error judicial, dado que la motivación por la que se resuelve la cuestión jurídica planteada resulta manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico y ha dado lugar a que no se haya examinado la pretensión de la parte demandante del pleito principal, siendo por tanto evidente el daño causado al demandante y por tanto la concurrencia del requisito que exige el art. 292 LOPJ.

Muy interesante el auto de 19 de febrero de 2014 de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, que resuelve la pretensión de un particular frente a ASISA ejerciendo exclusivamente contra ella la acción directa del Art. 76 LCS; la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA con sede en Sevilla, dictó auto de 23 de septiembre de 2013 determinando la competencia de los órganos del orden civil. Previamente había sido planteada a la jurisdicción civil la acción, descartándose su competencia por el Juzgado de Primera Instancia, con confirmación de la Audiencia Provincial (Sección 8ª) de Cádiz, por lo cual el actor plantea conflicto negativo de competencia ante el Tribunal Supremo, entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa:

"TERCERO.- Las razones que avalan la atribución de competencia a la jurisdicción civil para conocer del caso examinado sin las siguientes.

El artículo 9.4 de la LOPJ, según redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, cuando relacio-

na las materias atribuidas al orden jurisdiccional contencioso administrativo establece, en el párrafo segundo, que conocerá de las pretensiones que se deduzcan "en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio cualquiera que sea

la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerá de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva". Acorde con tal previsión legal se modificó también, mediante la Ley Orgánica 19/2003 citada, el artículo 2.e) de la LJCA.

Culmina en los citados preceptos el prolongado camino seguido para atribuir, con carácter general, a la jurisdicción contencioso administrativo el conocimiento de las acciones ejercitadas, al amparo

del artículo 106.2 de la CE, por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Esta norma general, como se advierte del propio contenido del artículo 9.4, párrafo segundo, de la LOPJ, tiene una excepción referida al ejercicio de la acción del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, es decir, cuando se demande directa y únicamente a la compañía de seguro sanitario.

Pues bien, en dichos supuestos en los que se demanda exclusivamente a la compañía que presta el servicio, sin hacerlo “junto a la Administración” (artículo 9.4 citado), los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo se encuentran sin actividad administrativa que enjuiciar ni revisar, y sin poder determinar, por tanto, si la misma ha sido conforme, o no, con el ordenamiento jurídico, pues se trataría de una mera relación entre privados.

Recordemos, en fin, que el orden civil conocerá, además de las materias que les son propias, de “todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional” (artículo 9.2 de la LOPJ).

CUARTO.- En este sentido nos venimos pronunciando en los autos de esta Sala especial que relacionamos en el fundamento segundo, en concreto en el de fecha 18 de octubre de 2010 (conflicto de competencia 9/2013), declaramos también que “necesariamente le ha de quedar un portillo por el que dar respuesta a aquellas situaciones en las que el perjudicado por la actividad de un servicio público asegurado decida, en uso del derecho que le reconoce el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, dirigirse directamente y solamente contra la compañía aseguradora. En esta tesitura



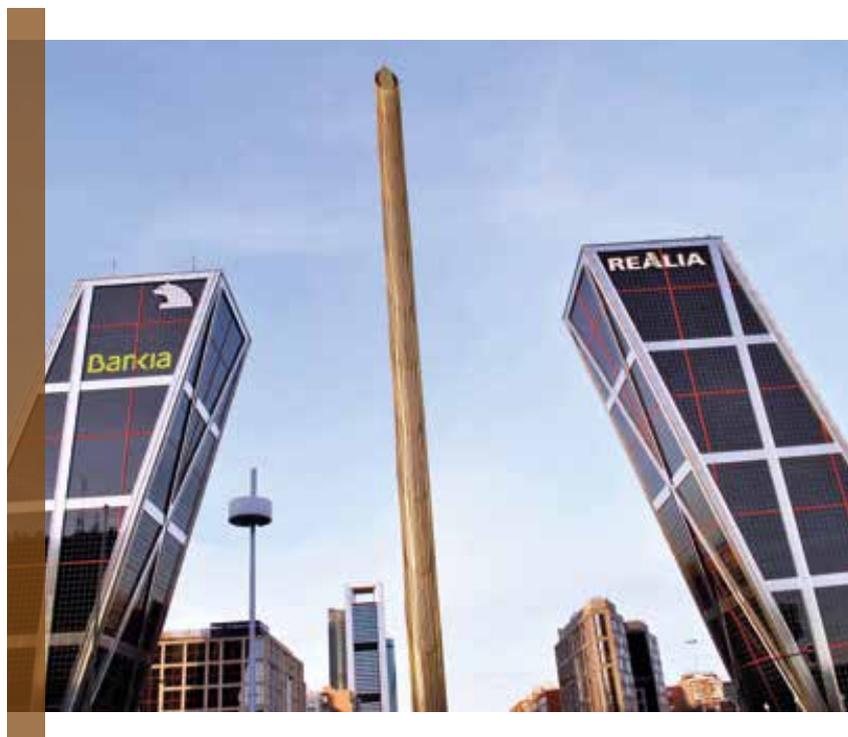
la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenara (véanse los artículos 1, 31 y siguientes, 70 y 71 de la Ley 29/1998). Ante tal eventualidad no queda más opción que reconocer la competencia de los tribunales civiles (en este sentido se ha pronunciado, mediante un obiter dictum el auto de esta Sala de 18 de octubre de 2004 (conflicto 25/04, FJ 2º); es también la tesis que subyace a la sentencia de la Sala Primera, ya citada, de 30 de mayo de 2007 (FJ 3º), reproducida en la de 21 de mayo de 2008 (casación 648/01, FJ 2º), salvo que (...) se obligue al demandante a dirigirse también contra la Administración pública aseguradora (...). Pero tal camino o juicio esta Sala, resulta imprac-

