

nº 58

Segundo Trimestre. Año 2016



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**Indemnización
separada y
compatible por
daños morales
corporales y por
daños
extracorpóreos**

**La aplicación en
el tiempo de la
Ley 35/2015:
algunas
cuestiones
problemáticas**

**Del vaciado fáctico
de cobertura en las
pólizas de Seguro
de Protección
Jurídica**

asociacionabogadosrcs.org



FUNDACIÓN DE
ESTUDIOS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS
DE GRANADA



COLEGIO DE ABOGADOS - UNIVERSIDAD DE GRANADA

Máster propio RESPONSABILIDAD CIVIL 4ª Ed.

DIRECTORES

Dra. D^a María del Carmen García Garnica
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Granada
Dr. D. Javier López y García de la Serrana
Abogado y Doctor en Derecho



Máster eminentemente práctico con un profesorado compuesto por más de 60 profesionales acreditados (abogados, magistrados, fiscales, profesores, tramitadores, etc).

Lugar de celebración y horario

Centro de enseñanzas Virtuales de la UGR
(Real de Cartuja, 36-38, 18071 Granada)
Jueves y Viernes de 16:00 a 21:00



MÓDULOS

1. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR NEGLIGENCIA PROFESIONAL
3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA Y DEL CONSUMO
4. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR
5. RESPONSABILIDADES JURÍDICAS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
6. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
7. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MENORES DE EDAD
8. RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA
9. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE
10. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

PRÁCTICAS EXTERNAS

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Colaboran:



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

FUNDACIÓN DE ESTUDIOS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS DE GRANADA

C/ Cárcel Alta, nº 3

Tfno. 958 216 335. Fax 958 216 351

www.fundacionepj.org

E-mail: secretaria@fundacionepj.org



nº58

Segundo Trimestre. Año 2016



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 58

EDITORIAL

El principio de buena fe contractual en el contrato de seguro

Por *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- Indemnización separada y compatible por daños morales corporales y por daños extracorpóreos. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016

Mariano Medina Crespo 9

- La aplicación en el tiempo de la Ley 35/2015: algunas cuestiones problemáticas

Juan José Marín López 21

- Del vaciado fáctico de cobertura en las pólizas de Seguro de Protección Jurídica

César García González 37

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 6 de abril de 2016.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad Civil. Indemnización de gastos futuros como perjuicio patrimonial ya se traten de actos médicos curativos y paliativos del dolor, de rehabilitación, bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos, dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida. Intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros 61

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 13 de abril de 2016.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción de repetición de la aseguradora sanitaria que pagó el 50% de la condena solidaria con uno de los médicos incluidos en su cuadro de facultativos en un procedimiento previo promovido por una asegurada 69

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 20 de abril de 2016.

RESPONSABILIDAD CIVIL: El hecho de que el asegurado no emplaze a la aseguradora en un procedimiento seguido a instancia del perjudicado supone la vulneración del deber de información que exonera a la compañía aseguradora previsto en el artículo 16 de la LCS 77

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 22 de abril de 2016.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Contenido natural del contrato de Seguro: se considera 'cláusula lesiva' para el asegurado aquella que reduce considerable y desproporcionadamente su derecho, vaciándolo de contenido. Expectativas razonables del asegurado al contratar un seguro y cláusulas que en la práctica vacían de contenido el aseguramiento. La sentencia va referida a un supuesto de seguro de transporte, pero sus razonamientos pueden extrapolarse a cualquier otro seguro 83

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 3 de junio de 2016.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se declara subjetiva y acomodada al nivel de diligencia que exige la esfera de actuación y control propia de las funciones que tuviera encomendadas la empresa concesionaria, el mantenimiento de las autovías por los daños causados por accidentes de tráfico provocados por la irrupción de animales en la calzada 93

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 15 de junio de 2016.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción de repetición. Seguro voluntario. Limitación pactada en caso de estado de embriaguez del conductor asegurado que solo afecta al ámbito del seguro obligatorio 105

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José Mª Hernández-Carrillo Fuentes* 111

ENTREVISTA A...

Jacobo Fernández Álvarez

Por *Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán* 121

NOTICIAS

- ➔ Talleres prácticos sobre la Ley 35/2016 organizados por la Asociación 123
- ➔ Otros Cursos y Jornadas 125

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, Susana Sucunza Toticagüena, Luis Julio Cano Herrera y José Antonio Badillo Arias.

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

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, José Manuel López García de la Serrana y Antonio Salas Carceller.*

GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

Juan Antonio Xiol Ríos, Mariano Medina Crespo y Javier 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

El principio de buena fe contractual en el contrato de seguro

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

todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Atendiendo a dicho art. 1.258 del Código Civil, la buena fe es en nuestro derecho positivo un conjunto de normas jurídicas que impone que, en el desenvolvimiento de las relaciones contractuales, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el Legislador ni establecidos por el contrato (STS de 22 de septiembre de 1997). La buena fe obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente consentido (STS de 30 enero de 1997).

Así, este principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, como fuente del Derecho, tal y como nuestro Código Civil dice, tiene tal relevancia que se aplicará en defecto de ley o de costumbre, debiéndose destacar además en todo caso su carácter informador del ordenamiento jurídico, lo que significa que aún en el supuesto en que sea aplicable una disposición legal específica, el principio de buena fe contractual deberá utilizarse para orientar la interpretación de dicha norma. Continúa el Código Civil aclarándonos que los principios generales del Derecho actúan en una doble vertiente; por un lado, actúan cuando no existe ley o costumbre aplicables, por otro, permiten un recto entendimiento de las normas mediante elementos de ética, equidad, lógica y sentido de la realidad y de la justicia, y es aquí donde creo que deberíamos detenernos. ¿Entendemos realmente lo que significa la lógica, el sentido de la realidad y de la justicia, o no es más cierto que la ma-

Como en la mayoría de las relaciones contractuales que se establecen en el tráfico mercantil, los problemas jurídicos entre las partes que suscriben un contrato de seguro comienzan cuando por algún motivo quiebra el principio de buena fe contractual que inspiró la relación surgida entre aquellos. Quizás por tanto no estaría de más pararnos a pensar qué significa y supone la buena fe contractual, para con ello reconsiderar si es que en la actualidad se ha perdido o se desconoce el sentido de aquella.

El principio de buena fe aparece positivado en el art. 7 del Código Civil cuando dispone que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, lo cual excluye la necesidad de indagar o localizar tal principio con arreglo a los términos y condiciones exigidos por la doctrina y jurisprudencia: Prueba de su existencia y vigencia, aplicación al caso, reconocimiento en sentencias del Tribunal Supremo, etc. Igualmente y en sede contractual, el art. 1.258 del Código Civil dispone que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a

yoría de las veces nos olvidamos del verdadero sentido de tales conceptos en beneficio de los intereses propios que en cada caso nos toca defender?

El diccionario de nuestra Real Academia Española define la lógica como el "*modo de pensar y de actuar sensato, de sentido común*"; una descripción simple y sencilla que no debería dejar lugar a dudas, pero que sin embargo es capaz de acoger las más distintas interpretaciones cuando nos enfrentamos a un conflicto entre las partes sobre la aplicación de los términos establecidos en un contrato. Lo que para uno puede ser lo más sensato y de más sentido común para el otro puede resultar lo más alejado a su concepto de sensatez. En este sentido es evidente que si las partes difieren o son incapaces de ponerse de acuerdo sobre un concepto tan básico como lo es el sentido común de las cosas, difícilmente podrán dar un paso más y llegar a un punto de acuerdo sobre las obligaciones adquiridas por cada uno de ellos en un determinado contrato.

Estas diferencias no obstante, quizás pudieran salvarse si existiera una mayor unanimidad en la sociedad sobre qué entendemos por sentido de la realidad y de la justicia, pues es aquí donde debemos ubicar el principio de buena fe contractual. No podemos negar que vivimos inmersos en una multitud de leyes y normas cuya magnitud desconocemos la mayoría de las veces y que sin embargo no solucionan los problemas de justicia real; parece por tanto que quizás no sea este el camino más acertado y que debiéramos detenernos a recordar cuáles son estos principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico y lo que es más importante, cuál es el verdadero significado de los mismos. La complejidad de la técnica legislativa provoca que muchas de nuestras normas resulten contradictorias, y la incapacidad de las partes para llegar a un punto de acuerdo sobre la posible interpretación de las mismas hace que la conflictividad aumente y que finalmente aquellas no cumplan su objetivo primordial, que debiera ser el cumplimiento voluntario y efectivo de las mismas.

Si bien todos los contratos deben ejecutarse de buena fe, en el contrato de seguro este principio tiene un reconocimiento especial debido esencialmente al rol que asumen las partes. En cuanto al asegurado, este principio le obliga a describir total y claramente la naturaleza del riesgo que pretende asegurar, a fin de que el asegurador tenga una completa información que le permita decidir sobre su denegación





o aceptación y, en este último caso, pueda aplicar la prima correcta; también se advierte en el cumplimiento de sus obligaciones durante el contrato, o en la conducta que debe observar una vez acaecido el siniestro. En cuanto al asegurador, la buena fe le exige suministrar al asegurado información exacta de los términos en que se formaliza el contrato; se manifiesta, además, en la correcta interpretación del contrato, dada la naturaleza técnica y pre redactada de la póliza; y en la adecuada indemnización del siniestro de acuerdo a los términos convenidos.

En el ámbito del seguro la situación no es distinta, la ruptura del principio de buena fe contractual y el desconocimiento de lo que significan los principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico provocan que, a pesar de contar con una amplia normativa del sector, la resolución de conflictos pase cada vez más por la intervención de Juzgados y Tribunales. La abundante Jurisprudencia sobre cuestiones como cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo, coberturas en supuestos de impago de la prima, incumplimiento del deber de declaración de riesgo, comunicación del siniestro, etc, pone de relieve la falta de aplicación de este principio y la ignorancia del mismo por las partes.

De ahí que en los dos últimos congresos nacionales de nuestra Asociación, celebrados en Sabadell (XIV Congreso Nacional) y Valladolid (XV Congreso Nacional) hayamos dedicado la última ponencia de los mismos a hablar del contrato de seguro. En el primero de los congresos citados el título de la ponencia referida era "Consecuencias de la Inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de seguro. Supuestos que dejan sin contenido al contrato e imposibilitan su cumplimiento", que estuvo a cargo de **ANTONIO SALAS CARCELLER**, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, mientras que en el último congreso el título de la ponencia referida era "El contrato de seguro y la protección del consumidor: la construcción jurídica del control de transparencia", estando a cargo de **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**, catedrático de Derecho Civil y magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Pues bien, en el próximo XVI Congreso Nacional, que tendrá lugar en Málaga los días 10, 11 y 12 de noviembre próximo, se dedicará de nuevo una ponencia al tema del contrato de seguro, cuyo título será "Condiciones generales en el contrato de seguro: la buena fe y las cláusulas lesivas", que correrá a cargo de **PEDRO JOSÉ VELA TORRES**, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Retrato de Carmen Alcoz Martínez



Precisamente este último magistrado, fue ponente de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2016, en la que en relación al contenido natural del contrato de Seguro, se consideraba cláusula lesiva "aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. En definitiva, impide la eficacia de la póliza". En otra parte de esta sentencia se añade que las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado pueden ser válidas, "pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen -es decir, que no le sorprendan- y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa." La sentencia va referida a un supuesto de seguro de transporte, pero sus razonamientos pueden extrapolarse a cualquier otro seguro, en base a que todos los contratos de seguro

deben de estar impregnados por la buena fe a la que hace referencia el art. 1.258 del Código Civil.

Por último, quisiera rendir homenaje a una mujer que jugó un papel muy importante dentro de nuestra Asociación, pero sin ser asociada. Me estoy refiriendo a **CARMEN ALCOZ MARTINEZ**, la que hasta el pasado 15 de junio fuera la mujer de nuestro presidente, **MARIANO MEDINA CRESPO**, y madre de dos grandes juristas, **MARIA MEDINA ALCOZ**, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos y **LUIS MEDINA ALCOZ**, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid y letrado del Tribunal Constitucional. Era una gran mujer, en todos los sentidos, que supo darle a mi querido amigo **MARIANO** todo lo que necesitaba para ser feliz. Siento su pérdida con toda mi alma y sirva este editorial sobre "la buena fe contractual" como homenaje a **CARMEN**, un ser muy especial lleno de buena fe.

Julio 2016

Indemnización separada y compatible por daños morales corporales y por daños extracorpóreos. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016

Mariano Medina Crespo

Abogado. Doctor en Derecho

En su expresión positiva, la institución de la responsabilidad civil sirve para reparar los daños que, causados injustamente por un sujeto¹, afectan tanto al patrimonio económico de otro (daños materiales, extrapersonales), como a su patrimonio personal o existencial (daños personales o morales, extrapatrimoniales), diferenciándose, dentro de éste, su patrimonio biológico, fisiológico, somático o corporal (daños corporales: daños a la vida y a la integridad psicofísica) y su patrimonio espiritual o estrictamente personal (daños extracorpóreos, por los atentados a los otros bienes de la personalidad); y se resarcen, de un lado, las consecuencias o perjuicios patrimoniales derivados de los daños materiales y sus consecuencias o perjuicios estrictamente personales (morales) y, de otro, las consecuencias o perjuicios estrictamente personales (morales) derivados de los

¹ La injusticia del daño viene determinada por la presencia de alguno de los posibles títulos atributivos, constituidos por la culpa, el riesgo específico o el sacrificio necesitado.

daños inmateriales y sus consecuencias o perjuicios patrimoniales².

El Baremo de Tráfico de 2015, al igual que el derogado de 1995, no cubre el resarcimiento de los perjuicios morales derivados de daños personales extracorpóreos, de modo que el resarcimiento de éstos es necesariamente compatible con el de los derivados de los daños corpóreos que haya sufrido el mismo sujeto. Porque una cosa son los *damna in corpore data* y otra los *damna in anima data*. El nuevo Baremo lo expresa perfectamente en el art. 32 de la LRC y SCVM, al establecer que tiene por objeto valorar “*los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado*” por hechos de la circulación. Queda así no sólo claro, sino explícitamente determinado, que los perjuicios que resarce el Baremo son los perjuicios (personales y patrimoniales) que se causan a una persona como consecuencia del daño corporal que padezca en virtud de un accidente de circulación regulado por la Ley. Se mejora así el texto de la regla general 1ª del apartado primero del Baremo derogado que se refería a la valoración de los daños y perjuicios ocasionados a las personas en accidente de circulación³, conteniendo la nueva norma la puntualización de que, naturalmente, esos daños y perjuicios son los que están ligados a un daño corporal, sin que dicha regulación afecte a la valoración de cualesquiera daños personales que no sean de índole corporal.

La STS (Sala 1ª) de 8 de abril de 2016 (**PANTALEÓN PRIETO**), que recayó en un pleito de responsabilidad civil promovido por la “Asociación de Afectados Españoles por el [buque] Costa Concordia 2012” contra la armadora Costa Crociere (“Costa Cruceros”), puso de manifiesto la indicada dualidad, aunque ésta no constituyó en absoluto el objeto del recurso que fue desestimado. Con ella, el TS convalidó de modo espontáneo –en virtud de cierto prurito doctrinal– el resarcimiento diferenciado de dos especies de perjuicios per-

sonales o morales: los sufridos por los pasajeros asociados que habían padecido daños corporales de tipo psicológico; y los sufridos por todos los pasajeros (tanto los que sufrieron daños corporales como los que no los padecieron) por la zozobra, ansiedad, angustia y estrés vividos durante la noche del 13 de enero de 2012 en aguas italianas, con ocasión del naufragio producido.

Con la demanda, se reclamaron 80.000 € para cada uno de los 22 pasajeros asociados en concepto de daño moral por la zozobra, la angustia y el estrés que padecieron durante aquella fatídica noche; y, además, 37.000 € para cada uno de los 13 que sufrieron un daño corporal psíquico consistente en menos de tres meses de baja laboral y secuelas leves, así como 74.000 € para cada uno de los 4 que sufrieron daños corporales psíquicos con una baja laboral de más de tres meses y secuelas graves⁴. La demandada interesó la desestimación de la demanda, pero planteó con carácter subsidiario que los 17 pasajeros asociados que sufrieron daños corporales fueran resarcidos de acuerdo con las valoraciones efectuadas en los informes médicos periciales que, ajustados al Baremo de Tráfico, se aportaban con la contestación y en los que las cantidades básicas por lesiones temporales y permanentes se incrementaban con el factor de corrección del 10%⁵. Pero sostenía que, de acordarse este resarcimiento, la aplicación del Baremo de Tráfico que se proponía debía excluir cualquier indemnización adicional en concepto de daños morales⁶, al postularse con grosero sofisma que no hay más daños morales resarcibles que los previstos en dicho Baremo⁷.

La SJPI estimó parcialmente demanda y condenó a la demandada a abonar a cada uno de

² Me he referido a esta doble clasificación en diversos trabajos dedicados a la valoración del daño corporal. De modo específico, he tratado de ella en *El daño. Su doble clasificación fundamental. Ubicación del daño corporal y de sus heterogéneas consecuencias perjudiciales. Notas fundamentales sobre la valoración del daño corporal*, en AAVV, *Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses*, dirección Santiago Delgado Bueno, t. 2. *Toxicología forense. Daño corporal o psico-físico. Daño cerebral adquirido*, coordinadores Fernando Bandrés Moya/Santiago Delgado Bueno/Mariano Medina Crespo/José-Manuel Torrecillas Jiménez, Bosch, Barcelona, 2012, cap. 92, pp. 729-762.

³ Como si no hubiera más daños personales que los corporales y, por tanto, sin tener en cuenta que todo daño corporal es un daño personal, pero que hay daños personales que no son corporales.

⁴ También se reclamó una determinada cantidad por la pérdida del equipaje de cada uno de los pasajeros asociados.

⁵ Resulta pintoresco que los informes médicos periciales se extralimitaran en su cometido, pues, trascendiendo de la expresión del saber médico-legal, se permitían efectuar una valoración económica para sostener que tenía que aplicarse con un porcentaje del 10% el factor de corrección por perjuicios económicos, con referencia tanto a la indemnización básica por lesiones temporales como a la debida por lesiones permanentes. Se trataba de una cuestión jurídica que ciertamente escapa al cometido de una pericia médica. Por otra parte, debe resaltarse que, según los indicados informes y con cierto basamento jurisprudencial, el señalado factor proporcionaba una reparación de daños morales, según registra al efecto la SAP.

⁶ Se proponía de modo explícito que se rechazara de plano cualquier indemnización a los pasajeros por daños morales no contemplados en el Baremo de Tráfico.

⁷ Véase que ello suponía negar los perjuicios morales de la angustiada situación de zozobra causada por el siniestro.

los 22 pasajeros asociados 15.000 €, razonando que estuvieron sometidos al sufrimiento de una situación dramática, al producirse el hundimiento del buque que se prolongó por la noche durante horas, con una deficiente organización y sin recibir información alguna, aclarándose que, dentro de dicha cantidad, quedaba subsumida la que se reconocería por los daños corporales de quienes los padecieron⁸. El reconocimiento de la indicada suma se producía, pues, con independencia de que los pasajeros hubieran sufrido o no algún daño corporal psíquico; y esto significa que sólo se reparaba el perjuicio moral de la zozobra⁹ y que no era objeto de la más mínima reparación el perjuicio derivado del daño corporal padecido por algunos de ellos, al estimarse de más valor el primero que el segundo. Con ello, el JPI acogió de modo explícito el epidérmico criterio de la *SAP de Madrid (Sección 20ª, Civil) de 21 de junio de 2012 (RODRÍGUEZ JACKSON)* que, relativa a la reclamación de los pasajeros del buque de recreo “Sea Diamond”, hundido al chocar con un arrecife próximo a la isla griega de Santorini, sostuvo que, resarcidos los pasajeros por los perjuicios morales causados por la gravedad de su angustia y su zozobra, este resarcimiento era incompatible con el de los perjuicios morales sufridos por los pasajeros que fueron víctimas de una situación patológica que requirió tratamiento médico, aunque, caso de ascender el importe de estos perjuicios a una cantidad superior a la adjudicada por aquéllos, dicho importe fue el que se reconoció¹⁰.

⁸ El fallo de la SJPI señala que el reconocimiento de estos 15.000 € a cada uno de los 22 pasajeros asociados tiene lugar “en concepto daños físicos, psíquicos y morales”.

⁹ Justo lo contrario a lo propuesto subsidiariamente por la demandada.

¹⁰ La sentencia declaró de modo explícito que “los efectos de stress y sufrimiento producido por el naufragio y la necesaria situación en la que se encontraron todos los demandantes son comunes y tiene un mismo origen”, para añadir seguidamente que, “si bien consta probado que al menos cinco (...) demandantes sufrieron, además, una situación patológica que requirió tratamiento médico prolongado, lo que no sucedió con los demás”. El error de la AP estribó en ignorar las consecuencias diferenciadoras del “además”. Efectivamente, no es de recibo conceptual ni justicial –por ser completamente contrario al elemental principio de la vertebración perjudicial– la declaración siguiente: “entendemos acertado el criterio por el cual el juzgador de instancia entiende que los demandantes a los que se reconoce indemnización por incapacidad temporal no pueden ser indemnizados, además, por daño moral, pues, habiendo impetrado los demandantes la aplicación analógica del Baremo [de Tráfico] (...), la indemnización del daño queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al mismo, pues su indemnización por separado sólo es posible en aquellos supuestos en que la Ley lo concibe expresamente como un concepto independiente, lo que no es el caso”.

Pero, recurrida la SJPI, la *SAP de Madrid (Sección 14ª) de 29 de abril de 2014 (PATIÑO ALVES)* estimó parcialmente la apelación deducida por la Asociación demandante y también la impugnación (adhesión activa) de la entidad demandada, condenándose a ésta a abonar a cada pasajero 12.000 € como indemnización de daños morales por la zozobra, ansiedad, angustia y enorme estrés vividos; y, adicionalmente, a cada uno de los que sufrieron lesiones psíquicas, la cuantía reflejada en los informes médicos aportados por la demandada, aunque con exclusión del factor de corrección del 10%¹¹ pese a que la misma demandada lo había propuesto en su defensa subsidiaria¹².

Respecto de la partida relativa al resarcimiento de los perjuicios morales abstraídos de los daños corporales, la AP insistía en que se estaba ante un supuesto adornado por circunstancias muy singulares y que la utilización del Baremo de Tráfico con carácter orientativo no puede impedir que se reconozcan daños morales a margen de los contemplados en él, destacando que sería absurdo que la utilización facultativa del Baremo se tradujera en resarcir sólo los daños morales de los pasajeros que hubieran sufrido algún daño corporal. Con ello, se aproximaba a la razón, aunque no la aprehendía

¹¹ Sobre la base de que se supone que la impugnación de la demandada consistiera en solicitar la total desestimación de la demanda, su estimación parcial se tradujo en que la indemnización reconocida a todos los pasajeros por los perjuicios morales de la zozobra, fijados inicialmente en 15.000 €, se redujeron a 12.000; y, por otra parte, debe tenerse en cuenta que la SJPI había condenado a la demandada a que abonara a cada uno de los pasajeros por pérdida de equipaje la cantidad de 2.250 €, siendo reducida esta cantidad a 954 € por constituir el máximo de la cobertura prevista en el Convenio Internacional sobre Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por mar, suscrito en Atenas el 13 de diciembre de 1974 y modificado por un protocolo de 1976. Por otra parte, debe significarse que la SJPI estableció que las cantidades reconocidas devengaban intereses al tipo legal del dinero incrementado en 2 puntos desde la sentencia, es decir, que se impusieron sólo los (inesquivables) intereses moratorios procesales, sin imponerse los sustantivos que habían sido solicitados. En cambio, la AP estableció que las cantidades establecidas devengaban intereses moratorios ordinarios al tipo del interés legal del dinero desde la interpelación de la demanda, sin pronunciarse sobre el devengo posterior de los procesales, pese a que era obligado hacerlo al modificarse las cantidades que había reconocido el juzgador de primera instancia.

¹² Hubiera sido técnicamente de agradecer que, en lugar de fijarse esa fórmula remisiva de indemnización, se hubiera establecido la concreta cantidad reconocida a cada perjudicado. Se podría comprobar así si se había aplicado fidedignamente el Baremo o no, como si los daños corporales ajenos al tránsito motorizado hubieran de valorarse igual que los de este concreto ámbito.

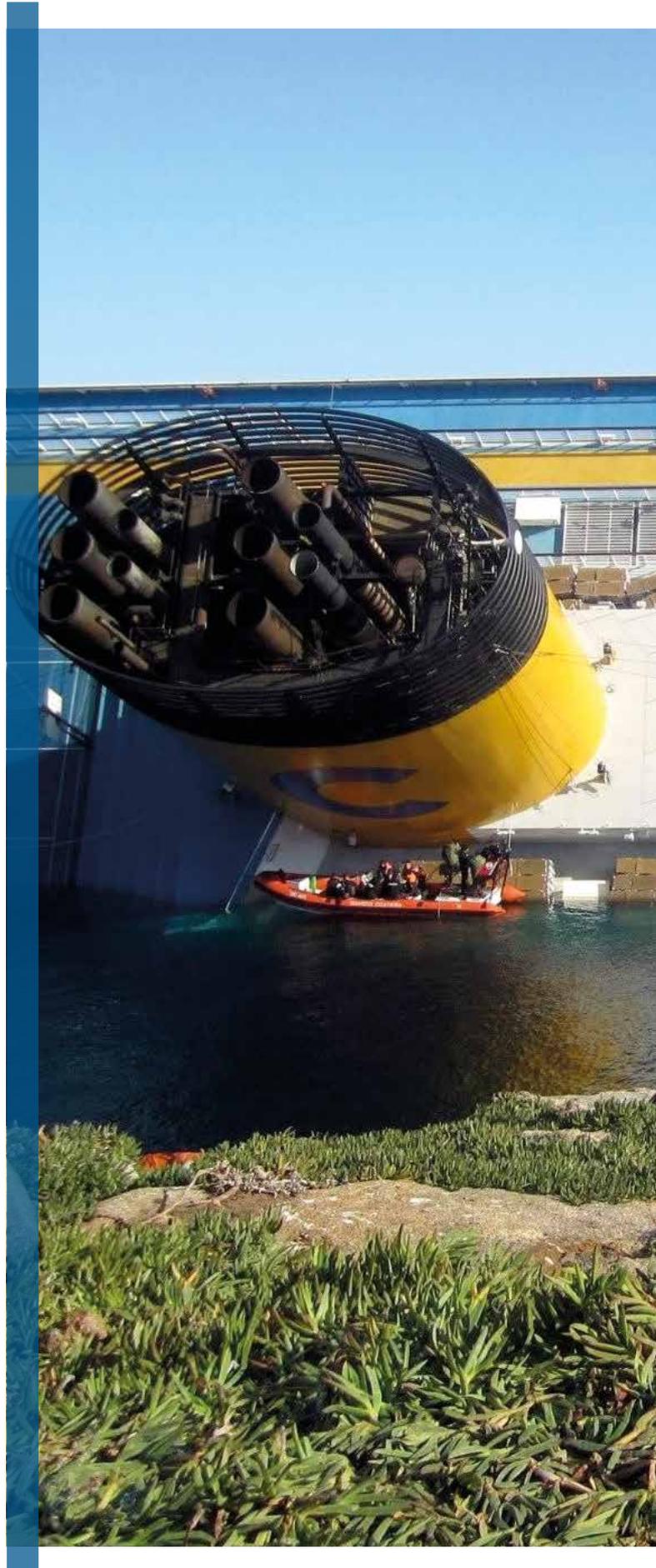
con la suficiente entereza¹³. A su vez, respecto de las sumas reconocidas por daños corporales, la AP justificó la exclusión del factor indicado con base en que los informes médicos aportados por la demandada, manejados para efectuar la valoración ajustada al Baremo de Tráfico, hacían referencia a que tal factor regula una indemnización por daños morales, por lo que, conceptuados así, se produciría una duplicación resarcitoria (*bis in idem*) si se aplicara el factor cuando se había reconocido ya a todos los pasajeros una concreta partida por tal capítulo¹⁴.

Al efectuar esta última declaración, la AP incurría en una patente alogía, pues el factor señalado se proyecta sobre el importe adjudicado como indemnización básica que sirve para la satisfacción de los perjuicios personales o morales causados por el daño corporal, mientras que los perjuicios morales reconocidos a todos los pasajeros al margen del Baremo no derivaban de daño corporal alguno. Pero sobre ello vuelvo después al recoger las (curiosas) consideraciones efectuadas al respecto por el TS.

La parte actora interpuso recurso de casación con articulación de tres motivos que, en esencia, sostenían que la plena indemnidad de los pasajeros asociados implicaba la necesidad de fijar para cada uno una indemnización de 60.000 €, sin que fuera pertinente aplicar el Baremo de Tráfico con carácter orientativo, denunciando (con un claro carácter subsidiario) la incorrecta eliminación del factor de corrección del 10%, puesto que éste resarce perjuicios económicos y no morales. Dado que, en definitiva, el recurso se enderezaba a denunciar la insuficiencia de las indemnizaciones establecidas por considerarlas desajustadas (por defecto) al principio de la reparación íntegra, el TS lo desestimó invocando la doctrina contenida en múltiples sentencias, pero con cita explícita de las de 2 de febrero de 2015 (**SEIJAS QUINTANA**) y 4 de marzo de 2015 (**SARAZA JIMENA**), que tienen declarado que *“es doctrina de esta Sala que (...) la cuantía de las indemnizaciones (...) no tiene acceso a casación, pues corresponde a la función soberana de los Tribunales de instancia (...) [la] apreciación de la prueba, sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando exista una notoria desproporción o se cometa una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía”*.

¹³ Quizá por ello el TS se ve invitado a alabar y explicar la solución adoptada mediante unas declaraciones *obiter dictæ*.

¹⁴ Razonamiento pintoresco que acredita la falta de entereza a la que me he referido.





Sentado lo anterior, la Sala se refiere a las bases jurídico-valorativas tomadas en consideración para fijar las indemnizaciones y, en este sentido, declara que *“la jurisprudencia de esta Sala ha establecido (...) el Baremo como (...) orientador (...) para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados (...) como consecuencia del daño corporal ocasionado en sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor”*; y que, conforme a lo declarado por la *sentencia de 6 de junio de 2014 (SEIJAS QUINTANA)*, que sigue a la de *30 de noviembre de 2011 (Xiol Ríos)*, *“aunque el principio de reparación íntegra comprende el resarcimiento de los daños morales”*, según *“se infiere del art. 1.2 de la LRC y SCVM¹⁵”*, *“la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos”* y *“su indemnización por separado sólo es posible dentro del sistema en aquellos supuestos en que la ley lo conciba expresamente como un concepto independiente”*, cual sucede con el factor de corrección de daños morales complementarios, con el de la incapacidad permanente (cuyo objeto principal es, según declara, reparar el daño moral ligado a los impedimentos de actividades¹⁶) y *“también [con] el factor de corrección por perjuicios económicos [que] cubre daños*

¹⁵ Efectivamente, el art. 1.2, según redacción vigente en la fecha de los hechos, contiene una descripción de los daños y perjuicios resarcibles que implica el acomodo del sistema legal valorativo a la integridad reparadora. Pero la sentencia no dice que la regulación del sistema, tal como ha sido definitivamente interpretada, impide la realización he dicho principio. Véase, por otra parte, cómo la afirmación jurisprudencial de que el principio de la integridad reparadora comprende la compensación de los perjuicios personales o morales se ha llevado al art. 33.3 del texto modificado por la Ley de 22 de septiembre de 2015, al introducir dentro de él el nuevo Baremo de Tráfico.

¹⁶ Apreciación de la que disiento contundentemente por entender y haber sostenido desde hace años que el factor corrector de la incapacidad permanente sirve en exclusiva para reparar perjuicios personales de actividad, sin que incluya el más mínimo adarme de resarcimiento de lucro cesante ni de ningún otro tipo de perjuicio de índole patrimonial. Remito al respecto a mi monografía *La incapacidad permanente en el sistema legal de valoración de los daños corporales. Estudio doctrinal y Jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2008, 762 pp. Tal es el criterio que ha consagrado de modo explícito el nuevo Baremo de Tráfico al predicar y realizar, llevándolo a sus últimas consecuencias, el principio fundamental de la vertebración perjudicial, traduciéndose ello en que el factor de corrección de la incapacidad permanente ha pasado a convertirse en un perjuicio particular por pérdida de calidad de vida, tratándose de un criterio que había asumido la STS (*Ple- no de la Sala 4ª de 23 de junio de 2014* (Castro Fernández), con rectificación de la doctrina promiscua de la mixtura que sostuvieron las SSTs (*Sala 4ª de 17 de julio de 2007* (López García de la Serrana y Castro Fernández) y que acogió la STS (*Sala 1ª de 25 de marzo de 2010* (Xiol Ríos).

morales, aunque no los cubra únicamente”, dado que, “en una proporción razonable, puede estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de los ingresos de la víctima”¹⁷.

Tras las declaraciones anteriores, la Sala señala que la anterior doctrina debe matizarse o complementarse en el sentido de que *“la utilización (...) del Baremo (...) para cuantificar (...) los perjuicios (...) del daño corporal [extracirculatorio] (...) no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal¹⁸; requisito éste (...) que elimina por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral”*. Efectuada esta declaración, la Sala puntualiza que *“fue acertada la decisión de la Audiencia “a quo”¹⁹ de conceder indemnización por el daño moral inherente a la situación de agonía, zozobra, ansiedad y estrés (...) que vivieron los pasajeros (...), tanto (...) los (...) que no padecieron daños corporales como los que (...) los padecieron”*. Puntualización que doctrinalmente es de agradecer, pero que, desde luego, no venía exigida por el planteamiento del recurso formulado por la actora.

¹⁷ La afirmación de que el factor de corrección por perjuicios económicos sirve para resarcir perjuicios económicos y también perjuicios morales corresponde a una interpretación del factor que, producida contra *verbeationem* y *extra verbum*, consiste en leer que donde la regulación se refiere a los perjuicios económicos quiere decir perjuicios personales (morales) y económicos. Lo normal es que la indeterminación de algunas reglas del viejo Baremo, respecto a la consistencia de los perjuicios resarcidos, se haya traducido durante años en una interpretación desajustada a las exigencias del principio vertebrador, consistente en adjudicarles un carácter mixto que implica resarcir al tiempo de forma mezclada e indiscriminada perjuicios personales y patrimoniales. Pero no era normal que una regla, cuyo supuesto de hecho hace sólo referencia de modo explícito a los perjuicios económicos, se interpretara también con esa mixtura. Que yo sepa la primera resolución que hizo esta interpretación fue la STS (Sala 1ª) de 6 de junio de 2014 (Seijas Quintana), relativa a un supuesto de responsabilidad civil sanitaria por aplicación de la doctrina del daño desproporcionado. Al hacer un comentario de alcance de esta sentencia, resalté que “sorprende igualmente que el TS afirme que el factor de corrección por perjuicios económicos cubre daños morales además de amparar perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima”, refiriéndome a que tal interpretación constituye una “verdadera transustanciación de la consistencia perjudicial de este factor y menosprecio del principio vertebrador” (*Comentario a la STS (Sala 1ª) de 6 de junio de 2014*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 50, 2014, 2º trimestre, pp. 125-126).

¹⁸ No excluye, efectivamente, tal resarcimiento por la potísima razón de que los daños morales ajenos al daño corporal no forman parte del ámbito del Baremo.

¹⁹ La expresión correcta sería *a qua*.

Bendecida así la intocable solución adoptada por la AP en unos términos que corresponderían a un recurso deducido por la parte demandada y no por la demandante, pues se enfatiza la justificación de la doble indemnización que se reconoció a los perjudicados que sufrieron daños corporales frente a la única reconocida a los que no los sufrieron, la Sala remata su argumentación señalando que dicha solución fue más justa que la proporcionada por el JPI que, en rigor, no reconoció cantidad alguna por los daños corporales que padecieron 17 de los 22 pasajeros asociados, al atenerse –añado yo– a un absurdo e incultivado criterio de absorción que supone desconocer la diversa índole de los bienes personales menoscabados en el caso.

Tras la anterior conclusión, la Sala señala que, en cambio, la AP no acertó al suprimir la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos, dado que no está ordenado únicamente a la indemnización de daños patrimoniales, sino que también cubre daños morales que no coinciden con los extratabulares resarcidos²⁰, pero señalando que la constatación de tal desacierto no implica la estimación del recurso interpuesto porque, consistiendo éste en expresar una radical oposición a la utilización del Baremo, carece de sentido que, incurriéndose en flagrante contradicción, se denuncie la falta de aplicación de una regla del mismo, sin que sea función de la Sala *“reconstruir la petición de la parte recurrente para convertirla en otra que, congruente con los motivos del recurso, podría haber prosperado”*.

De todas formas, puede sostenerse que no habría que acudir a una reconstrucción estricta de la petición de la parte recurrente si se captara que el planteamiento impugnatorio radicaba en sostener que la aplicación orientativa del Baremo se había traducido en reconocer indemnizaciones que no alcanzaban la reparación completa –cosa que, en mi concepto, es inequívoca en lo que refiere a los perjuicios originados por el daño corporal, aunque la parte recurrente no lo razonara debidamente–, pero que, con un carácter subsi-

²⁰ La elemental pregunta que suscita esa afirmación es la siguiente ¿cuáles son esos perjuicios morales que resarce el factor de corrección por perjuicios económicos y que son distintos de los que resarcen las otras reglas del Baremo? Con todo, el TS no acierta a determinar la razón del error omisivo en que incurrió la AP. Al margen de la cuestión atinente a la consistencia de los perjuicios resarcidos por el factor indicado “perjuicios patrimoniales en exclusiva, perjuicios personales en exclusiva o perjuicios de una y otra índole” parece lógico que, si se utiliza el Baremo de Tráfico, se aplicara el factor, partiéndose de que los perjuicios resarcidos por él no derivan de los daños extracorpóreos, sino de los corporales padecidos.

diario, venía a plantearse que, de persistirse en la aplicación facultativa del Baremo de Tráfico –sin las elevaciones de cuantía que de suyo reclama el esencial sometimiento de éste a un principio de reparación parcial²¹–, tendría que haberse realizado *in toto* con interpretación correcta de sus reglas y ello habría conllevado la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos que dejó de aplicarse, pese a que, dentro de su planteamiento defensivo subsidiario, la parte demandada había propuesto su aplicación.

Como recapitulación referente a la doctrina nuclear (pero sentada *ob iter*) de la sentencia comentada, debe resaltarse que todos los pasajeros asociados fueron víctimas de unos perjuicios personales (morales) por el sufrimiento que padecieron la noche de autos ante el desgraciado naufragio; y que la mayor parte de ellos sufrieron, además, los perjuicios personales (morales) derivados del daño corporal (psíquico) que se les infligió. Los perjuicios personales derivados del daño corporal que se reconocieron y resarcieron tuvieron su origen en la vulneración del derecho a la integridad psicofísica: la infracción de ese de-

recho se tradujo en la inflicción de esos perjuicios; y los perjuicios personales derivados de la zozobra y angustia que se reconocieron y resarcieron se originaron con la vulneración del derecho a la tranquilidad emocional: la infracción de tal derecho se tradujo en la inflicción de esos perjuicios²². Al efectuar esta diferenciación la AP y convalidarla con mejor expresión doctrinal el TS, se dio cumplimiento a las exigencias primarias del principio de la vertebración perjudicial, diferenciando dos manifestaciones distintas del perjuicio existencial.