ticable, pues implica vaciar de contenido al derecho reconocido a los perjudicados por el artículo 76 de la Ley de 1980 para actuar única y exclusivamente contra el asegurador, desenlace inadmisibles. Parece evidente que las reformas sobre la distribución de competencias entre jurisdicciones no puede alcanzar a negar un derecho reconocido en un precepto legal vigente, forzando a sus titulares a dirigirse, además de contra el asegurador, frente a la Administración agotando previamente la vía ante la misma para, después de obtener un resultado negativo, promover un recurso contencioso administrativo”.

En consecuencia, la demanda deducida exclusivamente contra ASISA, ejercitando la acción del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, determina, que el conocimiento venga atribuido a los órganos de la jurisdicción civil.

En orden a la prescripción, la Sentencia N° 537/2013, de 14 de enero es interesante -caso Urbanor- junto a la responsabilidad contractual fundada en dolo y el lucro cesante:

"12. Por último, en el motivo décimo, undécimo del recurso de casación de don R P , denuncia la infracción del artículo 1.964 CC en relación con el artículo 1.969 del mismo texto legal, ya que el plazo prescriptivo de quince años estaría consumado cuando se presentó la demanda, tanto se compute desde el 23 de noviembre de 1987, fecha en que la sentencia sitúa el incumplimiento contractual, como desde enero de 2008 cuando los recurridos concertaron los contratos definitivos. El motivo se basa en que la sentencia no determina el dies a quo para el cómputo de esta acción y que el procedimiento penal no suspendería este plazo porque se trataría de una acción nacida de otros hechos. El motivo no puede estimarse. En primer lugar la determinación del momento en que se conocieron los perjuicios es una cuestión fáctica que ni siquiera fue tratada en el recurso extraordinario por infracción procesal, declarando la sentencia que no se conocían en enero de 1988 cuando se firmaron los contratos. En cualquier caso, aunque se tomara esa fecha, el procedimiento penal habría interrumpido el plazo porque aún cuando no se ha admitido el ejercicio de la acción civil *ex delicto*, los hechos que conformaban el supuesto de la pretensión civil *ex delicto* incluían la responsabilidad civil contractual, como se ha razonado al examinar los recursos extraordinarios por infracción procesal. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que al igual que el carácter informador del Principio de Buena Fe se proyectaba sobre la interpretación de la relación negocial en su conjunto, también su incidencia valorativa se proyecta sobre el instituto de la prescripción. Sirva de ejemplo



lo declarado por esta Sala en su sentencia de 11 de diciembre de 2012 (núm. 728/2012): "Fundamento de Derecho Tercero. 1. Desde lo anteriormente vertido, se desprende que con independencia de la caracterización tradicional con la que doctrina jurisprudencial ha referenciado, en términos generales, el Instituto de la prescripción extintiva, particularmente de su fundamento no en principios de estricta justicia, sino más bien en la inactividad o abandono en el ejercicio del propio derecho o en el principio de seguridad jurídica, así como en la conveniencia de su interpretación flexible, especialmente respecto de las causas interruptivas de la misma, resulta innegable la función informadora que debe desplegar el principio general de buena fe en la interpretación y aplicación del mencionado instituto, ya como acción o como excepción solicitada. Esta afirmación es muy significativa en la cuestión que

nos ocupa, esto es, la determinación del momento inicial del cómputo de la prescripción para las acciones que no tengan disposición especial al respecto, artículo 1.969 del Código Civil, dado que la regla dispensada "desde que pudieron ejercitarse", presenta una clara expresión práctica que debe valorarse o configurarse jurídicamente. Pues bien, en este contexto la proyección de la buena fe resulta decisiva para valorar el iter del fenómeno prescriptivo, desde la lesión del derecho subjetivo, como posible inicio del cómputo para el ejercicio de la acción, hasta la posibilidad de su ejercicio, conforme a unos criterios de ética social en las relaciones jurídicas y unos parámetros de diligencia básica y de razonable confianza en la apariencia creada. Desde esta perspectiva se comprende mejor que en los supuestos en los que interviene la mala fe o el dolo de una de las partes de la relación jurídica, en clara con-

xión con el ilícito civil, por ejemplo en el fraude de acreedores o en la doble venta orquestada, la posibilidad del ejercicio de la acción y, con ella, el cómputo para su ejercicio, no deba ser otro que el momento en que la víctima tuvo conocimiento de la lesión de su derecho o debió tenerlo por exigencia de una diligencia básica o por hechos claros e inequívocos al respecto. Conclusión que, en lo pertinente al alcance informador del principio de buena fe, resulta extrapolable también al ámbito de la indemnización civil derivada del ilícito penal”.

En este contexto, los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (*fructus percipiendi*) no pueden establecerse de un modo autónomo con independencia del marco de aplicación de la obligación de restitución resultante pues con mayor precisión, si se quiere, la obligación de restitución no trae causa directa de la propiedad sobre los frutos, en sí mismos considerados, sino de los títulos de atribución anteriormente señalados y de la consiguiente liquidación del estado posesorio, presupuestos que en el presente caso no concurren pues del título de atribución, esto es, de la relación contractual subyacente, dichos frutos no tuvieron una previa y necesaria existencia real y, por tanto, situación posesoria que pueda ser objeto de liquidación; de forma que su abstracta consideración de frutos civiles, con referencia a los posibles intereses que pudieran recibir como compensación resarcitoria, o el mero alcance de la mala fe de la conducta seguida por los demandados no resultan comprensivos, por ellos solos, de la tipicidad básica que informa la aplicación del artículo 455 del Código Civil (STS 30 de abril de 2013, 275/2013).

4. Sin embargo, y sin perjuicio de lo anteriormente señala-

do, conforme a la configuración del dolo contractual o del dolo en la ejecución de las obligaciones, que ambas instancias declaran como conclusión obtenida mediante una inferencia establecida a partir de circunstancias de hecho que detalladamente expresa, se presenta dotada de racionalidad y lógica suficiente, la causa de pedir resarcitoria solicitada en el presente motivo debe ser estimada. En este sentido, si bien en nuestro sistema el dolo civil no constituye *per se* una pretensión autónoma, en orden a configurarse ya como acción única, o bien como presupuesto de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación y, en su caso, del resarcimiento de los daños, no obstante, dentro del marco de la responsabilidad contractual o extracontractual de que se trate, su aplicación responde a un criterio de agravación de la responsabilidad como respuesta a la actuación frontalmente contraria al Principio de Buena fe (entre otras, STS 25 de febrero de 2013, núm. 58/2013). Desde esta valoración debe entenderse la diferenciación dispuesta por el artículo 1.107 del Código Civil; así, párrafo primero, mientras que el deudor no doloso sólo responde del resarcimiento de los daños previsibles en cuanto sean consecuencia necesaria de su incumplimiento, el deudor doloso asume un resarcimiento integral de los daños ocasionados, esto es, de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, párrafo segundo del precepto. Pues bien, en este contexto, debe señalarse que la pretensión resarcitoria de la parte recurrente, respecto de los intereses compensatorios desde el momento en que se produjo el perjuicio, esto es, desde la venta de los derechos de suscripción preferente, el día 7 de enero de 1988, resulta adecuada a la responsabilidad fundada en el dolo en la medida que corresponde a

un daño contractual comprendido en el contenido indemnizable que nuestro Código Civil establece (artículo 1.106) con el objeto, en términos generales, de colocar al acreedor en la misma situación y con los mismos resultados económicos que estaría si no se hubiese producido la lesión contractual; indemnidad que en el caso de la responsabilidad contractual fundada en el dolo resulta, como se ha señalado, reforzada. En el presente caso, como la propia sentencia de Apelación puntualiza, dicha pretensión indemnizatoria queda concretada en el denominado lucro cesante (*lucrum cessans*) como expresión o extensión lógica de la ganancia frustrada o dejada de obtener. Concreción que, por lo demás, y dentro del propio régimen de responsabilidad contractual, resulta plenamente adecuada a la inferencia causal aplicable a la responsabilidad fundada en el incumplimiento doloso, “daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”. En efecto, atendidos los fundamentos de la responsabilidad contractual, esto es, el propósito negocial que informó la relación contractual, así como la debida ejecución del programa de prestación, no cabe duda que el menor precio de venta obtenido, respecto del que se debiera haber producido, constituye un lucro cesante derivado directa o internamente de la propia razón económica de la relación negocial celebrada que debe ser contemplado dentro del resarcimiento integral de la lesión contractual considerada en toda su extensión, esto es, atendido el completo iter negocial desarrollado; de ahí, que los intereses compensatorios por no haber podido disfrutar los flujos monetarios que el contrato debió generar deban ser atendidos desde la fecha en que este se celebró, el 7 de enero de 1988, momento en el que realmente se operó la lesión contractual.



entrevista a...

ANTONIO E. HERNANDO LORENZO



por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Médico especialista en Medicina Intensiva y Cardiología, Diplomado en Medicina de Empresa y Magister Universitario en Valoración del Daño Corporal, entre otras titulaciones. Miembro de distintas y prestigiosas sociedades de medicina, habiendo desempeñado importantes cargos en la división médica de varias compañías de seguros y siendo su puesto actual Jefe de la Sección de Urgencias en Hospital Universitario del SERMAS y Consultor-Asesor para compañías de seguros y abogados particulares en temas relacionados con Lesiones en Accidentes de Tráfico y Laborales, Valoración de Secuelas e Incapacidades, Responsabilidad Civil y Penal Médica, además de autor de varios manuales relacionados con la materia, por lo que su experiencia y conocimiento en los asuntos que nos ocupan es incuestionable y reconocida en el sector de la responsabilidad civil por circulación de vehículos a motor.

En base a su experiencia y práctica como perito en informes de reconstrucción de accidentes de tráfico podría decirnos ¿cuáles son los elementos que normalmente pasan desapercibidos a la hora de emitir un atestado o informe sobre la forma de ocurrencia del accidente y que sin embargo deben ser tenidos en cuenta?

En determinados siniestros, –generalmente en algunos realizados por Policía Local–, la información es muy escasa, no reflejando aspectos tales como utilización de dispositivos de seguridad pasiva (cinturones de seguridad, casco en motoristas, etc.), o la activación de otros dispositivos, (por ejemplo airbags), la posición de las víctimas en el interior de los vehículos, características de la vía, señalización, etc.