Lo que antecede es así porque la salud constituye un bien fundamental de la persona como sustrato de un derecho de la personalidad; y sucede lo mismo con la tranquilidad emocional de la persona que constituye también un bien fundamental que es el sustrato de otro derecho de la personalidad: la integridad psicofísica se quebranta cuando se inflige una lesión corporal y la integridad emocional se quiebra cuando se inflige una lesión de tal cariz²³; bienes que, constituyendo atributos diferenciados de la

²¹ Aunque exista al respecto una sedicente doctrina jurisprudencial que se permite afirmar contra *rationem* que el Baremo de Tráfico sirve a las necesidades de una reparación total, la esencialidad de su parcialidad deriva de un elemental análisis crítico, por lo que puede sentarse el criterio general de que la aplicación mecánica de dicho Baremo, para valorar daños corporales ajenos al tránsito motorizado, constituye de suyo una decisión intrínsecamente arbitraria. No es de recibo justicial que la disciplina excepcional establecida para regular el alcance cualitativo y cuantitativo de la responsabilidad civil automovilística por daños corporales, sometida en esencia a un principio de reparación fraccional, se traslade mecánicamente para valorar daños ajenos al tránsito motorizado que están sometidos a un principio de integridad reparatoria que es el que rige en la disciplina común de la responsabilidad civil. Téngase en cuenta que la constitucionalidad de la parcialidad resarcitoria del Baremo de 1995 fue reconocida por la STC 181/2000, de 29 de junio (García Manzano) y convalidada por la STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 3 de 2001 (Xiol Ríos). Una vez que la jurisprudencia sentó, en consonancia con la doctrina constitucional, que era de esencia al Baremo de 1995 su sometimiento a un principio de reparación parcial, según resulta de forma definitiva de la fundamentación de la sentencia mencionada de la Sala 1ª del TS, dediqué a la cuestión los siguientes artículos: *Reflexiones críticas sobre la aplicación del Baremo fuera del tráfico motorizado*, Revista de Responsabilidad Civil, circulación y Seguro (Inese), 2012, núms. 4/5, pp. 7-290/6-32; *Aplicación del Baremo valorativo fuera del tránsito motorizado*, en la misma Revista, 2014, núms. 10/11, pp. 6-23/6-27; y *El maleficio de mentar [la bicha]. Indemnización para un alférez que quedó más que tetrapléjico por un disparo imprudente de pistola* (STS, Sala 5ª, de 176 de mayo de 2012), en la misma Revista, 2015, núm. 1, pp. 6-29. A su vez, respecto de la aplicación del Baremo de 2015 fuera del tránsito motorizado, me remito a *El manejo del nuevo Baremo de Tráfico fuera de su específico ámbito: la necesaria desvinculación de sus límites cualitativos y cuantitativos*, en AAVV, *Manual para la aplicación del sistema de valoración de daños de la Ley 35/2015*, dirección Francisco-Javier López García de la Serrana, Sepín, Las Rozas de Madrid, 2015, pág. 14, pp. 319-371.

²² Sobre los perjuicios emocionales y su atribución indemnizatoria, ver los apuntes recogidos en George-C. Christie, *La intersección de la responsabilidad extracontractual y el derecho constitucional y los derechos humanos*, traducción Jorge-Luis Fabra Zamora, en AAVV, *La Filosofía de la Responsabilidad Civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, dirección Carlos Bernal Pulido/Jorge-Luis Fabra Zamora, presentación Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 593-608, aunque sus notas se desvían a los daños causados a la libertad, a la libertad de expresión y a la intimidad o privacidad.

²³ Sobre los derechos de la personalidad, sobre su numerus apertus y sobre su protección resarcitoria, remito a Mariano Medina Crespo, *La relevancia constitucional de la cuestión valorativa. Su proyección en la tutela civil de la personalidad y de la familia*, en *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado...*, cit., t. I, *Los fundamentos*, 1999, pp. 76-96. En 1899, en un célebre discurso leído ante la Asociación de Jurisconsultos de Viena, Otto-Friedrich von Gierke postulaba que había que proteger civilmente los derechos de la personalidad de modo que su violación generara “*las obligaciones jurídico-civiles de restauración y compensación*”, refiriéndose a los diversos atributos de la persona, con cita no sólo del derecho a la vida, del derecho al cuerpo [integridad psicofísica], el derecho a la libertad y el derecho al honor, sino también el derecho al nombre [la identidad] y el derecho a las creaciones del espíritu [creatividad] (*La función social del Derecho privado*, traducción de José-María Navarro de Palencia, Sociedad Editora Española, Biblioteca Scaevola, Madrid, 1904, pp. 47-48), quedando claro que la violación de cada uno de esos derechos da lugar a perjuicios distintos. Idea que al cabo de los años se ha tornado en consideración común, sosteniéndose en España que la protección civil de los derechos de la personalidad se articula a través del derecho a la indemnización previsto en el art. 1902 CC, según expresa Jesús González Pérez en *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid, 1986, p. 125. Téngase en cuenta que la dignidad es la noción que expresa la cualidad ontológica del hombre como ser racional y sirve para afirmar la esencialidad de su autodeterminación; es el concepto que sintetiza los diversos atributos personales y es, por tanto, el núcleo en el que se fundan los derechos humanos como poderes que le son inherentes. Como concepto jurídico radical, sirve para aglutinar todos y cada uno de

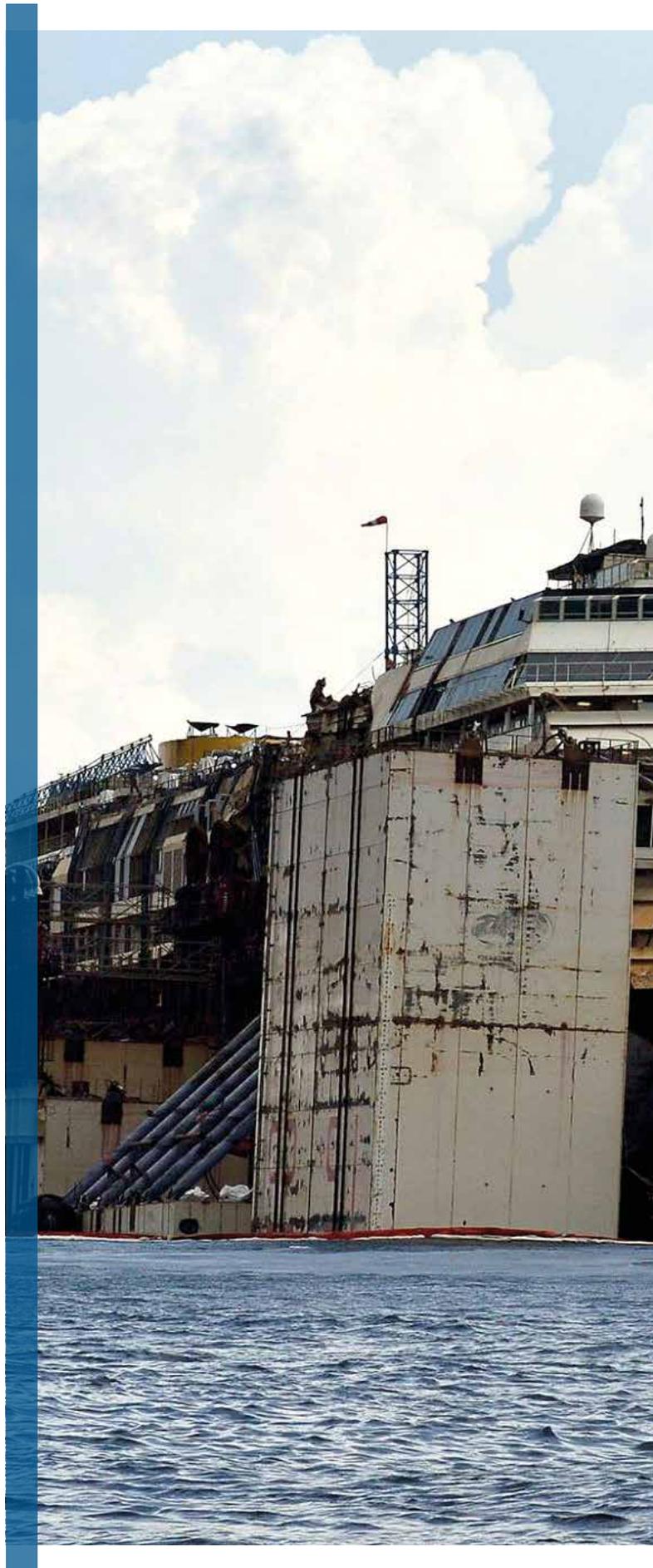
persona, conforman con los demás el concepto de la dignidad que ha de protegerse resarcitoriamente cuando es dañada.

La razón que esgrime la sentencia comentada, para rechazar que se produjera en el caso de autos una duplicación indemnizatoria a través del capítulo de los daños morales, debería haberla invocado la *STSJ del País Vasco (Sala Social) de 11 de noviembre de 2014 (BIURRUM MANCISIDOR)* que, al acoger el recurso de suplicación deducido por la demandante, añadió una partida por daño moral que se superponía con las cantidades que por tal concepto ya se habían establecido en la instancia, aunque, como finalmente se verá, habría podido acudir a una justificación distinta para reconocer el acierto de la doble indemnización.

La actora había promovido pleito de responsabilidad civil adicional por los perjuicios sufridos como consecuencia de accidente laboral producido por la falta de reacción por parte de la empresa ante el estrés laboral que le generaba la tensa relación con sus compañeros de trabajo, traducándose en que se la declarara incurso en una incapacidad permanente absoluta. Acogida la demanda, el JS manejó el Baremo de Tráfico, pese a que ni siquiera lo había invocado la actora y fijó como indemnización básica por las secuelas (13 puntos) la cantidad de 10.268,31 € y por el factor corrector de la incapacidad permanente absoluta la de 140.000 €. En su recurso de suplicación, la demandada aducía que no debía aplicarse el factor de corrección de la incapacidad permanente en grado absoluto, haciendo referencia a la relativa repercusión de sus secuelas en sus actividades personales ordinarias y que, de cualquier forma, debería descontarse el importe correspondiente a la pensión social reconocida por la incapacidad permanente absoluta laboral, debiéndose distinguir de la cantidad prevista en el señalado factor la parte atribuida a la discapacidad vital y la adjudicada por la discapacidad laboral, para, después eliminar la segunda por la computación de la pensión social²⁴. A su vez, la demandante pretendía

los derechos fundamentales de la persona. A su vez, debe registrarse que, como ha escrito Francesco Galgano, el catálogo de los derechos de la personalidad se encuentra en continua expansión, como consecuencia del desarrollo de la conciencia social y en conexión con las amenazas a que está sujeto el individuo (*I Diritti della personalità, en Diritto civile e commerciale, 2ª parte, vol. 1, Le categorie generali. Le persone. La proprietà, 2ª ed., Cedam, Milano, 1993, cap. 2, p. 148*) sin que pueda pretenderse una catalogación cerrada, tal como demuestra el curso progresivo de la historia, al ampliarse el sentido de los atributos personales que requieren de forma depurada una protección jurídica concreta

²⁴ Se invocaba así la doctrina jurisprudencial sentada por las SSTs (Sala 4ª) de 17 de julio de 2007 (López García de la Serrana y Castro Fernández).





con su recurso de suplicación que, entre otros extremos, se le reconociera una concreta cantidad por los daños morales que decía no haber tenido en cuenta el juzgador de la instancia.

El TSJ desestimó el recurso de la empresa demandada, invocando al efecto la doctrina de la *STS (Sala Social) de 23 de junio de 2014 (CASTRO FERNÁNDEZ)*²⁵, sin que por ello procediera hacer descuento alguno de la cantidad reconocida por el factor de la incapacidad permanente absoluta²⁶, la cual se mantuvo en su dimensión estrictamente personal, al no resarcirse con él lucro cesante alguno. En cambio, acogió la suplicación de la demandante y añadió a la cantidad confirmada 50.000 € con base en que la actora había sido víctima de la vulneración de su derecho fundamental a la integridad psicofísica, con ponderación de la gravedad de la situación resultante.

Dada la justificación a la que se acudió para establecer esa doble indemnización, es claro que la sentencia vulneró (en principio) el principio de integridad reparatoria y, previamente, el de vertebración, por ignorar, pese a que lo recoge así, que tanto la suma básica por lesiones permanentes como la reconocida por el factor corrector de la incapacidad permanente corresponden a la reparación de los daños morales padecidos por la actora, por lo que no se justificaba en absoluto la inclusión de una tercera partida por el mismo concepto. Otra cosa hubiera sido que, de forma razonada, se hubiera mostrado discrepancia con las cuantías resultantes de la aplicación estricta del Baremo y que se hubieran establecido por los dos conceptos reconocidos cantidades superiores. Pero no es de recibo el añadido de esa tercera partida bajo el argumento de que el daño moral sufrido por la demandante no había sido resarcido con las cantidades que ya se habían establecido. Se está así ante una tautología valorativa y, por tanto, resarcitoria²⁷.

Se estaba, efectivamente, ante un supuesto en el que la trabajadora sufrió un atentado

²⁵ Para un amplio estudio de esa sentencia, remito a Mariano Medina Crespo, *Protocolo para cuantificar los perjuicios sufridos por un accidentado laboral por culpa de su empresario. Su traslado para cuantificar la responsabilidad civil por daños corporales ajenos al tránsito motorizado (a propósito de la STS (Sala 4ª) de 23 de junio de 2014, Base Datos Sepín, SP/SENT/778374, 32 pp.*

²⁶ Cantidad que me parece manifiestamente exagerada.

²⁷ Al ocuparse de esta sentencia, Cristóbal Molina Navarrete apunta que la solución resarcitoria adoptada produce un efecto de "sobreindemnización" (*Hacia un giro copernicano*

a su derecho fundamental a la tranquilidad de la vida, que es en lo que consiste el *mobbing*, lo que, de suyo ya comportaba la necesidad de resarcir los daños morales que tal situación le causara (por la zozobra, ansiedad, angustia y estrés padecidos en virtud del acoso permanente), con independencia de que esa situación generara algún daño corporal que, de producirse, tenía que resarcirse de forma separada. Por ello, el error técnico en que se incurrió consistió en justificar la cantidad complementaria por daños morales como resultado asociado al derecho fundamental a la integridad psicofísica, cuando los daños ligados a ésta ya estaban reparados; y ello en lugar de ligarlos a los perjuicios morales que, de suyo, genera el acoso²⁸, con independencia de que dé lugar a un daño corporal o no.

Téngase en cuenta que la práctica judicial pone de manifiesto que son bastante frecuentes los casos en que un sujeto padece perjuicios personales causados por un daño corporal y, al tiempo, perjuicios personales causados por un daño extracorporal, debiendo procederse a la valoración separada de unos y otros. Así sucede en los casos en que se sufre una violación, que genera de suyo un daño por el atentado a la libertad sexual, y, al tiempo, daños corporales (físicos y/o psíquicos). Puede ponerse como ejemplo la *STS (Sala 2ª) de 8 de enero de 2007* (**MARTÍN PALLÍN**), donde se razonó justificadamente que no era aplicable el Baremo de Tráfico, sin vertebrar adecuadamente unas indemnizaciones que sufrió quien padeció una violación y, a su vez, además de sus daños corporales, fue perjudicada por el asesinato de su prometido, sin que ni la sentencia ni el voto particular (**MAZA MARTÍN**), que era partidario de aplicar sin más el Baremo de Tráfico, vertebraran adecuadamente las indemnizaciones²⁹.

en el (otrora inexistente) Derecho Social de Daños: La ejemplarizante indemnización por daños a la persona (del trabajador), Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 52, 2014, 4º trimestre, p. 12), dado que proporcionó a la demandante un "plus indemnizatorio" (p. 19). Hay, por otra parte, el pequeño comentario laudatorio de Juan-Ignacio Marcos González (*Comentario*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 52, 2014, 4º trimestre, pp. 111-112), que fue el letrado de la actora.

²⁸ Ver arts. 177.1, 177.4, 178.1 y 183 de la Ley de la Jurisdicción Social de 10 de octubre de 2011.

²⁹ Me remito al respecto a Mariano Medina Crespo, *La valoración de los daños corporales dolosos. Apostillas a la STS (Sala 2ª) de 8 de enero de 2007 y a su voto particular*, Revista Sepín de Responsabilidad civil y Seguro, núm. 6, 2008, julio-agosto, pp. 11-37.





La doctrina se ha hecho eco de que algunos Tribunales aplican orientativamente el Baremo de Tráfico para valorar los perjuicios personales causados en supuestos de discriminación³⁰. Se señala que en estos casos, acreditada la discriminación, no hay que probar el daño moral, porque se presume de acuerdo con lo que se denomina la doctrina de la automaticidad³¹, que implica la indefectibilidad de la irrogación de los perjuicios. No obstante, se ha citado alguna sentencia como expresiva del cabal sentido de aquella utilización orientativa, en un supuesto de agresión sexual, como la *SAP de Baleares (Sección 2ª, Penal) de 28 de diciembre de 2007 (GÓMEZ-REINO DELGADO)*³², en la que se declaró que “*el uso de estos Baremos está (...) pensado para resarcir (...) daños derivados de accidentes de circulación y no tiene en cuenta factores (...) particulares del daño psíquico en la víctima de agresión sexual*”, concretando que “*no es lo mismo pasar por una carretera o el miedo a subir en coche que evitar y ser incapaz de sentir amor o tener relaciones sexuales con otra persona*”, por lo que, “*aunque la cuantificación de las lesiones psíquicas se verifique tomando en consideración (...) los Baremos (...) para (...) las lesiones corporales causadas en accidentes de circulación, su recurso no debe ser automático, sino solamente orientativo (...), como valores de referencia a modo de (...) punto de partida*”.

Con todo, debe tenerse en cuenta que, en un supuesto como el considerado por la referida sentencia, se está, tal como ya hemos visto, ante dos especies distintas de daños morales, pues, de un lado, hay el que supone en sí el atentado a la libertad sexual y, de otra parte, hay el eventual daño corporal de tipo psíquico que puede generar dicho atentado, bajo el entendimiento de que deben valorarse separadamente uno y otro de acuerdo con el principio

³⁰ Así lo resalta Ariadna Aguilera Rull, *Daño moral por discriminación*, en AAVV, *El daño moral y su cuantificación*, directores Fernando Gómez Pomar/Ignacio Marín García, Bosch, Barcelona, 2015, cap. 8, p. 637.

³¹ *Ibidem*, pp. 632-637. Se apunta en este sentido que se está ante el mismo fundamento que origina el art. 9.3 de la LO 1/1982, relativa a la protección del honor, la intimidad y la imagen de la persona, al establecerse que la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima (p. 633).

³² Sentencia explícitamente mencionada por la autora citada, citándola como expresión de que es objetable la utilización del Baremo de Tráfico en caso de una agresión sexual (p. 643-644). Lo cierto es que leído el fundamento de la sentencia, debe tenerse en cuenta que la misma invoca la aplicación del Baremo “*por analogía*” y “*con carácter meramente orientativo*”, sin que objete la utilización del Baremo, salvo que la objeción refiera a su aplicación mecánica y exacta.

de vertebración, y que a su vez, el daño psíquico producido no puede valorarse de acuerdo con las cantidades previstas en el Baremo de Tráfico, sino tomar efectivamente éste como punto de partida para tener en cuenta que si ya de por sí sirve a un principio de reparación parcial, esta parcialidad resultaría doble pues, además de resarcirse en superior cuantía el daño psíquico en sí mismo considerado por no estar sujeto al régimen del Baremo de Tráfico, debe ponderarse la mayor intensidad del perjuicio que supone el hecho de que se haya producido dolosamente³³.

Un supuesto típico en que puede producirse la dualidad de los perjuicios morales que se apreciaron en el caso de la sentencia objeto del presente comentario, está constituido por los daños ruidógenos que, de suyo, constituyen un atentado a la intimidad e inviolabilidad del domicilio de las personas, según impuso en nuestro país la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero que, al tiempo, pueden generar daños de índole corporal, por lo que, de existir éstos, habría de acudir a una doble indemnización para el resarcimiento de los daños morales respectivamente padecidos.

Aunque no se apreció la existencia de daños corporales, puede merecer la pena traer a colación la solución adoptada al respecto por la *SAP de Vizcaya (Sección 5ª, Civil) de 7 de diciembre de 2010 (HUERTAS SÁNCHEZ)* a que valoró con criterio puramente equitativo los daños que el ruido había causado al demandante, cifrándolos en 6.000 €, con revocación parcial de la sentencia recurrida que los había valorado en 12.000. Dio noticia de esta sentencia el profesor Eugenio Llamas Pombo en artículo editorial de la Revista especializada de su dirección³⁴. Aunque su breve comentario se centraba en la cuestión atributiva, no dejaba de referirse a la valorativa y se preguntaba que por qué la AP fijó la indemnización en 6.000 € y no en 5.500 ó 15.200 €, sin brindar el más mínimo atisbo de la respuesta pertinente. Con ello, su crítica era expresiva de un nítido escepticismo respecto a la posibilidad de resolver de forma razonable la aporía resarcitoria del daño mo-

ral, cuando, en particular, está ligado al padecimiento sufrido por unos ruidos intolerables; aporía consistente en la necesidad de casar la imposibilidad de valorarlo con la necesidad de hacerlo. Frente a la postura que resuelve el dilema previo con la afirmación de que no hay que valorarlo, hay la postura de que hay que valorarlo y resarcirlo.

Se estaba ante el caso de un niño de 10 años que tocaba el saxofón en su casa durante al menos 3 días a la semana, es decir, 12 días al mes, rebasando los límites de tolerancia. Ello implica que tocaría el saxofón, en principio, durante 144 días al año. Pero, si admitimos que la familia del niño (presumiblemente con el saxofón) y/o la familia sufridora se iría/irían de vacaciones durante un mes que fuera coincidente, puede determinarse que los días del perjuicio del ruido serían 132 y como la sentencia valora los perjuicios padecidos durante dos años, hay que computar 264 días de daños resarcibles, que serían 252 de no haber coincidencia en el período vacacional.

Téngase en cuenta que la contaminación acústica constituye un atentado a los derechos fundamentales contemplados en los arts. 15 (derecho a la vida y a la integridad psicofísica) y 18 (derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio) CE. Por ello, conjugando la problemática planteada con el tratamiento resarcitorio de las lesiones (corporales) temporales³⁵, puede pensarse en que los días en que se sufriera el ruido del saxofón fueran asimilables a días impeditivos o a días no impeditivos, para, en el primer caso, determinar si son total o parcialmente impeditivos. La pregunta que uno puede hacerse es: ¿Qué es peor? ¿Estar durante un día con un menoscabo de salud que permita leer o ver la televisión e incluso pasear o sufrir el ruido intolerable del saxofón que impide leer o ver con tranquilidad la televisión, obligando, en su caso a tener que salir de casa por no soportarlo? Hay que concluir que los días ruidosos son razonablemente asimilables a los impeditivos en términos de salud, porque las molestias que produce el niño atronador alteraban la vida del demandante y su familia, produciendo menoscabos en el bienestar doméstico, obligando a permanecer

³³ Téngase en cuenta que en este caso la agredida que fue objeto de una penetración completa por vía vaginal, sufrió un estrés postraumático que le quedó como secuela habiendo estado de baja durante 175 días, reconociéndosele una indemnización por importe de 18.000 €, sin diferenciarse el daño corporal padecido y el estricto daño moral sufrido por la agresión sexual.

³⁴ Práctica de Derecho de daños (La Ley-Actualidad), *La inmisión del saxofón*, núm. 96, 2011, sept., pp. 4-5.

³⁵ En mi concepto, desde que se instauró el sistema legal valorativo, la valoración del daño ruidógeno no puede montarse sobre la socorrida e histórica afirmación (efectuada por la STS, Sala 3ª, de 27 de noviembre de 1993) de que se "carece de parámetros o módulos objetivos" para su valoración, aunque no puede, naturalmente, ignorarse el "componente subjetivo de la determinación de los daños morales" (STS, Sala 3ª, de 30 de marzo de 1988).

en la casa, desquiciados, o tener que abandonarla mientras duraba el ruido, para no tener que soportarlo, quedando en ella en situación enfermiza u obligando a ausentarse de ella por no oírlo.

Manejado el sistema legal valorativo establecido para los accidentes de circulación y, teniendo en cuenta las sumas indemnizatorias vigentes en 2010, si tenemos en cuenta que el valor del perjuicio personal por un menoscabo temporal de salud era de 53,66 € por día impeditivo y de 28,88 € por día no impeditivo, puede manejarse un módulo intermedio que correspondería al día parcialmente impeditivo, con lo que resultaría un valor de 41,27 € ($53,60+28,88=82,54:2=41,27$). Multiplicado este módulo por los 264 días antes señalados, resultaría la cantidad de 10.894,28 €, que se tendría que incrementar con el factor de corrección por perjuicios económicos³⁶ que podría cifrarse en un 10%, con lo que resultaría una indemnización de 11.984,70 € que es precisamente la cantidad que coincide con la que reconoció la sentencia de instancia y que revocó la AP, para reducirla a la mitad.

La conclusión que se obtiene de los cálculos efectuados es que el JPI actuó con verdadero olfato valorativo, fijando la indemnización a ojo, pero con ojo de un buen cubero, mientras que la AP demostró haber efectuado una valoración con el ojo de un pésimo cubero. Pero, en mi concepto, ni siquiera la sentencia de primera instancia correspondió a una labor valorativa realizada con ojo de buen cubero, pues entiendo que la indemnización de 12.000 € no correspondía a una congrua valoración de los perjuicios personales producidos. Téngase en cuenta que en este caso habría que conjugar la valoración con dos datos verdaderamente relevantes, constituidos, el primero, por el hecho de estarse ante perjuicios personales de intensidad progresiva y no regresiva, es decir, al revés de lo que realmente acontece normalmente con las lesiones corporales de carácter temporal; y el segundo dato es que se estaba ante un supuesto en que los daños

estaban causados en virtud de una culpa consciente rayana en el dolo. No hay duda de que, durante los dos años en que hasta la sentencia hubo de sufrirse el ruido del vecino, el demandante realizaría gestiones cerca del padre del niño para que cesara en unas prácticas musicales que no se captaban como tales en el piso contiguo y que, desde luego, el padre del niño habría hecho caso omiso a los ruegos y peticiones de la familia sufridora.

Estos dos datos son relevantes a los efectos de la valoración del daño, porque debería acudir a una cierta escala progresiva para valorar la temporalidad del perjuicio, al igual que ha hecho la Sala 3ª del TS para valorar el perjuicio personal causado por una injustificada privación de libertad³⁷; y, a su vez, la suma resultante de tener en cuenta esa escala progresiva debería incrementarse con la aplicación de un porcentaje acomodado al *plus* del perjuicio ligado a la perversidad de unos vecinos desalmados, pues se está ante unos daños causados con culpa consciente.

Podrá ser difícil la valoración del perjuicio personal causado en este caso por el ruido del saxofón, pero puede sostenerse que una indemnización de 15.000 € hubiera sido desproporcionada por defecto y no por exceso. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los cálculos efectuados corresponden al perjuicio sufrido por uno solo de los miembros de la familia que tuvo que soportar durante dos años el ruido del saxofón, como si los restante miembros de la familia fueran sordos y no les afectara³⁸. Y eso que no se tiene en cuenta, porque, al parecer, nada dice al efecto la sentencia, que la persistencia del ruido constituyera un estricto menos-

³⁷ SSTS (Sala 3ª) de 20 de febrero de 1999, 29 de marzo de 1999, 29 de mayo de 1999, 12 de junio de 1999, 26 de junio de 1999 y 3 de noviembre de 2000 (de todas, Peces Morate).

³⁸ La STSJ de Valencia de 21 de enero de 2011 (Altarriba Cano) valoró los perjuicios sufridos por cada una de las dos familias reclamantes en 650 € mensuales, lo que suponía adjudicar 21,66 € por día. En este caso, el devengo de la indemnización comprendía el período de casi cuatro años transcurrido entre el 1 de julio de 2007 y el día en que se dictó la sentencia que acordó imponer al Ayuntamiento el deber de proceder al cierre del establecimiento (*Pub Jack el Tuerto*), lo que supuso un total para cada familia de 25.053,60 €, quedando sin resarcir el perjuicio que se produciría desde la fecha de la sentencia y la fecha del efectivo cierre del local. Esta sentencia recoge las cantidades reconocidas en otras SSTSJ: *Andalucía (Granada)* de 29 de junio de 2009 (3.000 €); *Andalucía (Sevilla)* de 14 de octubre de 2007 (3.000 €) y 9 de febrero de 2009 (4.000 €); *Canarias* de 28 de julio de 2009 (3.000 €); *Murcia* de 24 de marzo de 2007 (3.980 €); y *Valencia* de 2 de octubre de 2006 (2.000 €), 10 de marzo de 2008 (5.000 €), 11 de diciembre de 2009 (2.000 €) y 24 de octubre de 2010 (2.000 €).

³⁶ Si tenemos en cuenta que, en mi concepto, este factor está concebido para reparar un perjuicio patrimonial básico que está siempre ligado a cualquier tipo de perjudicialidad personal, no hay más que pensar en las gestiones que hiciera el demandante con sus desplazamientos a la Comisaría y los pagos realizados para las reiteradas pruebas de medición del ruido al objeto de acreditar que los decibelios rebasaban el límite reglamentariamente tolerable, es claro que el factor serviría para resarcir una serie de perjuicios patrimoniales, tan molestos y difíciles de acreditar en su expresión cuantitativa como reales en su expresión existencial.



cabo para la salud psicofísica de los miembros de la familia de la parte actora, en cuyo caso habría que fijar por separado la indemnización correspondiente.

Por otra parte, las valoraciones señaladas (la del JPI, la de la AP y la que he sugerido) corresponden sólo a los dos años transcurridos de sufrimiento ruidógeno desde que empezó a tocarse el saxofón hasta que se presentó la demanda, con lo que quedó sin valorar, y, por tanto, sin resarcir, el perjuicio personal producido desde la reclamación judicial hasta que se ejecutara la sentencia apelatoria y cesara el uso del instrumento musical (acogimiento de la acción de cesación acumulada a la de resarcimiento), en tanto no se produjera la insonorización del inmueble. Por ello, de haberse planteado así la demanda, tendría que haberse establecido el módulo semanal o mensual del resarcimiento con aplicación hasta el *dies ad quem* constituido por las cesación del ruido, con lo que la indemnización sería muy superior incluso a la que he propuesto. De haberse acordado así, no tendría que pensarse en la alta conveniencia de que *de lege ferenda* se prevea para casos como éste algún tipo de medida astrictiva con la que reforzar la efectividad del mandato judicial inhibi-

torio, según reclama en su breve comentario el profesor LLAMAS³⁹.

³⁹ En un número posterior de la Revista donde se inserta la reflexión sintética de este excelente civilista, el profesor Agustín Macías Castillo, especialista en responsabilidad civil por daños ruidógenos por razón de su tesis doctoral, incluye un informe jurisprudencial sobre la Protección civil frente al ruido, dedicando un apartado concreto a la "reparación del daño causado", con cita de las soluciones adoptadas por las *SSAP de Alicante (Sección 9ª, Elche, Civil) de 13 de mayo de 2009 (Valero Díez), Cádiz (Sección 5ª, Civil) de 23 de mayo de 2008 (Ercilla Labarta), Córdoba (Sección 1ª, civil) de 23 de diciembre de 2008 (Magaña Calle), Madrid (Sección 13ª, Civil) de 11 de mayo de 2009 (Cezón González), Valencia (Sección 7ª, Civil) de 15 de septiembre de 2008 (Lahoz Rodrigo), Zaragoza (Sección 4ª, Civil) de 5 de noviembre de 2008 (Medrano Sánchez) y Zaragoza (Sección 4ª, Civil) de 16 de enero de 2009 (Navarro Peña)* (Práctica de Derecho de Daños, núm. 98, 2011, nov., pp. 57-59). Tampoco se formula en este informe propuesta alguna de signo positivo como alternativa a la forma en que se valora judicialmente el daño ruidógeno. Pero tiene el acierto de destacar que no es de recibo que la determinación indemnizatoria se realice con la sola invocación de un prudente criterio de equidad, porque éste, además de peligroso, es contrario a la ley (art. 3.2 CC) cuando se erige en fundamento exclusivo de la solución adoptada. Esto significa pura y simplemente que, para valorar el daño ruidógeno, al igual que cualquier daño personal, es imprescindible fijar las bases fácticas con las que individualizarlo (primera premisa del silogismo judicial) y las bases jurídico-valorativas (segunda premisa) que conduzcan a la conclusión resarcitoria adoptada.



La aplicación en el tiempo de la Ley 35/2015: algunas cuestiones problemáticas*

Juan José Marín López
Catedrático de Derecho Civil. Abogado

Sumario

Introducción

I. Los datos normativos de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre

1. La Disposición transitoria de la Ley 35/2015 y sus precedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo
2. La Disposición final quinta de la Ley 35/2015
3. La Disposición derogatoria de la Ley 35/2015

II. La dimensión constitucional de los aspectos de derecho transitorio de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre

III. La aplicación en el tiempo de las normas procesales de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre: dos ejemplos

1. El nuevo requisito de procedibilidad del artículo 7, apartado 8, párrafo segundo, de la LRCSCVM
2. El dictado del Auto de cuantía máxima

* Este artículo recoge, en esencia, la ponencia desarrollada por su autor en el XXXII Congreso de Derecho de la Circulación, organizado por INESE y celebrado en Madrid el 21 y 22 de abril de 2016, bajo el título «Irrretroactividad del nuevo baremo. Criterios de retroactividad de la Ley».

INTRODUCCIÓN

1. El objeto de este trabajo es analizar algunas cuestiones problemáticas relacionadas con la aplicación en el tiempo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación¹. Es un análisis centrado exclusivamente en problemas de derecho intertemporal provocados, por el tránsito de la antigua ley (algunos de cuyos preceptos se derogan, mientras que otros simplemente se modifican) a la nueva Ley 35/2015. No pretende ser un estudio exhaustivo, sino más bien limitado a aquellos aspectos que en los primeros meses de aplicación de la Ley 35/2015 se están revelando como más controvertidos, o que pueden llegar a serlo en el corto o medio plazo.

I. Los datos normativos de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre

2. La Ley 35/2015 contiene tres datos normativos de los que inexcusablemente ha de partirse para saber cuál es la decisión adoptada por el legislador en torno a su aplicación en el tiempo. Se trata de su Disposición transitoria, su Disposición final quinta y su Disposición derogatoria. Aunque los criterios que se mantienen en este trabajo reposan sobre una interpretación combinada de las tres, resulta apropiado, en aras a una mayor claridad en la exposición, realizar un análisis individualizado de cada una de ellas.

1. La Disposición transitoria de la Ley 35/2015 y sus precedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

3. La Disposición transitoria (única) de la Ley 35/2015 consta de dos apartados perfectamente coordinados entre sí. La rúbrica de dicha disposición («Aplicación temporal del sistema») demuestra que su ámbito de aplicación se circunscribe al «sistema», es decir, al nuevo baremo que ahora se contiene en el Título IV de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor («LRCSCVM»), aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Dicho en otras palabras: aunque la norma en análisis constituye la Disposición transitoria de la Ley 35/2015, es decir, de la ley en su conjunto, el contenido normativo de esa disposición no afecta a toda la Ley, sino únicamente al «sistema», entendiéndose por tal, de manera más precisa, el «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios cau-

sados a las personas en accidentes de circulación», recogido en el Título IV, artículos 32 a 143 LRCSCVM, introducido por la Ley 35/2015. Las tablas que conforman el Anexo del Sistema se encuentran también comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Disposición transitoria de la Ley 35/2015. Por el contrario, no están concernidas por esa disposición todas las restantes modificaciones de la LRCSCVM introducidas por la Ley 35/2015, cuya aplicación en el tiempo se rige por otras normas.

4. Conforme a la Disposición transitoria de la Ley 35/2015, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación «se aplicará únicamente a los accidentes de circulación que se produzcan tras su entrada en vigor» (apartado 1), en tanto que para la valoración de tales daños «en accidentes ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor» de la Ley 35/2015 «subsistirá y será de aplicación el sistema recogido en el Anexo y en el Anejo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre» (apartado 2).

La interpretación combinada de los dos apartados que integran la Disposición transitoria de la Ley 35/2015 no ofrece ninguna duda acerca de que el nuevo baremo se aplicará a los accidentes de circulación ocurridos después de la entrada en vigor de la Ley 35/2015 («únicamente» a tales accidentes, subraya el apartado 1 de dicha disposición), en tanto que para los sucedidos antes de esa entrada en vigor «subsistirá» la aplicación del baremo contenido en el Anexo de la LRCSCVM. Puesto que la Ley 35/2015 entró en vigor el 1 de enero de 2016 (cfr. su Disposición final quinta), resulta que los accidentes ocurridos después las 00:00 horas del 1 de enero de 2016 se regirán por el nuevo baremo, mientras que los acaecidos antes de, o a las, 23:59 horas del 31 de diciembre de 2015 se someterán al baremo anterior.

5. Dado que el nuevo baremo contenido en el igualmente nuevo Título IV de la LRCSCVM se aplica únicamente a los accidentes ocurridos tras la entrada en vigor de la Ley 35/2015, cabe afirmar que este nuevo baremo es irretroactivo en el sentido de que no se aplica a los accidentes ocurridos antes de su entrada en vigor. Cuestión distinta es que el nuevo baremo, o sus criterios, puedan servir de guía interpretativa para la valoración de los daños derivados de los accidentes acaecidos antes del 1 de enero de 2016, materia que no es objeto de este trabajo.

¹ BOE nº 228, de 23 de septiembre de 2015.

El carácter irretroactivo del nuevo baremo, en el sentido acabado de indicar, es coherente con la regla general del artículo 2.3 CC según la cual las leyes no tienen efecto retroactivo. Este precepto codificado admite que las leyes puedan disponer lo contrario, es decir, que establezcan su retroactividad. Sin embargo, la Ley 35/2015 no ha hecho uso de esa posibilidad sino que, antes al contrario, se ha alineado con la regla general de la irretroactividad.

6. Si nos atenemos a la literalidad de la Disposición transitoria de la Ley 35/2015, la circunstancia que determina la aplicación del nuevo baremo o del anterior es que el «accidente de circulación» haya tenido lugar antes o después de la entrada en vigor de dicha Ley. El empleo por esa disposición transitoria del término «accidente de circulación» obedece a la necesidad de guardar coherencia con la rúbrica del nuevo Título IV de la LRCSCVM, que se refiere al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas «en accidentes de circulación». Dado que, por un lado, la finalidad de la Disposición transitoria de la Ley 35/2015 es establecer el momento a partir del cual empiezan a aplicarse las reglas de valoración contenidas en ese nuevo Título IV, y, por otro lado, la rúbrica del Título IV habla de «accidentes de circulación», es de todo punto lógico que esta sea, precisamente, la expresión empleada por la mencionada transitoria. No está de más recordar que el hoy derogado Anexo de la LRCSCVM presentaba la misma rúbrica que el nuevo Título IV de la LRCSCVM por lo que tiene sentido también si nos atenemos al derecho previgente, el empleo por la Disposición transitoria de la Ley 35/2015 de la locución «accidente de circulación».

7. La expresión «accidente de circulación» es sinónima, en el marco de la Disposición transitoria de la Ley 35/2015, de «hecho de la circulación». A diferencia de aquella, que no tiene ninguna definición legal, el concepto «hecho de la circulación», está acotado en el artículo 2 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor², que constituye el desarrollo reglamentario del artículo 1, apartado 6, de la LRCSCVM, no afectado por la reforma de la Ley 35/2015.

8. La Disposición transitoria de la Ley 35/2015 no adjetiva los «daños y perjuicios» a que se refiere, ni los diferencia en morales, patrimoniales o

de cualquier otra naturaleza. Por tanto, dado que la ley no distingue, la irretroactividad del nuevo baremo se aplica a cualesquiera daños derivados de la circulación de un vehículo a motor, con independencia de su carácter o condición.