Por el contrario, en los atestados realizados por Guardia Civil, Mossos d'Esquadra, Policía Foral, Ertzaintza, etc, la documentación del siniestro, así como la toma de datos suele ser mucho más precisa, lo que facilita posteriormente la realización de informes de reconstrucción, tanto por parte de los ingenieros reconstructores como la reconstrucción médica para tratar de explicar la forma de producirse las lesiones en los afectados. Es muy importante la información médica recogida por los primeros intervinientes (sistemas o equipos médicos de emergencia prehospitalaria, servicios de urgencia hospitalarios, UCI, etc.), debiendo ser muy concreta en lo relativo a las víctimas en el momento inicial de la asistencia (ej. profundidad del coma según la escala de Glasgow, uso correcto o no de casco, posición de las víctimas en el vehículo, uso de cinturones de seguridad, activación de airbags, eyección de víctimas, etc.), así como la precisión en la descripción ulterior de las lesiones en el informe de alta del hospital (localización, -lado- y tipo de las lesiones, ej. fracturas, descripción de lesiones viscerales, descripción detallada de las pruebas complementarias, (ej. Radiología convencional, scanner, RMN, etc.).

¿Cómo se plantea la elaboración de este tipo de informes y en qué difieren de los llamados atestados policiales? ¿qué pueden añadir sobre éstos?

Los informes de reconstrucción de accidentes, en los que se han producido lesiones corporales, se realizan a solicitud de las compañías de seguros, de los asegurados o sus familiares, de abogados particulares o de los juzgados. Generalmente se trata de accidentes con lesionados graves o con víctimas mortales, en los que se trata de establecer una serie de circunstancias, tales como la posición de las víctimas en el vehículo siniestrado (conductor u ocupante), la influencia de la no utilización de dispositivos de seguridad pasiva en la agravación de las consecuencias lesivas del accidente, la fase del accidente en la que se han podido producir las lesiones, (cuando se trata de colisiones múltiples), la influencia de tóxicos (por ej. alcohol, drogas de uso ilegal, etc.) en la producción del accidente, la evitabilidad o no del accidente por parte del conductor (factor humano, tiempo de reacción, etc.,

Esta tarea de reconstruir el accidente, y explicar sus consecuencias lesivas, es un trabajo colectivo, en el que deben intervenir el tramitador, en su caso el jefe o inspector de siniestros, el equipo rector, (generalmente ingenieros especializados en análisis y reconstrucción

de accidentes), el equipo médico (también debe tener una amplia experiencia y un conocimiento especializado en reconstrucción médica de accidentes -Biocinématica de Impactos-), investigador o detective privado en su caso, etc., aportando cada uno de ellos sus conocimientos para completar el análisis y la interpretación del accidente.

Existe actualmente por parte de las compañías de seguros una gran preocupación por tratar de establecer la existencia o ausencia de nexo causal en los accidentes denominados "a baja velocidad" o "de baja intensidad", con producción (real o supuesta) de lesiones en partes blandas de cuello, hombros, espalda, etc.; en estos casos, es también esencial un trabajo conjunto del equipo rector (ingenieros y médicos), así como disponer de todos los elementos de información relativos al siniestro, (tipo, características y circunstancias de la colisión, marca, modelo de los vehículos siniestrados, fotografías e informe especializado por el rector de los daños, deformaciones, etc., de los vehículos, tras la inspección pertinente, características personales de los lesionados -edad, sexo, talla, peso, posición en los vehículos, uso o no de dispositivos de seguridad pasiva, etc.-, descripción pormenorizada de las lesiones de todos los ocupantes de los vehículos, pruebas complementarias realizadas, etc.). Es esencial la precocidad en la toma de todos esos datos, así como la orientación para la realización de otras pruebas, exámenes complementarios, etc. En determinados casos, se podrá establecer con certeza la existencia o ausencia de nexo causal entre el accidente y las lesiones, pero aún sin que se tenga certeza o no, en la gran mayoría de casos también se podrá orientar hacia la mayor o menor probabilidad de producción de las lesiones, lo cual puede por sí solo, ser muy útil a la hora de tomar decisiones sobre el siniestro.

Los informes de reconstrucción realizados por las compañías de seguros, -sobre todo aquellos en los que intervienen ingenieros reconstructores y médicos especializados en reconstrucción médica de accidentes-, difieren de los atestados policiales, a mi juicio, en que en estos últimos, generalmente no se profundiza en el análisis de la forma de producción de lesiones, quizás por la precocidad de su realización, por la orientación, dirigida más al siniestro en sí y a sus causas que a sus consecuencias lesivas sobre las personas, etc. Además, en muchos informes policiales, no se analizan ni se determinan aspectos concretos tales como velocidades en el momento de la colisión, visibili-

dad en accidentes ocurridos por la noche o en circunstancias de visibilidad deficiente, etc.

En el tema de los fraudes a compañías de seguros por siniestros irreales, puede explicarnos ¿cómo pueden ayudar este tipo de informes de reconstrucción de accidentes?

Esos informes de reconstrucción, como se ha comentado, realizados conjuntamente por ingenieros y por médicos, (y en su caso con la colaboración de otros profesionales), pueden llegar a demostrar en ciertos casos –y en función de la información disponible, de la experiencia, de la calidad del trabajo, etc.–, la imposibilidad de que el accidente se haya producido tal como alegan, y por consecuencia, que las lesiones se hayan causado de la forma en que los demandantes los refieren, y ello en base a que las deformaciones de los vehículos, las energías disipadas en el accidente relatado, etc., no se corresponden ni con la experiencia ni con los datos existentes en las bases de datos de accidentes reales, siendo, por otra parte, no explicables médicamente las lesiones alegadas, ni por el tipo, ni por su gravedad, ni por su localización, ni por su aparición temporal, al cotejarlas con el mecanismo referido en cuanto al tipo y circunstancias del accidente.