9. La irretroactividad del nuevo baremo del Título IV de la LRCSCVM es coherente con la solución construida por el Tribunal Supremo en relación con casos semejantes. La Sala Primera del Tribunal Supremo no llegó a examinar en ningún momento si el baremo establecido por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados³, podía ser o no aplicado a los accidentes ocurridos antes de su entrada en vigor (lo que tuvo lugar el 10 de noviembre de 1995, día siguiente al de su publicación oficial). Dado que la Ley 30/1995 carecía de una disposición transitoria específica relativa a la aplicación en el tiempo del nuevo baremo, hubiera sido bastante previsible hubiera merecido algún pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal. Mas, por sorprendente que resulte, no parece que ese pronunciamiento llegara a producirse en algún momento, al menos como *ratio decidendi* del conflicto suscitado.

(i) La Sentencia 691/2008, de 10 de julio⁴, resolvió acerca de un accidente acaecido el 12 de mayo de 1995. A pesar de que el siniestro había tenido lugar antes de la entrada en vigor del baremo de la Ley 30/1995, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial valoraron los daños causados haciendo aplicación del baremo sin que las partes lo discutieran. Planteado recurso de casación por la víctima del accidente, el Supremo constata que el baremo introducido por la Ley 30/1995 «fue aplicado retroactivamente en ambas instancias para determinar los daños objeto de resarcimiento, y su aplicación en ningún momento fue objeto de controversia, ni ahora se suscita en sede casacional» (Fundamento de Derecho segundo) y, claramente como *obiter*, añade: «en todo caso, la aplicación del citado sistema a hechos anteriores a su vigencia no constituye ninguna anomalía pues aunque el artículo 9.3 de la Constitución Española y el 2.3 del Código Civil recogen el principio de irretroactividad de las leyes, el Tribunal Constitucional, en doctrina reiterada, viene limitando el alcance de este principio cuando una ley regula de manera diferente y “pro futuro” situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, señalando la Sentencia de 16 de julio de 1987 que la

² Para un análisis exhaustivo del concepto «hecho de la circulación», cfr. J. A. Badillo Arias, *La responsabilidad civil automovilística. El hecho de la circulación*, Aranzadi, 2016.

³ BOE nº 268, de 9 de noviembre de 1995.

⁴ La Ley 92703/2008.

prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y en el caso que nos ocupa es indudable que, si bien el hecho con trascendencia jurídica del que nace la responsabilidad extracontractual acaeció antes de la entrada en vigor de la nueva norma, el efecto, es decir, la indemnización, se produce una vez vigente ésta, por lo que, al no tratarse de derechos que estuvieran consolidados, no ha de existir inconveniente en que se apliquen los baremos vigentes a la hora de cuantificarla». A mayor abundamiento, agrega esta Sentencia de 10 de julio de 2008, «el Tribunal Supremo ha venido admitiendo inequívocamente la aplicación de criterios objetivos de valoración, como los contenidos en el Baremo de la citada ley, con carácter orientador, sin apreciar la vulneración de norma alguna» (Fundamento de Derecho segundo). Dado que se trata de un pronunciamiento claramente hecho con carácter de *obiter*, en la medida en que ninguna de las partes discutió ni en primera ni en segunda instancia, y menos todavía en casación, la aplicación del baremo aprobado por la Ley 30/1995 a un hecho ocurrido antes de su entrada en vigor, no puede entenderse que estas consideraciones de la Sala Primera sienten doctrina sobre un aspecto no disputado en casación⁵.

(ii) La Sentencia 802/2011, de 7 de noviembre⁶, tampoco adoptó criterio alguno, como *ratio decidendi*, acerca de la aplicación del baremo de 1995 a accidentes de circulación ocurridos antes del 10 de noviembre de 1995. En ese caso se trataba de una demanda interpuesta por los padres de una víctima que había sufrido un accidente de circulación el 20 de octubre de 1989; la demanda se basaba en la agravación de las secuelas padecidas. La aseguradora, condenada en ambas instancias, argumentaba ante el Tribunal Supremo que la sentencia de apelación incurría en error porque había aplicado retroactivamente el baremo de 1995. El motivo es rechazado porque dicha aplicación retroactiva constituía una cuestión nueva alegada por primera vez ante la Sala Primera y que no había sido objeto de discusión en la instancia.

10. Un interés mucho mayor presenta, a los efectos de nuestro estudio, el examen de la posición adoptada por el Tribunal Supremo en torno a la eficacia en el tiempo de las modifica-

⁵ En su Sentencia 495/2016, de 15 de julio (JUR 2016, 161182), que he conocido en fase de corrección de pruebas, el Tribunal Supremo no se pronunció acerca de la aplicación del baremo de 1995 a un accidente acaecido el 10 de agosto de 1993 porque ninguna de las partes la objetó, ni se planteó motivo de casación basado en esa circunstancia.

⁶ La Ley 218029/2011.



ciones sufridas por el baremo de 1995 con posterioridad a su aprobación, en particular la realizada por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados⁷, que reformó la tabla VI («Clasificaciones y Valoración de Secuelas») del baremo originario. La Sala Primera ha negado de manera reiterada, en jurisprudencia consolidada, que las modificaciones de la tabla VI realizadas por la Ley 34/2003, que entraron en vigor el 6 de noviembre de 2003⁸, sean de aplicación a los accidentes de circulación ocurridos antes de ese día.

⁷ BOE nº 265, de 5 de noviembre de 2003.

⁸ Cfr. la Disposición final tercera de la Ley 34/2003.



(i) La Sentencia 283/2009, de 20 de abril⁹, mantuvo ese criterio a propósito de un accidente acaecido el 21 de julio de 1997. La aseguradora recurrente en casación denunció infracción en la aplicación de las tablas, invocando en su apoyo la modificación de la tabla VI realizada por la Ley 34/2003, a la que atribuyó una retroactividad tácita en atención a su clara naturaleza interpretativa. El motivo es rechazado. Se basa para ello el Alto Tribunal en la regla general de irretroactividad del artículo 3.2 CC, el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y el principio *tempus regis actum*. Tras constatar que la Ley 34/2003 «no contiene una expresa previsión para su aplicación a situacio-

nes anteriores a su entrada en vigor, lo que condicionaría su posible eficacia retroactiva a su consideración como norma de carácter interpretativo», niega esta posibilidad porque, atendidas las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 34/2003 justificadoras de la reforma de la tabla VI («la experiencia acumulada desde su entrada en vigor aconseja introducir ciertas modificaciones»), advierte el Tribunal Supremo que «el legislador no dicta esta norma con la exclusiva finalidad de interpretar la precedente, sino para corregir desde su entrada en vigor, y hacia el futuro, las consecuencias que la aplicación de la normativa anterior estaba produciendo, inspirándose en la experiencia precedente para realizar cambios, lo que descarta que estemos ante una norma interpretativa de posible proyección a los efectos o consecuencias jurídicas que la normativa anterior ligaba a los hechos producidos durante su vigencia». A ello se añade, como argumento en contra de la retroactividad pretendida por la aseguradora recurrente, que «ni siquiera ese carácter interpretativo que se predica de la norma contenida en la Ley 34/2003 posibilitaría su aplicación en perjuicio de los derechos obtenidos al amparo de la normativa anterior, por cuanto ello está expresamente prohibido por el artículo 9.3 de la Constitución» (Fundamento de Derecho tercero).

(ii) La misma tesis acerca de la irretroactividad de la modificación de la tabla VI del anterior baremo realizada por la Ley 34/2003 mantiene la muy fundada Sentencia 273/2009, de 23 de abril¹⁰, al analizar el impacto de la reforma sobre un accidente ocurrido el 3 de abril de 2002. En palabras del Alto Tribunal: «La parte recurrente invoca el criterio introducido en el año 2003, que se funda en la distinción entre daño fisiológico y el perjuicio estético de la persona como susceptibles de valoración separada con un máximo total de 100 y de 50 puntos respectivamente, ambos computables independientemente, de tal suerte que la indemnización final no resulta de la suma de puntos, sino de la suma de las dos cantidades que se obtienen aplicando de manera independiente a uno y otro concepto el valor del punto que respectivamente sea procedente. Es obvio, sin embargo, que este nuevo criterio de valoración introducido por la Ley de 2003 no puede ser aplicado con carácter retroactivo», por lo que «carece de sentido, dentro del régimen originario del Sistema de valoración introducido por la Ley 30/1995, aplicar un máximo de 100 puntos a la suma aritmética de los pun-

⁹ La Ley 40406/2009.

¹⁰ RJ 2009, 473.

tos por perjuicio estético a los resultantes de las secuelas permanentes (dentro de la puntuación máxima específica de los perjuicios estéticos), pues es tanto como tratar de corregir la conmixti3n en que incurre la Ley mediante una fórmula perjudicial para la v3ctima que sigue desconociendo la diferente naturaleza de unos y otros perjuicios» (Fundamento de Derecho tercero).

(iii) La Sentencia 786/2010, de 22 de noviembre¹¹, del mismo ponente que la precedentemente analizada Sentencia 273/2009, repite id3ntica tesis pr3cticamente con las mismas palabras literales.

11. En conclusi3n, la no aplicaci3n del nuevo baremo contenido en el T3tulo IV de la LRCSCVM, introducido por la Ley 35/2015, a los accidentes de circulaci3n ocurridos antes de la entrada en vigor de dicha Ley constituye una regla de raz3n y un principio general de derecho positivo (cfr. art3culo 2.3 CC), avalado adem3s por la doctrina emanada de la Sala Primera para casos jur3dicamente id3nticos –aunque las normas implicadas fueran otras– al que ahora se analiza.

2. La Disposici3n final quinta de la Ley 35/2015

12. El segundo precepto de la Ley 35/3005 relativo a la materia en estudio es su Disposici3n final quinta, rubricada «Entrada en vigor», del siguiente tenor literal: «La presente Ley entrar3 en vigor el 1 de enero de 2016». A diferencia de lo que suced3a con la Disposici3n transitoria previamente examinada, que se refer3a solamente al baremo, la presente Disposici3n final quinta concierne a la Ley 35/2015 en su integridad, y no solo al baremo. Conforme a dicha Disposici3n final quinta, todas las previsiones de la Ley 30/2015, incluidas por tanto las que introducen en el T3tulo IV de la LRCSCVM un nuevo sistema de valoraci3n de los daos y perjuicios derivados de accidentes de circulaci3n, entran en vigor el 1 de enero de 2016.

13. La principal, por no decir 3nica, virtualidad de la Disposici3n final quinta de la Ley 35/2015 consiste en excluir, respecto de sus previsiones normativas, la aplicaci3n de la regla general del art3culo 2.1 CC conforme a la cual las leyes entran en vigor a los veinte d3as de su completa publicaci3n en el «Bolet3n Oficial del Estado». La Ley 35/2015, que fue publicada en el «Bolet3n Oficial del Estado» del 23 de septiembre de 2015, no entr3 en vigor a los veinte d3as de

esa publicaci3n, sino a las 00:00 horas del 1 de enero de 2016.

3. La Disposici3n derogatoria de la Ley 35/2015

14. El tercer elemento normativo digno de consideraci3n es la Disposici3n derogatoria (3nica) de la Ley 35/2015, que ensambla de manera coherente con las anteriores disposiciones ya vistas. Bajo la r3brica «Derogaci3n del sistema de valoraci3n del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre», la mencionada disposici3n derogatoria establece: «Queda derogado el sistema para la valoraci3n de los daos y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulaci3n contenido en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulaci3n de veh3culos a motor, su Anejo, y cuantas disposiciones se opong3n a la presente Ley». Sobre decir que, aunque la Disposici3n derogatoria no lo aclare de manera expl3cita, la derogaci3n del anterior baremo toma efecto cuando entra en vigor el nuevo, pero no antes. Ello significa que los efectos de la derogaci3n no se producen de manera autom3tica el d3a de la publicaci3n oficial de la Ley 35/2015, sino que quedan aplazados o diferidos hasta el momento de su entrada en vigor, que coincide, seg3n se not3, con la entrada en vigor del nuevo baremo introducido en el T3tulo IV de la LRCSCVM. Esta aseveraci3n se basa no solo en la necesidad de evitar el vac3o legal que se producir3a si, derogado el anterior baremo, no hubiera entrado todav3a en vigor el nuevo, sino en el ineluctable dato legal de que la derogaci3n del anterior baremo –que se produce cuando toma efecto la Disposici3n derogatoria de la Ley 35/2015, nunca antes– y la entrada en vigor del nuevo tienen lugar de manera simult3nea el 1 de enero de 2016, fecha de vigencia de la Ley 35/2015 (cfr. su Disposici3n final quinta).

15. Aunque se trata de un dato menor y carente de toda significaci3n pr3ctica, cabe advertir la falta de sinton3a entre, por una parte, el t3tulo de la Disposici3n derogatoria de la Ley 35/2015, y, por otra, las normas que esa disposici3n declara derogadas. En efecto, mientras que el t3tulo de la disposici3n se refiere, literalmente, a la derogaci3n «del sistema de valoraci3n del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre», es decir, del Anexo aprobado en su d3a por la Disposici3n adicional octava de la Ley 30/1995¹², su contenido demuestra que la dero-

¹¹ RJ 2011, 1310.

¹² Como es sabido, y se indica en este momento a efectos meramente recordatorios, el Anexo introducido por la Disposici3n adicional octava de la Ley 30/1995 lo fue respecto

gación no solo afecta al anterior baremo, sino también a «su Anejo» y a «cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley».

Esa falta de sintonía entre lo que el título de la Disposición derogatoria de la Ley 35/2015 dice derogar y lo que realmente se deroga no plantea, empero, ningún problema de alcance. La derogación del Anejo del anterior baremo se deriva de suyo de la derogación del baremo en cuanto tal, hasta el punto de que cabe afirmar sin error que, aunque la Disposición derogatoria no mencionara expresamente el Anejo entre las normas que han perdido su vigencia a partir del 1 de enero de 2016, esa consecuencia se habría producido igualmente¹³. Del mismo modo, tampoco habría sucedido nada irreparable si la Disposición derogatoria de la Ley 35/2015 no hubiera hecho ninguna referencia a la derogación de «cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley» dado que semejante efecto se desprende con naturalidad, y sin necesidad de previsión expresa, de la regla general del artículo 2.2 CC, conforme a la cual la derogación «se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior». En conclusión, y por emplear los términos habituales en esta materia, la Disposición derogatoria de la Ley 35/2015 contiene tanto una derogación expresa (el baremo anterior y su Anejo) como otra tácita (todo lo que en la legislación anterior se oponga de modo inconciliable a la nueva Ley).

de la entonces vigente Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que a partir de ese momento pasó a denominarse, porque así lo estableció la Ley 30/1995, «Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor». Este texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Decreto 632/1968, de 21 de marzo, estuvo vigente hasta que, en ejecución del mandato de refundición dirigido al Gobierno por la Disposición final primera de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, el Ejecutivo dictó el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Atendida la radical prohibición de que los decretos legislativos de refundición introduzcan un *novum* respecto de las leyes refundidas, el Real Decreto Legislativo 8/2004 mantuvo como Anexo el «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación» introducido por la Ley 30/1995.

¹³ El Anejo del anterior baremo es el que contenía las tablas de indemnizaciones, los factores de corrección y la valoración de las secuelas. El término «Anejo» ha desaparecido tras la Ley 35/2015 dado que las tablas están ahora recogidas bajo la denominación «Anexo».

II. La dimensión constitucional de los aspectos de derecho transitorio de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre

16. Un entendimiento completo de los problemas de aplicación temporal suscitados a raíz de la promulgación de la Ley 35/2015 debe ir acompañado de la exposición del marco constitucional en el que se enmarcan este tipo de problemas. Se hace a continuación una sucinta exposición de estos aspectos.

17. Una de las vertientes del «principio de seguridad jurídica» garantizado por el artículo 9.3 CE es la articulación por el legislador ordinario de una correcta sucesión temporal de las normas aprobadas. Esa ordenación ha quedado plasmada, en el caso que nos ocupa, en las precedentemente examinadas Disposiciones transitoria, final quinta y derogatoria de la Ley 35/2015. La sucesión normativa entre el anterior baremo y el actual, diseñada del modo que ha quedado expuesto, no puede provocar en la práctica situaciones contrarias al principio de seguridad jurídica constitucionalmente consagrado. Tampoco se produciría dicha situación en el supuesto, que queda extramuros de este trabajo, de la eventual aplicación de las disposiciones transitorias del CC, posibilidad que no cabe descartar de plano habida cuenta del carácter general, y con ambiciones de suprallegalidad, de tales disposiciones.

18. El mismo artículo 9.3 CE garantiza la irretroactividad «de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Puesto que las disposiciones relativas a la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas como consecuencia de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor no son disposiciones «sancionadoras» (la responsabilidad civil, como institución, no persigue sancionar al causante de los daños sino reparar a la víctima que los ha sufrido), este pasaje del artículo 9.3 CE no puede ser invocado, en favor o en contra según los eventuales intereses de cada cual, para defender la aplicación retroactiva del nuevo baremo. La prohibición constitucional de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables es asunto ajeno a la materia en estudio porque no cabe considerar, en ningún sentido, que el nuevo Título IV de la LRCSCVM, introducido por la Ley 35/2015, sea una disposición sancionadora.

19. La cuestión puede ser diferente, en cambio, a propósito del inciso del artículo 9.3 CE que garantiza la irretroactividad de las disposicio-

nes «restrictivas de derechos individuales». Ese pasaje del artículo 9.3 CE puede tener alguna relevancia práctica en el caso de que se considere que el baremo vigente en el momento del accidente (*in casu*, el anterior baremo hoy derogado por la Ley 35/2015) concedía a la víctima un «derecho individual», en el sentido constitucional de esta expresión ex artículo 9.3 CE, que no puede ser restringido por el baremo posterior. La STS 691/2008, de 10 de julio, mencionada con anterioridad, se encamina en esa dirección, si bien con un razonamiento bastante inconcreto sobre el concepto «derechos individuales». En todo caso, es claro que el artículo 9.3 CE no exige la retroactividad del nuevo baremo por la circunstancia de que la valoración de los daños y perjuicios que en él se contiene, lejos de restringir los derechos (cuantitativos y/o cualitativos) de las víctimas, los amplíe. El artículo 9.3 CE veta, por inconstitucionales, las disposiciones restrictivas de derechos individuales, pero no impone al legislador ordinario, como regla ineludible, la retroactividad de las disposiciones favorecedoras o ampliadoras de tales derechos.

20. El principio de igualdad garantizado en el artículo 14 CE no es incompatible con la libertad de que goza el legislador para, siempre que se garantice el principio de seguridad jurídica, ordenar la sucesión de normas con arreglo a criterios razonables y previsibles. De ello se desprende que el principio de igualdad no es infringido porque, como consecuencia de las previsiones sobre aplicación en el tiempo contenidas en la Ley 35/2015, la víctima de un accidente acaecido con posterioridad a la entrada en vigor de dicha ley perciba una indemnización mayor, o por un determinado concepto indemnizatorio, en tanto que la víctima del accidente ocurrido antes de la vigencia de esa ley reciba una indemnización de cuantía inferior, o no la perciba por un determinado concepto contemplado *ex novo* en el nuevo baremo. La afirmación de brocha gorda según la cual resulta injusto que la víctima de un accidente ocurrido a las 23:30 horas del 31 de diciembre de 2015 reciba una indemnización cuantificada con arreglo a criterios distintos a los aplicables para determinar la indemnización que por un accidente idéntico recibirá la víctima que lo sufrió a las 1:30 horas del 1 de enero de 2016 podrá estar más o menos fundada en términos de justicia material, pero es el efecto que necesariamente se deriva de todo cambio normativo y, en el caso que ahora nos ocupa, del consistente en la derogación del antiguo baremo y la entrada en vigor de uno nuevo, cambio que tomó efecto a las 00:00 horas del 1 de enero de 2016. Soste-



ner que en un caso como el descrito se produce una desigualdad, constitucionalmente constitutiva de discriminación prohibida ex artículo 14 CE, constituye un sinsentido carente de toda justificación atendible.

21. Merece, por último, dedicar alguna atención a la incidencia que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24.1 CE puede tener en la aplicación



judicial de las normas de derecho intertemporal de la Ley 35/2015. Conforme a la jurisprudencia constitucional, puede infringirse ese derecho fundamental cuando el juez ordinario selecciona de manera arbitraria la norma aplicable, ya porque deja de aplicar una norma vigente, ya porque aplica una norma derogada. Un par de casos extraídos de la jurisprudencia constitucional sirven para ilustrar lo que se quiere decir.

(i) La STC 195/2015, de 21 de septiembre¹⁴, estima el recurso de amparo promovido por el Ayuntamiento de Toledo contra determinadas resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. En lo que interesa a los fines de este estudio, el Tribunal Constitucional recuerda que en su previa Sentencia 187/2012 declaró que «forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3 CE), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ellas de los hechos», y que, «en consecuencia, ninguna tacha de constitucionalidad podría merecer la determinación de la norma aplicable al caso por el juez ordinario». Sin embargo, añade, resulta necesario «atender a los efectos que en cada caso se deriven de dicha operación de selección de la norma aplicable», uno de los cuales fue, en el caso analizado, «la realización implícita del encuadramiento competencial de la norma legal autonómica cuya aplicación se pretendía, que determinó el desplazamiento e inaplicación de la misma, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad». Este resultado comportaba «su reiterada inaplicación y producía un efecto parecido a la derogación de la norma inaplicada pese a tratarse de una ley postconstitucional» (FJ 6). Para el máximo intérprete de la Constitución, «la facultad de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto, inherente a la potestad de juzgar y privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial (art. 117.3 CE), a la que aluden las resoluciones impugnadas como fundamento de su decisión, no alcanza a desplazar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución», por lo que, en el caso analizado, «los órganos judiciales al inaplicar la norma legal autonómica por considerarla contraria a las bases estatales, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, han desbordado los contornos propios de su potestad jurisdiccional (art. 117.1 CE), y con ello han vulnerado los derechos fundamentales consagrados en los arts. 24.1 y 24.2 CE» (FJ 7).

La infracción del derecho a la tutela judicial efectiva se produjo como consecuencia de la no aplicación por el tribunal ordinario de una ley que estaba vigente, con el argumento de que resultaba contraria a la Constitución por razones competenciales, y sin plantear cuestión de inconstitucionalidad. Cabría pensar en una

¹⁴ BOE nº 260.

generalización de esta doctrina constitucional, que se extendería a la inaplicación de una ley vigente a hechos que, conforme a ella, han de regirse precisamente por esa ley. De todos modos, no cabe ignorar, como elemento impeditivo de esa generalización, las singulares razones por las que la analizada STC 195/2015 acogió el amparo¹⁵.

(ii) También la STC 65/2016, de 11 de abril¹⁶, estima el recurso de amparo promovido por el interesado, igualmente por infracción del artículo 24.1 CE, pero en este caso no porque el juez ordinario dejara de aplicar la norma vigente, sino porque aplicó una norma derogada. Los hechos eran los siguientes. Promovido un incidente de nulidad de actuaciones en un proceso judicial de oposición a un acogimiento familiar preadoptivo de un menor decretado por la Administración, la Audiencia Provincial de Granada lo inadmitió a trámite haciendo aplicación del artículo 241 LOPJ, en su redacción derogada porque, en el momento de planteamiento del incidente, el precepto había adquirido una nueva redacción como consecuencia de la reforma realizada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. En palabras del TC, «la resolución de la pretensión deducida mediante una selección arbitraria y manifiestamente irrazonable del Derecho aplicable como lo es la aplicación de una norma derogada no satisface el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)» (FJ 6). Esta STC 65/2016 cita como precedente la STC 144/2003, de 14 de julio¹⁷, en la que se encuentra un razonamiento más acabado acerca de la relevancia constitucional de la aplicación por el juez ordinario de una norma derogada.

III. La aplicación en el tiempo de las normas procesales de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre: dos ejemplos

22. La Ley 35/2015 reforma algunas normas de carácter procesal que plantean, asimismo, cuestiones controvertidas en torno a su aplicación

¹⁵ Esa singularidad se relaciona con la razón aducida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha para inaplicar la ley autonómica, a saber, su contradicción con la Constitución por razones competenciales. El TC recuerda que «el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución», y que «la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes» (FJ 6).

¹⁶ BOE nº 122, 20 de mayo de 2016, suplemento.

¹⁷ BOE nº 183, 13 de agosto de 2013, suplemento.

temporal. Vamos a detener nuestra atención en dos ejemplos concretos que están ya planteando importantes problemas de orden práctico, no sin antes advertir que la Ley 35/2015 no contiene normas específicas para regular la aplicación en el tiempo de estas normas procesales.

1. El nuevo requisito de procedibilidad del artículo 7, apartado 8, párrafo segundo, de la LRCSCVM

23. La primera norma procesal destacable no es una reforma de otra anterior, sino una novedad introducida por la Ley 35/2015. El artículo 7, apartado 8, de la LRCSCVM, en la redacción dada por la Ley 35/2015, dispone que una vez presentada por la aseguradora la oferta o la respuesta motivada, en caso de disconformidad y a salvo del derecho de solicitar informe del Instituto de Medicina Legal, o transcurrido el plazo para su emisión, el perjudicado podrá bien acudir para intentar solucionar la controversia al procedimiento de mediación del artículo 14 LRCSCVM, o bien acudir a la vía jurisdiccional oportuna para la reclamación de los daños y perjuicios correspondientes. Para esta última hipótesis, el precepto señala: «No se admitirán a trámite, de conformidad con el artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandas en las que no se acompañen los documentos que acrediten la presentación de la reclamación al asegurador y la oferta o respuesta motivada, si se hubiera emitido por el asegurador». Este precepto no se encontraba en el proyecto de ley remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados¹⁸, sino que fue añadido a lo largo de su tramitación parlamentaria en el marco de una enmienda que afectó de manera profunda, y técnicamente muy discutible, al artículo 7 LRCSCVM en su totalidad¹⁹.

24. La reclamación previa a la vía judicial a la que se refiere el artículo 7, apartado 8, párrafo segundo, de la LRCSCVM es la misma que la mencionada en el apartado 1, párrafo tercero, de ese mismo artículo 7 LRCSCVM, que literalmente establece: «No obstante, con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, deberán comunicar [el perjudicado o sus herederos] el

¹⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, 17 de abril de 2015, núm. 43-1.

¹⁹ Las enmiendas nº 80 y 240, respectivamente patrocinadas por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y por el Grupo Parlamentario Popular (cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, 29 de junio de 2015, núm. 43-2, pp. 47-49 y 132-135), proponían para el artículo 7 LRCSCVM la redacción actualmente vigente, en ambos casos bajo la misma socorrida –e inverosímil– justificación: «Mejora técnica».

siniestro al asegurador, pidiendo la información que corresponda. Esta reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen, una declaración sobre las circunstancias del hecho, la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo de ser conocidas, así como cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño». Parece razonable entender, en aras de una interpretación sistemática coherente, que las «reclamaciones» respectivamente previstas en ambos apartados del artículo 7 LRCSCVM son, en realidad, una sola y única «reclamación». En efecto, en el apartado 1, párrafo tercero, el legislador, por un lado, advierte que la reclamación a la aseguradora es «previ[a] a la interposición de la demanda judicial» y, por otro, detalla cuál es el contenido de dicha reclamación con la finalidad de identificar el siniestro desencadenante de los daños (el vehículo interviniente, el conductor...), las circunstancias del accidente y los daños eventualmente derivados del mismo, incluida, en su caso, su cuantificación. De manera complementaria a estas previsiones, el apartado 8, párrafo segundo, de ese mismo artículo 7 LRCSCVM habría sido dictado para aclarar, en relación con esa reclamación, cuál es la consecuencia de su omisión, a saber, la inadmisión a trámite de la demanda.

25. El hecho de que el artículo 7.8, párrafo segundo, de la LRCSCVM haga una referencia al artículo 403 LEC permite considerar que la aportación junto con la demanda de los documentos que demuestren la reclamación previa realizada a la aseguradora constituye un requisito de procedibilidad de la demanda cuya ausencia justifica su inadmisión. El citado artículo 403 LEC dispone que «las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley» (apartado 1). El supuesto ahora previsto en el artículo 7.8, párrafo segundo, de la LRCSCVM es uno de esos casos de inadmisión de demanda legalmente previstos. Adviértase que, según se deduce de la literalidad de este nuevo apartado, el alcance del requisito de procedibilidad es variable, en la medida en que tiene un elemento necesario y otro contingente. El elemento necesario es el documento acreditativo de la reclamación previa a la aseguradora, realizada de cualquier manera que permita tener una constancia cierta de la recepción por su destinataria. El elemento contingente son la oferta y la respuesta motivada, que únicamente deben acompañarse a la demanda, mediante la aportación de los documentos que las contengan, «si se hubiera[n]

emitido por el asegurador», pero no en caso contrario.

26. El antecedente directo de este nuevo requisito de procedibilidad se encuentra en el artículo 20, letra b), del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, que dispone que «para que sean admisibles tanto la demanda declarativa como la ejecutiva con base en el auto de cuantía máxima reguladas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, relativas a la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor, deberá acreditarse fehacientemente que el Consorcio fue requerido judicial o extrajudicialmente de pago, y que desde dicho requerimiento transcurrió un plazo de tres meses sin haber sido atendido». Este privilegio del Consorcio se remonta a más de cincuenta años atrás dado que estaba ya previsto en la norma creadora del entonces llamado Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación. En efecto, el Decreto Ley 16/1964, de 3 de octubre, de organización del citado Fondo, dispuso en su artículo 9, apartado 1, letra c), que, si bien para entablar el procedimiento ejecutivo del automóvil «no será necesaria la reclamación en vía administrativa previa a la judicial», sin embargo, para que sea admisible la demanda ejecutiva contra el Fondo «deberá acreditarse documentalmente que éste fue previamente requerido de pago y que desde dicho requerimiento transcurrió el plazo de diez días prevenido en el apartado anterior sin haber sido atendido». La STC 17/1994, de 20 de enero²⁰, no consideró, en respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Primera Instancia de Valencia, que la reclamación al Consorcio, con carácter previo a la interposición de una demanda ejecutiva, fuera lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE o del principio de igualdad del artículo 14 CE (en comparación con las aseguradoras que, a la sazón, no disfrutaban de ese beneficio).

No es descartable que, de la misma manera que en su momento se cuestionó la constitucionalidad del privilegio de la reclamación previa del Consorcio, en un futuro no lejano pueda igualmente ponerse en tela de juicio la extensión de ese beneficio en favor de las aseguradoras. En tal caso habría que volver los ojos a la citada STC 17/1994 para indagar sobre si las razones aducidas para juzgar no contrario a la Constitución el privilegio del Consorcio,

²⁰ BOE nº 41, de 17 de febrero de 1994.

en atención a su condición de entidad pública y a los casos específicos en que responde de los daños causados por un accidente de circulación, son trasladables, e igualmente válidas, para las compañías aseguradoras de naturaleza privada, y si, dentro de éstas, sería o no un elemento relevante la forma jurídica societaria adoptada por cada una de ellas (sociedades de capital, cooperativa o mutualidad de seguros).

27. Cabe discutir, en cuanto a su ámbito de aplicación material, si la reclamación previa a la aseguradora es predicable de todo tipo de procesos promovidos contra ella o si, por el contrario, solo es exigible en relación con las demandas declarativas, pero no las ejecutivas (*id est*, las demandas de ejecución del título a que se refiere el artículo 13 LRCSCVM, en relación con el artículo 517.2, número 8º, LEC). El hecho de que el artículo 7.8, párrafo segundo, de la LRCSCVM se refiera al artículo 403 LEC, que se aplica a las demandas declarativas, y no al artículo 550 LEC, que hace el elenco de los documentos que han de acompañarse a una demanda ejecutiva, es un argumento decisivo en favor de la restricción de la aplicación del nuevo requisito solamente a las demandas de naturaleza declarativa. Si el legislador hubiera deseado que este requisito de procedibilidad se aplicara también a la demanda ejecutiva hubiera sido preciso que así lo indicara de modo expreso, como precisamente hace el ya citado artículo 20, letra b), del Estatuto Legal del Consorcio, que se refiere a ambos supuestos.

28. Está ya resultando problemática en la práctica la decisión acerca de si este nuevo requisito de procedibilidad se aplica a los procesos declarativos iniciados después del 1 de enero de 2016 y que traigan causa de un accidente de circulación acaecido antes de esa fecha, o si, por el contrario, se aplica únicamente a los procesos declarativos que, además de iniciarse después del 1 de enero de 2016, se refieren a accidentes de circulación ocurridos también después de esa fecha. Las posiciones están divididas. La Junta de Jueces de Bilbao adoptó el 22 de febrero de 2016, por unanimidad, el siguiente acuerdo: «Se exigirá el cumplimiento del artículo 7.8 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en la redacción dada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, para las demandas interpuestas a partir del 1 de enero de 2016, con independencia de la fecha

del accidente». El Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, de 10 de mayo de 2016, rollo nº 430/2016²¹, se inclina en esta misma dirección. Sin embargo, sostienen la no exigencia de la reclamación previa a la aseguradora por accidentes anteriores al 1 de enero de 2016, aunque el proceso civil declarativo se inicie ya vigente el artículo 7.8, párrafo segundo, de la LRCSCVM, los Autos de las Audiencias Provinciales de Álava, Sección 1ª, de 3 de mayo de 2016, rollo nº 298/2016²²; Girona, Sección 1ª, de 20 de mayo de 2016, rollo nº 247/2016²³, y Granada, Sección 3ª, de 3 de junio de 2016, rollo nº 96/2016²⁴.

29. Sin necesidad de entrar ahora en el estudio circunstanciado de los hechos que se encuentran en la base de cada uno de los fallos acabados de mencionar (por ejemplo, en el caso resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Álava llama la atención constatar que la reclamación a la aseguradora, juzgada innecesaria por dicho tribunal, en realidad había sido hecha), resulta más fundada la tesis que considera que la reclamación previa es un requisito de procedibilidad aplicable a todas las demandas declarativas iniciadas después del 1 de enero de 2016, con independencia de la fecha del accidente. El hecho de que el nuevo baremo sea únicamente aplicable a los accidentes ocurridos tras el 1 de enero de 2016 (cfr. Disposición transitoria de la Ley 35/2015) no comporta la consecuencia de que las normas procesales incluidas en esa Ley, entre las que se incluye el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 7.8, párrafo segundo, de la LRCSCVM, sean únicamente de aplicación a tales accidentes. Al contrario, puesto que dichas normas procesales se encuentran en vigor desde el 1 de enero de 2016 (cfr. Disposición final quinta), resulta de todo punto exigible que se apliquen a los procesos iniciados después de ese día, es decir, a las demandas declarativas promovidas contra el asegurador basadas en un hecho de la circulación.

30. Otro argumento, a mi parecer nada despreciable, aboga en favor de esa misma conclusión. Al igual que sucede con las disposiciones transitorias del CC, a las que reconocidamente se asigna un carácter general que las hace aplica-

²¹ No publicado todavía en los repertorios al uso, aunque en el archivo del autor.

²² JUR 2016, 106020.

²³ No publicado todavía en los repertorios al uso, aunque en el archivo del autor.

²⁴ JUR 2016, 147957.

bles, para cuestiones de derecho material, en casos de ausencia de disposiciones transitorias específicas de una concreta ley, parece razonable atribuir ese mismo valor a las disposiciones transitorias de la LEC en relación con las normas procesales, siempre que, se repite, la ley de que se trate no contenga previsiones más específicas. Si esa premisa se da por buena, la aplicación de las disposiciones transitorias de la LEC conduce a la tesis aquí defendida.

En efecto, estas disposiciones transitorias de la LEC parten del principio general «de la más rápida efectividad de la nueva Ley», según confesión del legislador²⁵. En lo que se refiere a los procesos en primera instancia (únicos a los que, siendo de carácter declarativo, se aplica el nuevo requisito de procedibilidad del artículo 7.8, párrafo segundo, de la LRCSCVM), la Disposición transitoria segunda LEC establece que «los procesos de declaración que se encontraran en primera instancia al tiempo de la entrada en vigor de la presente Ley se continuarán sustanciando, hasta que recaiga sentencia en dicha instancia, conforme a la legislación procesal anterior», si bien en cuanto a la apelación, la segunda instancia, la ejecución, también la provisional, y los recursos extraordinarios, serán aplicables las disposiciones de la nueva LEC. Como se desprende del texto entrecomillado, los procesos declarativos que, en el momento de la entrada en vigor de la LEC, se encontraran en la primera instancia se continuarán tramitando conforme a la anterior legislación procesal, y así sucederá hasta que esa primera instancia termine, ordinariamente, mediante el dictado de la correspondiente sentencia. *A contrario*, si el proceso declarativo no está en marcha cuando entra en vigor la nueva LEC, sino que se inicia con posterioridad a ese momento, entonces el proceso se sujetará a la nueva legislación procesal. Fácilmente se advierte que la proyección de este criterio al nuevo requisito de procedibilidad objeto de análisis conduce a concluir en favor de su aplicación a todos los procesos iniciados después del 1 de enero de 2016, con independencia del momento en que sucedieron los hechos en que se fundamenta la demanda declarativa.

31. El estudio de las reformas procesales más recientes demuestra el acierto de considerar como una regla general del derecho transitorio procesal, con vocación de aplicación generalizada salvo previsión en contra, la sujeción de los procesos iniciados antes de una reforma a las normas procesales anteriores, y, por ende, el íntegro sometimiento a la nueva legislación de

los procesos que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de dicha reforma. Valgan a modo de ejemplo las siguientes menciones, todas ellas extraídas de leyes cuya tramitación parlamentaria corrió en paralelo a la de la Ley 35/2015.

Conforme a la Disposición transitoria primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, titulada «Expedientes en tramitación», «los expedientes afectados por esta Ley que se encontraran en tramitación al tiempo de su entrada en vigor se continuarán tramitando conforme a la legislación anterior». Unas previsiones idénticas, aunque más detalladas, se contienen en la Disposición transitoria única («Régimen aplicable a los procesos en tramitación») de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. La nueva ley se aplicará «a las solicitudes de cooperación jurídica internacional recibidas por las autoridades españolas con posterioridad a su entrada en vigor» (apartado 1), es de entender que con independencia de cuándo fueron dictadas por la autoridad extranjera que solicita el auxilio de la española. El Título IV de dicha Ley 29/2015, sobre litispendencia y conexidad internacionales, «se aplicará a las demandas que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la ley» (apartado 2). En fin, el Título V de esta Ley 29/2015, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, «se aplicará a las demandas de exequátur que se presenten ante los órganos jurisdiccionales españoles con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, con independencia de la fecha en que se hubiese dictado la resolución extranjera» (apartado 3). El último ejemplo que se trae a colación en demostración de esta tesis es la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Según su Disposición transitoria primera, «los procesos de juicio verbal y los demás que resulten afectados y que estuvieran en trámite al tiempo de la entrada en vigor de la presente Ley se continuarán sustanciando, hasta que recaiga resolución definitiva, conforme a la legislación procesal anterior». Y su Disposición transitoria segunda, que establece la ordenación en el tiempo de las reformas que afectan a los procesos monitorios y a la ejecución de laudos arbitrales, advierte que dichas modificaciones «serán de aplicación a los procesos monitorios y de ejecución que se inicien tras la entrada en vigor de esta Ley».

32. Por consiguiente, en ausencia en la Ley 35/2015 de cualquier disposición transitoria es-

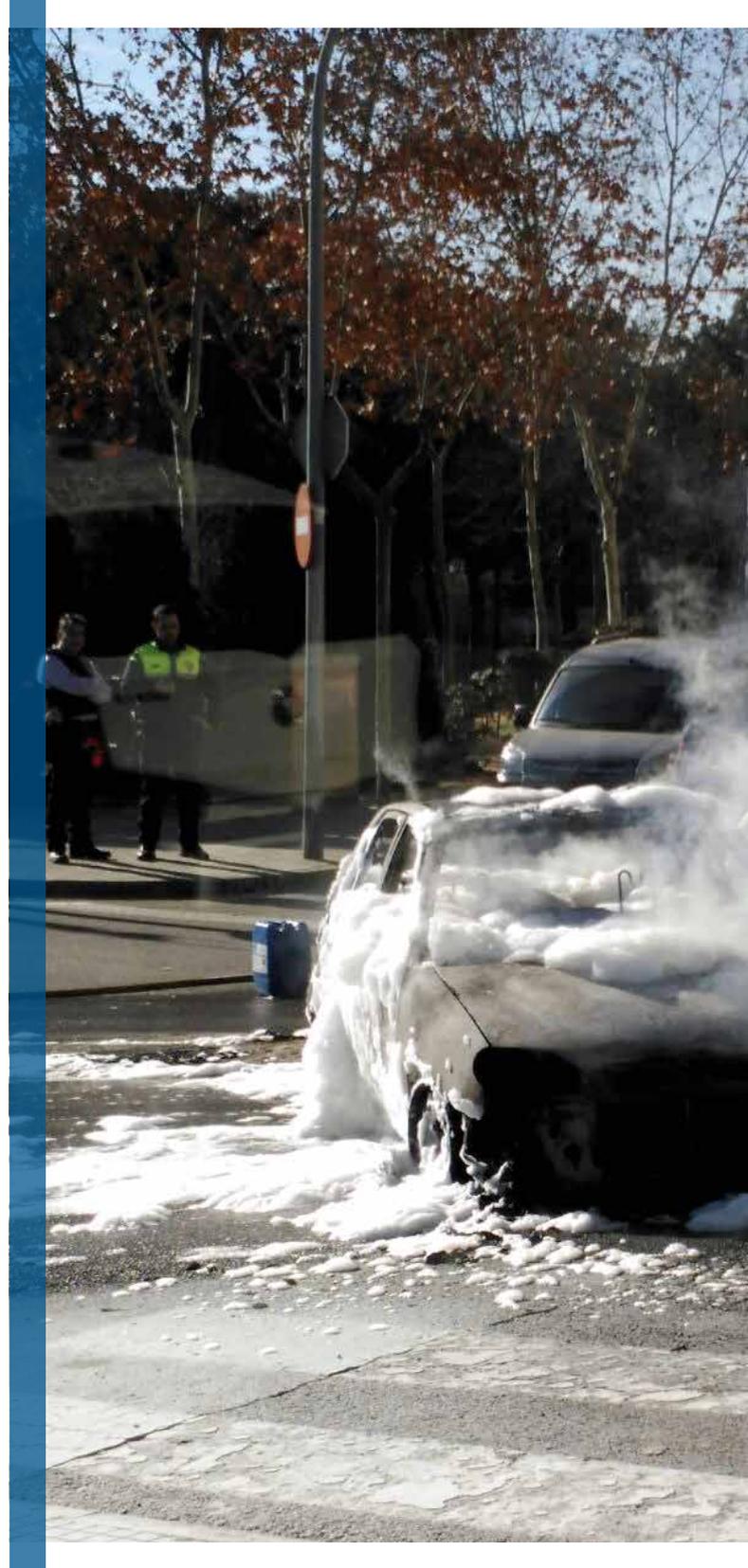
²⁵ Cfr. Exposición de Motivos, apartado XX, de la LEC.

pecíficamente aplicable a la reforma procesal consistente en instaurar el requisito de procedibilidad contenido en el artículo 7.8, párrafo segundo, de la LRCSCVM, el criterio general contenido en las normas procesales acerca de su aplicación en el tiempo, plasmado tanto en la LEC como en múltiples leyes posteriores, es favorable a considerar que la nueva normativa procesal se aplica a los procesos iniciados después de su entrada en vigor, con independencia de que traigan causa de hechos acaecidos con anterioridad. Por esa razón resulta preferible entender, en aras a salvaguardar la debida coherencia del sistema jurídico en su conjunto, que el mencionado requisito de procedibilidad es exigible a todos los procesos iniciados después del 1 de enero de 2016, con independencia de que las pretensiones del actor se fundamenten en hechos acaecidos antes de esa fecha.

33. Para dar por cumplido el requisito de procedibilidad impuesto por el artículo 7.8, párrafo segundo, de la LRCSCVM, no resulta preciso que la reclamación del perjudicado sea hecha con posterioridad al 1 de enero de 2016. Puesto que la finalidad de dicho requisito es dar a la aseguradora la posibilidad de pagar extrajudicialmente, liberando con ello a los órganos judiciales de una carga adicional de trabajo, es claro que esa finalidad queda cumplida tanto si la reclamación es anterior como si es posterior a la fecha de entrada en vigor de la norma que introduce ese requisito. Ello es así incluso si la reclamación realizada antes del 1 de enero de 2016 no reúne exactamente todo el contenido que prevé el artículo 7.1, párrafo tercero, de la LRCSCVM. Por último, no hay ninguna razón para que la posibilidad de subsanar del artículo 231 LEC («El Tribunal y el Secretario judicial cuidarán de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes») no se aplique a la demanda que no cumple el requisito de procedibilidad, por lo que el tribunal, antes de inadmitir la demanda por falta de ese requisito, debe dar al actor la posibilidad de subsanarlo.

2. El dictado del Auto de cuantía máxima

En medio del debate que desde años rodea a la institución, la Ley 35/2015 ha optado finalmente por mantener el auto de cuantía máxima, aunque restringiendo los supuestos en los que puede ser dictado por el Juez penal. El artículo 17 LRCSCVM, no afectado por la reforma de 2015, continúa afirmando que «un testimonio del auto recaído en las diligencias a que se refiere el artículo 13 de esta Ley constituirá título ejecutivo suficiente para entablar el procedimiento regulado en este capítulo». El citado ar-



tículo 13 LRCSCVM, tanto antes como después de la reforma, mantiene el mismo título: «Diligencias en el proceso penal preparatorias de la ejecución». Conservado en sus rasgos esenciales, que en poco difieren de los que lo caracterizan desde su introducción en nuestro sistema



legal en 1962, el auto de cuantía máxima está llamado a perder gran parte de su importancia práctica como consecuencia de la despenalización de las faltas realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Pero incluso así seguirá siendo fuente de problemas.

35. El que ahora corresponde analizar se refiere a la aplicación en el tiempo de la reforma del artículo 13 LRCSCVM realizada por la Ley 35/2015. Se trata, también ésta, de una reforma que no se preveía en el proyecto aprobado por el Gobierno, sino que tiene su origen en un acuerdo parlamentario plasmado en sendas enmiendas²⁶. La nueva redacción del artículo 13 LRCSCVM restringe los supuestos en los que el Juez penal está habilitado para dictar el auto que permite iniciar el llamado juicio ejecutivo del automóvil. En efecto, la comparación entre la redacción del artículo 13 LRCSCVM anterior a la Ley 35/2015 y la posterior arroja el siguiente resultado:

(i) Redacción del artículo 13 LRCSCVM vigente hasta el 31 de diciembre de 2015. Los presupuestos que habían de concurrir para que se dictara el auto de cuantía máxima es que se siguiera un proceso penal incoado por un hecho cubierto por seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor en cuyo seno el Juez penal acordara una resolución de estas características: (a) que declarara la rebeldía del acusado; (b) que recayera una sentencia absolutoria, o (c) que dictara alguna otra resolución que pusiera fin al proceso penal, provisional o definitivamente, por alguna de las causas previstas. Si concurría alguna de estas tres situaciones, y el perjudicado no había renunciado a la acción civil ni se la había reservado para ejercitarla separadamente, entonces el Juez penal dictaba auto en el que determinaba la cantidad líquida máxima que dicho perjudicado podía reclamar como indemnización al amparo del seguro de suscripción obligatoria. Por consiguiente, la rebeldía del acusado, la sentencia absolutoria o cualquier otra resolución de terminación del proceso penal, provisional o definitivamente, eran los tres hechos que, debidamente constatados y declarados en el proceso penal, abrían la puerta a la emisión del auto de cuantía máxima.

(ii) Redacción del artículo 13 LRCSCVM vigente desde el 1 de enero de 2016. La reforma realizada por la Ley 35/2015 ha reducido los supuestos de hecho en los que el Juez penal puede dictar el auto de cuantía máxima, a la vez que ha distinguido, de una parte, los daños y perjuicios derivados en general de un accidente de circulación (artículo 13, párrafo primero,

²⁶ Las enmiendas nº 81 y 226, sostenidas, respectivamente, por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) y por el Grupo Parlamentario Popular (cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, 29 de junio de 2015, núm. 43-2, pp. 50 y 119-120), propusieron para el artículo 13 LRCSCVM la redacción actualmente vigente.

del reformado artículo 13 LRCSCVM), y, de otra, los causados, en particular, por el fallecimiento de la víctima (artículo 13, párrafo segundo, de la LRCSCVM, tras su reforma de 2015). Así, desde el 1 de enero de 2016, (a) cuando en un proceso penal incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil obligatoria «recayera sentencia absolutoria», el perjudicado que no hubiera renunciado a la acción civil ni se la hubiera reservado para ejercitarla separadamente podrá pedir al juez penal que dicte el auto de cuantía máxima, pero (b), como caso especial, en caso de fallecimiento en accidente de circulación, y cuando igualmente se trate de un proceso penal incoado por un hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil obligatoria, el Juez penal podrá dictar auto de cuantía máxima «cuando recaiga resolución que ponga fin, provisional o definitivamente, al proceso penal incoado», siempre que, queda entendido, el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni se la hubiera reservado para ejercitarla separadamente.

36. Como puede verse, las diferencias entre el sistema de formación o creación del auto de cuantía máxima vigente antes y después de la reforma de 2015 son claras. Así: (1º) con la reforma ha desaparecido absolutamente la posibilidad de dictar dicho auto en caso de sentencia penal dictada en rebeldía; (2º) si se produce el fallecimiento de la víctima el auto de cuantía máxima solo puede ser proferido, tras la reforma, cuando se dicte por el Juez penal una resolución, del tipo que fuere, que termine el proceso penal de manera provisional o definitiva, pero no en caso de rebeldía, ni tampoco cuando recaiga sentencia absolutoria, y (3º) cuando se producen cualesquiera otros daños y perjuicios, distintos del fallecimiento, solo cabe dictar el citado auto en caso de que recaiga sentencia absolutoria, pero no en los restantes supuestos que recogía la redacción anterior a la Ley 35/2015, a saber, rebeldía del acusado o resolución que ponga fin al proceso penal, provisional o definitivamente.

37. Desde el punto de vista de la aplicación temporal del nuevo régimen del auto de cuantía máxima, la cuestión radica en saber si todo auto que se dicte después del 1 de enero de 2016 ha de serlo, necesariamente, por alguna de las causas y en alguno de los casos contemplados en la nueva redacción del artículo 13 LRCSCVM, con independencia del momento en que se produjo el accidente de circulación y se incoaron y/o archivaron las diligencias penales, o si, por el contrario, procede aplicar la anterior redacción del citado artículo 13

LRCSCVM y permitir que, incluso después del 1 de enero de 2016, se dicte un auto de cuantía máxima por las causas y en los casos previstos en esa redacción anterior siempre que el accidente se produjera antes de esa fecha y las diligencias penales al menos se incoaron también antes de esa fecha. La cuestión presenta un interés particular en aquellos casos (paradigmáticamente la rebeldía del acusado) que permitían, con arreglo a la redacción anterior del artículo 13 LRCSCVM, el dictado del auto de cuantía máximo pero que, después de la Ley 35/2015, han desaparecido como hecho habilitante para que el Juez penal lo emita. Imagínese el siguiente caso: accidente de circulación acaecido en mayo de 2015, diligencias penales incoadas en junio de 2015, archivo de esas diligencias por rebeldía del acusado en octubre de 2015 y solicitud de dictado del auto de cuantía máxima en marzo de 2016, o auto dictado de oficio por el Juez penal en marzo de 2016.

38. Las normas relativas a los causas y casos en que procede, o no, la creación del auto de cuantía máxima como título ejecutivo contra una aseguradora, al amparo del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor, son normas procesales, no sustantivas. Por consiguiente, las consideraciones vertidas en el epígrafe anterior acerca de la inmediata vigencia, a partir del 1 de enero de 2016, de la nueva redacción del artículo 13 LRCSCVM, en cuanto normal procesal, con independencia del momento del accidente y de cuándo tuvo lugar la incoación y/o el archivo de las diligencias penales, inclinan a mantener que desde esa fecha solo cabe dictar el auto de cuantía máxima cuando las circunstancias sean subsumibles en los supuestos contemplados en el nuevo artículo 13 LRCSCVM. Adicionalmente, la resolución judicial consistente en generar el auto de cuantía máxima no siempre se produce, ni se dicta, en el seno del proceso penal, sino una vez finalizado éste en firme. En efecto, frente al argumento que pudiera aducirse consistente en considerar que el auto de cuantía máxima es el punto final del proceso penal, por lo que si éste se incoó antes del 1 de enero de 2016 tiene sentido que se aplique la redacción del artículo 13 LRCSCVM vigente en el momento de la incoación, cabe oponer que ese auto no siempre se dicta como un acto procesal más del proceso penal, y en el seno de éste, sino precisamente porque ese proceso ha terminado mediante resolución firme (la que proceda en cada caso: sentencia o auto) que ha declarado la absolucón o rebeldía del encausado, o el sobreseimiento, provisional o definitivo, del proceso penal abierto.

Del vaciado fáctico de cobertura en las pólizas de Seguro de Protección Jurídica



César García González
Abogado y Doctor en Derecho de Seguros

Sumario

1. Introducción a la comprensión del Seguro de Protección Jurídica

- a) Características definitorias del Seguro de Protección jurídica
- b) La importancia del modelo de gestión
- c) Marco y cabida de la libre elección
- d) Regulación del SPJ

2. Del posible vaciado de contenido

- a) Garantía de Reclamación y Garantía de Defensa vs. SPJ
- b) Exiguo límite de la Suma Asegurada

3) Intereses difusos y la demanda de cesación

- a) Concepto y marco
- b) El papel de las organizaciones de consumidores y usuarios. Los colegios profesionales

4) Conclusiones

1. Introducción a la comprensión del Seguro de Protección Jurídica

Aunque el Seguro de Protección Jurídica (en adelante SPJ) sea centenario con holgura¹, y la primera directiva que lo regulara fuera la 87/344, estamos ante un seguro “tantas veces atacado, por mal conocido”².

Y no sólo es que haya sido *atacado*, sino que ha sido desconocido o mal entendido no ya solo por la Doctrina y Jurisprudencia, sino también por el propio legislador nacional.

El mayor problema de entendimiento que ha tenido el SPJ ha sido la confusión generada con el seguro de responsabilidad civil, y más concretamente con la *defensa de la responsabilidad civil* del asegurador, y con la nomenclatura dada al Ramo 17, a saber, “defensa jurídica”.

Entendemos por lo tanto, que, para entender a cabalidad el alcance del SPJ, debemos empezar por el principio, esto es, hacer cierta pedagogía y explicar las peculiaridades diferenciadoras del ramo.

a) Características definitorias del Seguro de Protección jurídica.

Las diferencias entre el SPJ y el de RC son muchas, principalmente las relacionadas con el concepto de siniestro, el riesgo asegurado, etc.

Sin entrar en mayores detalles de tales cuestiones, entendemos que la mayor caracterización del SPJ es la que, curiosamente, genera más confusión con el seguro de RC.

En el ámbito del seguro de responsabilidad civil –ora por méritos de la acción directa, ora por anterior la responsabilidad civil subsidiaria–, es el asegurador quien al final de cuentas, arca con las consecuencias económicas de los siniestros.

Es por ello que sobre éste recae la facultad de la dirección jurídica de los asuntos, y sólo en caso de conflictos de intereses, el asegurado podrá designar otro letrado con el que establecer su estrategia procesal³.

¹ García, C.; *Origen, situación actual y futuro del Seguro de Protección Jurídica* Cuaderno de la Fundación Mapfre nº 180, Madrid, 2012, Págs. 5-12.

² Olivencia Ruiz, M.; “El Seguro de Protección Jurídica. Del pasado al futuro”, 8º Congreso Internacional de Aseguradores de Defensa Jurídica, Sevilla, 1981, Pág. 276.

³ Art. 74 LCS.



Pero lo que está en juego, es la RC del asegurador, pues otro tipo de responsabilidades, no están amparadas por ese ramo.

Ese marco no tiene nada que ver con el objeto de la póliza de seguro de Protección Jurídica, donde lo que está en juego son solo y exclusivamente los intereses del asegurado.

Así pues entendemos por nuestra parte que el Seguro de Defensa Jurídica tenga dos naturalezas o dos matizaciones:

- a). La Defensa Jurídica *como tal defensa*, donde se defiende el patrimonio y responsabilidad del asegurado, y da lugar a confusión con la defensa de la responsabilidad patrimonial directa del asegurador.
- b). La Defensa Jurídica *como reclamación*, donde el asegurado pretende el resar-



cimiento de su patrimonio por un daño, directo o indirecto, pasado o futuro, frente a un eventual causante.

En el primer caso estaremos ante la Defensa Jurídica como tal, y en el segundo caso, estamos ante la Reclamación de Daños.

Es por ello que a nuestro entender, veamos mucho más acertado el concepto de *Protección Jurídica* que el de *Defensa Jurídica*, toda vez que éste último apenas ampararía la defensa y no la reclamación, mientras que aquella otra incluiría ambas acepciones y coberturas⁴, amén

⁴ A éste respecto, vide Olivencia Ruiz, M.; "El Seguro de Protección Jurídica. Del pasado al futuro", 8º Congreso Internacional de Aseguradores de Defensa Jurídica, Sevilla, 1981. Pp. 264, 265. Marques, Bernardo; *Algumas formas de resolução extrajudicial de conflitos*, III Congreso Nacional de Direito dos Seguros, Livraria Almedina, Coimbra, 2003. Pág. 150.

de ahondar en la confusión con la defensa del artículo 74 LCS.

Y es en el caso de la defensa de los intereses del asegurado, donde confluye, a priori, el interés del asegurador, y por ello se tiende a subsumir y equivocar una figura con otra; pero no olvidemos que un asegurado podrá contratar un seguro de Protección Jurídica, con independencia de tener o no un seguro de RC.

b) La importancia del modelo de gestión.

El SPJ, ya en la Directiva 87/344, y ahora en Solvencia II, permite al asegurador del ramo optar por, al menos, uno de los tres modelos de gestión de siniestros, y que deberá estar consignado en el Programa de actividades, a saber:

- confiar la gestión de los siniestros a una entidad jurídicamente distinta, llamado "*modelo de externalización*";
- garantizar en el contrato de seguro que ningún miembro del personal que se ocupe de la gestión de asesoramiento jurídico relativo a dicha gestión ejerza al tiempo una actividad parecida en otro ramo si la entidad aseguradora opera en varios o para otra entidad que opere en algún ramo distinto del de vida y que tenga con la aseguradora de defensa jurídica vínculos financieros, comerciales o administrativos con independencia de que esté o no especializada en dicho ramo, llamado "*modelo de competencia específica*";
- prever en el contrato el derecho del asegurado a confiar la defensa de sus intereses, a partir del momento en que tenga derecho a reclamar la intervención del asegurador según lo dispuesto en la póliza, a un abogado de su elección, llamado "*modelo de representante legal*"⁵.

Hemos de partir de la premisa que en todos los casos, el asegurado tendrá, garantizada la libre elección de abogado, con independencia del modelo por el que opte el asegurador que garantiza la protección jurídica del asegurado, sin constreñimiento algo por parte del asegurador a tal libre designación.

Y es más, el legislador comunitario indica que "*cualquiera que sea la opción elegida, el interés de los asegurados con cobertura de*

⁵ Art. 200 Directiva 138/2009.

defensa jurídica se considerará garantizado de manera equivalente en virtud de la presente sección”⁶, es decir, que se hace una presunción de equivalencia de máximas garantías, pero no porque el asegurador cree un departamento separado del de siniestros –principalmente del área de RC– para gestionar estos, ni porque se contrate una empresa independiente al asegurador con el que tengamos contratado otro riesgo afectado por un siniestro, sino porque el asegurado, siempre tendrá derecho de libre elección de profesional jurídico de su elección y confianza.

El modelo de gestión sirve también para ahondar la diferenciación entre el Seguro de RC y el SPJ, que tienen una “finalidad y principios distintos”⁷, donde si el asegurador optara por confiar los siniestros a una entidad jurídicamente distinta, o si optara por crear un departamento independiente del resto de la entidad, el asegurado nunca tendrá derecho a elegir un abogado propio, puesto que ya la Directiva del Consejo nº 87/344 indicaba –guante recogido en Solvencia II–, que las opciones son “alternativas” y acumulativas⁸, salvo en el caso del conflicto de intereses y cuando haya cualquier clase de “procedimiento”, siendo ésta una peculiaridad de nuestra transposición de la Directiva 87/344⁹.

Es una obviedad afirmar que ningún derecho es absoluto, por lo que siguiendo con la lógica del silogismo, no será una excepción la libre elección en el caso del SPJ.

La excepción a la libre elección recogida en Solvencia II –la cual queda a la libre potestad del legislador nacional, y el nuestro no lo ha hecho– se limita, a nuestro entender, pues la traducción oficial es confusa, con varias condiciones:

- cuando estemos en situaciones que resulten de la utilización de vehículos de carretera en el territorio del Estado miembro en cuestión;
- cuando el seguro esté vinculado a un contrato de asistencia en caso de accidente o de avería en que se vea implicado un vehículo de carretera;

- cuando ni la empresa de seguros de defensa jurídica ni el asegurador de la asistencia cubran ningún ramo de responsabilidad;

cuando se han adoptado disposiciones a fin de que el asesoramiento jurídico y la representación de cada una de las partes en un litigio estén asumidas por abogados completamente independientes, y cuando dichas partes estén aseguradas en defensa jurídica por la misma empresa de seguros¹⁰.

Y tal limitación de la libre elección será con independencia del modelo de gestión elegido por el asegurador.

c) Marco y cabida de la libre elección.

El art. 200.4 de la Directiva Solvencia II dice literalmente:

“El contrato establecerá que los asegurados tienen derecho de confiar la defensa de sus intereses, a partir del momento en que tengan derecho a reclamar de conformidad con la póliza, a un abogado de su elección o, en la medida en que la legislación nacional lo permita, a cualquier otra persona que posea las cualificaciones necesarias”.

Es relevante que no se hace referencia a “procedimiento” alguno, mientras que nuestro legislador nacional sí lo hace en su artículo 76 d:

“El asegurado tendrá derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento”.

A priori, cualquier procedimiento, puede parecer más vinculado a los aspectos rituales y formalistas de la reclamación judicial, y el concepto proceso, puede considerarse más orientado a la generalidad de cualesquiera hipótesis que se den a lugar por una eventual crisis jurídica¹¹.

No obstante entendemos que por aplicación del artículo 198 de la Directiva Solvencia II, sí tenga cabida la libre elección con indepen-

⁶ Art. 200.1 párrafo segundo DS II.

⁷ STS 652/05, Sección Civil, de fecha 30 de septiembre.

⁸ En este sentido vide el Dictamen de la Comisión recogido en el punto 33 de la STSJCE C-199/08, Sala Segunda, de fecha 10 de septiembre de 2009.

⁹ Vide art. 76 d de la Ley 50/80, del Contrato de Seguro.

¹⁰ Art. 201 Solvencia II

¹¹ Sobre el concepto de crisis jurídica acuñado por la Doctrina belga vide Fontaine, M., “Le Concept de Sinistre dans l’Assurance de Protection Juridique”, en *Bijzondere Vraagstukken Rechtsbijstandsverzekering / Aspects Particuliers de l’Assurance Protection Juridique*, Colletion de la Faculté de Droit Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1999, Pág 141.

dencia de la existencia o no de un *litigio*, pues se recoge específicamente que:

La presente sección se aplicará al seguro de defensa jurídica, clasificado en el ramo 17 de la parte A del anexo I, en virtud del cual una empresa de seguros se compromete, a cambio del pago de una prima, a hacerse cargo de los gastos de procedimiento judicial y proporcionar otros servicios directamente derivados de la cobertura de seguro, en particular con vistas a:

- *recuperar el daño sufrido por el asegurado, de forma amistosa o en un procedimiento civil o penal,*

- *defender o representar al asegurado en un procedimiento civil, penal, administrativo o de otra naturaleza, o contra una reclamación de la que éste sea objeto*¹².

Es decir, quedaría amparado el derecho de libre elección desde el nacimiento de la crisis jurídica, con independencia de la existencia de cualquier procedimiento judicial o no, puesto que, como arriba hemos reproducido, el Seguro de Defensa Jurídica comprende, entre otros ámbitos “(...) *recuperar el daño (...) de forma amistosa o en un procedimiento (...)*”, y “(...) *defender o representar al asegurado en un procedimiento (...) o de otra naturaleza, o contra una reclamación (...)*”¹³.

Ésta afirmación conlleva incluso a que en los procesos judiciales donde no sea preceptivo estar asistido de letrado, sí ostentará el asegurado el derecho a un abogado, y no por una supuesta indefensión o vulneración de la tutela judicial efectiva amparada por el artículo 24 de la Constitución¹⁴, sino por el componente asesoramiento jurídico garantizado en el SDJ.

Asesoría jurídica que “(...) resulta, casi siempre, decisiva para el éxito o fracaso de la fase siguiente, es decir, la que se desenvuelve ya en el proceso propiamente tal o en la gestión pública de que se trate”¹⁵.

¹² Art.2.1 de la citada Directiva 87/344.

¹³ Olmos Pildaín, A.; “El Seguro de Protección Jurídica. Designación de profesionales y limitación cuantitativa de cobertura” *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2000. Pág.426.

¹⁴ Concepción Rodríguez, J.L., *Derecho de Daños*, Editorial Boch, 2ª Edición, Barcelona, 1999. Pág.473.

¹⁵ Cea Egaña, J.L.; *Derecho Constitucional Chileno: Derechos, deberes y garantías*. Textos Universitarios, Facultad de Derecho de la Universidad C. de Chile. Santiago. 2004. Pág. 149.

Así hemos de afirmar por lo tanto, que se ha de entender en éste marco como “*procedimiento*” toda crisis jurídica que pueda acaecerle al asegurado¹⁶, tanto en condición de actor, como litis pasivo. Es decir, en palabras textuales de la Ley, podrá elegir abogado para “*representarle y defenderle*”¹⁷.

Será en el momento en el que pudiera acaecerle al asegurado cualquier crisis jurídica, promovida por él mismo o no¹⁸, cuando, amparado por una póliza de Seguro de Defensa Jurídica, pueda ser auxiliado, amparado, asesorado y defendido por un letrado de su elección personal, fuera de los cuadros o redes establecidas por su asegurador, por lo que –nos reafirmamos–, el Seguro de Defensa Jurídica, encaja mejor con la definición de Seguro de Protección Jurídica.

Con éste planteamiento, queda reducido al absurdo que algunas aseguradoras obliguen a presentar una demanda o una denuncia para pagar los honorarios de los letrados ajenos, aún a pesar de haber llegado las partes a un acuerdo extrajudicial previo al litigio.

Cuestión ésta que si, desde el Poder Judicial se supiera se exasperarían y si, desde el Legislador se hubiere comprendido esta cuestión, los términos del artículo 14 de la Ley 35/2015 por la que se modifica el texto refundido, habría sido menos voluntarioso y no aparecería “*las partes PODRÁN acudir al procedimiento de mediación de conformidad con lo previsto en la Ley 5/2012, sino más bien “las partes DEBERÁN acudir al procedimiento de mediación de conformidad con lo previsto en la Ley 5/2012”*”.

Por ir cerrando éste aspecto de los límites a la libre elección de abogado que en el caso del SPJ, el asegurado no tendrá por qué invocar ningún conflicto de intereses, así como tampoco ninguna dejadez ni ausencia o pérdida de confianza en la dirección del caso por parte del abogado que le haya asignado el asegurador para optar a que le defienda el abogado de su libre elección.

El único límite que entendemos quepa, amén del rigor del plazo del artículo 16LCS, no afecta al propio derecho de la libre elección,

¹⁶ Veiga Copo, A.B.; “Contrato de Seguro”, en *Tratado de Contratos*, Tomo V, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009. Pág. 5804.

¹⁷ Art. 76 d de la Ley 50/80, del Contrato de Seguro.

¹⁸ Sobre el componente volutivo y quebrantamiento del alea en el acaecimiento del siniestro, vide Garrigues, J.; *El contrato de Seguro Terrestre*, Imprenta Aguirre, Segunda Edición, Madrid, 1982. Pág. 15.

sino a la suma asegurada, que analizaremos más adelante.

En el caso del procurador, aunque en la práctica sea "(...) una especie de mero servicio de mensajería entre los órganos jurisdiccionales y el Abogado (...)"¹⁹, al sólo intervenir en los casos en los que exista un proceso judicial en marcha²⁰, sólo se podrá gozar de su libre elección cuando exista proceso judicial y no cualquier *crisis jurídica*²¹.

d) Regulación del SPJ.

Al inicio de este epígrafe ya anunciábamos que el ramo 17 había sido mal entendido no ya solo por la Doctrina y Jurisprudencia, sino también por el propio legislador nacional.

Una explicación de tal desconocimiento, es el que se ha entendido el SPJ como una derivación del seguro de responsabilidad civil²², aunque hay que resaltar que desde la óptica del legislador comunitario, nada más lejos de la realidad, tal y como lo plasma la existencia de una Directiva propia, pese a que en la Ley 21/1990 de 19 de diciembre, solo se haga mención a la transposición de la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y de actualización de seguros privados, y no se hace mención en su enunciado, aunque si se transpone, la Directiva 87/344/CEE, sobre el Seguro de Defensa Jurídica, lo cual es un error formal grave²³.

Solamente tras acuerdo de los Ponentes ya en el Senado²⁴, en el último párrafo de la expo-

¹⁹ STS 78/2005 Civil, de fecha 18 de febrero.

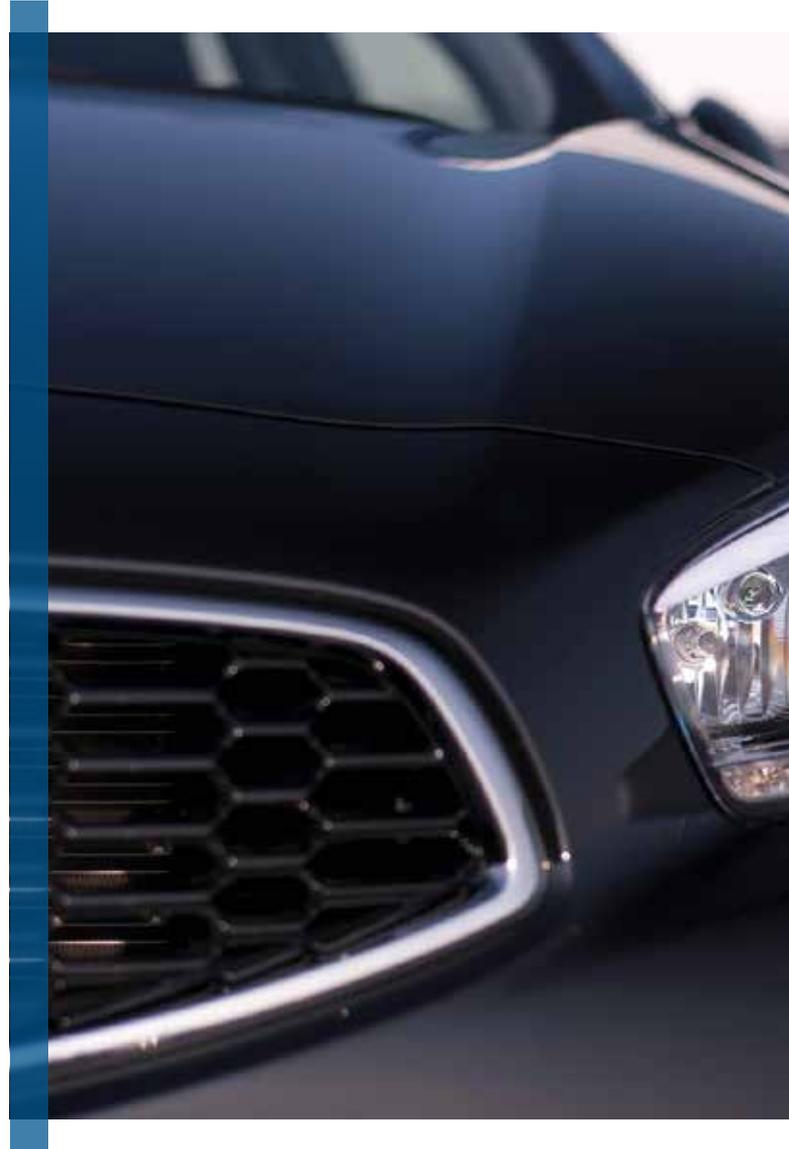
²⁰ Ph. Colle & J.L.Fagnart, "Les rapports entre l'assureur de protection juridique et l'avocat", en *Bijzondere Vraagstukken Rechtsbijstandsverzekering / Aspects Particuliers de l'Assurance Protection Juridique*, Colletion de la Faculté de Droit Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1999. Pág. 129.

²¹ Vide Filian, M. & Regan, F., "Legal Expenses Insurance and Legal Aid- two side of the same coin? The experience from Germany and Sweden", *International Journal of the Legal Profession*, Vol. 11, nº 3 (2004), Pág.241.

²² Olivencia Ruiz, M.; "El Seguro de Protección Jurídica. Del pasado al futuro", 8º *Congreso Internacional de Aseguradores de Defensa Jurídica*, Sevilla, 1981, Pág. 268.

²³ En este mismo sentido vide art. 1.3 de la Orden de 23 de octubre de 1982 donde recoge que no será de aplicación lo recogido en el art.74 de la Ley 50/80, del Contrato de Seguro, el cual contempla que la dirección jurídica del procedimiento en el caso del seguro de Responsabilidad Civil, recaerá sobre el asegurador, mientras que en el caso del seguro de Defensa o Protección Jurídica recae sobre el asegurado.

²⁴ Informe de Ponencia del Senado de fecha 29 de octubre de 1990, nº 621/000021.



sición de motivos se recoge de forma somera: "(...) y, finalmente, a la introducción del contrato de seguro de defensa jurídica en la Ley 50/1980, el [artículo] sexto".

La adición propuesta contemplaba una transposición casi directa de la Directiva del Consejo 87/344/CEE, siendo poco más que una traducción literal al castellano, pero donde se circunscribía la cobertura de reclamación del SPJ a los procedimientos civiles y penales, tanto en fase amistosa como contenciosa, quedando fuera la esfera laboral y administrativa. No obstante en la cobertura de defensa sí recogía, literalmente los procedimientos "(...) civiles, penales, administrativos o de otra naturaleza"²⁵.

Se acordó que la citada Enmienda se debatiera en el Senado y no en el Congreso, tal y

²⁵ Art.1 de la Enmienda de Adición 101.



como se recoge en el acta de la Comisión del Congreso de Economía, Comercio y Hacienda²⁶.

Una vez llegado el Proyecto de Ley al Senado, el grupo político que sustentaba en aquella época al ejecutivo presentó dos Enmiendas de Adición, una para regular los aspectos relativos a la regulación del contrato de seguro de Defensa Jurídica, que se trasladaría a la Ley 50/80²⁷, del Contrato de Seguro, y otra relativa a la ordenación administrativa de los aseguradores que operasen en el ramo, que afectaría a la Ley 33/1984 de Ordenación de Seguro Privado²⁸.

El texto recogido en ambas Enmiendas de Adición sería el que posteriormente se aprobase en los supracitados textos legales, incluida

²⁶ Sesión nº 7 de fecha 26 de septiembre de 1990.

²⁷ Enmienda de Adición del Senado nº 85.

²⁸ Enmienda de Adición del Senado nº 86.

la Disposición Adicional Séptima incorporada a la Ley 33/1984 sobre Ordenación del Seguro Privado, y que recogía las tres modalidades de gestión contempladas en la Directiva del Consejo 87/344/CEE.

De esta manera destacamos que tanto en la letra de la regulación anterior, como en la mente del legislador que tramitó la legislación vigente, se caracteriza el SPJ como un seguro, eminentemente de prestación de servicios, con lo que eso conlleva a la hora de la caracterización de su naturaleza jurídica. Y pese a no haber sido contemplado el tenor literal de la Directiva por nuestra legislación, esto no significa que la figura ahora estudiada no se caracterice como un seguro eminentemente de prestación de servicios²⁹, puesto que tiene esta caracterización su amparo en la “clasificación comunitaria existente”³⁰.

Realizada esta visión retrospectiva de la regulación del SPJ, podemos entender que queda palmariamente reflejado el hecho de que no estamos ante una cobertura o un ramo accesorio³¹.

Aunque esta carta de naturaleza como ramo principal le vendrá dado por la Directiva 72/239/CEE³², y adaptado a nuestro ordenamiento por el Art. 6.2 de la Orden de 29 de julio de 1982, por su parte, la Ley 50/80, del Contrato de Seguro pasará a contemplar sin ambages:

“El seguro de defensa jurídica deberá ser objeto de un contrato independiente”³³.

²⁹ En esta línea teníamos el art.25.1 del RD2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que recogía: “*En los ramos de enfermedad, de defensa jurídica, (...) el programa de actividades deberá contener, además de lo previsto en el artículo 12 de la Ley y en el artículo 24 de este Reglamento, indicaciones y justificaciones relativas a la capacidad para prestar los servicios a los que se comprometa en los contratos*”.

³⁰ Vide “Justificación” de las enmiendas en el Congreso nº 206 del Grupo Popular, nº 451 del Grupo Catalán y nº 5 del Grupo Vasco y del Grupo Mixto; así como las enmiendas en el Senado nº 9 y 205 del Grupo Mixto, nº 109 del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, nº 170 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado, nº 259 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado.

³¹ Cano Ferré, P., *Seguro Protección Jurídica*, Ponencias Congreso Constituyente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguros, Granada, 2001, Pp. 204, 205.

³² Párrafo 2º del punto “C” del Anexo, sobre los ramos, designando el ramo 17 al Seguro de Defensa Jurídica.

³³ Art. 76c Párrafo Primero de la Ley 50/80 del Contrato de Seguro. En mismo sentido art. 3.1 de la Directiva 87/344/CEE del Consejo. En este sentido vide STS 437/00, de 20 de abril, Fundamento de Derecho 3º.

De esta forma se garantiza la independencia de la propia figura, que llega a tal extremo de que se debe contemplar en capítulo aparte y el detalle o desglose de la prima deberá especificarse y singularizarse, hecho que no ocurre en otros seguros, que pueden incluso agrupar las primas, tanto en seguros de vida como en seguros de no vida³⁴.

Amén de lo anterior, pero sumando desaciertos a la hora de nuestra transposición reguladora del SPJ, el legislador dejó fuera la libre elección de graduado social.

Salvo honrosas excepciones³⁵, la Doctrina, en el momento de abordar la potestad del asegurado de escoger profesionales en el marco del Seguro de Defensa Jurídica, que le defiendan, amparen y representen, no se viene planteando la situación del graduado social³⁶.

Podemos decir que ello es así porque erróneamente este derecho se constriñe expresamente a las figuras del abogado y del procurador tanto en la Ley del Contrato de Seguro, como en la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados³⁷.

Ésta situación, lamentablemente, parece que se ha perpetuado tras la transposición de Solvencia II, pues el legislador a seguido ignorando ésta cuestión.

Y no sólo a la hora de regular el SPJ, sino también en las distintas reformas procesales del ámbito laboral.

A pesar de lo anterior, dado que el graduado social puede ostentar la representación técnica en juicio, desde nuestra perspectiva, entendemos que el asegurado tenga derecho a elegir libremente en aquellos procesos que sea factible, también ser asistido por un gra-

duado social³⁸. Es más, el graduado social, que como profesional liberal se encuentra sometido a similares preceptos deontológicos que los abogados y procuradores³⁹, puede representar como los procuradores, y defender como los abogados⁴⁰, incluso en los recursos de suplicación⁴¹.