¿Suelen invertir las aseguradoras en este tipo de informes? ¿Qué criterios influyen a la hora de solicitarlos?

Existe, desde mi punto de vista, una gran variación en las estrategias que las compañías de seguros utilizan a la hora de encargar este tipo de informes de reconstrucción de accidentes; ello dependerá, supongo, de sus análisis de resultados, de sus experiencias previas, o de otros factores que desconozco. Lo que sí pienso, es que aquellas compañías que creen en este instrumento como una herramienta de mejora de calidad en la gestión de los siniestros, lo consideran como una inversión y no como un gasto, y deben estar satisfechas con los resultados, puesto que algunas compañías han ido encargando casos con una tendencia creciente; considero que en el coste total de un siniestro, sobre todo en los siniestros “graves”, el coste adicional de la realización de un informe de reconstrucción (honorarios de ingeniero, médico, etc. por el informe y por su ratificación en juicio), es muy pequeño, considerando su utilidad potencial, ya que además de orientar al responsable del siniestro de una forma mucho más precisa, en muchos casos, servirá no sólo para asistir a juicio, en su caso, con el siniestro mucho mejor preparado, sino también para es-

tar en una posición mucho más ventajosa a la hora de tratar de realizar un acuerdo extrajudicial.

En relación a los llamados alcances de baja intensidad ¿cuál es el objeto de los informes de reconstrucción de accidentes? ¿qué parámetros se tienen en cuenta para su elaboración?

Anteriormente me he referido a este tipo de accidentes; su objeto, generalmente, es tratar de determinar la existencia o no de nexo causal entre el accidente que se refiere y las consecuencias evolutivas, (períodos de curación, días improductivos y no improductivos, secuelas derivadas de lesiones producidas en ese tipo de siniestros, incapacidades derivadas, etc.). Aquí nos encontramos con un verdadero reto desde el punto de vista médico, y ello en base a que la entidad médica a la que nos referimos, (se conoce con una gran variedad de denominaciones –lesiones de partes blandas de cuello, “esguince cervical”, “cervicalgia postraumática”, “contractura cervical”, etc.–), tiene un diagnóstico que no es etiológico, (no tiene una única causa identificable), sino sindrómico, (corresponde a una serie de síntomas inespecíficos, y se puede acompañar de unos signos clínicos muy variables tanto en su tipo y características, como en su intensidad), habiéndose elaborado una serie numerosa de teorías para tratar de explicarlo.

Recientemente se está enfocando su manejo (desde el punto de vista de gestión del siniestro por parte de algunas –o muchas– compañías de seguros), mediante un trabajo de reconstructores (no siempre adecuadamente formados en este tema, según mi criterio, –y me baso para decir esto, no en una simple opinión, sino en experiencias personales, ya que en algunos informes a los que he tenido acceso, se ha llegado a conclusiones si no erróneas, por lo menos muy discutibles, ya que se basaban en datos incompletos, inciertos, etc.–, y además, sin ignorar el valor que pueden tener determinadas medidas obtenidas por los reconstructores (delta-v, aceleración del vehículo impactado, etc.), su interpretación desde el punto de vista de consecuencias lesivas, debe ser hecha por médicos, quienes deben a su vez, tener en cuenta otros aspectos del lesionado (comorbilidades, estado anterior, características somáticas, interpretación de los síntomas y signos clínicos exploratorios, pruebas médicas complementarias, etc.), siendo, por lo tanto, imprescindible el trabajo conjunto de ingenieros reconstructores preparados, y de médicos expertos en este tipo de lesionados.

En ciertos casos, se han simplificado en exceso, (y de forma incorrecta) las interpretaciones de datos; así, por ejemplo, se ha tratado de graduar la intensidad de la colisión en base a los costes de reparación, lo que en muchos casos puede no ser correcto; de ese primer error se han derivado posteriormente otros, tales como estimar la intensidad de la energía de la colisión en base al coste de reparación y a los daños en los vehículos, y, como efecto derivado, la explicación o interpretación de producción o no de lesiones en base a los parámetros anteriores.

Por otra parte, en muchos casos se ha malinterpretado este asunto, tanto por las compañías de seguros, que podrían haber tenido una visión excesivamente “sospechosa” de fraude, exageración, simulación, etc., por parte de lesionados, habiéndose acuñado términos tales como “cuponazo cervical”, como por parte de grupos (abogados, familiares, víctimas de accidentes, profesionales sanitarios –médicos, fisioterapeutas, etc.-), interesados en una “medicalización” excesiva de los accidentados tras colisiones de baja intensidad. Creo que si se trata de analizar de una forma más rigurosa este asunto, se deben dedicar más recursos en tiempo, preparación (ejemplo formación), medios, fondos económicos para pago de profesionales, etc., para tratar de progresar en un tema que actualmente constituye una preocupación de primer orden para las compañías de seguros, que constituye un gasto sanitario y social muy elevado, que distrae recursos médicos que se podrían emplear en otro tipo de pacientes, y que constituye un auténtico reto para los diferentes profesionales que de una forma u otra se ven relacionados con estas situaciones.

¿Puede decirnos si considera que existe una relación directa entre los accidentes que producen escasos daños materiales y el resultado de las lesiones producidas por los mismos?