En este contexto de dejadez o *deficiente elaboración normativa*⁴², a la hora de transponer a nuestro ordenamiento la Directiva 87/344, mediante la Ley 21/1990 no se contempló lo recogido en la Ley de Bases del Proceso Laboral que literalmente contemplaba en su Base Séptima:

“Representación y defensa

1. *Las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a procurador, graduado social o a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. La representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante secretario judicial o por escritura pública.*

2. *La defensa por abogado tendrá carácter facultativo en los procesos de instancia, debiendo garantizarse, en todo caso, el principio de igualdad de las partes*⁴³”.

El Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, establece como regla general⁴⁴, que “(...) (l)as partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de

³⁴ Este tipo de seguros se denominan seguros combinados. Se entienden como tales, aquellos en los que en un mismo contrato de seguro, o póliza, se garantizan riesgos de diversa índole, pero referidos al mismo bien. Para el caso de que el riesgo sea la persona, existe un tipo especial de seguro el cual está constituido por un seguro temporal a plazo fijo y la facultad de poder elegir entre varias opciones, siempre y cuando el asegurado sobreviva al vencimiento del contrato.

³⁵ García, C., *Origen, situación actual y futuro del Seguro de Protección Jurídica* Cuaderno de la Fundación Mapfre nº 180, Madrid, 2012, Págs.160 y ss.

³⁶ Vgr. Olmos Pildaín, A.; “El Seguro de Protección Jurídica. Designación de profesionales y limitación cuantitativa de cobertura” *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2000. Pp. 424, ss.

³⁷ Anexo ramos del seguro de la Ley 20/2015, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.

³⁸ Art. 545 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

³⁹ Cervila Garzón, M^a D.; *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Pág. 28.

⁴⁰ Arts. 18 y 21.1 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁴¹ Arts. 10.107, 10.126 y 10.127 de la Ley 13/09, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial que modifican respectivamente los arts. 193, 229 y 230.1 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁴² Lo cual choca con el objetivo comunitario de “legislar mejor”. Vide Libro Blanco de la Comisión de 1 de diciembre de 2005 sobre la política de los servicios financieros 2005-2010, punto 2.

⁴³ Ley 7/1989, de 12 de abril.

⁴⁴ Alonso Ojea, M. et al; *Derecho procesal del trabajo*, Civitas, Madrid, 10^a Edición. Pág. 100.

*sus derechos civiles (...)*⁴⁵. Es decir, que para la fecha de la transposición de la Directiva 87/344, ya existía la posibilidad de acudir a juicio representado técnicamente con un graduado social.

A la hora de trasponer la DSII, nuevamente hemos vuelto a perder la oportunidad de recoger en nuestro texto la mención al graduado social, que sí tendría amparo en el marco de las Directivas, tanto SII como la 87/34.

Hemos de aclarar que si bien es cierto que la LPL permite que los comparecientes estén representados por no profesionales⁴⁶, los gastos de los mismos no serán reembolsados por los aseguradores de Defensa Jurídica, por carecer de las cualificaciones profesionales requeridas⁴⁷.

Referido lo anterior ¿podría el Legislador Nacional delimitar la libre elección dejando fuera al graduado social, porque no hubiera posibilidad real de tal premisa en el marco de la anterior Directiva reguladora del Seguro de Defensa Jurídica hoy en Solvencia II?

Muy al contrario, la Directiva 87/344 si contemplaba tal posibilidad, en su artículo 4^º, siendo mantenida en su integridad en la Directiva Solvencia II en su artículo 201, al recoger expresamente que:

“1. 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;

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 un conflicto de intereses”.

⁴⁵ Art. 18.1 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

⁴⁶ Baylos Grau, A.; “Las partes procesales”, en *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Editorial Trota, Madrid, 1991. Pág. 57.

⁴⁷ Art. 4.1 a de la Directiva 87/344. Vide art. 13 a del Estatuto General de la Abogacía; art.9 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España; art. 2 del Real Decreto 1415/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales.

La expresión “*cualquier otra persona que posea las cualificaciones requeridas por la legislación nacional*”, no solo nos debe llevar a pensar que se refiere al procurador nuestro o al *solicitor* y *barrister* británico, o al italiano *procuratore*, o en el *solicitador* portugués, sino que, en nuestro caso, en nuestra legislación nacional, indefectiblemente deberá incluir al graduado social.

Ratificando esta hipótesis, tenemos que el artículo 196.1 letra a) de la Directiva SII, contempla el ámbito de aplicación de aplicación del SDJ, donde el asegurador se compromete al reembolso de los gastos judiciales o a la prestación de servicios de representación o defensa del asegurado, “*(...) en un procedimiento civil, penal, administrativo o de otra naturaleza (...)*”.

Este procedimiento de *otra naturaleza*, implica que no estemos ante un *numerus clausus*, dando un margen suficientemente amplio como para dar cabida a cualesquiera órdenes jurisdiccionales de los países miembros de la Unión, y que en nuestro caso, necesariamente habrá de incluir a la jurisdicción laboral e inclusive la militar⁴⁸.

Pero también la mediación de conflictos civiles y mercantiles regulada recientemente por la Ley 5/2012⁴⁹.

Así pues, por aplicación directa de Solvencia II, el asegurado en nuestro país, tendrá derecho a elegir libremente también al graduado social, dentro del ámbito del Orden Social, y sin necesidad de acogimiento expreso en nuestra transposición de la misma⁵⁰.

Deberá ser modificado el artículo 76 letras a)-g) y no el 74, pues en la Directiva Solvencia II sólo se hace mención a *otros profesionales del derecho* a la hora de regular el SPJ, y no el de RC.

Apelamos, una vez más, a la prudencia legislativa, solicitando el buen hacer para recoger en nuestra LCS, el alcance que se le da al SPJ en la vigente Directiva Solvencia II, fiel reflejo de su pretérita 87/344.

⁴⁸ Art. 102 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

⁴⁹ De hecho, entendemos que sea un ramo impulsador de éstos ADR. Sobre por qué las aseguradoras no median conflictos, vide García, C. “La mediación de conflictos en el sector asegurador”, *Ponencia en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Mayo 2016.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso Reyners, Arrêt de la Cour du 21 de Juin de 1974.

Para ir concluyendo este apartado de maltrato legislativo a este ramo, continua su regulación en la LCS en el artículo 76 letra a) hasta la letra g), siendo que el artículo 76 es del título que regula el Seguro de Responsabilidad Civil.

Es decir, tiene una sección propia, la novena, y el seguro de RC la octava, pero no tiene un artículo propio el SPJ, sino que *toma prestado* el 76 del seguro de RC.

Se ha desaprovechado la transposición de Solvencia II, para haber dotado a la LCS de un nuevo articulado, dotando al SPJ de un artículo propio y “lejano” al de RC, para no confundirlo con la defensa de la responsabilidad civil del asegurador, o al menos crear y *compartir* artículo con el seguro de asistencia en viaje, o con el seguro de vehículos marítimos, lacustres o fluviales, pues sí puede ser accesorio el SPJ de éstos⁵¹, pero nunca del seguro de RC.

2. Del posible vaciado de contenido.

a) Garantía de Reclamación y Garantía de Defensa vs. SPJ.

Matizadas las distinciones entre el SPJ y la defensa de la responsabilidad civil, nos encontramos con seguros combinados, que garantizando distintos riesgos, contemplan coberturas de defensa por un lado y de reclamación por otro, de su asegurado.

Entramos en la diferenciación entre “seguro” y “cobertura de seguro”⁵²; es decir, entre SPJ y la garantía de “defensa y fianza criminales”⁵³; entre SPJ y “cobertura de reclamación de daños”⁵⁴;

Diferencias no siempre claras... tanto que hasta se ha llegado a entender tales como sinónimos⁵⁵.

⁵¹ Letra B del Anexo ramos del seguro de la Ley 20/2015, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras

⁵² STS 426/06, Sección Civil, de 9 de mayo.

⁵³ STS 437/00, Sección Civil, de 20 de abril. Vide también STS 254/09, Sección Civil, de 7 de abril.

⁵⁴ En Sentencia rollo de apelación 1740/98, de fecha 31 de julio de 2000.

⁵⁵ En el Diccionario Mapfre de Seguros, se recoge la siguiente definición, “(g)arantía: Compromiso aceptado por un asegurador en virtud del cual se hace cargo, hasta el límite estipulado, de las consecuencias económicas derivadas de un siniestro. Es también sinónimo de seguro (estar garantizado es igual que estar asegurado) o de capital asegurado (la garantía de la póliza es igual que el capital asegurado por ella). También es sinónimo de cobertura”. Castelo Matrán, J. y otros, *Diccionario Mapfre de Seguros*, Madrid, Edición año 2008.





Las pólizas de seguros cada vez tienen más oferta de servicios para diferenciar unas compañías de otras como valor añadido, prestadas por reparadores concertados, como pueden ser los servicios de atención informática, los desatracos de comunidades, el envío de cerrajeros, etc., las cuales terminan desdibujando el componente asegurador del artículo 1 LCS, donde el asegurado decide si quiere una prestación *in natura* o *in specie*.

Por lo tanto, en una *garantía* o *cobertura de cerrajería*, si estuviéramos ante un seguro, por méritos del artículo 1 LCS, el asegurado podría optar entre llamar a su aseguradora para que le envíe su cerrajero o directamente llamar al teléfono de información telefónica para contratar el servicio y después remitir la factura a su asegurador para su reembolso.

Pero no es admitido tal reembolso pues las aseguradoras recogen en sus condicionados tales servicios se prestarán por los proveedores de las compañías.

Es decir, en una póliza de seguros, se insertan paralelamente distintos contratos de prestación de servicios⁵⁶.

En el perímetro de la protección jurídica, en la práctica forense nos encontramos con que algunas aseguradoras ofrecen como *producto asegurador* en el condicionado general la garantía o cobertura de reclamación de daños, pero sin que ésta aparezca en contrato o capítulo aparte, y mucho menos con prima diferenciada, a la póliza en la que se inserta.

De éste modo por parte de los aseguradores, a la hora de que el asegurado opte por la libre elección, se le deniega alegando que se está ante una *cobertura* o *garantía* más parecida a un contrato de prestación de servicios⁵⁷, que ante un SPJ.

Al no recogerse la póliza de Defensa Jurídica en un contrato aparte, tal y como recoge como necesario el artículo 76 c) de la Ley 50/80, del Contrato de Seguro, para algunos juzgadores no estamos ante una póliza de Seguro de Defensa Jurídica, pues "(...) la defensa jurídica que ampara al actor en virtud de la póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil concertada con la Compañía de Seguros

demandada no puede considerarse como un Seguro Independiente (...)”⁵⁸.

En sentido diametralmente contrapuesto, pero en la línea nítidamente marcada por el marco jurídico vigente, queda recogida en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona nº 4159, donde el Magistrado-Juez, **ARANGÜENA SANDE**, recoge en el Fundamento de Derecho Primero la diferenciación entre la defensa de la responsabilidad civil del Seguro de Defensa Jurídica, al decir:

“(...) si se hubiera reclamado por el contrario contra el actor como propietario del ciclomotor conducido por el hijo menor de edad del actor como supuesto culpable del siniestro, operaría la cobertura de responsabilidad civil y entonces la defensa jurídica se regiría por lo dispuesto en el art. 74 LCS teniendo así mismo presente la exclusión prevista en el art. 76-g-1) LCS. Por el contrario, si es el actor quien imputa la culpa al conductor del vehículo contrario, tal reclamación hace nacer el derecho de la cobertura de defensa jurídica regulada en los arts. 76 letras a)-g) LCS⁶⁰”.

En ese caso, el Juzgador de Instancia entiende que si reclamara el conductor asegurado al contrario responsable, sería dentro del marco no de una garantía o prestación, sino del SPJ, por lo que le cabría la libre elección de profesional del derecho al asegurado.

Referido lo anterior, entendemos que el redactar una cláusula con una redacción que recoja la posibilidad de reclamar los daños del asegurado frente al tercero responsable o que defiendan a éste de las reclamaciones que pu-

⁵⁸ ST del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de los de Córdoba, de 19 de enero de 2004, sobre los elementos que debe tener una póliza para ser considerada de PJ, vide STAP Bajajoz 342/2005.

⁵⁹ De fecha 3 de julio de 2007.

⁶⁰ En similar sentido vide Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Algeciras, de fecha 22 de noviembre de 2007, en su Fundamento de Derecho Quinto, dado que recoge: “(...) tampoco podemos admitir que la indemnización reclamada, por gastos de defensa jurídica, pueda tener cobertura en el ámbito del seguro de responsabilidad civil pues, según se desprende del artículo 73 LCS, éste tiene una cobertura o riesgo asegurado distinto, que consiste en la indemnización a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho, no pudiendo admitirse (...) que los gastos sean subsumibles en el seguro de responsabilidad civil suscrito por los autores con la demandada (...) más aun cuando éstos podían habérselos evitado si hubieran reclamado asistencia jurídica de su también Compañía Aseguradora (...), lo cual no se ha demostrado que hicieran (...)”

⁵⁶ Sobre la validez de éstos contratos mixtos, vide STAP de Navarra 252/2003, Sección 1ª, de 24 de octubre.

⁵⁷ A éste respecto vide García, C., *Origen, situación actual y futuro del Seguro de Protección Jurídica* Cuaderno de la Fundación Mapfre nº 180, Madrid, 2012, Págs.207 y ss.

diera recibir de un tercero, al redactarse con apariencia de SPJ, no se podrá alegar que no estamos ante un SPJ por no estar en capítulo o contrato aparte, ni tener prima separada, pues estaríamos ante una cláusula oscura –o cuando menos confusa– que tenga apariencia de SPJ, por lo que no podrá aplicarse a favor de quien la puso en el contrato de adhesión que es una póliza de seguro⁶¹.

b) Exiguo límite de la Suma Asegurada.

Por parte de algunos autores, se ha entendido que limitar o no conceder el reembolso de los honorarios del abogado designado por el asegurado, violentan lo dispuesto en artículo 545 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial⁶², pudiendo se dar la vulneración del artículo 24CE, y por ende el artículo 6.3 c del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁶³.

Por nuestra parte entendemos que una cosa será no conceder o vetar la libre opción por un abogado de confianza a cualquier ciudadano, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva, y otra cosa que de ello se derive la obligación a un asegurador a ir más allá de lo contratado y de la norma específica que regula el contenido del contrato de seguro.

En conexión con ésta afirmación, el TS entiende que no le produce una indefensión al asegurado, cuando no se asista ni defienda en sede judicial por parte del asegurador cuando el asegurado no hubiere tenido la defensa jurídica contratada previa a la ocurrencia del siniestro⁶⁴.

Pero nuevamente en la práctica forense, nos estamos encontrando con pólizas de seguro en la que la suma asegurada es exigua.

Si bien es cierto que para el TS los baremos de los colegios de abogados son orientativos⁶⁵,

no es menos cierto que si por aplicación de estos, con una mera consulta, ya se consume la suma asegurada, se está vaciando de contenido la libre elección por esta vía.

Y no solo en esos casos extremos, sino en cualesquiera otros que la suma asegurada, en aplicación de tales baremos colegiales, apenas cubre la primera instancia.

Para las aseguradoras, la designación de letrados ajenos a su red implica un mayor coste, pues los letrados elegidos por sus asegurados minutan conforme baremos colegiales, buscando incluso agotar la suma asegurada⁶⁶, mientras que los letrados de su red, tienen pactados, generalmente a cambio de un cierto volumen, unos honorarios bastante más ajustados, que hacen tener una prima de protección jurídica más competitiva y a la par les evita entrar en insuficiencia de prima.

Pero también implica una demostración de cierto grado de ineficiencia en la gestión de los siniestros, pues la no confianza en la red de abogados suele venir derivado de una mala experiencia como clientes en las fases previas de la gestión del siniestro.

La LCS establece que en el marco del SPJ, el asegurado no debe tener límites a la hora de poder designar el profesional del derecho que él escoja, pero, la inmensa mayoría de pólizas de Protección Jurídica, en sus condiciones particulares⁶⁷, tienen una suma asegurada que opera como límite máximo en el caso de libre designación, y pocas veces en el caso de letrados de la propia red de abogados⁶⁸, también es cierto que en no pocas ocasiones, tal suma asegurada es tan exigua que, aplicando los baremos colegiales, puede llegar a consumirse ésta con apenas la primera consulta jurídica.

Y con más frecuencia, siguiendo con la aplicación de los baremos colegiales, la mayoría de las sumas aseguradas sólo alcanzan para cubrir los honorarios de abogado en una primera instancia; es decir, ni siquiera los de procurador en los litigios en los que sea preceptivo su uso.

⁶¹ Art. 1288 CC.

⁶² Tirado Suárez, F.J.; “Hacia una defensa jurídica libre de los asegurados en autos”, *Mercado Previsor*, nº 350 (2000). Pp. 34, 35.

⁶³ Beades Martín, I., “La Degradación de la defensa jurídica en los juicios del automóvil: propuestas de “lege ferenda” a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2000. Pág. 66.

⁶⁴ STS 962/ 04, Sección Civil, de fecha 29 de septiembre.

⁶⁵ Lescure Ceñal, P.; “Incidencia de la Ley 25/2009, de 22 de Diciembre, “Ley Ómnibus”, en la abogacía”, en *Otrosí, Publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Nº 2, 5ª Época (2010). Pág. 23.

⁶⁶ Para el TS tal postura no es óbice para cobrar el límite máximo de la cobertura sin detallar o justificar las partidas o conceptos minutados. Vide STS 1221/01, Sección Civil, de fecha 19 de diciembre.

⁶⁷ Gemeno Marín, J.R., “Los gastos de defensa jurídica en los seguros de responsabilidad civil (El artículo 74 de la Ley 50/1980)”, *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, Vol. 9. Nº 4 (2002). Pág.12.

⁶⁸ STAP de Navarra 252/2003, Sección 1ª, de 24 de octubre.

Así pues, nos podemos encontrar con un vaciado de contenido del SPJ, o del derecho a la libre elección de abogado, por la vía de la suma asegurada.

Ésta cuestión puede chocar frontalmente con la idea que el asegurado inicialmente pudiera tener de la somera lectura de su póliza cuando contrate directamente con el asegurador (especialmente vía telefónica, on line o por comparadores) o sin un análisis detenido cuando contrate a través del canal de mediación de seguros tradicional.

La definición legal del objeto del SDJ hace que el asegurado tenga una expectativa de poder elegir libremente su abogado y que los honorarios de éste correrán por cuenta de su asegurador, pues, las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras⁶⁹, por lo que por la imposición de una suma asegurada exigua se ve truncada su expectativa razonable⁷⁰.

No parece estar del todo claro, si la cláusula que determina ésta suma asegurada o cuantía máxima, se trata o no de una cláusula delimitativa del contrato o limitativa de los derechos del asegurado.

Lo que si queda patente es la legalidad de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, y la nulidad de éstas cuando no estén expresamente aceptadas por el tomador, así como la nulidad de pleno derecho de las lesivas, por entenderse éstas irrenunciables⁷¹.

Tenemos resoluciones de alzada provincial, donde se entiende que no será aplicable la cláusula si no está expresamente aceptada por el asegurado, siendo por tanto de aplicación lo contemplado en el artículo 3 de la Ley 50/80⁷².

Contrario a la anterior postura, para otras audiencias, será una delimitación, puesto que el determinar un máximo económico, no sirve

⁶⁹ Art. 1.285 CC.

⁷⁰ Sobre el concepto de “expectativa razonable del asegurado” vide Ballesteros Garrido, J.A.; “Cláusulas Lesivas, Limitativas y Delimitadoras del riesgo en el Contrato de Seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del Asegurado”, en *Revista de Derecho Mercantil*, N° 256 abril-junio 2005. Pág. 506.

⁷¹ Art. 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias; art. 6 C.C.

⁷² STAP de Málaga Sección 5ª, 2/2007, de 11 de enero.





sino para “(...) concretar el objeto del contrato, fijando que riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla”⁷³.

Para **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**⁷⁴, citando a **TIRADO SUÁREZ**⁷⁵, se trata sin lugar a dudas de una cláusula limitativa amparada por el artículo 3º de la LCS⁷⁶, pudiendo llegar a ser abusiva cuando la exigua suma asegurada no supera los seiscientos euros, lo que podrá conllevar a una merma en la calidad de la prestación del servicio de abogacía⁷⁷.

Para **LASO PENA**, cualquier límite económico al ser restrictivo del derecho al que le asiste al asegurado por méritos del artículo 76d) LCS, será siempre una cláusula nula conforme el artículo 6.3 CC⁷⁸.

La Sala 1ª del TS ante la limitación genérica de la suma asegurada, ha trazado la línea de considerar que el límite económico al que el asegurador queda obligado, es una delimitación y no una limitación de los derechos del asegurado⁷⁹, por lo que no deberá ser expresamente aceptada y firmada por el asegurado, máxime si ésta no ha tenido una redacción oscura⁸⁰, llegando a considerarse como de “arbitraria, ilógica y no razonable” cualquier interpretación en sentido contrario⁸¹.

⁷³ STAP Albacete Sección 2ª, 116/09, de 1 de julio; en similar sentido STAP Cantabria 267/07, de 28 de marzo.

⁷⁴ López y García de la Serrana, J.; “La Libre elección de profesional en el seguro de defensa jurídica”, en *Práctica Derecho de Daños*, Nº 46, (2007), Pág. 16.

⁷⁵ Tirado Suárez, F.J.: “La libre elección de profesionales en el seguro de defensa jurídica”, *XII Congreso de Derecho de Circulación*, Madrid, 2006.

⁷⁶ En sentido contrario Reglero Campos, L.F.; “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2005”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 72, Año 2006.

⁷⁷ Beades Martín, I., “La Degradación de la defensa jurídica en los juicios del automóvil: propuestas de “lege ferenda” a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2000. Pág. 66.

⁷⁸ Cf. Lasso Pena, J.M., “El incomprensido seguro de defensa jurídica”, *Revista de Tráfico*, Nº 5, (2006).

⁷⁹ En la misma línea vide Sánchez Calero, F.; *Instituciones de derecho mercantil*, Editorial de Derecho Privado, Decimosexta Edición, Madrid, 1993. Pág. 589.

⁸⁰ STS 14 de Mayo 2004, nº de recurso 1734/1998, Civil. Vide STS 1165/2002, Civil, de fecha 11 de febrero.

⁸¹ STS 759/05, Civil, de fecha 29 de Julio.

Por nuestra parte, estamos más sintonía con la opinión sostenida por el Supremo, el cual indica que son delimitadoras las cláusulas que establecen el perímetro de cobertura del riesgo, a saber qué riesgo se cubre: aquellas que son en qué cuantía⁸², durante qué plazo, y en qué ámbito espacial⁸³; mientras que las limitativas son aquellas delimitadoras del objeto contractual y que por tanto recogen las causas de exclusión contractual, o lo que es lo mismo, su no aplicación⁸⁴. Resaltamos nuestra postura de que la suma asegurada no es un límite a los derechos del asegurado, sino una delimitación de la póliza⁸⁵.

No obstante si la cuantía de la suma asegurada hace que en realidad ésta sea por la vía de facto, papel mojado, entendemos que la cláusula sea lesiva⁸⁶, y no será posible al asegurador alegar que estaba aceptada y firmada expresamente por el tomador, pues el carácter de lesivo, la declara nula de pleno derecho⁸⁷, y no admite una validación por aceptación expresa, pues *“La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil⁸⁸”*.

Es más, el propio artículo 3 de la LCS recoge que las condiciones del contrato, *“en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados”*.

⁸² Dachs, M.; “El Seguro de Defensa Jurídica. Cuestiones suscitadas en la praxis aseguradora en el ámbito del automóvil”, *Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, nº 2, Granada (2004). Pág. 26.

⁸³ SSTS 71/01 Civil, de 2 de febrero; STS Civil, de fecha 14 de mayo de 2004, Recurso nº 1734/1998, Ponente García Varela.

⁸⁴ STS 278/06, de fecha 17 de marzo.

⁸⁵ Martínez Espín, P.; *La Protección del consumidor en el contrato de seguro*, Centro de Estudios de Consumo UCLM, Murcia, 2008. Pág. 45. Cf. López y García de la Serrana, J.; “Defensa Jurídica. Libre designación de abogado. Límites cuantitativos. Arbitraje”, en *Revista de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* Nº 37, Trimestre 1 2014, Pág. 51.

⁸⁶ López y García de la Serrana, J.; “Defensa Jurídica. Libre designación de abogado. Límites cuantitativos. Arbitraje”, en *Revista de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* Nº 37, Trimestre 1 2014, Pág. 55.

⁸⁷ STS 303/2003, Sala 1ª, de 20 de marzo. Vide art. 8 Ley 7/1998, General de Contratación.

⁸⁸ Art. 10 RDL1/2007.

Una suma asegurada que no llega a cien euros (i.e.) para el ejercicio del derecho de libre elección, ¿no es lesiva?

¿O no se conculca la expectativa razonable del asegurado cuando lee en su póliza que tiene contratado un SPJ, con derecho a la libre elección, pero que queda vacía de contenido por una suma asegurada tan exigua?

Entendemos que sí, pues de un lado se reconoce ese derecho, pero por otro lado se constriñe de tal modo, que al final se hace inviable⁸⁹, siendo una cláusula abusiva predeterminada por el oferente, en este caso, el asegurador.

Existen numerosas sentencias del Tribunal Supremo que incardinan como abusivas y nulas de pleno derecho las cláusulas que quebrantan la expectativa razonable del asegurado⁹⁰.

Pero queda nitidamente clara su postura en la STS de 19 de julio de 2012, cuando dice:

“Las cláusulas delimitadoras del riesgo establecen excusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a su 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 figura en lugar preferente de la póliza o en las disposiciones legales aplicables salvo pacto en contrario) o en su 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”.

No tiene desperdicio a nuestro entender la frase *“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”*.

Así pues, “cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización es-

⁸⁹ En la práctica se hace tan inviable el ejercicio de ese derecho que queda sin aplicación el artículo 1284 CC.

⁹⁰ Vrg. SSTS 30 de mayo de 1986; 20 de marzo 1991; 25 de julio de 1991; 23 de abril 1993; 17 de octubre de 2007; todas ellas de la Sala Primera.

perada por el asegurado. Éstas cláusulas pueden ser válidas pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen –es decir, que no le sorprendan– y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por lo tanto, que no le priven de causa⁹¹”

Continúa nuestro TS alertándonos claramente de que nunca una cláusula, ni siquiera las limitativas, podrán vaciar de contenido la póliza, ni violentar su fin económico, pues si no estaríamos ante una cláusula lesiva, pues impide su eficacia⁹², al hacer inviable la libre designación por parte del asegurado⁹³.

Siendo que “*cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar*”⁹⁴, con una suma asegurada tan nimia, ¿no estamos ante una limitación tan grave que “delimita” el riesgo de forma contradictoria con el objeto del contrato?

Si ésta mínima suma asegurada crea una situación de desequilibrio entre las partes, al tratarse de un contrato de adhesión, podrá ser considerada abusiva⁹⁵.

Hemos de entender que en esos casos sí estamos ante una cláusula lesiva –en el argot de la LCS, o abusiva en la terminología general de consumo– siendo éste el criterio mantenido por de **SALAS CARCELLER**, al indicar que “el establecimiento de límites cuantitativos muy bajos en los honorarios profesionales del abogado libremente designado por el asegurado podría llevar a considerar que dichas cláusulas tienen carácter lesivo en tanto que desnaturalizan dicho seguro”⁹⁶.

⁹¹ STS 273/2016, de 22 de abril.

⁹² STS 273/2016, de 22 de abril.

⁹³ Olivencia Ruiz, M.; “El Seguro de Protección Jurídica. Del pasado al futuro”, 8º Congreso Internacional de Aseguradores de Defensa Jurídica, Sevilla, 1981. Pág. 275.

⁹⁴ Art. 1283 CC.

⁹⁵ Ugarte Tundidor, A.; “Contratos de Adhesión y Cláusulas Abusivas”, en *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de La Rioja*, Nº 9, septiembre-octubre 1.993.

⁹⁶ Salas Carceller, A.; “Consecuencias de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de seguro. Supuestos que dejan sin contenido el contrato e imposibilitan su cumplimiento”, *Ponencia pronunciada en el XIV Congreso Nacional de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Sabadell*, noviembre 2014.

No obstante la diferenciación o clasificación de una cláusula como limitativa, delimitadora o lesiva, dependerá de matizaciones e interpretaciones⁹⁷, lo que junto con el hecho de que no exista una definición legal, da lugar a que la casuística recogida en los condicionados, sea una constante fuente de controversias asegurado vs. asegurador que se dirimen en la esfera judicial⁹⁸.

3. Intereses difusos y la demanda de cesación

No es ámbito de este estudio entrar en las peculiaridades de los intereses difusos, los cuales tienen su origen en el derecho medioambiental⁹⁹; pero entendemos que sea importante abordarlo desde el prisma de la legitimación para paralizar por la vía judicial las cláusulas que limitan lesivamente el derecho a la libre elección del profesional del derecho, dentro del marco del SPJ.

También entendemos que sea importante abordar ésta materia pues se configura el derecho de seguros como “(...) el auténtico pionero en la protección al consumidor”¹⁰⁰.

Esto es así porque se ampara al asegurado tanto en los requisitos que se exigen a las aseguradoras para poder suscribir riesgos y operar en el mercado¹⁰¹, como al regular el contenido de los clausulados con normas imperativas¹⁰², e imponer la irrenunciabilidad de los derechos y la salvaguarda de que se aplique la interpretación más favorable para el asegurado¹⁰³.

a) Concepto y marco.

Desde las instancias comunitarias ha habido una preocupación constante por la protección

⁹⁷ La Casa García, R.; “Delimitación del Riesgo y Extensión Personal de la Cobertura en el Seguro de Responsabilidad Civil”, Ponencia pronunciada en el *II Congreso Nacional de Responsabilidad y Seguro*, Córdoba, 2001.

⁹⁸ Reglero Campos, L.F.; “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Diciembre de 2005”, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 72, Año 2006.

⁹⁹ Cappelletti, M. y Garth B.; *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Trad. Miranda, M., Fondo de Cultura Económica, México D.F.; 1996. Pág. 59.

¹⁰⁰ Del Caño Escudero, F.; *Derecho español de seguros*, Imprenta Suárez, Madrid, 1.983. 3ª Edición. Pág. 343.

¹⁰¹ Martínez Espín, P.; *La protección del consumidor en el contrato de seguro*, Centro de Estudios de Consumo de la UCLM, Murcia, 2008. Pp. 81-83.

¹⁰² Vgr. artículos 2 y 3 de la Ley 50/80, del Contrato de Seguro.

¹⁰³ En línea con el artículo 6º del C.C.

del ciudadano en tanto en cuanto consumidor, como lo reflejan varias directivas a lo largo del tiempo, aunque ha sido un proceso largo y básicamente impulsado a nivel judicial¹⁰⁴.

Así encontramos la Directiva 84/150, de 10 de septiembre de 1985, sobre aproximación de disposiciones de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa; la Directiva 85/374, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad por los daños ocasionados por productos defectuosos; la Directiva 85/577, de 20 de diciembre de 1985, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; la Directiva 86/102, de 22 de diciembre de 1986, modificada por la Directiva 90/88, de 22 de febrero de 1990, sobre el crédito al consumo; la Directiva 98/27 del Parlamento del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; etc.

No obstante, el mayor exponente de tal interés, aparece contemplado en el artículo 12 del Tratado de la Unión Europea que establece como principio rector general el amparo de los usuarios de bienes y servicios, al recoger:

*“Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores”*¹⁰⁵.

En nuestro marco constitucional quedan recogidos éstos derechos en el artículo 51.1 y relacionado con el artículo 53.3 también de la Constitución, pero dentro de los principios ordenadores de la política social y económica, a saber en el Capítulo III, Título 1º, cuando podría tener un mejor encuadre en el Capítulo II, Sección II, toda vez que se trata de un derecho de los ciudadanos¹⁰⁶.

Encontramos una correcta definición de interés difuso nos la da **ACOSTA ESTÉVEZ**, al en-

¹⁰⁴ Múgica, J.M.; “Defensa Jurídica y Comunicación”, Ponencia pronunciada en el XVI Congreso Internacional de la Asociación Internacional del Seguro de Defensa Jurídica (RIAD-ALEX), Bruselas, octubre 2000.

¹⁰⁵ Vide también art. 4 letra F del mismo Tratado de la UE, así como las Resoluciones del Consejo de 25 de Junio de 1987 sobre seguridad y sobre acceso de los consumidores a la justicia respectivamente.

¹⁰⁶ Concepción Rodríguez, J.L., *Derecho de Daños*, Editorial Boch, 2ª Edición, Barcelona, 1999. Pág. 415.



tender que se trata de “(...) un interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales”¹⁰⁷.

La tutela de los consumidores, que requerirá unos procesos judiciales adecuados¹⁰⁸, en los que se podrán dirimir intereses directos privados o intereses de la generalidad, incluyendo materias constitucionales¹⁰⁹.

El interés difuso se configura como distinto del interés de un grupo, donde el grupo ha de tener un vínculo que haga de él una colectividad determinada. Es decir, hay unos intereses individuales pero con un origen común¹¹⁰.

En éste orden de cosas, la Sentencia de 9 de septiembre de 2004, en el Asunto C-70/2003, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recogía que “la distinción que establece el artículo 5 de la directiva (93/13/CEE), en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación *in abstracto* del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado.

En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste.

En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, inter-

¹⁰⁷ Acosta Estévez, J.B.; *Tutela procesal de los consumidores*, José M^a Bosch Editor, Barcelona, 1995. Pág. 45.

¹⁰⁸ Considerando 21^o de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹⁰⁹ Acosta Estévez, J.B.; *Tutela procesal de los consumidores*, José M^a Bosch Editor, Barcelona, 1995. Pág. 108.

¹¹⁰ Pellegrini Grinover, A.; “I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1994, N^o 4. Pág. 1.108.



pretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores”.

Ésta Sentencia dio lugar a la modificación de la pretérita Ley de defensa de los consumidores y usuarios, propiciando el marco normativo actual.

Éstos derechos lógicamente, se circunscriben con mayor claridad en materia de consumo, y que es lo que en el objeto de este trabajo, nos atañe.

“En éste sentido la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura”.

“También se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas”¹¹¹.

¹¹¹ Art.24 RDL 1/2007.



A nuestro entender, siendo que las pólizas de seguro con una suma asegurada exigua son contratos de adhesión en seguros masa¹¹², amén de que un asegurado particularmente pueda litigar en el caso de su póliza concreta, entendemos que también se podrá no solo ejercitar la acción para ese caso concreto, sino la de solicitar su paralización y prohibición para el futuro en aras de la defensa de los consumidores, usuarios y asegurados.

b) El papel de las organizaciones de consumidores y usuarios. Los colegios profesionales.

En éste ítem abordamos la legitimación para interponer la demanda de cesación contra las pólizas que contengan una nimia suma asegurada.

En los albores del SPJ en nuestro país, se produjo un conflicto judicial entre el Consejo General de la Abogacía y las aseguradoras,

¹¹² El contrato de adhesión es aquel por el cual (...) la configuración interna del mismo (...) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (...) de manera que la otra (...) si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido". C.f.: S. Stiglitz, R.; " El contrato de Seguro como contrato por adhesión. Cláusulas abusivas. Control", en *1º Forum de Directo do Seguro*, Max Limonad, São Paulo, 2000. Pág. 99.

pues se tildaba a éste ramo por la institución colegial como intrusa en la labor del abogado¹¹³.

Entendemos que no sea cuestión de enfrentamientos corporativos, en los que no haya ganadores, pues los abogados necesitan de las aseguradoras, y las aseguradoras de abogados¹¹⁴, por lo que no abogamos por situaciones pretéritas¹¹⁵.

Referido lo anterior no obstante, al entender que puede haber situaciones de abuso de posición por parte de las aseguradoras que cercenan el derecho de libre elección de letrado, es interesante abordar quienes podrían ejercer tales acciones de cesación.

Apriorísticamente pudiera parecer que, amén de los poderes públicos, instrumentalizados por el Mº Fiscal, sólo las asociaciones de Consumidores y Usuarios podrían ejercer tales demandas de cesación, pues el artículo 53 de la Ley de Consumidores y Usuarios recoge que:

"(E)starán legitimados para ejercitar la acción de cesación:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

c) El Ministerio Fiscal.

d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad

¹¹³ Cf.: Ponencia "El intrusismo en la profesión de Abogado" en el III Congreso Nacional de la Abogacía, Valencia, 1954. A éste respecto, vide CITAR MI TESIS

¹¹⁴ Olmos Pildain, A.; *El Seguro de Defensa Jurídica*, Aranzadi, Elcano, 1997. Pp. 66; 77.

¹¹⁵ A éste respecto téngase en cuenta los recursos frente a las inscripciones de aseguradoras en España. Cf. CITAR MI TESIS

habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción”.

No obstante por méritos del artículo 11.2 LEC la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde también a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

Así pues entendemos que los colegios de mediadores de seguros y/o los consejos regionales o el Consejo General de Mediadores de Seguros puedan tener legitimación activa para solicitar la cesación de éstas pólizas, incluso en aquellos casos en los que las aseguradoras distribuyan sus productos bien directamente o bien por canales telemáticos, pues los colegios, los consejos regionales y el Consejo General de Mediadores de Seguros, velan por los intereses del colectivo, estén asociados o no, así como de los asegurados en general.

Ahondando en ésta postura nuestra, el artículo 16 de la Ley General de Contratación faculta expresamente a los Colegios Profesionales el ejercicio de las acciones de cesación, retractación y declarativa¹¹⁶.

Si eventualmente hubiere condenas de demandas de cesación y se aumentaran las sumas aseguradas en cuantías poco más que simbólicas, ahí las aseguradoras incumplidoras se podrían encontrar con sanciones del Supervisor sectorial.

Todos estos argumentos son igualmente válidos para el caso del vaciado de contenido del SPJ por calificar de cobertura o garantía, aquello que se presenta con la apariencia de póliza del ramo 17, y que no deja de ser un contrato de prestación de servicios.

4. Conclusiones

Nuestro Tribunal Supremo, entiende que derecho a la defensa, “(...) quizá sea el más sagrado de todos los derechos en la justicia (...)”¹¹⁷.

Por ello entendemos que SPJ, coadyuvador natural en el ejercicio de nuestros derechos, es de suma importancia para nuestra sociedad pues es un mecanismo que articula la tutela judicial efectiva, el cual da sentido y cabida al resto.

Sin entrar nosotros en aspectos sacros, si hemos de reseñar que es de suma importancia para el ejercicio diario de nuestros derechos como ciudadanos, aun a pesar de que, paradójica y contrariamente a lo que predica el TS el derecho recogido en el artículo 24CE, es el único derecho fundamental sin desarrollo de Ley Orgánica concreta.

Entendemos que el SPJ no está bien regulado en nuestro ordenamiento y hemos desaprovechado la transposición de Solvencia II para regular correctamente éste ramo, por lo que seguiremos abocados a una gran incompreensión jurisprudencial -y doctrinal- y de confusión de figuras y por ende de merma en los derechos de los asegurados, en tanto en cuanto consumidores.

Por ello abogamos nuevamente por reformar al LCS en lo referido a éste ramo.

En lo referido al vaciado de contenido del derecho del asegurado a la libre elección de los profesionales del derecho, tanto en caso de litigio, en su sentido procesal estricto, como en el caso de cualquier conflicto de naturaleza jurídica, no se podrán dar por válidas cualesquiera pólizas que tengan apariencia de SPJ, y que luego, por el hecho de que el asegurador no recoja tales garantías en un contrato o capítulo aparte y con prima separada, se vea perjudicado el asegurado/ consumidor y favorecida la compañía de seguros por la confusión que ella misma ha creado, excluyendo la libre elección.

En lo tocante al vaciado de contenido por sumas aseguradas exiguas, entendemos que si hacen en la práctica para el asegurado antieconómica la libre designia, se desdibuja el derecho de libre elección dado tanto por la LCS -y normas generales de consumo- como por la Directiva Solvencia II (en línea con la anterior Directiva 87/344).

Por nuestra parte, con ésta humilde aportación, nuevamente hemos pretendido acercar éste ramo, “tantas veces atacado, por mal conocido”¹¹⁸, y coadyuvar a su entendimiento y difusión tanto en los profesionales del derecho asegurador, como al gran público, pues cuanto más lo conozcan, éstos últimos gozarán de mayores garantías tendrán de que se respeten sus derechos, y los primeros, mayores oportunidades de negocio podrán tener.

¹¹⁶ Vide artículo 7.2 de la Directiva 93/13/CEE.

¹¹⁷ STS 851/93, Civil, de fecha 12 de abril.

¹¹⁸ Olivencia Ruiz, M.; “El Seguro de Protección Jurídica. Del pasado al futuro”, 8º Congreso Internacional de Aseguradores de Defensa Jurídica, Sevilla, 1981, Pág. 276.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Responsabilidad Civil. Indemnización de gastos futuros como perjuicio patrimonial ya se traten de actos médicos curativos y paliativos del dolor, de rehabilitación, bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos, dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida. Intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 6 de abril de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- A consecuencia de un accidente de tráfico ocurrido sobre las 10,45 horas del día 27 de junio de 2009, don Martín sufrió la amputación de la pierna derecha, que dio lugar a un procedimiento de reclamación del daño en el que fue condenada la ahora recurrente Reale Seguros Generales SA. Lo que ahora se discute en los recursos de extraordinario por infracción procesal y de casación que formula dicha parte, aseguradora del vehículo causante del daño, es el pronunciamiento de la sentencia que le condena, entre otros conceptos, a abonar siete prótesis futuras y los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Todo ello

a partir de los siguientes razonamientos de la sentencia, que impugna:

"no es cierta la alegación de la apelada de que la reclamación de prótesis futuras debería desestimarse por integrar un supuesto de condena de cosa futura prohibido por el artículo 220 LEC, toda vez que la prohibición señalada se refiere a situaciones dañosas no producidas, en tanto que en el caso que nos ocupa, el daño existe y es evaluable a través de un cálculo actuarial que permita determinar de forma correcta una razonable previsión del gasto.

Sin embargo, la parte actora limita la prueba de su pretensión a los presupuestos que aporta y que incluyen tanto la prótesis femoral necesaria para la deambulación como las indicadas para el baño o la práctica de deporte y en el acto del juicio el Dr. Pedro Francisco refirió que la revisión de la prótesis femoral debía efectuarse periódicamente, en algunos tramos incluso con carácter anual y en otros trianual. Sin embargo, el perito médico de la demanda señaló que la garantía de 3 años que se reconoce a la prótesis no necesariamente ha de coincidir con la vida útil de la misma sino que ello depende de la utilización que se le dé y que todo control o revisión no conlleva su cambio.

Por ello, ante la falta del deseable informe actuarial que permitiera establecer con más precisión el montante de la indemnización por el concepto expresado, supliremos tal deficiencia con la consideración de una razonable sustitución de la prótesis femoral cada cinco años que con una proyección de vida de 35 años supone que previsiblemente deberán efectuarse un total de 7 sustituciones que al precio actual de 39.924 euros más 7% de IVA, esto es, 42.719 euros, da la suma total de 299.033 euros.

No se incluyen las prótesis de deporte y de baño por no acreditarse su necesidad sino únicamente". Los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se imponen a la aseguradora porque no ha dado cumplimiento a ninguna de las exigencias siguientes:

"a) No se impondrán intereses por mora cuando las indemnizaciones fuesen satisfechas o consignadas ante el juzgado competente en primera instancia para conocer del proceso que se derivase del siniestro, dentro de los tres meses siguientes a su producción. La consignación podrá hacerse en dinero efectivo, mediante un aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o



por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada.

b) Cuando los daños causados a las personas hubiesen de sufrirse por estas durante más de tres meses o su exacta valoración no pudiera ser determinada a efectos de la consignación, el tribunal, a la vista de las circunstancias del caso y de los dictámenes e informes que precise, resolverá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada por el asegurador, atendiendo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley. Contra la resolución judicial que recaiga no cabrá recurso alguno.

c) Cuando, con posterioridad a una sentencia absolutoria o a otra resolución judicial que ponga fin, provisional o definitivamente, a un proceso penal y en la que se haya acordado que la suma consignada sea devuelta al asegurador o la consignación realizada en otra forma quede sin efecto, se inicie proceso civil en razón de la indemnización debida por el seguro, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 20- 4, salvo que nuevamente se consigne la indemnización dentro de los 10 días siguientes a la notificación al asegurado del inicio del proceso”.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Se formulan dos motivos. En el primero denuncia la infracción de los principios de la carga de la prueba (artículo 217.1.2 y 7 LEC) y el artículo 218 LEC porque la sentencia recurrida carece de una motivación ajustada a las reglas de la lógica y de la razón y se concede una indemnización por prótesis femorales futuras haciendo una estimación aleatoria, sin base probatoria, la misma falta de base que tuvo en cuenta para denegar las prótesis deportivas, también reclamadas.

Se desestima.

1.- El artículo 218 LEC se refiere a la exhaustividad y congruencia de las sentencias, además de a la motivación, en modo alguno a la prueba y a su valoración, que lo que realmente se cuestiona respecto a la indemnización por prótesis futuras, que califica de arbitraria. Motivación hay, como ponen de manifiesto los extensos alegatos de la recurrente, porque conoce perfectamente, como esta Sala, tanto los hechos en los que se fundamenta la decisión, como las razones por las que se indemniza a la parte actora, cosa distinta es el acierto o no de las conclusiones que obtiene.

2.- En el recurso no se plantea por aplicación indebida del artículo 220 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o de cualquier otro, sobre daños futuros. Lo único que se cuestiona es la existencia de prueba sobre las prótesis futuras mediante la cita del artículo 217 discutiendo la corrección de la valoración efectuada por la Audiencia Provincial, que califica de errónea, irracional y contraria a las reglas de la sana crítica, lo que no es propio de la norma que invoca al tratarse de una norma reguladora de la sentencia que no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298).

3.- El artículo 217 de la LEC contiene la regla general o principio de carga de la prueba, que se formula a través del art. 469.1. 2º LEC, como norma reguladora de la sentencia, dado su contenido y estar incluido en la ley procesal bajo el epígrafe "de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos", de tal forma que solamente es susceptible de casación cuando se acusa al órgano jurisdiccional de instancia de haber alterado indebidamente esta regla invirtiendo lo que a cada parte corresponda, o lo que es igual cuando la sentencia estime que no se ha probado un hecho básico y atribuya las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía el "onus probandi" según las reglas aplicables para su imputación a una u otra de las partes, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quién aportó la prueba (SSTS de 4 de febrero y 21 de mayo de 2009, 29 de marzo 2011 entre otras muchas).

4.- La posibilidad de indemnizar estos gastos futuros que traen causa del accidente de tráfico, como perjuicio patrimonial, ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación, etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos, dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de salud que conlleva el menoscabo psicofísico sufrido, está reconocida por la jurisprudencia de esta Sala (STS 22 de noviembre de 2010), sobre la base de entender los daños psicofísicos "en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud" y de aplicar como elemento de integración los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil que consideran daño patrimonial resarcible a toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso y, que

al referirse a la indemnización del dicho daño corporal, establecen (artículo 10:202) que dicho daño patrimonial incluye "la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica".

Este criterio ha sido recogido en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al establecer expresamente en su artículo 115, el directo resarcimiento al lesionado del importe de las prótesis y órtesis que precise a lo largo de su vida, debiendo la necesidad, periodicidad y cuantía de los gastos de las prótesis y órtesis futuras acreditarse mediante el correspondiente informe médico desde la fecha de estabilización de las secuelas, teniéndose en cuenta para su valoración el tipo de secuela, la edad del lesionado, la periodicidad de la renovación de la prótesis y órtesis en función de su vida útil y el coste de las mismas, atendiendo a las necesidades y circunstancias personales del lesionado; gastos que se podrán indemnizar en forma de capital utilizándose el correspondiente factor actuarial de conversión establecido en la tabla técnica de coeficientes de capitalización de prótesis y órtesis incluida en las bases técnicas actuariales a las que hace referencia el art. 48 de la citada Ley.

5.- La controversia queda así constreñida a la valoración económica del daño objeto de resarcimiento. Es cierto, como sostiene el recurrente que el cálculo de la indemnización por prótesis futuras ha de ser probado en las actuaciones, al tratarse de un hecho constitutivo de la demanda con lo que la carga de la prueba sólo corresponde al demandante, que no ha aportado prueba actuarial alguna. Lo que no es cierto es que no se haya practicado prueba al respecto. Las conclusiones de la sentencia para resarcir este daño futuro no son absurdas, desorbitadas ni irracionales. Tienen como referencia el informe Don. Pedro Francisco y del perito médico de la demandada. El primero refirió que la revisión de la prótesis femoral debía efectuarse periódicamente, en algunos tramos incluso con carácter anual y en otros trianual. El segundo, señaló que la garantía de tres años que se reconoce a la prótesis no necesariamente ha de coincidir con la vida útil de la misma sino que depende de la utilización que se le dé y que todo control o revisión no conlleva su cambio. La previsión de la sentencia se extrae, por tanto, de los medios probatorios de los que obtiene el dato de la necesaria sustitución de la

prótesis femoral cada cinco años con una proyección de vida de 35 años (siete sustituciones), y ello es razonable. No se ignora, sin duda, que la esperanza de vida del perjudicado es un dato aleatorio sujeto a avatares diversos, los cuales no resultan ajenos los problemas inherentes a su propio estado de salud que no consta sea deficitario, y que cuando se trata de gastos de reposición del material o bienes que precisa la víctima para el disfrute de un mínimo de calidad de vida, también se maneja un dato incierto, obtenido por estimación, consistente en el tiempo medio de vida útil de cada uno de los bienes; razón por la que la sentencia de 22 de noviembre de 2010 utilizó un criterio de equidad para moderar la indemnización concedida; criterio que no se estima pertinente aplicar en este caso, en el la vida del perjudicado (nacido el año 1980) puede superar el límite calculado y que el valor de las prótesis, e incluso el del IVA de aplicación, puede verse abaratado o incrementado con el paso del tiempo.

6.- Por lo demás, la sentencia desconoce, porque nada se dice en ella, el hecho también invocado de que las futuras prótesis pueden ser abonadas por la Seguridad Social o por la Mutua de accidentes laborales, más allá de lo que luego se dirá en el siguiente motivo.

TERCERO.- El segundo motivo, se formula por vulneración de los artículos 216 y 218.1 de la LEC, al no respetar la sentencia la justicia rogada. La sentencia -señala- no es clara, precisa ni congruente con las pretensiones deducidas en la demanda, ya que no ha tenido en cuenta que en la demanda se aplicaba una reducción de seis mil euros por cada una de las prótesis sobre el total reclamado en la misma.

El motivo se estima. En efecto, en la demanda se valoraba cada una de las prótesis en 39.924 euros más un 8% de IVA, de la que descontaba 6.000 euros que abona la Seguridad Social. Esta petición no ha sido tenida en cuenta en la sentencia y no por que exista alguna diferencia entre lo reclamado y lo concedido por cada una de las prótesis (42.719 euros), indicativa de su inclusión, como dice la recurrida, sino porque esa pequeña diferencia tiene que ver con el tipo de IVA que se aplica en la demanda y la que refiere la sentencia, del 8% y 7%, respectivamente.

Recurso de casación

CUARTO.- El primer motivo denuncia la infracción del artículo 1902 del Código Civil; el principio general del derecho que prohíbe el enri-

quecimiento injustificado; la arbitrariedad en la indemnización concedida en el concepto de prótesis futuras y la falta de rigor en la concesión e inexistencia de prueba por la actora, con infracción del artículo 217 de la LEC.

El motivo se desestima por razones obvias ya que básicamente viene a reproducir el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, sobre ausencia de prueba al fijar la indemnización por este concepto, lo que no es propio de este recurso.

QUINTO.- El segundo impugna los intereses que se le han impuesto del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, porque, a su juicio, existe causa justificada para su no imposición, conforme a la regla "in illiquidis non fit mora", y a una indebida aplicación de los intereses al impago de las prótesis futuras.

Se desestima.

En primer lugar, en la apreciación de esta causa de exoneración esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma (SSTS de 16 de julio y 9 de diciembre 2008, 12 de febrero y 4 de junio 2009, 12 de julio de 2010), al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. Esta interpretación descarta, entre otras cosas, que no se tenga en cuenta la iliquidez de la deuda al considerar la indemnización como una deuda que, con independencia de cuándo se cuantifique, existe ya en el momento de producirse el siniestro, como hecho determinante del deber de indemnizar (STS de 12 de julio 2010, 4 de diciembre 2012, 3 de marzo de 2015). Ni tampoco la suscitada en cuanto a la culpa, especialmente en el ámbito del seguro obligatorio, basado en la responsabilidad por riesgo, ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia de conductas culposas (SSTS 12 de julio y 17 de diciembre de 2010).

En segundo lugar, la aplicación de los intereses sobre la indemnización por el concepto de prótesis femorales responde a idea de que la aseguradora conoce la existencia de un daño, presente y futuro, indemnizable conforme a los criterios expuestos sobre los cuales se extiende la obligación de pago o consignación que evita el pago de los intereses, máxime cuando lo que en realidad discute la recurrente no es la procedencia de su indemnización, sino la acreditación de su importe.



SEXTO.- La consecuencia de la estimación en parte del recurso extraordinario por infracción procesal es dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia recurrida respecto al descuento de seis mil euros en cada una de las siete prótesis. En cuanto a las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, no procede imponerlas a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC), y respecto de las causadas por el recurso de casación, que se desestima, se imponen a la parte recurrente (art. 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y desestimar el de casación formulado por la representación de Reale Seguros Generales S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona –Sección 1ª– de 20 de diciembre de 2013, la cual dejamos sin efecto únicamente en lo que respecta a la indemnización establecida en favor de don Martín de la que habrá de descontarse la cifra de seis mil euros por cada una de las siete prótesis

futuras reconocidas; manteniéndola en todo lo demás.

2.- No procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a ninguna de las partes y respecto de las causadas por el recurso de casación, se imponen a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleón Prieto. Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

Llega al TS uno de los temas peor desarrollados hasta la fecha por la norma (anterior) y la jurisprudencia: El perjuicio patrimonial derivado de la necesidad de prótesis futuras por amputación de miembro. La norma, hasta la entrada en vigor de la Ley 35/2015, nada decía al respecto que permitiese

guiarnos hacia la mejor solución. La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha sido muy variada pero casi siempre se decantaba por dejar para su momento el pago de cada sustitución.

Algunos ejemplos, Sentencia de la AP La Rioja de 03/11/2008 que niega este resarcimiento vía indemnización “..... *la sentencia recurrida realiza una condena de futuro de los gastos médicos e importe de las prótesis cuya cuantía y determinación depende de acontecimientos inciertos, pues si bien es cierto que el perjudicado precisará de la sustitución de las prótesis, no lo es menos que su importe y el de los gastos médicos correspondientes dependen de múltiples factores aleatorios de todo punto imprevisibles en estos momentos, y no de simples operaciones matemáticas, único caso que permite la Ley de Enjuiciamiento Civil diferir la cuantía de la liquidación a la fase de ejecución de sentencia....* Más detallada es la Sentencia de 21 ene. 2013, rec. 156/2012. Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª. “*Lo expuesto determina ya que rechazándose la fijación que se hace en la sentencia de instancia de fijar una cantidad a tanto alzado en relación a las prótesis futuras y su mantenimiento, sí que se establezca la condena de futuro -art. 220 de la LEC (LA LEY 58/2000)- de indemnizar al perjudicado con el coste de las mismas así como de su mantenimiento, siendo este el criterio uniformemente sostenido en la jurisprudencia menor, como lo señala la SAP de León 148/2012, de 14 de mayo con cita de la SAP Girona de 6 de septiembre de 2006; SAP Girona de 2 de marzo de 2005; SAP Zaragoza de 21 de febrero de 2005; SAP Zaragoza de 30 de julio de 2004; SAP Córdoba 6 de marzo de 2002, debiendo considerarse como completamente razonable el argumento del Juzgador de instancia de que sea la mejor prótesis posible -en idéntico sentencia la SAP de Barcelona de 18/06/2012 (sección 7)-, ya que los principios rectores del sistema tabular se orientan a la total indemnidad en tanto que “la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud”,... sino que los reseñados principios deben estar encaminados a situar al perjudicado en la mejor situación posible de indemnidad psicofísica”. Como curiosa, la Sentencia de 10 de mayo de 2011 de la Sección 3ª de la AP de León, que rechaza el pago a tanto alzado futuro, imponiendo su pago individualizado según se haga el cambio de prótesis pero limitándolo a los 150.000€ que solicitaba el demandante.*

Sin embargo, pese a lo necesario que era, el Tribunal Supremo hasta la fecha ha tenido muy pocas oportunidades de entrar en el fondo de esta problemática (cómo indemnizar las prótesis futuras). Recordamos las Sentencias de la Sala 1ª de 26 de noviembre de 2010 (Seijas Quintana, sentencia 768/2010) y de 28 de junio de 2011 (Xiol Ríos, sentencia 453/2011) donde se trataba en el pleito las prótesis futuras pero sin entrar en detalles relevantes. La primera no llega ni a tratarlo realmente, y en la segunda si existe un pronunciamiento sobre la obligación de la aseguradora de asumir los gastos pero sin detallar como indemnizarlo. Es ahora cuando el alto tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse y, para sorpresa de muchos, siguiendo el criterio de la indemnización completa por estimación de un coste por prótesis y un número de sustituciones, más intereses moratorios. Y decimos sorpresa de muchos ya que la jurisprudencia menor, como hemos indicado antes, se decantaba más por el pago de la prótesis una vez hubiera sido sustituida, es decir confirmada su necesidad y

COMENTARIO

efectiva sustitución. Parece ser que la nueva regulación del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, introducida por la Ley 35/2015, ha podido influir en esta decisión, si bien es cierto que realmente es lo que se había concedido en segunda instancia y que la aseguradora rechazaba el que se concediera cantidad alguna por no haber acreditado el perjuicio el actor.

Con los comentarios anteriores se puede entender de qué trata, principalmente, la sentencia objeto del presente comentario (Sentencia de la Sala 1ª de 6 de abril de 2016, SEIJAS QUINTANA), y es la indemnización por prótesis futuras necesarias tras amputación a nivel femoral derivado de un accidente de tráfico. La sentencia trata también, como en muchas otras donde es ponente el Sr. Seijas, la corrección debida en la formulación de los motivos de casación (y no podemos negar que es una gran enseñanza), así como la imposición de intereses moratorios pese a tratarse de la indemnización por un gasto no devengado. La sentencia estima que en un caso de prótesis futuras, como ya ha recogido el nuevo "Baremo", es válida la fórmula de la indemnización a tanto alzado por estimación del coste de la primera prótesis por el número de veces que deberá sustituirse (estimación de una sustitución cada 5 años durante los 35 años estimados de supervivencia del lesionado que cuenta actualmente con 36 años de edad, total 7 reemplazos). La citada Sentencia hace referencia a la previamente dictada por el Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 22 de noviembre de 2010 (Ponente Xiol Rios), como argumentación de gasto futuro indemnizable (aunque esta sentencia no versaba sobre prótesis futuras) y, por qué no decirlo, de la imposición de intereses de ese gasto.

Parece que el Tribunal Supremo ha consagrado la figura del pago anticipado del gasto futuro, en lugar de los pagos futuros, coincidiendo con el criterio del legislador de la Ley 35/2015 al incluir la norma la posibilidad de capitalización, con el límite de 50.000€ por prótesis, mediante la tabla técnica TT3 (Tabla Técnica de coeficientes de capitalización de prótesis y ortesis). Si, a título anecdótico por no ser de aplicación a este caso, calculamos el importe que le hubiera correspondido con la nueva regulación, aplicando al importe de la prótesis inicial un coeficiente del 5,8451, si tenía ya 29 años, o del 5,9105, si todavía tenía 28 años (solo sabemos que nació en 1980 y el accidente se produce el 27 de junio de 2009), con reemplazo cada 5 años, puede que no nos sorprenda que prácticamente suponga el mismo importe, en torno a 250.000€, que el concedido al perjudicado finalmente (una vez descontados los 6.000€ por prótesis que el TS modifica del fallo de la AP).

No me resisto a mantener mi postura de que no es el modelo que defiende para resolver este perjuicio patrimonial. Pese a que no guste a ninguna de las partes, creo que el modelo de pago por sustitución futura, es decir, cada vez que sea necesaria la sustitución el asegurador quede obligado al pago de la prótesis según circunstancias de la víctima, es el más adecuado. Esto supone riesgo de una deuda vitalicia para la aseguradora o de que fallezca prematuramente el perjudicado para su representación y beneficiarios, pero es, para el que suscribe, lo que garantiza la total indemnidad. Como argumento me permito transcribir una de las sentencias que considero más acertadas para resolver este problema, Sentencia de 6 de marzo de 2002 de la Sección 2ª de la AP de Córdoba. *"En el caso enjuiciado la necesidad de la prótesis y que ésta genera gastos de mantenimiento, así como que debe renovarse, no es una mera posibilidad, sino un daño futuro con las notas de certeza y seguridad antes indicadas. Ahora bien, no lo son ni el valor que se fija en el recurso, ni la periodicidad de las prótesis, dada la constante evolución técnica en esta materia, ni por supuesto el número de ellas en relación a las esperanzas de vida del lesionado. En consecuencia y como corolario de lo razonado, lo correcto es no acordar una reserva de acciones que para las correspondientes reclamaciones a medida de que la renovación de las prótesis se haga efectiva, sino declarar ya en la presente sentencia el derecho del perjudicado a cuantas prótesis necesite a largo de su vida, condenando al acusado y a la aseguradora como responsable civil directo, al pago de las mismas, previa justificación documental de su necesidad e importe"*.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Acción de repetición de la aseguradora sanitaria que pagó el 50% de la condena solidaria con uno de los médicos incluidos en su cuadro de facultativos en un procedimiento previo promovido por una asegurada

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 13 de abril de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Igualatorio Médico Quirúrgico S.A. de Seguros y Reaseguros fue condenado solidariamente con una de sus médicos a abonar a una asegurada la suma de 109.144,97 euros, más el interés legal incrementado en dos puntos. En el pleito que da lugar al recurso ejercita acción de regreso frente a la aseguradora del médico en reclamación de 55.116,72 euros, más 8.343,77 euros por intereses, que fue la mitad de la cantidad que en concepto de daños le fue reconocida y abonó a doña Valentina con ocasión de la muerte de su marido a raíz de una mala praxis médica atribuida a la doctora, integrada en el cuadro de facultativos que le había proporcionado.

Tanto la sentencia del Juzgado como la de la Audiencia Provincial desestiman la demanda. Esta última con los siguientes argumentos:

«Puede que la recurrente no prestase directamente el servicio o acto médico del que derivó el daño, siendo sólo garante de que lo fuese en las condiciones adecuadas y de máxima calidad, pero es claro y vidente que si se declaró su corresponsabilidad en el luctuoso desenlace, fue por haber incumplido de propia mano tal obligación -nadie más podría incumplirla por ser quien estaba vinculada al fallecido marido de la entonces actora en virtud del seguro de asistencia sanitaria-, y lo que constituye un hecho propio.

Quizás a lo que la recurrente se quiera referir es a que no fue "su mano" o su intervención directa la que produjo el evento dañoso; evidentemente no era la facultativa que incurrió en la mala praxis; pero tal dato resulta completamente irrelevante. Devino igualmente responsable del mismo por haber incumplido de manera negligente su obligación de garantizar al marido de la Sra. Valentina una adecuada asistencia sanitaria; y todo ello en virtud de lo establecido en los arts. 1.101 y concordantes del CC, existiendo además relación de causalidad entre tal negligencia y el resultado acaecido. Es evidente que si la asistencia médica que tenía que garantizar hubiere sido correcta y no negligente, aquél no se habría producido. Por tanto, no sólo es que no se apreciara que su responsabilidad en el daño producido hubiese sido por hecho ajeno, sino que tampoco se trató de una imputación objetiva, en cuanto que se consideró probado que incumplió negligentemente las obligaciones que asumió frente a su asegurado en virtud del contrato de seguro de asistencia sanitaria que les vinculaba.

Desde luego la STS de 4 de diciembre de 2007 que cita no apoya su tesis, omitiendo en ese momento de manera interesada pronunciamientos que la contradicen. Así, de su fundamento jurídico 13.º, y tras transcribir lo siguiente: "c) En otras ocasiones, este deber de prestación se infiere de la forma de actuación de los facultativos, en virtud del principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (caso contemplado en la STS núm. 922/1999, de 2 noviembre, en la cual se afirma que «(e)l seguro se contrató en atención a la 'garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía', con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial», y también

en la STS de 4 de octubre de 2004, en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo).

En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga como consecuencia del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio", omite lo siguiente:

"Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual".

En consecuencia, si su responsabilidad no deriva del art. 1.903 del CC, sino del art. 1.101 del CC -la médico condenada satisfizo la mitad de la cantidad a la que fue condenada solidariamente con la entidad recurrente-, difícilmente puede ejercitar la acción a la que se refiere el art. 1.904 del citado cuerpo legal. Curiosamente, el anterior párrafo lo transcribe posteriormente pero completamente fuera de contexto.

También omite íntegramente los apartados d) y e), y concluye o resume la doctrina contenida en la citada STS de forma errónea. Manifiesta que "puede darse el caso de que una aseguradora que no realiza asistencia sanitaria propiamente dicha responda contractualmente, a pesar de que no sea por hecho propio, sino por motivo de la conducta de sus "auxiliares (como lo es en este caso la Dra. Diana), revisitando tal responsabilidad carácter objetivo y todo ello dentro de un contexto de resarcimiento de la víctima", y lo que no es cierto, como se desprende de todo lo anteriormente expuesto y de lo declarado en las resoluciones en las que se estableció su responsabilidad. Y es que no se trata de volver a valorar la responsabilidad de la facultativa y de la recurrente en el evento dañoso. Tal cuestión fue sobradamente resuelta por las resoluciones firmes antes citadas, y de las que se debe partir.

Como se dijo, no puede afirmarse, como hace la recurrente al inicio de la exposición del

segundo motivo de impugnación, que su responsabilidad, aun siendo de origen contractual, fuese por hecho ajeno y se apreciase sin culpa.

La recurrente podría tener a su favor acción de regreso contra el profesional médico, siempre y cuando hubiere indemnizado al perjudicado en la parte de responsabilidad que a aquel facultativo le compitiera; pero no en tanto que responda por la propia y derivada de su incumplimiento contractual. Tendría que haber discutido en el primer procedimiento entablado qué tanto de culpa le correspondía a cada uno de los declarados responsables solidarios en el hecho dañoso en el momento procesal oportuno; pero tal debate fue omitido por completo por la actora y no puede ser ahora reproducido».

SEGUNDO. - Igualatorio Médico Quirúrgico S.A. de Seguros y Reaseguros formula recurso de casación.

En un único motivo alega la infracción del artículo 1145.2 del Código Civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 4 de diciembre 2007; 4 de junio de 2009; 4 de noviembre y 22 de diciembre 2010 y 16 de enero de 2012) que, proyectándose sobre el ámbito del aseguramiento sanitario privado, tiene reconocida la legitimación de las compañías aseguradoras de salud para ejercitar la acción de regreso contra el auxiliar causante del daño en los casos en que son condenados en su condición de garantes de la calidad de la prestación sanitaria. No es correcta la afirmación de la sentencia – señala– de que cuando una compañía de salud es condenada por la mala praxis causalmente relacionada con el daño indemnizable es de su propia mano y, por ello, no cabe acción de regreso, confundiendo la responsabilidad con el tercero con la acción u omisión que origina el daño. Y es evidente que de las actuaciones se extrae que la culpa exclusiva del médico es la que dio lugar al daño indemnizable, sin que hubieran apreciado falta de medios o intervención de terceros en ese actuar.

El motivo se va a estimar, no sin rechazar antes las alegaciones de la parte recurrida en contra de la admisión del recurso que, en breve síntesis, son las siguientes: a) La alegación de oposición a la jurisprudencia de esta Sala carece de consecuencias para la decisión del conflicto atendida la razón de decidir de la sentencia recurrida que no es que la aseguradora de salud no tenga acción de repetición o de regreso, sino que dicha acción no cabe en casos de culpa propia, responsabilidad objetiva, incumplimiento contractual negligente de

las obligaciones asumidas frente al asegurado y b) El criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado no depende de las circunstancias fácticas de cada caso, salvo que estas sean idénticas o existan solo diferencias irrelevantes, y es evidente que ninguna de las sentencias aportadas con el recurso hacen referencia al objeto del recurso ni al problema jurídico que plantea la recurrente.

Es así por cuanto la sentencia de la Audiencia Provincial contradice la jurisprudencia de esta Sala respecto del tratamiento de la responsabilidad exigible en las relaciones "ad intra" de los condenados de forma solidaria, con respecto a la aplicable a las relaciones "ad extra" de los mismos frente al tercero perjudicado; contradicción que es evidente cuando la condena en el pleito de origen se fundamenta precisamente en la doctrina de expresada en la sentencia de 4 de diciembre de 2007, reproducida en otras posteriores como la de 4 de junio 2009, 4 de noviembre de 2010 y 16 de enero de 2012 en las que se reconoce explícitamente la procedencia de la acción de regreso en los que una compañía de seguros de salud resulta condenada al serle objetivamente imputado el resultado dañoso producido por el médico que actúa como auxiliar de la prestación debida por el contrato.

El problema que se trae a casación es por tanto exclusivamente jurídico, no fáctico. Plantea el problema que resulta de las relaciones entre la aseguradora sanitaria y uno de los médicos, incluidos en su cuadro médico, y la implicación directa de cada una de las partes en el resultado que motivó la condena en un juicio previo y, en particular, la relación causal existente entre la actuación de las mismas en el resultado dañoso que se imputa exclusivamente a este auxiliar de la aseguradora sanitaria, pese a que lo contrario se haya querido ver en las resoluciones de instancia y en la misma oposición al recurso.

A la aseguradora de salud, lo dice la sentencia, no se le condena con base en el artículo 1903 del CC, aunque pudiera parecer lo contrario. Tampoco por responsabilidad directa del artículo 1902, por posibles defectos asistenciales, pues incluso se absuelve a la Clínica, dado que el daño se produjo por no ordenar la médico la práctica de una prueba diagnóstica que hubiera podido detectar y tratar una peritonitis. La condena viene determinada porque el daño se produjo en el ámbito de la responsabilidad contractual que mediaba entre la demandada y la ahora recurrente y porque la aseguradora sanitaria había asumido la obligación de prestar

a sus afiliados los servicios médicos y promocionaba estos, no solo destacando las ventajas de los mismos sino garantizando expresamente una correcta atención al enfermo; prestación de garantía incluida en la oferta del contrato que resultó incumplida.

Se la condena, en definitiva, en virtud de la responsabilidad sanitaria con base en la doctrina o principio de apariencia, lo que es igual, con base en uno de los criterios expresados en las sentencias de esta Sala (SSTS 4 de diciembre 2007; 4 de junio 2009; 4 de noviembre 2010 y 16 de enero de 2012), confundiendo la sentencia lo que es responsabilidad para con el tercero, tenga o no con él una relación contractual o extracontractual (que haría viable la repetición por aplicación del artículo 1904 CC), con la acción u omisión que origina el daño ("de propia mano"), impidiéndole repetir contra la aseguradora de quien aparece como responsable directo del daño, con infracción del artículo 1145. 2 del Código Civil y en evidente contradicción con la doctrina de esta Sala.

La responsabilidad del médico frente al paciente es solidaria con la aseguradora sanitaria, en virtud de la relación mantenida entre ambos para la prestación del servicio médico, en cuanto favorece la protección del asegurado, pero esta solidaridad no le impide repetir contra aquel a quien le ha sido imputado directamente el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación médica, en este caso la aseguradora de la médico responsable sobre la que se proyecta, a los efectos de resarcimiento, la Póliza de responsabilidad civil que tiene con ella por daños a terceros.

Esta Sala viene manteniendo (por todas, STS de 16 de julio de 2001, RC núm. 1736/1996, con cita de las SSTS de 12 de julio de 1995 y 4 de enero de 1999, reproducida en la de 5 de mayo 2010) que satisfecha la condena impuesta a uno o varios de los condenados solidariamente en un proceso anterior, el artículo 1145 CC permite que aquel o aquellos que cumplieron con el total de la deuda puedan acudir a otro posterior en ejercicio de la acción de reembolso o regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los intervinientes en el proceso constructivo, desapareciendo entonces la solidaridad que rige en las relaciones externas, frente al perjudicado acreedor, para pasar a regir en las internas (entre deudores solidarios) la mancomunidad.

La sentencia de 19 junio 1989, señala a su vez que "sin perjuicio, claro está, de que la responsabilidad solidaria reconocida frente al





acreedor (...) puede generar consecuencias de determinación cualitativa y cuantitativa responsabilizadora, según el grado o módulo de ésta, entre los acreedores solidarios..., y a dilucidar entre ellos en su caso con base en lo normado en el párrafo segundo del artículo 1145 del Código Civil y previa la destrucción de la presunción de igualdad que previene el artículo 1138 del mismo Cuerpo legal sustantivo, y a cuya proporcionalidad responsabilizadora es ajena la indicada entidad acreedora demandante, puesto que ésta ante los deudores responsabilizados solidariamente tiene la garantía personal que supone la solidaridad, sin necesidad de que le afecte el fraccionamiento que pudiese corresponder a dicha responsabilidad solidaria entre los deudores por ella afectados”.

De la caracterización de la figura se infiere que su aplicación requiere tanto de la regularidad del pago satisfecho, es decir, que se trate de un pago debido, válido y eficaz, dado que determina la extinción de la obligación, como de la determinación de la participación de cada codeudor en la obligación cumplida (STS 29 de octubre 2012).

La sentencia de 6 de marzo de 2015, en un caso similar al ahora enjuiciado, salvo la referencia al artículo 1903 del CC, dice lo siguiente: “Sin modificar esta base fáctica es posible obtener conclusiones jurídicas distintas de las de la sentencia; sentencia que confunde la relación de todos los condenados con la víctima y la de los deudores solidarios entre sí. Lo que la sentencia está aplicando, aun sin citar los artículos que dan cobertura jurídica a su afirmación, no es la responsabilidad civil directa del artículo 1902, por posibles defectos asistenciales directamente imputables a la aseguradora sanitaria (el único reproche es el de un incumplimiento meramente contractual frente a su asegurada fallecida), sino la responsabilidad del artículo 1903, por culpa “in vigilando” o “in eligendo”, puesto que no es ella quien origina el daño, sino los facultativos de su cuadro médico, y ello le autoriza a ejercitar frente a los mismos el derecho de repetición del artículo 1904 pues tanto la responsabilidad civil derivada de su elección, como la que resulta del contrato de seguro, sería aplicable frente al asegurado perjudicado, pero no en su relación con los médicos dado que ninguna conducta puede reprochársele causalmente vinculada al daño”; respuesta que sería la misma en el ámbito de la responsabilidad contractual del artículo 1101 CC, contra su auxiliar contractual, frente al que se ejercita la acción de regreso (artículo 1145 del Código Civil) por deuda pagada por el actor derivada de su condena.

TERCERO.- La estimación del recurso determina que esta Sala asuma la instancia y, en aras a ello, estima también el recurso de apelación de la parte demandada, dejando sin efecto la sentencia recaída en la primera instancia. En cuanto a costas, no procede hacer especial mención de las causadas por el recurso de casación, imponiendo a la demandada las originadas en la 1ª Instancia; sin hacer especial declaración de las del recurso de apelación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Igualatorio Médico Quirúrgico S.A. de Seguros y Reaseguros contra la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2013 dictada por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de los autos de juicio ordinario 1814//2010 del Juzgado de Primera Instancia número 67 de Madrid.

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte actora contra la sentencia de 27 de enero de 2012, dictada por dicho Juzgado de Primera Instancia, que dejamos sin efecto.

3.º- En su lugar, con estimación de la demanda formulada por Igualatorio Médico Quirúrgico S.A. de Seguros y Reaseguros condenamos a Zúrich España C.I.A. de Seguros y Reaseguros, S.A. a abonar a la actora la suma de 55.116, 72 euros de principal y 8.343,77 euros en concepto de intereses de demora y los que se generen hasta el pago.

4.º- Se imponen las costas de la 1ª Instancia a la demandada.

5.º- No procede hacer especial declaración de las costas de la apelación ni de las de este recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleón Prieto, Xavier O’Callaghan Muñoz.

COMENTARIO

Por **Sara Dorado Martrat**
Abogada

En la presente Sentencia se hace referencia a la posibilidad de regreso que tiene la aseguradora sanitaria frente a la aseguradora de un médico que forma parte del cuadro facultativo de la misma, en los casos de responsabilidad por mala praxis.

El origen del procedimiento del que trae causa la acción de regreso viene fijado por la sentencia cuyo fallo condenaba a la aseguradora médica solidariamente con una de sus médicos, a abonar una cantidad en concepto de indemnización con motivo de la mala praxis médica atribuida a la doctora. Fruto de ese fallo, la aseguradora médica procedió al abono de la mitad de la cantidad objeto de condena, cuantía que procedió ésta a reclamar -vía acción de reembolso- a la aseguradora de la facultativa.

Tanto la Sentencia de primera instancia como la de segunda instancia, desestimaron las pretensiones formuladas al entenderse que se estaba ejercitando incorrectamente dicha acción de regreso. Todo ello por cuanto en el fallo se disponía la corresponsabilidad en las consecuencias sufridas por el perjudicado. Es decir, tanto la doctora como la aseguradora médica resultaban responsables, la primera por haber incumplido negligentemente sus obligaciones, y la segunda por incumplimiento contractual ya que se había garantizado una asistencia médica correcta y había resultado negligente.

Sin embargo, Nuestro Alto Tribunal, viene a manifestar que se ha producido una interpretación errónea de la jurisprudencia existente. Entiende que nos encontramos ante un supuesto jurídico que cuestiona las relaciones entre la aseguradora sanitaria y uno de sus médicos, incluido en su cuadro médico, y la implicación de cada una de las partes en la producción del resultado que ha ocasionado el daño. En el fallo de la Sentencia de la que trae causa la acción de regreso condena a la aseguradora sanitaria en base a una responsabilidad contractual y no

Sin embargo, Nuestro Alto Tribunal, viene a manifestar que se ha producido una interpretación errónea de la jurisprudencia existente. Entiende que nos encontramos ante un supuesto jurídico que cuestiona las relaciones entre la aseguradora sanitaria y uno de sus médicos, incluido en su cuadro médico, y la implicación de cada una de las partes en la producción del resultado que ha ocasionado el daño

Sin embargo, Nuestro Alto Tribunal, viene a manifestar que se ha producido una interpretación errónea de la jurisprudencia existente. Entiende que nos encontramos ante un supuesto jurídico que cuestiona las relaciones entre la aseguradora sanitaria y uno de sus médicos, incluido en su cuadro médico, y la implicación de cada una de las partes en la producción del resultado que ha ocasionado el daño

COMENTARIO

responsabilidad directa del artículo 1902 del CC, ni la del 1903. Es decir, se le condena por el principio de apariencia.