Me acabo de referir a este asunto; no necesariamente existe una relación entre los daños materiales (a este respecto, la estimación correcta de los daños exigiría una inspección cuidadosa y detallada de los vehículos, lo que no siempre se hace), y las lesiones en los ocupantes, ya que en esta producción de lesiones intervienen una serie de factores además de la simple y única determinación de energía transferida a los vehículos siniestrados. Entre esos factores está la posición de los ocupantes en los vehículos, su edad, sexo, constitución anatómica, estado anterior, el tipo y la posición de los reposacabezas, la activación o no de airbags, la previsión o

apercibimiento de la inmediatez de la colisión, etc.

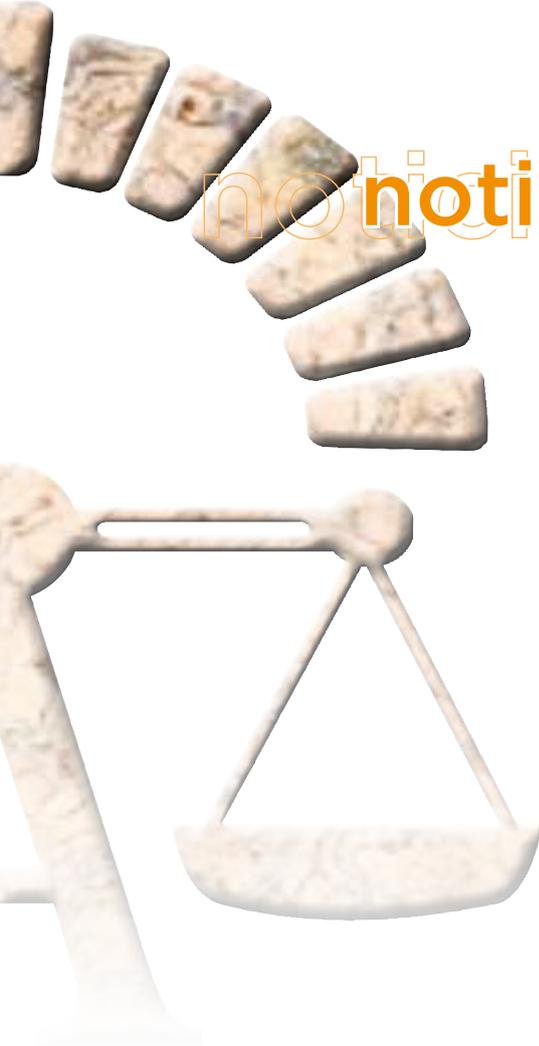
Analizados todos esos elementos (y algunos otros más), así como toda la información médica disponible, (y otra que se podría y debería solicitar), se podrían establecer unas conclusiones relativas a la relación entre el accidente y las lesiones causadas.

Por su experiencia como Médico de Cuidados Intensivos y Urgencias, ¿qué opina sobre los sistemas de seguridad que actualmente tenemos en nuestros vehículos? ¿los considera suficientes? ¿contribuyen a evitar o aminorar graves lesiones en accidentes de tráfico?

Entre los vehículos que circulan por nuestras calles y carreteras los hay pertenecientes a un parque anticuado (de más de 10 años de antigüedad), y otros mucho más modernos; estos últimos han incorporado de serie, elementos de seguridad tanto activa –dispositivos de estabilidad del vehículo, de ayuda a la frenada, etc-, como de seguridad pasiva muy eficaces (airbags frontales, laterales, de cortinilla, de rodilla, pretensores, etc.), que han contribuido tanto a la reducción de la accidentalidad (seguridad activa), como de sus consecuencias lesivas (seguridad pasiva). De todas formas, el elemento esencial para reducir tanto la accidentalidad como la lesividad, es la persona, por lo que una conducción y un comportamiento responsable como peatones, y una prudencia a la hora de utilizar los dispositivos de seguridad pasiva, son esenciales, (además de una responsabilidad por parte de la Administración para mantener unas infraestructuras seguras). De cualquier forma, el cinturón de seguridad, del que están dotados nuestros automóviles, (inventado hace más de 50 años por el sueco Nils Ivar Bohlin), sigue siendo el dispositivo de seguridad pasiva más eficaz diseñado hasta el momento, y debe ser utilizado de forma general, al igual que el casco, que debe ser utilizado correctamente por los motoristas (y ciclistas), habiendo reducido ambos elementos la gravedad y mortalidad derivadas de lesiones tras accidentes de tráfico, en una proporción cercana al 50%.

En este sentido, creo que se debe felicitar a la Dirección General de Tráfico por su esfuerzo, ya que ha conseguido en estos últimos años, reducir de una manera muy notable la mortalidad por accidentes de tráfico en España, con cifras que han superado ligeramente el millar de víctimas mortales en el año 2013, respecto a las casi 10.000 que teníamos hace alrededor de una década.

noticias y actividades



→ XXX CONGRESO DE DERECHO DE LA CIRCULACIÓN. 24 Y 25 DE ABRIL DE 2014. MADRID.



XXX CONGRESO DE DERECHO
DE LA CIRCULACIÓN

INESE, y la Revista RC, “Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro”, con la colaboración de BCN Assessorament i Gestió y BCN-lurius organiza, los días 24 y 25 de abril 2014, la XXX Edición del Congreso de Derecho de la Circulación.

Como siempre, un comité de expertos en el ámbito del Derecho la Circulación, la opinión de los habituales asistentes al congreso y la actualidad en el ámbito del seguro y del derecho, han colaborado en la

selección de los temas que requieren, dada su actualidad y repercusión en el sector asegurador y para los diferentes profesionales que trabajan en esta materia, un análisis y debate pormenorizado.