El fallo fija responsabilidad solidaria entre el médico y la aseguradora médica, en base a la relación de prestación de servicios existente entre ambos. Pero el Tribunal Supremo establece que dicha solidaridad no impide la posibilidad de repetición frente a quien se le haya imputado directamente el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación médica.

En el presente supuesto dada la responsabilidad determinada y fijada en sentencia, por lo que a la mala praxis se refiere, la aseguradora sanitaria podrá repetir frente a la aseguradora de la médica en base a la póliza de responsabilidad civil que tienen suscrita por daños a terceros.

La fundamentación de la Sentencia es la siguiente: dicha repetición se permite en base a lo establecido en el artículo 1145 del CC, según el cual una vez satisfecha la condena impuesta a uno o varios de los condenados solidariamente en un proceso anterior, se permite que este que cumplió con la deuda total pueda acudir a otro procedimiento posterior ejercitando la acción de reembolso o repetición para discutir la distribución del contenido de la obligación entre todos los intervinientes, haciéndose desaparecer en ese momento la solidaridad que aparentemente existía frente al perjudicado, para pasar a discutir las relaciones internas entre ellos.

De esta manera, nos encontramos que en un procedimiento inicial se enjuicia y condena en base a unas relaciones internas existentes entre el responsable directo del daño y la aseguradora médica en base a la relación contractual. Ahora bien, una vez efectuado el pago, el Tribunal Supremo reconoce que si se trata de un pago satisfecho, es decir, debido, válido y eficaz, la aseguradora médica tiene derecho a ejercitar su acción frente al responsable directo del perjuicio.

En consecuencia, en el fallo de la Sentencia, condena a la aseguradora de la médica cuya responsabilidad directa quedó acreditada en el primer procedimiento, al abono de la cantidad que tuvo que hacer frente la aseguradora sanitaria en virtud del contrato suscrito con el perjudicado y en cuyo cuadro médico aparecía la doctora responsable.

Esta Sentencia es de gran importancia por cuanto nos permite la posibilidad de repetir un pago realizado en cumplimiento del fallo de una sentencia en el que se ha fijado la solidaridad entre varios intervinientes. Siendo en dicho procedimiento posterior en el que se fijará la participación de cada uno de esos intervinientes –que ya han abonado el pago principal– en virtud de las relaciones internas que rigen entre ellos y que no eran alegables frente al tercero perjudicado.

De esta manera, nos encontramos que en un procedimiento inicial se enjuicia y condena en base a unas relaciones internas existentes entre el responsable directo del daño y la aseguradora médica en base a la relación contractual. Ahora bien, una vez efectuado el pago, el Tribunal Supremo reconoce que si se trata de un pago satisfecho, es decir, debido, válido y eficaz, la aseguradora médica tiene derecho a ejercitar su acción frente al responsable directo del perjuicio

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

El hecho de que el asegurado no emplaze a la aseguradora en un procedimiento seguido a instancia del perjudicado supone la vulneración del deber de información que exonera a la compañía aseguradora previsto en el artículo 16 de la LCS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 20 de abril de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Consorcio Hospital General Universitario de Valencia formula recurso de casación por interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en relación al artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro y, en concreto, en relación a la consecuencia que supone a la asegurada el hecho de no haber emplazado a la aseguradora, Zurich España S.A., en un procedimiento judicial seguido a instancia del perjudicado.

En lo que aquí interesa, la demanda se inició por reclamación de la parte ahora recurrente, Consorcio Hospital General Universitario, a Zu-

rich España S.A, por no haber atendido al pago de la indemnización que, en el ámbito de la póliza de responsabilidad civil profesional y patrimonial, debía a don Alexander por sentencia (fuera del recurso han quedado otras reclamaciones). La aseguradora se niega al pago porque el día 19 de junio de 2008 se le comunicó el siniestro y no tuvo más información del mismo por la asegurada hasta que le remitió la sentencia que le condenaba a pagar cincuenta mil euros al perjudicado. Considera que hay un incumplimiento grave del asegurado de la obligación impuesta en los artículos 16 y 17 de la Ley de Contrato de Seguro, que le libera del pago, puesto que una cosa es la comunicación del siniestro y otra distinta la obligación posterior de información. Lo cierto es que no fue emplazada para comparecer en el juicio y no se le dijo nada sobre la existencia del pleito hasta que fue condenada la asegurada.

La sentencia del Juzgado desestimó la demanda, y la misma fue confirmada por la Audiencia Provincial, con el siguiente razonamiento:

«no solo no se ha acreditado haber cumplido con el deber de comunicación, sino que el incumplimiento ha redundado en una infracción del deber de información que justifica la exoneración de la compañía. En efecto, la reclamación a Consellería se presentó en febrero de 2007 y fue remitida al Consorcio en mayo de 2007, la demandante no comunica el siniestro hasta junio de 2008 y en relación a la póliza 151 que estaba anulada por lo que se dice que debe ser por la núm. 307 y ya no existe más comunicación ni información hasta el 27 de julio de 2010 en que se le notifica la sentencia del TSJ dictada en autos 1859/2007 en que se condena al pago de la indemnización. La demandada rechaza el siniestro porque no se ha visto en la comisión de seguimiento, no ha sido comunicada la interposición del recurso contencioso y no ha sido emplazada para poder defenderse. En consecuencia, no existe constancia de que se le haya informado a la aseguradora de las circunstancias hasta un año después de tener la demandante conocimiento del siniestro ni después hasta la notificación de la sentencia condenatoria, privando con ello a la compañía de todo margen de maniobra, que incluso habría podido incluir el atendimiento voluntario de sus posibles responsabilidades dimanantes del contrato de seguro, lo que, a nuestro entender, se traduce o encierra una culpa grave que justifica una resolución como la adoptada, que procede, pues, confirmar, pero es que a mayor abundamiento en la cláusula novena de la póliza esta-





blece de modo minucioso los pasos a seguir en orden a la información de las reclamaciones».

SEGUNDO.- Para justificar el interés casacional se cita una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia -Sección 11ª- de 22 de diciembre de 2003, y otra de la misma Audiencia -Sección 7ª- de 14 de diciembre de 2011, junto a dos sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 17 de junio de 1998 y 4 de febrero de 2011; todas ellas en relación a la interpretación del artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro y que, a juicio de la recurrente, mantienen un criterio distinto al expuesto en la sentencia recurrida, en orden a no considerar que la falta de emplazamiento de la aseguradora en el ámbito del procedimiento el que fue demandada la aseguradora, no supone sin más que estemos ante un supuesto comprendido en el artículo 16.3 LCS, relativo a la exoneración de la obligación de la aseguradora de hacer frente a la suma asegurada, por dolo o culpa grave del asegurado.

Es cierto que el interés casacional no está formalmente justificado, como denuncia la parte recurrida, puesto que el recurso no cumple con el requisito de citar jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que contradiga la mantenida por la sentencia recurrida, ni el problema jurídico de las que en ella se cita es el mismo, como incluso reconoce la recurrente al formular el recurso. Ahora bien, el recurso se admite desde la idea de que estamos ante una cuestión de naturaleza jurídica sustantiva fundada en los mismos hechos que han sido fijados por la sentencia recurrida en relación a la información que se debe proporcionar a la aseguradora, conforme a las exigencias y con las consecuencias que determina el artículo 16 de la LCS.

En cualquier caso, el recurso se desestima.

El problema se plantea en la aplicación del artículo 16.3 de la Ley de Contrato de Seguro que establece la obligación del asegurado de proporcionar en plazo legal a la aseguradora "toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro", a cuyo incumplimiento anuda la sanción de pérdida de la indemnización que le pueda corresponder en virtud del contrato de seguro en el caso de que hubiese concurrido dolo o culpa grave del asegurado; obligación que es distinta de la que exige el párrafo 1º, pues mientras esta se refiere a la comunicación del siniestro que recae sobre el tomador, asegurado o beneficiario, aquella se extiende a las circunstancias complementarias del hecho generador del daño asegurado del que en principio debe o puede responder;



ambas impuestas por un deber de colaboración del asegurado con el asegurador en el marco no solo de la ley sino de la relación de contrato presidido por el principio de la buena fe, particularmente en el ámbito del artículo 16 de la LCS (sentencia 16 de octubre 2003).

No estamos en el párrafo 1º del artículo 16 de la LCS, sino en el 3º, que contempla un régimen jurídico diferente, puesto que la asegurada trasladó a la aseguradora copia de la reclamación patrimonial del perjudicado, sino ante una efectiva violación del deber de información, que resulta especialmente grave en seguros de responsabilidad civil por sus específicas características en orden a la valoración por la aseguradora de los requisitos que comporta para una correcta asunción y liquidación del siniestro con cargo al seguro. Si alguna obligación resulta relevante en estos casos esta no es otra que la de poner en conocimiento de la aseguradora la reclamación judicial del siniestro, facilitando su emplazamiento en el procedimiento iniciado a instancia del perjudicado, lo que no se hizo hasta que la responsabilidad del asegurado fue declarada judicialmente. Su incumplimiento supone una grave desatención de sus obligaciones y un grave perjuicio al asegurador, al que se le ha impedido toda posibilidad de defensa, y que se agrava cuando tampoco se siguieron los trámites contractualmente previstos para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial y consiguiente liquidación del siniestro.

Y ello es sin perjuicio de que el cumplimiento del deber de comunicación del siniestro puede conducir al de información, pues es po-

sible cumplimentar aquella primera obligación y desatender luego los deberes de información complementaria a la aseguradora, como aquí ha ocurrido, para permitirle tramitar el siniestro, siempre a partir de una interpretación restrictiva de la norma tanto para valorar si ha habido dolo o culpa grave, como para estimar si se ha producido o no una verdadera violación del deber de información, tal y como ha mantenido la jurisprudencia de esta Sala desde la sentencia de 5 de julio 1990.

TERCERO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC, en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley, las costas del recurso de casación se imponen a la parte recurrente.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Consorcio Hospital General Universitario de Valencia contra la sentencia dictada el 11 de noviembre de 2013 por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia; con expresa imposición de las costas al recurrente. Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación emitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleón Prieto.

Pues bien, la Sentencia que aquí nos ocupa somete a análisis por interposición de Recurso para unificación de la doctrina un supuesto donde el asegurado comunica de forma tardía el siniestro a la compañía aseguradora, manteniendo después una actitud totalmente pasiva en su obligación de colaboración con aquella pues no realizar ningún otro tipo de comunicación hasta que se dicta sentencia que resuelve el procedimiento judicial iniciado para la resolución de dicho siniestro. De este modo el asegurado no informó durante el tiempo transcurrido, más de dos años, de la marcha del asunto, impidiendo de este modo que la aseguradora se hubiera podido personar en el procedimiento y que asimismo hubiera podido decidir sobre la defensa del asunto.

El Tribunal Supremo centra la atención en esta Sentencia en el incumplimiento de las obligaciones que la Ley del Contrato de Seguro impone al asegurado, las cuales además estaban incorporadas en la póliza suscrita por las partes, lo que supone que también estemos ante un incumplimiento contractual

El Tribunal Supremo centra la atención en esta Sentencia en el incumplimiento de las obligaciones que la Ley del Contrato de Seguro impone al asegurado, las cuales además estaban incorporadas en la póliza suscrita por las partes, lo que supone que también estemos ante un incumplimiento contractual. Se separa aquí claramente las dos obligaciones que dispone el artículo 16 de la Ley del Contrato de Seguro, negando con ello la razón al asegurado, por cuanto a pesar de que en un principio éste comunicara a su compañía la reclamación del siniestro que había recibido sin embargo posteriormente no proporcionó a aquella ninguna otra información adicional, siendo fundamental el hecho de que ocultara el inicio del proceso judicial impidiendo a su aseguradora que pudiera haberse personado en el mismo y haber podido hacer valer sus argumentos de defensa. Esta falta de comunicación de las circunstancias del siniestro y el desarrollo del mismo se califican como incumplimiento grave, trasgresor del principio de buena fe contractual que inspira el sentido de dicho precepto legal, provocando finalmente que la aseguradora se vea liberada de su obligación de indemnizar por un siniestro para el que en un principio existía cobertura.

La doctrina en la que incide esta Sentencia ya viene siendo refrendada por nuestras Audiencias Provinciales, así por ejemplo, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid**

Esta falta de comunicación de las circunstancias del siniestro y el desarrollo del mismo se califican como incumplimiento grave, trasgresor del principio de buena fe contractual que inspira el sentido de dicho precepto legal, provocando finalmente que la aseguradora se vea liberada de su obligación de indemnizar por un siniestro para el que en un principio existía cobertura

COMENTARIO

de 19 de julio de 2005 ya nos describen que este deber de información se circunscribe a aportar las circunstancias, alcance, extensión y consecuencias del siniestro, persiguiendo con ello que la aseguradora pueda defender de la forma más eficaz sus intereses, no solo los que pudiera tener frente al propio asegurado, sino también frente a terceros como pudiera ser el derecho de repetición o subrogación, así como para poder atender a sus propios intereses en materia de tramitación del siniestro, ajuste de reservas, estadísticas, etc.

En nuestra práctica diaria podemos comprobar como el asegurado desconoce en la mayoría de las ocasiones la obligación impuesta en el citado artículo, y más aún las consecuencias que legalmente conllevan el incumplimiento de lo dispuesto en el mismo

Se trata por tanto de un deber que se sitúa dentro del deber genérico de colaboración que la ley impone al asegurado frente a la aseguradora, el cual deriva a su vez del principio de buena fe que preside el contrato de seguro. Así la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 10 de noviembre de 2005** se refiere a un supuesto prácticamente idéntico al que aquí se analiza aquí por el Tribunal Supremo, entendiéndose que es contrario al principio de la buena fe contractual el hecho de que el asegurado comunicara a la aseguradora el siniestro una vez dictada ya sentencia firme, con lo cual ya tan solo quedaba a la misma el pago del siniestro sin ningún otro tipo de actuación o defensa de sus intereses.

No basta por tanto que el asegurado comunique el siniestro a la compañía para considerar que ha cumplido con la obligación que le viene impuesta en el artículo 16 de la Ley del Contrato de Seguro y evitar por tanto que ésta pudiera ampararse en dicho incumplimiento para exonerarse de su obligación de pago frente al siniestro acaecido, así como tampoco se sanciona en esta Sentencia al asegurado tan sólo por el hecho de no haber emplazado a la aseguradora para su personación ante el procedimiento judicial entablado como consecuencia de aquel; lo fundamental en este caso es que como consecuencia del comportamiento global del asegurado frente a su compañía ha provocado una total indefensión a ésta, quien no ha podido ejercer ningún tipo de actuación frente al siniestro y su desarrollo, con las distintas consecuencias que ello provoca, ello supone una infracción grave.

En nuestra práctica diaria podemos comprobar como el asegurado desconoce en la mayoría de las ocasiones la obligación impuesta en el citado artículo, y más aún las consecuencias que legalmente conllevan el incumplimiento de lo dispuesto en el mismo, siendo por tanto una labor del abogado la información sobre el mismo y su alcance. No obstante, esta Sentencia nos obliga a reflexionar sobre cuál deberá ser el contenido de la información que obligatoriamente el asegurado o tomador debe proporcionar a su aseguradora, pues lo cierto es que sólo será la que tenga una relación directa con el siniestro en cuestión y asimismo la que se considere razonable en atención a las circunstancias del supuesto, el tipo de seguro de que se trate y el tipo de siniestro que concorra; todo ello teniendo en cuenta que la consecuencia prevista para el incumplimiento de la información sobre el siniestro supone la pérdida del derecho a la indemnización de un siniestro que sí estaba cubierto por la aseguradora, algo que algún sector de la doctrina ha llegado a considerar excesivo pero que atendiendo al tenor de la norma es la consecuencia clara y directa de la infracción al deber impuesto al asegurado.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Contenido natural del contrato de Seguro: se considera 'cláusula lesiva' para el asegurado aquella que reduce considerable y desproporcionadamente su derecho, vaciándolo de contenido. Expectativas razonables del asegurado al contratar un seguro y cláusulas que en la práctica vacían de contenido el aseguramiento. La sentencia va referida a un supuesto de seguro de transporte, pero sus razonamientos pueden extrapolarse a cualquier otro seguro

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 22 de abril de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1.- Wasonafa, S.L. (en adelante, Wasonafa) tenía concertadas dos pólizas de seguro con la compañía Allianz, S.A. (en adelante, Allianz):

1.1.- La primera, de responsabilidad civil, cubría los daños y perjuicios causados a terceros por el asegurado, por sus trabajos de tratamiento, almacenaje, carga, descarga y transporte de mercancías. No quedaban asegurados los bienes de cualquier género que fueran objeto directo del trabajo del asegurado, para su instalación o para su transporte.

1.2.- La segunda, de transporte (denominada Allianz Autopatrones. Transportes), aseguraba en general las mercancías transportadas por la demandante; y en particular (artículo 1.º Riesgos cubiertos), «la destrucción, los daños materiales y la desaparición de las mercancías aseguradas con ocasión o a consecuencia de su transporte a bordo del vehículo».

1.3.- El art. 4.2 de la segunda póliza excluía las pérdidas, daños y gastos que fueran causados «por o a consecuencia de: caída de bultos en las operaciones de carga y descarga».

2.- En abril de 2011, Wasonafa se encargó de la carga, transporte y descarga de un kiosco de un modelo denominado "gastronomía Madrid". En las labores de descarga en destino el vehículo volcó, lo que causó daños al kiosco, valorados en 34.313,93 €.

3.- Wasonafa demandó a Allianz en reclamación de la indemnización correspondiente a los daños en la mercancía transportada, que Wasonafa había resarcido a su cliente. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, y condenó a la aseguradora al pago de la indemnización, con los intereses previstos en la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), con cargo a la póliza de seguro de responsabilidad civil.

4.- Interpuesto recurso de apelación por la compañía de seguros, la Audiencia Provincial lo desestimó, si bien consideró que la cobertura del siniestro correspondía a la póliza de seguro de transporte y no a la de responsabilidad civil. En esencia, consideró que la cláusula contenida en el antes citado art. 4.2 de la póliza no era una cláusula de delimitación del riesgo, sino una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, que no reunía los requisitos legales para su validez.

Recurso por infracción procesal.

SEGUNDO.- Primer motivo del recurso por infracción procesal. Valoración ilógica, irracional y errónea de la prueba, con incidencia constitucional.

Planteamiento:

1.- La compañía de seguros Allianz formula un primer motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4 LEC, por haberse valorado la prueba de forma manifiestamente ilógica, irracional y con error patente.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que al interpretar la literalidad

de las cláusulas 1 y 4.2 de la póliza de seguro de transportes la Audiencia considera erróneamente que son contradictorias, cuando no es así, puesto que simplemente se trata de una delimitación de la cobertura, para excluir de la misma el riesgo derivado de las operaciones de carga y descarga de la mercancía. Y ello, porque las operaciones de transporte y de carga y descarga son diferentes, lo que se reconoce incluso legislativamente.

Decisión de la Sala:

1.- En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo, en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, y 211/2009, de 26 de noviembre, destacó que «concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración». Asimismo, en la mencionada sentencia núm. 55/2001, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia».

2.- A su vez, en las sentencias de esta Sala núm. 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, y 44/2015, de 17 de febrero (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que

sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

3.- En este caso, los errores denunciados no son fácticos, sino de valoración jurídica, pues se refieren a dos cuestiones de naturaleza estrictamente sustantiva y de interpretación de la póliza de seguro: si las operaciones de carga y descarga se incluían dentro de la actividad de transporte, y si la exclusión de cobertura de los daños ocasionados en tales operaciones era una cláusula delimitadora del riesgo o una cláusula limitativa de los derechos de la asegurada.

4.- Podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico las conclusiones de la sentencia recurrida son acertadas, pero ello es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, al corresponder a la valoración jurídica propia del recurso de casación. Como decíamos en la Sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo «No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de 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; 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial».

Por lo que este primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Falta de motivación. Planteamiento :

Se formula al amparo del art. 469.1.2.º LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, en concreto, de los arts. 218.2 y 386.1 LEC, toda vez que la motivación la sentencia desatiende los elementos fácticos del pleito y no se ajusta a la lógica y la razón. Así como que la sentencia presume incorrectamente que las operaciones de carga y descarga eran parte integrante del contrato de transporte, sin razonar porqué establece dicha presunción.

Decisión de la Sala :

1.- Al socaire de la denuncia de una supuesta motivación defectuosa, en este segundo motivo de infracción procesal se vuelve a incidir en que la valoración de la prueba no ha sido lógica y razonable. Por tanto, nos remitimos a lo ya expuesto; máxime cuando la motivación de la sentencia recurrida es clara y exterioriza razonadamente las bases de su decisión, como exige el art. 218.2 LEC. Cosa distinta es que tales razonamientos no convenzan a la parte recurrente, pero ello no es motivo de infracción procesal.

2.- En cuanto a la infracción del art. 386.1, la sentencia recurrida no hace uso de la prueba de presunciones, ni siquiera cita dicho precepto legal. Es decir, no aplica ninguna presunción, sino que valora jurídicamente que dentro de las operaciones de transporte cubiertas por el seguro se comprendían las de carga y descarga. Valoración jurídica de orden interpretativo que podrá ser combatida en el recurso de casación, pero que, no es una presunción, y además es completamente ajena al recurso extraordinario por infracción procesal.

3.- Razones por las cuales este segundo motivo del recurso extraordinario de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

Recurso de casación.

CUARTO.- Primer motivo de casación. Infracción del art. 1.281-1 CC. Planteamiento:

1.- Se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC, por infracción del art. 1.281-1 CC, por cuanto la sentencia recurrida ignora la redacción y el sentido literal del art. 4.2 de la póliza de seguro.

2.- En el desarrollo del motivo se afirma resumidamente que, al ignorar la literalidad de la mencionada cláusula contractual, ya que la sentencia la interpreta conforme a la supuesta intención o voluntad de los contratantes, realmente está aplicando los arts. 1.281-2 y 1.282 CC, en vez del art. 1.281-1, que sería el directamente aplicable. Aduce, además, que en contra de lo afirmado por la Audiencia Provincial, las operaciones de carga y descarga no son consustanciales al contrato de transporte de mercancías y, por el contrario, son actividades claramente diferenciadas, tanto en la práctica como en la legislación.

Decisión de la Sala:

1.- Puesto que se postula una interpretación literal del art. 4.2 del clausulado de la póliza de seguro de transportes suscrita entre las partes, hemos de partir de su redacción, que dice:

«Riesgos excluidos: Quedan excluidos las pérdidas, daños y gastos que, total o parcialmente, directa o indirectamente, sean causados por o a consecuencia de:... caída de bultos en las operaciones de carga y descarga».

2.- En la ejecución de un contrato de transporte de mercancías resulta evidente la necesidad de llevar a cabo una serie de actividades u operaciones que, sin ser transporte propiamente dicho, o, en un sentido estricto, se enmarcan en él, facilitando y procurando su realización. Entre ellas se encuentran las llamadas operaciones de carga y descarga de las mercancías, que conforme a una concepción estricta estarían constituidas por los actos materiales o físicos precisos para tal actividad; y desde un punto de vista más amplio comprenden todas aquellas actividades conexas o complementarias, adecuadas para la ejecución del transporte.

3.- La parte recurrente, a fin de diferenciar entre las operaciones de transporte y las de carga y descarga, trae a colación el art. 20 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, que establece que tales operaciones de carga y descarga de las mercancías serán por cuenta, respectivamente, del cargador y del destinatario, salvo que hayan sido asumidas expresamente por el porteador. Sin embargo, dicha normativa no es aplicable al caso, porque el transporte en cuya ejecución se produjo el siniestro objeto de litigio tuvo lugar antes de la entrada en vigor de dicha Ley. Y como quiera que el Código de Comercio, en la redacción vigente a la fecha del contrato, no contenía regulación al respecto, habrá que estar a lo pactado por las partes. Para cuya interpretación habrá de tener presente que el art. 58 LCS establece:

«Salvo pacto expreso en contrario, se entenderá que la cobertura del seguro comienza desde que se entregan las mercancías al porteador para su transporte en el punto de partida del viaje asegurado, y terminará cuando se entreguen al destinatario en el punto de destino, siempre que la entrega se realice dentro del plazo previsto en la póliza».

4.- Desde este punto de vista, la interpretación de la cláusula controvertida no ofrece dificultad alguna. Es evidente, conforme a su propia literalidad, que la sentencia de la Au-





diciencia no ignora, que la póliza pretende excluir de cobertura los daños causados a la mercancía con ocasión de su carga o descarga. Por ello, la cuestión no es de interpretación gramatical de la cláusula, de la que no se aparta la sentencia recurrida, sino que atañe a un problema distinto, cual es la calificación jurídica de dicha cláusula como delimitadora del riesgo, en cuyo caso sería válida sin más, o como limitativa de los derechos del asegurado, en cuyo supuesto debería reunir los requisitos exigidos por el art. LCS.

5.- Como consecuencia de lo cual, en tanto que la sentencia recurrida no infringe en modo alguno el art. 1.281-1 CC, este primer motivo de casación ha de ser desestimado.

QUINTO.- Segundo motivo de casación. Infracción de los arts. 1.281-2 y 1.282 CC. Planteamiento:

1.- Se denuncia al amparo del art. 477.2.3º LEC, por infracción de los arts. 1.281-1 y 1.282 CC.

2.- En el desarrollo del motivo se alega que no debe recurrirse a una interpretación basada en la intención de los contratantes, ni a sus actos coetáneos o posteriores, si la propia literalidad del contrato es clara y no ofrece dudas. Aduce que las cláusulas 1 y 4.2 de la póliza no son contradictorias.

Decisión de la Sala:

Nuevamente se aduce un motivo de casación que no aborda directamente la cuestión litigiosa. La Audiencia hace una interpretación conjunta del contrato, tanto en la literalidad de sus cláusulas, como en la intención de los contratantes, para decidir si la condición general controvertida, la referida a la exclusión de los daños producidos a la mercancía transportada durante las labores de carga y descarga, tiene el carácter de cláusula delimitadora de la cobertura o, por el contrario, constituye una cláusula limitativa de los derechos del asegurado.

SEXTO.- Tercer motivo de casación. Infracción de los arts. 1 y 3 LCS. Planteamiento:

1.- Este motivo se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC y denuncia infracción de los arts. 1 y 3 LCS, en relación con la valoración jurídica que haya de darse a la cláusula 4.2 de la póliza de seguro objeto de litigio.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce que la cláusula controvertida no es limitativa de de-

rechos, ni por tanto exige las formalidades que previene el art. 3 LCS, sino que es una cláusula que delimita el riesgo asegurado.

Decisión de la Sala:

I.- Distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas en el contrato de seguro.

1.- Desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas es sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

No obstante, como expresa la sentencia de esta Sala núm. 715/2013, de 25 de noviembre, en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Las fronteras entre ambas no son claras, e incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado.

La sentencia 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de esta Sala 1.^a, (verbigracia sentencias núm. 1051/2007, de 17 de octubre; y 598/2011, de 20 de julio), según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal.

Otras sentencias posteriores, como la núm. 82/2012, de 5 de marzo, entienden que debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes).



2.- Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas



por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias 268/2011, de 20 de abril; y 516/2009, de 15 de julio).

La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, re-

ferenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, 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. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares.

II.- Las expectativas razonables del asegurado.

1.- Cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen –es decir, que no le sorprendan– y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa.

2.- Este es el punto de vista adoptado por la Audiencia, que considera que la exclusión de cobertura relativa a los daños producidos en las labores de carga y descarga, en tanto que operaciones imprescindibles para la ejecución del contrato de transporte, resulta sorprendente para el asegurado, que había contratado un seguro de transporte sobre las mercancías transportadas. Precisamente cuando hay contradicción entre las cláusulas que definen el riesgo y las que lo acotan es cuando puede producirse una exclusión sorprendente, en cuanto que ajena al aseguramiento de una mercancía con ocasión de su transporte, entendido como un todo, es decir, no solo como un traslado, sino como una operación compleja que incluye la carga de la mercancía en el medio de transporte (en este caso, el camión), el traslado de un lugar a otro y la descarga para la entrega al destinatario. Como dicen las sentencias 516/2009, de 15 de julio, y 601/2010, de 1 de octubre, el carácter limitativo de una cláusula puede resultar del hecho 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. El principio de transparencia, que constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera, en efecto, con especial intensidad respecto de las

cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato.

III.- La calificación de la cláusula controvertida como limitativa de los derechos del asegurado.

1.- Sobre esta base, que la Audiencia Provincial interpretara que la exclusión de la cobertura del seguro de transporte de los daños producidos a la mercancía transportada en la descarga no era algo que pudiera esperarse o considerarse usual o normalmente derivado de aquellas cláusulas particulares o especiales, verdaderamente conocidas por la asegurada, no contraviene ninguno de los preceptos invocados en el motivo casacional. Y menos, cuando en ellas quedaba suficientemente claro el objeto del seguro, las garantías, y el compromiso asumido por la compañía en el plano indemnizatorio para caso de ocurrir el evento cuyo riesgo era objeto de cobertura.

Además, esta interpretación no queda contradicha por el hecho de que posteriormente la misma tomadora contratara una nueva póliza para la cobertura de los daños producidos en las tareas de carga y descarga, puesto que ello fue consecuencia precisamente de la negativa de la aseguradora de hacerse cargo de tales siniestros.

2.- Como hemos visto, el art. 58 LCS dispone:

«Salvo pacto expreso en contrario, se entenderá que la cobertura del seguro comienza desde que se entregan las mercancías al porteador para su transporte en el punto de partida del viaje asegurado, y terminará cuando se entreguen al destinatario en el punto de destino, siempre que la entrega se realice dentro del plazo previsto en la póliza».

A la luz de dicho precepto, resulta claro que la previsión natural del precepto respecto al momento en que comienza y termina la cobertura puede recortarse convencionalmente ("salvo pacto expreso en contrario), pero dicho recorte se configura como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado; sometida, por tanto, a su peculiar régimen de validez, previsto en el art. 3 LCS.

3.- Es más, la cláusula no se refiere propiamente a la caída de la mercancía, sino a parte de ella (bultos) e introduce una previsión «de cierre», al decir que se excluyen «cualesquiera otros [riesgos] análogos o similares», de tal in-

determinación, que en la práctica vacía de contenido el aseguramiento. Por lo que casi nos encontraríamos más ante una cláusula lesiva que ante una meramente limitativa, si entendemos por lesiva aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. En definitiva, impide la eficacia de la póliza.

La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado la diferenciación que hace el art. 3 LCS entre cláusulas lesivas y limitativas, en tanto que éstas últimas son válidas, aun cuando no sean favorables para el asegurado, cuando éste presta su consentimiento, y de modo especial, al hacer una declaración de su conocimiento; mientras que, las cláusulas lesivas son inválidas siempre. Es decir, el concepto de condición lesiva es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas, pero las lesivas son siempre inválidas (sentencia 303/2003, de 20 de marzo).

SÉPTIMO.- Costas y depósitos.

1.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, las costas de ambos recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:

1º.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la compañía de seguros Allianz, S.A., contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a (sede Gijón), en el recurso de apelación núm. 197/13. 2º.- Imponer a la recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marín Castán, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno y Pedro José Vela Torres.

Aunque la sentencia que comento se refiera a cuestiones de responsabilidad civil y transporte, al Fundamento de Derecho Sexto el TS analiza lo que considera constituye cláusula “lesiva” para el asegurado, que define como aquella que reduce considerable y desproporcionadamente su derecho, vaciándolo de contenido, y de ahí las expectativas razonables del asegurado al contratar un seguro y cláusulas que en la práctica vacían de contenido el aseguramiento.

El criterio del TS se puede aplicar perfectamente a otros ámbitos del seguro, como por ejemplo, la defensa jurídica... cubre el coste del procedimiento... el riesgo no es el procedimiento judicial en si que quiera interponer el asegurado, sino el coste supone... limitar el coste de intervención de un profesional ajeno a la entidad aseguradora, desnaturaliza el contrato de seguro en si, en gran mayoría de veces, ya que se dan casos de coberturas claramente ínfimas en relación a los intereses que se han defendido... piénsese en el supuesto en el que se haya obtenido una indemnización a favor del cliente (asegurado) de unos 5.000 euros, y la cobertura de defensa jurídica está limitada a 200 euros. Es un ejemplo, pero la desproporción es evidente.

De esa manera se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que se impide al asegurado que pueda elegir un profesional de su confianza, teniendo que acudir a los letrados del ámbito de la aseguradora, quienes en la mayoría de casos tienen unos honorarios impuestos, repito, IMPUESTOS, por la aseguradora claramente insuficientes y muy por debajo, de los que se aconsejan por los colegios de abogados.

He de citar la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la Sentencia 18/1995 de 24.01.1995, que dice:

El derecho a la asistencia letrada, interpretado por imperativo del art. 10.2 de la C.E. de acuerdo con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas y con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es, en principio y ante todo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable (SSTC 216/1988, fundamento jurídico 2º), lo que comporta de forma esencial que éste pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentalizar su propia defensa (SSTC 30/1981, fundamento jurídico 3º; 7/1986, fundamento jurídico 2º; 12/1993, fundamento jurídico 2º). Así pues, en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Abogado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho constitucional de defensa (STC 196/1987, fundamento jurídico 5º).

Evidentemente, un cobertura de honorarios profesionales baja, muy baja, siguiendo el hilo de la Sentencia estudiada, “vacía el contrato de contenido” frustrando las expectativas del asegurado, quien en ocasiones ve en el condicionado particular la expresión simple de “incluida” respecto la defensa jurídica, para luego encontrar en el condicionado general una limitación de cuantía respecto dicha cobertura, cuando ha hecho uso del derecho constitucional de elegir a un profesional distinto al de la aseguradora para que dirija su reclamación, o le defienda en la defensa penal en la causa que se haya podido interponer en su contra.

El TS en el Fto de Derecho citado, expone:

1.- Cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen –es decir, que no le sorprendan– y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa.

Limitar la cuantía de la cobertura en las condiciones generales es una práctica destinada a provocar la “sorpresa” del asegurado al momento en el que precisa la cobertura de defensa jurídica. En mi opinión, y parte de la jurisprudencia menor la comparte, recoger en el condicionado general el quantum máximo que soportará la aseguradora en caso de designa de letrado (y Procurador) ajeno al cuadro de la entidad no es un “delimitación de cobertura” sino que es una limitación, y de ahí que se deba cumplir con el art. 3 de la LCS. Pero además, si esa cuantificación es de esas sumas mínimas que se dan en muchas entidades aseguradoras, estamos claramente ante un cláusula “lesiva” a los intereses del asegurado, “vacían el contrato de contenido”, y en consecuencia, no pueden ser subsanadas, a diferencia de la

COMENTARIO

cláusula limitativa, que puede ser salvada con la firma del asegurado en los términos del art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Al respecto recordar la Stcia del Alto Tribunal nº 1033/2005, Recurso 1925/1999, de 30.12.2005, Ponente Excmo Sr. Juan Antonio Xiol Rios, que dice:

Estas cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquellas mediante las cuales se 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, no frecuente o inusual (SSTS de 10 de febrero de 1998, 17 de abril de 2001, 29 de octubre de 2004, núm. 1055/2004, 11 de noviembre de 2004, rec. núm. 3136/1998, y 23 de noviembre de 2004, núm. 1136/2004).

Aquellas cláusulas mediante las cuales se establece la suma asegurada como cantidad máxima a la cual puede ascender el importe de la indemnización no pueden estimarse comprendidas, sin embargo, dentro de este concepto. Del art. 8 LCS se desprende que en el régimen del contrato de seguro son conceptos distintos a «naturaleza del riesgo cubierto» (art. 8.3 LCS) y la «suma asegurada o alcance de la cobertura» (arts.8.5 LCS). La fijación de la suma asegurada (elemento esencial de la póliza), cuando se establece como una restricción en relación con el alcance o valor real del daño producido por el siniestro, tiene carácter limitativo de los derechos del asegurado, dado que, con arreglo al artículo 27 LCS «la suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro», según explica la STS de 11 de febrero de 2002. Dichas cláusulas, en efecto, restringen el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

Para finalizar, quiero recoger la última Sentencia de la AP Baleares, Sec. 3.ª, 82/2016, de 5 de abril, que confirma la tesis expuesta de la consideración “limitativa” de la cláusula que determina la cuantificación de la cobertura

6ª) Consecuencia de lo anterior es el rechazo del último de los motivos del recurso que incide, de nuevo, sobre la falta de legitimación del letrado, pues ya ni siquiera discute la parte apelante que la limitación del importe de la garantía de defensa jurídica a 1.500 euros es una cláusula limitativa. Comparte la Sala el parecer del juez “a quo” sobre tal cuestión, reiterando que las condiciones generales no están firmadas, por lo que no pueden oponerse para limitar el derecho del asegurado que ha contratado al abogado en base a la prestación de defensa jurídica prevista en las condiciones particulares sin la limitación de 1.500 euros que ahora se pretende hacer valer, cláusula limitativa que ha sido calificada como tal por este mismo tribunal en anteriores resoluciones –de la que es muestra, entre otras, la sentencia de 13 de febrero de 2007–, y que, por tanto, carece de eficacia alguna a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Al cierre de la edición de la revista, ha salido a la luz la Sentencia de 14.07.2016 del Tribunal Supremo, Sala 1ª, que revela el interés del Alto Tribunal en relación a las limitaciones cuantitativas de las sumas relacionadas con la defensa jurídica destinadas a provocar el desinterés en designar Letrado y Procurador ajenos a los de la Cía., pero de total confianza del asegurado. La desproporción es tal en algunos casos que el Tribunal Supremo las esta definiendo ya como “clausulas limitativas”, con todas sus consecuencias. Así, la Sentencia dice:

Extender el límite máximo de la obligación del asegurador a los mil quinientos euros supone, en primer lugar, una limitación a la libre designación de abogado y procurador necesario para la efectividad de la cobertura, y, en segundo, derivar contra el asegurado una interpretación extensiva y contraria a su interés, que es el que se protege en esta suerte de contratos de adhesión. El efecto no es otro que el rechazo de una cláusula limitativa del derecho del asegurado, cuya validez está condicionada al régimen especial de aceptación previsto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Tesis que comparto íntegramente.

Es de agradecer a la organización de XVI Congreso de la Asociación, siempre alerta en la actualización de asuntos jurídicos, que haya dispuesto una ponencia al respecto (Séptima ponencia: “Condiciones generales en el contrato de seguro: cláusulas lesivas por desnaturalización del objeto” de D. Pedro José Vela Torres, magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo), de indudable interés a la vista de la Sentencia que se ha comentado así como de esta última de 14 de julio de 2016.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se declara subjetiva y acomodada al nivel de diligencia que exige la esfera de actuación y control propia de las funciones que tuviera encomendadas la empresa concesionaria, el mantenimiento de las autovías por los daños causados por accidentes de tráfico provocados por la irrupción de animales en la calzada

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 3 de junio de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Hacia las 20 horas del 10 de mayo de 2010, en el PK 11,6 de la autovía A66, a la altura de Serín en dirección a Gijón, el turismo conducido por su propietario, don Narciso, y que también ocupaba doña Reyes, colisionó con un jabalí que irrumpió en la calzada.

Doña Reyes y don Narciso interpusieron demanda contra la compañía concesionaria del servicio de mantenimiento y conservación de la autovía, «Mantenimiento de Infraestructuras, S.A.» (Matinsa), pidiendo que ésta fuera condenada a indemnizar a cada uno de ellos los daños y perjuicios derivados de las lesiones que

respectivamente sufrieron a consecuencia del referido accidente. En la fundamentación jurídica de fondo de la demanda, se lee:

«Se ejercita la Acción de Responsabilidad Extracontractual o Aquiliana, del art. 1.902 del C. Civil y concordantes, al cumplirse los tres requisitos exigidos por la Doctrina y Jurisprudencia, para su éxito, a saber, una acción u omisión culposa, un daño o perjuicio y una relación causal entre ambos [...]