Para el desarrollo del programa y análisis, contaremos con la participación de algunos de los profesionales de más reconocido prestigio del mundo de la abogacía, la magistratura, administración pública, universidad y sector asegurador.

PROGRAMA

DÍA 24 DE ABRIL 2014

- 8:30 Recepción y entrega de documentación
- 9:00 Inauguración del congreso**
- *Susana Pérez*. Directora de INESE
 - *José A. Badillo*. Director Revista RC
- 9:10 Conferencia de apertura. Reformas en materia de tráfico y seguridad vial**
- *Francisco Javier Villalba*. Jefe Unidad de Normativa de la Dirección General de Tráfico
- 9:30 Treinta años del derecho de la circulación en España. Principales hitos**
- Entrevista con *Mariano Medina Crespo*. Abogado. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro
- 10:15 Régimen de la oferta y respuesta motivadas ¿Cuándo se produce la reclamación del perjudicado? Compatibilidad entre oferta y consignación. Repercusión en el tratamiento de los intereses**
- *José Manuel Villar*. Chief Claims Officer Spain & Portugal. Direct Seguros (Axa Global Direct)
- 11:00 Coloquio
- 11:15 Pausa/Café
- 11:45 Mediación. Su proyección sobre la responsabilidad civil de automóviles**
- *Asunción Alburquerque*. Directora Adjunta de Asesoría Jurídica de DAS Internacional
- 12:30 Coloquio
- 12:45 La reforma del baremo. Situación actual estudio de impacto**
- *Manuel Mascaraque Montagut*. Director de Seguros Generales de UNESPA. Miembro de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema de Valoración de los Daños y Perjuicios causados por accidentes de tráfico.
- 13:15 Coloquio
- 13:30 Aspectos procesales en los accidentes de tráfico con extranjeros. Accidentes ocurridos en España reclamados en Reino Unido. Experiencias y cuestiones prácticas**
- *Sara Aylagas*. Abogada CLYDE & CO
- 14:00 Coloquio
- 14:15 Fin 1º sesión**
- 16:00 La valoración médica del lesionado. Reciprocidad informativa de aseguradora y lesionado**

- *Iván González Barrios*. Abogado, Profesor asociado de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Laguna

16:45 Coloquio

17:00 Reformas penales y procesales en el Derecho de la circulación. La despenalización de las faltas. Consecuencias prácticas

- *José Manuel de Paúl Velasco*. Presidente Sección 4ª Audiencia Provincial de Sevilla

17:45 Coloquio

18:00 Fin 2º sesión

DÍA 25 DE ABRIL 2014

9:30 Defensa jurídica. Libre designación de abogado. Límites cuantitativos. Arbitraje

- *Javier López y García de la Serrana*. Abogado. Director de HispaColex. Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro

10:00 Coloquio

10:15 La culpa exclusiva y la concurrencia a raíz de la última jurisprudencia

- *Miguel Ángel de Dios de Dios*. Abogado

10:45 Coloquio

11:00 Pausa/Café

11:30 Reconstrucción de accidentes. El fraude en las lesiones. Últimas resoluciones judiciales. Casos prácticos

- *Dr. Antonio Hernando Lorenzo*. Médico Adjunto. Servicio de Medicina Intensiva. H. U. "12 de Octubre" de Madrid. Ex Secretario de la Sociedad Española de Valoración de Daño Corporal

12:15 Coloquio

12:30 Acciones de regreso del asegurador de autos en colisiones múltiples derivadas del pago por solidaridad o concurrencia. La prescripción

- *Mariano Yzquierdo Tolsada*. Catedrático de Derecho Civil. UCM

13:00 Coloquio

13:15 Conferencia de clausura. Novedades legislativas en el ámbito del seguro del automóvil

- *Pablo Muelas*. Subdirector General de Seguros y Política Legislativa. DGSFP

13:45 Fin del Congreso

XXI CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE BARCELONA. 15 Y 16 DE MAYO DE 2014.



**CONGRESO RC
BARCELONA
15-16 MAYO**

La actual Comisión de Responsabilidad Civil del ICAB recoge

con entusiasmo e ilusión el trabajo realizado por las anteriores ejecutivas y está trabajando activamente con el fin de organizar un congreso que esté a la altura de las expectativas generadas y que potencie la imagen de nuestro Colegio como sinónimo de calidad, modernidad y rigor jurídico a la hora de tratar temas de actualidad.

La celebración del congreso implica que durante los días de realización del mismo acudan a nuestro colegio más de 200 abogados especializados en la materia de toda Cataluña.

La Comisión de Responsabilidad Civil desea que el XXI Congreso de Responsabilidad Civil sea el mejor congreso realizado hasta la fecha, marcando la diferencia y siendo referente en el sector para el futuro.

Los temas a tratar son los siguientes:

- 1.- **La intervención de terceros no llamados al proceso en los asuntos de responsabilidad civil. Especial referencia a la necesidad de reformar el artículo 14 de la LEC.** Ponentes: *Ilmo. Sr. Antonio Morales Adame*, Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 25 de Barcelona. *Sr. Eloy Moreno*, Abogado y presidente de la comisión de Derecho Procesal del ICAB.
- 2.- **La responsabilidad del empresario por accidentes laborales. El recargo de prestaciones y responsabilidad civil. ¿Doble indemnización? La conveniencia de posibilitar el aseguramiento del recargo de prestaciones.** Ponentes: *Sr. Francesc Sasso*, Abogado en derecho. Especialista en derecho laboral y profesor de la Universidad. *Ilmo. Sr. Daniel Bartomeus*, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.
- 3.- **La reforma del código penal y su incidencia de la gestión y resolución de los accidentes de tráfico. ¿Es la mediación un procedimiento adecuado para resolver los conflictos en el ámbito de la circulación?** Ponentes: *Don Francisco Gonzalez Mallo*, Juez titular del Juzgado de Instrucción nº 11 de Barcelona. *Doña Rosa Mª Freire*, Magistrada y letrada de la escuela judicial de Barcelona. Miembro del grupo de experto del Protocolo de mediación penal de la Guía Práctica de la mediación intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial.
- 4.- **La pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad civil profesional con especial referencia al ámbito de los profesionales del derecho y de la medicina.** Ponentes: *José Guerrero Zaplana*, Magistrado de la Secc 2ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. *Joan Mª Xiol Quingles*, Abogado.

PROGRAMA

JUEVES 15 MAYO

16.00 Recepción Solemne. Salón de Actos. Autoridades Convocadas

- Conseller de Justícia
- Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona
- Diputada responsable Comisión Responsabilidad Civil
- Presidente Comisión Responsabilidad Civil

16:30 1ª Sesión y debate

17:45. Coffee Break

18:15 2ª Sesión y debate

20:00 Cena ligera. Terraza del ICAB

VIERNES 16 MAYO

10.00 3ª Sesión y debate. Salón de Actos

11:45 Coffe Break

12:15 4ª Sesión y debate

13:45 Clausura del Congreso



→ XI JORNADA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DE MÁLAGA. 6 DE JUNIO DE 2014. FUENGIROLA (MÁLAGA).

La vocalía en Málaga de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro organiza la XI edición de la Jornada sobre Responsabilidad Civil, con la colaboración del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga y el Ayuntamiento de Fuengirola, que se desarrollará el próximo 6 de junio en la Casa de la Cultura de la citada localidad malagueña.

La jornada se iniciará a las 9.45 horas, con la recepción y entrega de documentación a los participantes, dando paso

a continuación al desarrollo de las tres ponencias y una mesa redonda que componen el programa establecido por los organizadores. Posteriormente, tras la clausura de la jornada se celebrará una cena de hermanamiento que tendrá lugar en el Hotel Casa Consistorial de Fuengirola.

La cuota de inscripción establecida para esta jornada por la organización es de 95 euros para los abogados pertenecientes a la Asociación o sección del ICA Málaga, y 115 euros para los no pertenecientes. En am-

bos casos incluye asistencia a las ponencias y mesa redonda, diploma de asistencia y cena.

Estando limitado el aforo del salón donde se celebrará la jornada, se atenderá al orden cronológico de recepción de inscripciones hasta completar el máximo posible de asistentes, aunque tendrán preferencia los miembros de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, así como los pertenecientes a la sección de Responsabilidad Civil y Seguro del Colegio de Abogados de Málaga.

PROGRAMA

JUEVES 15 MAYO

9:45 a 10:00 Recepción asistentes y entrega de documentación

10:00 Inauguración de la Jornada

10:15 Primera ponencia: Visión judicial de los procedimientos donde se dilucidan responsabilidades civiles

Julián Cabrero López. *Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Fuengirola*

11:30 Pausa. Café

12:00 Segunda ponencia: La futura y esperada reforma del Sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Orientación y expectativas. Primera parte

Mariano Medina Crespo. *Abogado y presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*

17.00 Tercera ponencia: La futura y esperada reforma del Sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Orientación y expectativas. Segunda parte

José Pérez Tirado. *Abogado y miembro de la Comisión de Reforma Legislativa del Sistema*

18:00 Mesa redonda: La reforma del Sistema de valoración de daños y perjuicios personales derivados de accidente de circulación o cómo condensar en un solo sistema las muy diferentes pretensiones reformistas

Ponentes: José Pérez Tirado
Mariano Medina Crespo

Moderador: Andrés López Jiménez. *Vocal de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*

19:00 Clausura de la jornada

21.15 Cena. Hotel Casa Consistorial



Ayuntamiento de Fuengirola



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO



¿LOS DAÑOS ERAN PREVISIBLES? ¿Y EVITABLES?

TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

QUINTA EDICIÓN REVISADA Y PUESTA AL DÍA

Una obra imprescindible para los profesionales que buscan un tratamiento profundo, completo, exhaustivo y actualizado sobre la responsabilidad civil. Esta **5ª edición** realiza una rigurosa revisión de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia referente a cada uno de los ámbitos de la responsabilidad civil, que han experimentado, en no pocos ámbitos, una notable evolución en los últimos tiempos.

José Manuel Busto Lago, L. Fernando Reglero Campos, Clara I. Asua González, M^ª Angeles Parra Lucàn, Elena Vicente Domingo, Natalia Álvarez Lata, Esther Gómez Calle, Mariano Yzquierdo Tolsada, Antonio Orti Vallejo, Vicente Arias Maiz, Yolanda Bustos Moreno.

Marca: Aranzadi. **Colección:** Nuevos clásicos. **Encuadernación:** Tapa dura al cromo. 2 Tomos. **ISBN:** 978- 84-9059-054-6. Código: CM10002304.

PVP: 375 € + 4% de IVA.

T. 900 40 40 47

masinfo@thomsonreuters.com
www.tienda.aranzadi.es

 /lexNova ·  @E_LexNova



PAPEL + EBOOK
PROVIEW™



THOMSON REUTERS

XIV



Congreso Nacional de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

6-8 noviembre **2014**

Sabadell



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