»También es de aplicación la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en especial la Interpretación que realiza la Sección Séptima de la A.P. de Oviedo, con sede en Gijón, de su Disposición Adicional Novena, introducida por el Apartado Veinte del Artículo único de la Ley 17/2005 de 19 de Julio y se modifica el Texto Articulado de dicha Ley».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gijón estimó parcialmente la demanda. En su sentencia, fundamentó la declaración de responsabilidad de Matinsa del siguiente modo:

«La SAP de Asturias, sección 4.ª de 27-10-11, con cita de otras sentencias de esa misma Audiencia de la Sección 5.ª de 25 de marzo, 25 de mayo y 25 de junio de 2007 y 24 de abril de 2009, o las dictadas por esa misma Sección de 26 de mayo de 2010 y 17 de febrero de 2011, reconoce la obligación de las empresas concesionarias del mantenimiento de las vías públicas de asegurar que se encuentren en un estado que garantice una circulación fluida, rápida y con el menor riesgo posible; obligación que debe exigirse con un rigor más extremo en el caso de autopistas y autovías por la mayor velocidad y condiciones de seguridad que permiten, razonando que la irrupción y presencia de animales en el interior de la calzada es evidentemente contraria a esas condiciones mínimas que debe reunir para la circulación de vehículos y que al producirse con relativa frecuencia, al menos en el ámbito de esta Comunidad, no cabe calificar tales hechos como imprevisibles. A consecuencia de ello se sostiene que será quien tiene a cargo la obligación de mantener en buen estado esas vías, quien deberá acreditar cumplidamente que agotó la diligencia para evitar esta clase de sucesos, y ello en aplicación del principio general de que ha de ser el que se beneficia de una determinada explotación que entraña un riesgo el que ha de correr con las consecuencias perjudiciales que origine y de la regla sobre carga de la prueba que atribuye ésta a quien dispone de





mayor facilidad probatoria (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En este mismo sentido, la Sentencia dictada por la Sección 7.ª de fecha 21-11-11, con cita de la de 1 de octubre de 2010, que a su vez cita las de 4 de junio de 2010 y 14 de mayo de 2010, reconoce la objetivación de responsabilidad predicable en supuestos como el presente, fiel reflejo del deber impuesto a la concesionaria de mantener la autopista en condiciones expeditas y sin riesgo, ya que esa es la finalidad que asume en virtud del contrato con la Administración que le reporta beneficios, de modo que como se señalaba en sentencia de 30 de mayo de 2008, no cabe afirmar el cumplimiento del deber de diligencia específico por el hecho de haber llevado a cabo la vigilancia horas antes sin detectar ningún problema, pues es la empresa la encargada, dentro de las labores de mantenimiento y conservación que contractualmente asuma, de acometer todas y cada una de las labores precisas para evitar esa circunstancia, concluyendo una omisión culposa directamente imputable a la demandada, como se recoge en la sentencia de 20 de noviembre de 2008, por la presencia del animal en la calzada, cuando es su obligación poner todos los medios a su alcance para evitar la existencia de obstáculos de este tipo en la vía, máxime en el caso de una autovía, no siendo la parte actora la obligada a probar que la demandada incurrió en una falta de cuidado, vigilancia y mantenimiento de los elementos de seguridad que eviten la entrada de animales en la autovía, descartando que la irrupción del jabalí en la autovía sea debida a caso fortuito, pues la demandada obtiene un lucro de una actividad claramente generadora de riesgo objetivo, cual es el adecuado mantenimiento y conservación de la vía, lo que determina una indudable inversión del "onus probandi", y ella es la única obligada a probar que no tuvo ninguna responsabilidad en la irrupción del animal en la vía.

Por otra parte, y en cuanto a la posible entrada del animal por alguna zona de acceso a la autovía que carece de vallado, en la sentencia de esa misma Sección de 4 de febrero de 2008, no se consideraba que ello eximía de responsabilidad a la concesionaria del servicio de mantenimiento, pues si en ese tipo de enlaces no hay vallado, habrá de adoptar en ellos otras medidas, o una mayor vigilancia, tendentes a evitar la entrada de animales por esos lugares a la autopista, y, en otro caso, responder de los daños que estos causen a los usuarios de la vía, pues, la entrada de animales por dichos accesos no es, en modo alguno, un suceso totalmente imprevisible, ni tampoco inevitable.

»Desde tales consideraciones, y en lo que atañe a los elementos de prueba aportados, obra en autos informe emitido al día siguiente del accidente por el Técnico Coex, Eulogio, tras inspeccionar en ambos sentidos de circulación la vía A-66/ A-88, desde el p.k. 390 + 000 de la A-8, que enlaza con la A-66 en su p.k. 11, hasta el p.k. 13 + 000 de la A-66. En el citado informe se constata que ambas vías disponen de cierre perimetral en todo el enlace con perfecto estado de conservación de la malla cinegética en todo el perímetro, sin advertir deterioros u oquedades, descartándose que la entrada del animal haya podido producirse por los enlaces más próximos con vías secundarias, localizados en el p.k. 390 + 000 de la A-8 (a 8.500 metros de la colisión) y p.k. 22 + 300 de la A-66 (a 11 km. de la colisión), por la larga distancia existente entre éstos y el lugar del accidente, por lo que se concluye que el jabalí tuvo que acceder a la vía por el p.k. 401 + 800 de la A-8 (a 2.500 metros del accidente), coincidente con las obras del ramal de acceso a la Estación de Servicio de "El Montico" y al enlace con la AS-19, al haberse retirado el vallado por la empresa ejecutora de las mismas.

Además, por la declaración del citado testigo y de los integrantes del servicio de vigilancia de la demandada resulta acreditado que al margen de la revisión mensual que realiza la empresa, se realiza más de una revisión diaria en ambos sentidos de la circulación, utilizando para ello un vehículo que circula a unos 50 km. de velocidad, constando probado que en el día del suceso, tal como resulta de los partes de revisión diaria, se realizó horas antes del siniestro, un recorrido de vigilancia por la calzada izquierda desde el p.k. 11+000 hasta el 29+000 y por la calzada derecha entre las 16.01 y 16.12 horas y con posterioridad al accidente ocurrido sobre las 20.00 horas, un nuevo recorrido por la calzada izquierda desde las 20.42 hasta las 20:46 horas y nuevamente desde las 21.20 hasta las 21.43 horas, lo que fue ratificado por el trabajador que realizó esa tarea en el acto del juicio. Por otra parte, como resulta del informe remitido en periodo probatorio, por el Ingeniero Jefe del Servicio de Conservación y Explotación de la Demarcación de Carreteras del Estado, la demandada viene desarrollando labores de planificación y estudio a través de sus Técnicos Coex, desde el mes de diciembre de 2009, con objeto de requerir a los Cotos de Caza para que adopten medidas oportunas a fin de evitar incursiones de animales en la calzada, estudiando medidas adicionales al vallado como la instalación de pasos canadienses o de señales P-24.

»Ahora bien, lo anterior no ha de suponer que la empresa haya agotado en el caso de autos todas las prevenciones necesarias para evitar la invasión de animales en la autovía pues no sólo la prueba practicada revela que no hubo vigilancia próxima al momento de ocurrir el siniestro, sino horas antes del mismo, por lo que no consta el desarrollo de un deber de vigilancia suficiente para impedir la producción del daño y garantizar las adecuadas condiciones de circulación en la vía, sino por cuanto, aun descartada la entrada del jabalí por los nudos de enlace más próximos por la distancia entre éstos y el lugar de colisión que hubiera determinado que el animal hubiera podido ser localizado durante el tiempo que tardase en recorrer esa larga distancia, y que la misma justifica que carece de competencia en cuanto al vallado de esas zonas, existe un elemento esencial que no puede ser obviado y éste es que la demandada conocía que existía un punto adicional de riesgo que era la zona donde se estaban realizando obras en la que se había retirado el vallado, circunstancia que es claramente de su competencia, y que aún de ser cierto que nada pudiera hacer para la reposición del vallado, no prueba haber extremado las precauciones y vigilancia en esa zona, lo que lleva a la exigencia de responsabilidad, pues no existe elemento o conducta de terceros susceptible de romper el nexo causal, en tanto en cuanto la empresa encargada de la ejecución de obras en la Estación El Montico, no tiene encargadas tareas de conservación ni mantenimiento de la Autovía A-66 a diferencia de la demandada y ni siquiera la posible existencia de caso fortuito puede considerarse como causa de exoneración en tanto en cuanto la irrupción de animales salvajes en la vía no puede calificarse como un suceso imprevisto, máxime por cuanto como resulta del informe emitido en periodo probatorio por la Demarcación de Carreteras del Estado, el p.k. 11,600 de la Autovía A-66, atraviesa el Coto Regional de Caza de Llanera, por lo que el acceso de animales procedentes del Coto a la calzada no puede reputarse como un suceso imprevisto, imprevisible e inevitable para la empresa demandada».

El recurso de apelación interpuesto por Martinsa contra la sentencia del Juzgado fue estimado por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, que revocó dicha sentencia y desestimó la demanda. A tal efecto, la Audiencia declaró:

«En el supuesto que nos ocupa, ha quedado acreditado que el vehículo conducido por D. Narciso colisionó contra un jabalí que había

irrupción en la autopista, sin que conste que el vehículo circulase a excesiva velocidad, ni infringiera precepto alguno de la circulación, ni que fuese de algún modo previsible la irrupción del jabalí en la calzada.

»Alega la parte demandada ahora apelante a fin de eximirse de responsabilidad que la malla cinegética se encontraba en perfecto estado, que el jabalí tuvo que acceder a la vía por el PK 401+800 coincidente con las obras del ramal de acceso a la estación de servicio de "El Montico"; que Matinsa realiza más de una revisión diaria en la calzada, en ambos sentidos de circulación; desarrollando labores de planificación y estudio con objeto de requerir a los cotos de caza para que adopten medidas oportunas a fin de evitar incursiones de animales en la calzada.

»En este caso, la omisión culposa que podría imputarse a la demandada, como se recoge en la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 2008 "viene determinada por la presencia del animal en la calzada, cuando era su obligación poner todos los medios a su alcance para evitar la existencia de obstáculos de este tipo en la vía, máxime cuando se trata de una autovía, pues tendría que haber demostrado la apelante que el animal accedió a ella por causa que no le fuese imputable, y no lo ha hecho, de modo que, en contra de lo que sostiene la apelante, no era la parte actora la obligada a probar que la demandada incurrió en una falta de cuidado, vigilancia y mantenimiento de los elementos de seguridad que eviten la entrada de animales en la autovía, ni cabe entender, en este caso, que la irrupción del jabalí en la autovía fuese debida a caso fortuito, pues la demandada obtiene un lucro de una actividad claramente generadora de riesgo objetivo, cual es el adecuado mantenimiento y conservación de la vía, lo que determina una indudable inversión del "onus probandi", y ella era "la única obligada a probar que no tuvo ninguna responsabilidad en la irrupción del animal en la vía".

»La ausencia de culpa en el conductor del vehículo no determina por sí sola la responsabilidad de la demandada, pues hemos de examinar si en el cumplimiento de su obligación de mantener la vía libre de obstáculos y en las debidas condiciones de seguridad para los vehículos que circulan por ella, llevó a cabo alguna acción u omisión determinante de los daños sufridos por los demandantes, conforme a lo dispuesto en el art. 1.902 del código civil.

»En la sentencia dictada por esta Sala el 28 de mayo de 2012, derivado de irrupción de ja-

balí en zona próxima a las obras de "El Montico", se desestimaba íntegramente la demanda dirigida frente a Matinsa por entender que en el caso confluían "peculiares circunstancias que obliga a acoger el recurso, probada el empleo de la diligencia precisa por parte del concesionario para evitar el siniestro. En primer lugar, como acredita el doc. n.º 4 que aporta el demandado procedente del Mº de Fomento y las fotografías, en el lugar de los hechos, junto a la intersección del Montico, se desarrolla una obra que impide el cerramiento con vallas, de modo que solo hay en varias zonas muros de obra. Por ello la demandada ha extremado el servicio de vigilancia y consta que durante el día 4 de febrero realizó recorridos en el punto kilométrico en el que ocurrió el siniestro cada media hora prácticamente a las 19,50 y 20,15 horas". Que después se reitera en la de 15 de abril de 2013 por daños derivados del mismo accidente en que se vieron implicados varios vehículos.

»Así las cosas, y realizado el examen y valoración de las pruebas de autos esas "peculiares circunstancias", a las que antes nos hemos referido, concurren y han quedado perfectamente acreditadas en el presente supuesto dado que, como se desprende de toda la doctrina expuesta en las anteriores resoluciones citadas, es preciso determinar en cada caso concreto, si la obligada a probar que no tuvo responsabilidad, en este caso la concesionaria, ha acreditado suficientemente en el presente caso que no se le puede imputar negligencia alguna en la conservación de la vía y sus infraestructuras, susceptible de generar la responsabilidad que se le reclama, pues consta en autos los varios recorridos efectuados en ambos sentidos de circulación el día de la colisión, así como un informe de inspección de cerramientos (doc. n.º 4 contestación) donde se constata que el cierre perimetral, constituido por malla cinegética, se encuentra en perfecto estado de conservación, haciendo la autovía totalmente impermeable a lo largo del recorrido, sin que sea posible la incursión de ningún animal en la zona. El tramo comprendido entre los pp.kk. 11 y 12 de la A-66 conforma uno de los ramales de la denominada "Y", que une la A-66 con la A-8 si bien ambas autovías cuentan con cierre perimetral consistente en malla cinegética, en todo el enlace. El animal causante del accidente acaecido en la tarde del 10 de mayo de 2010 tuvo que introducirse en la calzada necesariamente por el p.k. 401+800 de la A-8 (a 2.500 metros del accidente), zona que se encuentra actualmente afecta por las obras del ramal de acceso a la estación de servicio "El Montico" y al enlace con la AS-19, habiéndose retirado el vallado por la em-

presa ejecutora, dado que los cierres perimetrales de tramo inspeccionado, se encuentran en perfectas condiciones para evitar este tipo de incursiones. Esta es la única zona permeable de la zona, pues ha de destacarse que los enlaces próximos con vías secundarias, aparte del reseñado, se encuentra en el p.k. 390+000 de la A-8 (a 8.500 metros de la colisión; y en el p.k. 22+300 de la A-66 (a 11 km. de la colisión), lo que hace imposible que el animal accediera a la autopista a través de los mismos, dada la importante distancia entre los nudos de conexión y el lugar del siniestro, de forma que de haber deambulado el animal por la vía durante tan largo recorrido, y dada la alta densidad de vehículos en ese tramo (una media de 64.247 vehículos al día), hubieran sido múltiples las conexiones, o al menos, se hubiera dado aviso desde las cámaras de vigilancia de la DGT instaladas en los paneles de señalización variable de esta zona. Y como medidas a adoptar propone: "reiterar al Ministerio de Fomento la necesidad de que se requiera a las empresas ejecutoras de las obras a la que Matinsa tiene acceso restringido, pero que afectan a tramos de vía objeto de nuestra adjudicación, para que adopten medidas de seguridad alternativas a la malla cinegética retirada como consecuencia de dichas obras, que eviten la incursión de animales en las vías de alta velocidad".

»En relación a ello en la oposición se señala que éste es uno de los argumentos para la condena de la concesionaria, por cuanto tenía pleno y cabal conocimiento de que se había retirado la malla cinegética a 2.500 m. del lugar donde se produjo el accidente, y sin embargo no advirtió de esta circunstancia a los conductores que transitaban por la autopista y podían anunciarlo mismamente en los paneles informativos, lo cual no puede acogerse pues, aparte de que no era este el motivo de imputación de responsabilidad que se esgrimía en la demanda, como se dice en la última de las sentencias de esta sala de 15 de abril de 2013; "la concesionaria ya había advertido dicha retirada y la necesidad de intervención a Demarcación de Carreteras, lo que se reiteró el 11 de febrero de 2010, sin que haya motivo alguno para pensar que no se produjo dicha comunicación, desde el momento en que, en contra de lo que sostiene la parte apelada, Demarcación de Carreteras no ha desmentido que se hubiese efectuado, y según consta en dicho documento, en los días transcurridos entre ambas fechas se repusieron varios tramos de vallado en otros puntos de la autovía tras haber solicitado autorización para ello a Demarcación de Carreteras, y consta que en los meses posteriores, marzo y abril de 2010,

se acordó "reiterar" a Demarcación de Carreteras la necesidad de dicha intervención, sin duda, porque la demandada no podía "motu proprio" adoptar medida alguna en relación con dichas obras, y eran, en todo caso, la empresa ejecutora de las obras y la administración que había concedido la autorización, las responsables de que las mismas se ejecutasen sin que supusiesen un peligro para los usuarios de la vía, aun sin necesidad de advertencia alguna por parte de la concesionaria del mantenimiento".

»En todo caso consta por comunicación de la demarcación de carreteras del estado en Asturias remitida que: "Matinsa viene desarrollando labores de planificación y estudio, a través de sus técnicos Coex, desde el mes de diciembre de 2009, con objeto de requerir a los Cotos de caza que adopten medidas oportunas que eviten incursiones de animales en la calzada. Asimismo, también estudia medidas adicionales al vallado como la instalación de pasos canadienses y la instalación de señales P-24, estos proyectos de construcción de pasos canadienses y colocación de valla de cerramiento están pendientes de aprobación para su posterior licitación en función de las disponibilidades presupuestarias"».

SEGUNDO.- Contra esa sentencia, doña Reyes y don Narciso han interpuesto recurso de casación por razón de interés casacional; alegando, para justificar que lo efectivamente lo presenta, la existencia de jurisprudencia contradictoria tanto de la misma Sección 7ª como de otras Secciones de la propia Audiencia Provincial de Asturias. Se dice al respecto:

«Está incluida la sentencia recurrida en el primer grupo de las dos líneas jurisprudenciales que se invocan como contradictorias en el presente recurso.

»[L]a contradicción entre las sentencias invocadas radica en el núcleo de la ratio decidendi de ambas líneas jurisprudenciales, pues se declara o no la responsabilidad de la concesionaria del mantenimiento de la autovía por entender o no agotado su deber de diligencia por las mismas conductas. Así es que, mientras una sentencias absuelven de la responsabilidad por considerar agotada su diligencia por haber comunicado a la administración el riesgo que supone la intervención de un tercero que ha eliminado el vallado que está obligado a mantener, y haber realizado estudios para promover medidas adicionales para prevenir la entrada de animales en la calzada ante la proximidad de un coto de caza; otras sentencias -doctrina

que esta parte considera acertada en correcta aplicación del artículo 1.902 del Código Civil -entienden que tales circunstancias no pueden suponer el agotamiento del canon de la diligencia debida y no pueden exonerar de la responsabilidad que le corresponde a la empresa concesionaria del mantenimiento de la vía».

En el desarrollo de su motivo único, la parte recurrente ha invocado las siguientes sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias:

Como integrantes de la que alega que es la línea jurisprudencial seguida por sentencia recurrida, las dictadas por la misma Sección 7ª, 171/2013, de 15 de abril, y 260/2012, de 28 de mayo; y la 381/2013, de 17 de diciembre, dictada por la Sección 1ª.

Y como integrantes de la que considera que es la línea jurisprudencial contradictoria: las Sentencias 562/2011, de 7 de diciembre, 278/2012, de 1 de junio, 505/2012, de 12 de noviembre, y 70/2009, de 4 de junio, dictadas por la Sección 7ª; las 161/2013, de 22 de mayo, y 37/2013, de 7 de febrero, dictadas por la Sección 1ª; la 250/2013, de 2 de octubre, dictada por la Sección 5ª; y las 226/2013, de 16 de julio, y 80/2011, de 28 de febrero, dictadas por la Sección 4ª.

Siempre según la parte recurrente, esa segunda línea jurisprudencial, que habría seguido el Juzgado de Primera Instancia, contradictoria con la que habría seguido la Audiencia a quo en sentencia recurrida, es la correcta; por lo que pide de esta Sala que, declarándolo así, casemos esa última sentencia y confirmemos la dictada por el Juzgado.

Es oportuno señalar que, en varios lugares del escrito de interposición, la parte recurrente manifiesta que es cuestión indiscutida el cumplimiento por Matinsa de las obligaciones de vigilancia del vallado derivadas del contrato de concesión. Lo que ella reprocha a la Audiencia a quo es que, en la sentencia impugnada, haya considerado bastante para exonerar de responsabilidad a la concesionaria del mantenimiento y conservación de la autovía -para entender «agotado» su deber de diligencia-, que ésta había puesto en conocimiento de la Administración el riesgo derivado de la retirada del vallado a causa de las obras, y había efectuado propuestas de medidas adicionales y alternativas al vallado ante la proximidad de un coto de caza. Mientras que -siempre según la parte ahora recurrente-, eso no se consideró causa bastante de exoneración en sentencias dictadas por la

misma u otras Secciones de la propia Audiencia de Asturias que contemplaron supuestos sustancialmente idénticos.

Matinsa se ha opuesto al recurso, sosteniendo su inadmisibilidad por no presentar su resolución interés casacional.

Alega en tal sentido, con carácter general, que las invocadas por la parte recurrente como sentencias de contraste contemplaron circunstancias fácticas significativamente diferentes. Señala que:

«[L]a sentencia de cuya casación se trata, analiza el supuesto de un accidente de circulación, derivado de la irrupción de un jabalí en la calzada, en cuya carretera existían obras para la estación de servicio "El Montico", por las que se había suprimido parte del vallado, lugar por el que accedió el animal, entendiendo el Tribunal que "no es responsabilidad de la concesionaria reponer el vallado suprimido por unas obras realizadas", con independencia de que la concesionaria ya había advertido de dicha retirada a la Demarcación de Carreteras, solicitando su intervención "porque la demandada no podía motu proprio adoptar medida alguna en relación con dichas obras, y eran, en todo caso, la empresa ejecutora de las obras y la Administración que había concedido la autorización, las responsables de que las mismas se ejecutaran sin que supusiesen un peligro para los usuarios de la vía, aun sin necesidad de advertencia alguna por parte de la concesionaria de mantenimiento".

»En este supuesto, el cierre perimetral constituido por malla cinegética, se encontraba en perfecto estado de conservación, haciendo la autovía totalmente impermeable a lo largo del recorrido, sin que fuera posible la incursión de ningún animal en la zona, salvo por el punto afecto por las obras del ramal de acceso a la estación de servicio "El Montico", lugar por el que se introdujo el animal necesariamente».

Añade Matinsa que la sentencia recurrida forma parte de jurisprudencia consolidada de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, en casos exactamente iguales -accidentes de circulación provocados por la irrupción de animales por haberse retirado el vallado a causa de las obras de acceso a la estación de servicio «El Montico»-, en los que las Sentencias 260/2012, de 28 de mayo, y 171/2013, de 15 de abril, desestimaron las demandas interpuestas contra la misma concesionaria con igual fundamentación.

Procede a continuación la parte ahora recurrida a analizar cada una de las sentencias de contraste presentadas por la parte recurrente, señalando las circunstancias fácticas diferenciadoras de los respectivos casos. En síntesis, alguna o algunas de las siguientes: no haberse dilucidado cómo o el lugar por el que accedió el animal a la autovía; no resultar cumplidamente acreditada la diligencia de los servicios de vigilancia, exigida por una previa tasa elevada de siniestralidad por irrupciones de especies cinegéticas; inexistencia o deterioro de la malla cinegética en el punto kilométrico del accidente; o no ser el vallado adecuado para impedir el acceso de jabalíes.

Matinsa concluye su escrito de oposición, señalando que no se expresa en el encabezamiento del recurso la doctrina jurisprudencial que se solicita que sea fijada, declarada infringida o desconocida, ni la norma legal infringida.

TERCERO.- El recurso debe ser desestimado por las razones siguientes:

1.ª) Examinadas por esta Sala todas y cada una de las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias que la parte recurrente ha citado al objeto de justificar el interés casacional de la resolución del recurso, coincidimos con la parte recurrida en que:

Fueron las Sentencias 260/2012, de 28 de mayo, y 171/2013, de 15 de abril, las únicas que contemplaron casos con circunstancias fácticas idénticas o sustancialmente iguales a las del decidido por la sentencia recurrida. Y en las tres se desestimó la demanda contra Matinsa con igual fundamentación.

Las «peculiares circunstancias» concurrentes en esos casos no son las que la parte recurrente ha querido resaltar, sino la constancia cierta de que el jabalí accedió a la calzada de la autovía por una zona en la que el vallado -la malla cinegética- se había reiterado a causa de la ejecución de unas obras públicas a las que Matinsa era ajena, y sobre las que carecía de competencia para realizar motu proprio intervención alguna de reposición o funcionalmente sustitutoria de la malla cinegética retirada.

Lo anterior bastaría para desestimar, por causa de inadmisibilidad, el recurso de casación que nos ocupa.

2.ª) Pero hay más, partiendo de la premisa -claramente asumida en su demanda por la parte actora- de que la responsabilidad extracontractual que se pretende atribuir a Matinsa



es una responsabilidad subjetiva o por culpa, no objetiva o por riesgo:

La apreciación de la culpa o negligencia es, ciertamente, una cuestión jurídica [STS 185/2016, de 18 de marzo (Rec. 424/2014)] que puede revisarse en casación [STS 247/2014, de 19 de mayo (Rec. 2147/2012. Ahora bien, la Sentencia de esta Sala 772/2008, de 21 de julio (Rec. 2147/2001) precisó:



«La apreciación de la culpa o negligencia es una cuestión jurídica que puede ser sometida a casación, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 2 de marzo de 2001 y 21 de octubre de 2002), pero el juicio de la instancia debe permanecer incólume, no susceptible de revisión casacional, cuando no se demuestre ilógico, irracional o arbitrario o vulnerador de normas legales por no haberlas tenido en cuenta al analizar la culpa o negligencia de la acción u omisión».

Examinada la sentencia recurrida, esta Sala no encuentra ninguno de dichos defectos en la valoración jurídica de la Audiencia a quo de que, en el caso de autos, no concurrió culpa o negligencia de Matinsa. Incluso sobre la base, no puesta en cuestión por la propia Matinsa, de que le correspondiera la carga de probar su falta de culpa, lo cierto es que ofreció y logró demostrar una explicación de la irrupción del jabalí en la calzada que, a más de excluir cualquier incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento y de vigilancia del vallado asumidas por ella en el contrato de concesión, evidenció que esa irrupción fue determinada por la conducta -la retirada de la malla cinegética- de un tercero -el contratista de las obras del ramal de acceso a la estación de servicio «El Montico»- ante la que nada pudo hacer Matinsa, razonablemente, distinto de advertir a la Demarcación de Carreteras de la referida retirada y de la necesidad de que interviniera frente al riesgo de irrupción de animales en la calzada que la falta de vallado comportaba. Conviene recordar, pues parece que lo desconoció el Juzgado de Primera Instancia, que no es culpa no evitar todo lo que sea previsible, sino no evitar lo que, siendo previsible, sea evitable adoptando medidas de cuidado exigibles; y que sólo precisando qué medidas de cuidado se contemplan como aptas para evitar lo previsible, cabrá valorar fundadamente (su efectiva aptitud para evitarlo y) si eran exigibles o no.

En fin, respecto al intempestivo reproche que, por primera vez en sede de apelación, la parte ahora recurrente dirigió a Matinsa de no haber advertido del expresado riesgo a los conductores por medio de anuncios en los paneles informativos de la autovía, esta Sala debe declarar con carácter general que:

La circunstancia de que, en el caso de responsabilidad extracontractual del que se trate, incumba al demandado la carga de probar la falta de culpa o negligencia por su parte [la ya citada STS 185/2016, de 18 de marzo, enunció los grupos de casos en los que, como excepción, podrá o deberá ser así] no exime al actor de la carga de alegar en su demanda qué medida o medidas concretas de cuidado pretendidamente aptas para evitar el resultado dañoso (que no sean sin más notorias o evidentes) considera que era exigible que el demandado hubiera adoptado a tal efecto: no tiene éste, además, la carga de imaginar, para defenderse en su contestación, todas las teóricas medidas de cuidado que, a lo largo del proceso, pueda ocurrírsele al actor reprocharle no haber adoptado.

3.ª) Lo que acaba de exponerse conduce a la conclusión de que esta Sala habría debido desestimar también un hipotético recurso de casación que, en un caso con las «peculiares circunstancias» concurrentes en el de autos, pero con resultado dañoso de mayor gravedad, hubiera podido interponerse y se hubiese interpuesto por razón de la cuantía del proceso.

Pero no quiere esta Sala dejar de añadir lo siguiente: siendo la función propia del recurso de casación por razón de interés casacional, en su modalidad de existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, la fijación o unificación de la doctrina jurisprudencial, requiere obviamente la posibilidad de que haya una doctrina -con una mínima dosis de generalidad- susceptible de ser fijada o unificada. Tal modalidad de recurso es, pues, en principio inviable para revisar valoraciones de los tribunales de instancia que, aunque jurídicas, vengan decisivamente determinadas por las concretas circunstancias fácticas del caso. La apreciación de la culpa o negligencia, a falta de normas legales que fijen niveles de pericia o diligencia exigibles, se muestra como un ejemplo paradigmático de ese tipo de valoraciones jurídicas.

4.ª) Finalmente, es oportuno transcribir una declaración contenida en la más reciente Sentencia 294/2014, de 24 de noviembre, de la Sección 6ª de la misma Audiencia Provincial de Asturias. A propósito de la responsabilidad de las empresas concesionarias del mantenimiento de las autovías por los daños causados por accidentes de tráfico provocados por la irrupción de animales en la calzada, se lee en dicha resolución:

«[E]n la actualidad, el criterio prácticamente unánime de todas las secciones civiles de la Audiencia, como se deduce de los distintos precedentes que obran aportados en estos autos a instancia de la propia demandada [Matinsa], no es otro que el de la necesidad de analizar en cada caso las circunstancias concurrentes para decidir si concurre o no causa de imputación de responsabilidad en la empresa concesionaria de la Autovía de que se trata, a partir de la premisa de que no puede aquélla reputarse objetiva, sino subjetiva y acomodada al nivel de diligencia que exige la esfera de actuación y control propia de las funciones que tiene encomendadas, que si bien ha de exigirse con especial rigor, por la finalidad pública que debe preservar, no otra que la seguridad vial, no puede llegar al extremo de convertir esas funciones de vigilancia y mantenimiento en prestaciones exorbitan-

tes, puramente teóricas y por ello imposibles de llevar a cabo en la práctica».

Un cuidadoso análisis de las concretas circunstancias de caso en la misma lógica de responsabilidad por culpa, con un elevado nivel de diligencia que incumbe probar a la concesionaria demandada, es lo que esta Sala ha podido encontrar también en las posteriores Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias 76/2015, de 18 de marzo (Sección 4ª), 317/2015, de 29 de octubre (Sección 5ª), 90/2016, de 4 de marzo (Sección 5ª) y 112/2016, de 17 de marzo (Sección 7ª). El deslizamiento hacia una responsabilidad objetiva asimilada a la patrimonial de las Administraciones públicas, que ha aparecido en la Sentencia 287/2015, de 15 de octubre, de la Sección 5ª de la misma Audiencia, es ciertamente novedoso; pero no puede esta Sala pronunciarse a tal respecto, conociendo de un recurso por razón de interés casacional planteado sobre la base de la responsabilidad por culpa de la concesionaria demandada, y en el que se denuncia una contradicción entre los criterios de las Secciones de la repetida Audiencia Provincial de Asturias precisamente en la apreciación de la culpa o negligencia.

CUARTO.- Desestimado el recurso procede, conforme al artículo 389.1 LEC en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley, imponer las costas del mismo a la parte recurrente; y a tenor del apartado 9 de la disposición adicional 15ª LOPJ, acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Reyes y don Narciso contra la sentencia dictada el 24 de abril de 2013 por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias en el recurso de apelación

521/2012; sentencia, ésta, que confirmamos. 2.º Imponer las costas causadas por dicho recurso a la parte recurrente. 3.º Acordar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Desde el comienzo de la segunda mitad del pasado siglo, el art. 1902 CC se ha mostrado como una norma permanente de contenido sucesivamente variado. Ante el enjuiciamiento de daños causados en el desenvolvimiento de actividades específicamente peligrosas, la jurisprudencia acudió a los denominados expedientes paliativos de la subjetividad atributiva, mediante la expansión del

concepto de la culpa, mediante la técnica de la presunción de la culpa y mediante la técnica del agotamiento de la diligencia; técnicas de la culpa ampliada, presumida e inventada. El efecto fue que los daños causados con ocasión de tales actividades, teóricamente sometidos al principio subjetivo tradicional de la culpa, quedaban sujetas al criterio de la atribución objetiva por razón del riesgo desplegado, llegándose incluso a negar virtualidad exoneradora a supuestos de caso fortuito que naturalmente son supuestos de prueba de falta de culpa del agente dañoso. Se trató de una jurisprudencia progresiva (conceptuada como progresista) que, no obstante, llegó a situaciones extremas que se enmascararon con el invento de la culpa inexistente.

Desarrollada esta jurisprudencia durante más de medio siglo, entrado en el presente, el TS dio un giro a sus criterios mediante la reactivación de la culpa como elemento atributivo, dejando de utilizar la exigencia del agotamiento de la diligencia y huyendo de una técnica de tanto arraigo como la de la presunción de la culpa que invertía la carga de la prueba, retornándose a una situación en que el demandado puede efectivamente demostrar con éxito su falta de culpa para liberarse y que el demandante tiene que probar que aquél incurrió en ella para ser resarcido. Esta jurisprudencia que, desde la perspectiva de las víctimas, es regresiva (sin conceptuarla como reaccionaria), da lugar a que víctimas inocentes queden sin ser resarcidas por unos daños que no deberían tener el deber de soportar.

Estamos por ello ante una jurisprudencia pendular que, con base en un precepto inalterado, lleva en el tiempo a consideraciones y conclusiones completamente distintas. Aunque no se diga, el criterio rectificador de la jurisprudencia actual es que la antecedente no respetaba la legalidad que tenía que aplicar. Así las cosas, hay una serie de materias que deberán ser objeto de regulación bajo la pauta atributiva del riesgo específico, habiéndose de decidir

Ante el enjuiciamiento de daños causados en el desenvolvimiento de actividades específicamente peligrosas, la jurisprudencia acudió a los denominados expedientes paliativos de la subjetividad atributiva, mediante la expansión del concepto de la culpa, mediante la técnica de la presunción de la culpa y mediante la técnica del agotamiento de la diligencia; técnicas de la culpa ampliada, presumida e inventada

COMENTARIO

por una concepción individual o por una concepción social o colectiva de dicho concepto; y ello ante la negación de la jurisprudencia (la de antes y la de ahora) a inducir la existencia de un principio institucional del riesgo específico que, con base en los preceptos concretos que se atienen a él, serviría para expandir su eficacia sobre cualesquiera actividades de este signo. Se evitaría así que actividades de riesgos o peligros específicos reciban el tratamiento propio de los riesgos generales de la vida; y, desde luego, se evitaría que víctimas inocentes queden completamente desamparadas desde la perspectiva resarcitoria. No puede uno evitar preguntarse el sentido de la neojurisprudencia de este siglo: *cui prodest? cui nocet?* Las respuestas son inequívocas.

Aceptando que, en un caso como el contemplado por esta sentencia no se aprecie la culpa de la concesionaria que no pudo evitar el hueco de la malla metálica por el que se introdujo el jabalí, una adecuada regulación de la materia sujeta a la impronta atributiva del riesgo específico desplegado, bajo una consideración social o colectiva, se traduciría en que las víctimas inocentes quedarían protegidas, pues la concesionaria habría incurrido en responsabilidad civil objetiva amparada por su entidad aseguradora y la que hubiera abonado las indemnizaciones tendría derecho de repetición frente al tercero causante culpable de la situación que dio lugar al accidente. El TS nos enseña en este caso que la culpa no consiste en evitar lo previsible sino en evitar lo que, siendo previsible, es evitable. Naturalmente el TS considera que la concesionaria no pudo evitar el siniestro y por eso niega que incurriera en culpa alguna. Hace veinte años, el TS habría dicho que la concesionaria podía haber evitado perfectamente el daño.

Lo cierto es que en este caso las víctimas lo fueron doblemente, por el hecho y por el Derecho; y eso sin perjuicio de agradecer a la AP que les liberara con criterio caritativo de las costas de la primera instancia, aunque, naturalmente, no se han liberado de las inmisericordias de la casación. Teniendo en cuenta que el accidente lo causó un jabalí, el TS podría haber dicho, a la luz de la legislación administrativa vigente hoy, que el inequívoco responsable del siniestro fue el conductor, por atropellarlo; salvo que se comprobara que el atropellado no era un jabalí, sino un cerdo, pues entonces el responsable sería el porquero.

El TS nos enseña en este caso que la culpa no consiste en evitar lo previsible sino en evitar lo que, siendo previsible, es evitable. Naturalmente el TS considera que la concesionaria no pudo evitar el siniestro y por eso niega que incurriera en culpa alguna. Hace veinte años, el TS habría dicho que la concesionaria podía haber evitado perfectamente el daño

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Acción de repetición. Seguro voluntario. Limitación pactada en caso de estado de embriaguez del conductor asegurado que solo afecta al ámbito del seguro obligatorio

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 15 de junio de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Mapfre Familiar S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros, interpuso demanda de juicio ordinario en ejercicio del derecho de repetición contra don Baldomero y don Ginés, solicitando la condena solidaria de los mismos a satisfacer la cantidad de ocho mil trescientos once euros con veintisiete céntimos (8.311,27 euros), así como las costas e intereses legales desde la interpelación judicial.

Los hechos de los que nace dicha reclamación son los siguientes: sobre las 21.30 horas del día 31 de mayo de 2009, don Baldomero circulaba conduciendo el turismo, marca Audi, modelo

A4, matrícula....- DKZ, propiedad de don Ginés, asegurado en Mapfre Familiar S.A., con número de póliza NUM000, a la altura del barrio Maru de la localidad de Bermeo, en dirección a la localidad de Baldo, cuando –a consecuencia de la previa ingesta de bebidas alcohólicas en cantidad suficiente para mermar su capacidad de conducción– invadió el carril contrario impactando contra el vehículo Suzuki Grand Vitara, matrícula....-XKT, conducido por doña Susana y en el que viajaba como ocupante don Fermín, produciendo daños materiales en el vehículo y causando a sus ocupantes lesiones por las que indemnizó la aseguradora.

Mediante sentencia n.º 93/12, el Juzgado de lo Penal número 4 de Bilbao fue condenado el Sr. Baldomero como autor de un delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Como resultado del siniestro, la aseguradora demandante indemnizó, con carácter previo a la resolución del procedimiento penal, a:

i. Doña Susana, conductora del vehículo contrario, en la cuantía de 2.920,74 euros, por las lesiones sufridas y secuelas restantes.

ii. Don Fermín, ocupante de dicho vehículo, en la cantidad de 3.590,63 euros, igualmente por lesiones y secuelas.

iii. Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., aseguradora del vehículo Suzuki, matrícula....- XKT, en la cuantía de 1.800 euros, por la asistencia médica prestada a los lesionados.

Todo ello arroja un total de 8.311,27 euros, que reclama la aseguradora demandante frente a los demandados.

El demandado Sr. Ginés fue declarado en rebeldía, mientras que el también demandado don Baldomero se opuso a la demanda alegando, entre otras cuestiones, que faltaba una hoja de las condiciones particulares del contrato de seguro, y que las indemnizaciones abonadas por Mapfre lo fueron como consecuencia de las obligaciones contraídas por la compañía en el seguro voluntario suscrito con el propietario del vehículo.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Consideró acreditado que el siniestro se produjo por la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas ingeridas por el conductor del vehículo asegurado, que fue condenado por un delito contra la seguridad vial por esta cir-



cunstancia, por lo que entendía que concurrían los presupuestos legales para el ejercicio del derecho de repetición; quedando excluido de la cobertura del seguro voluntario dado el grado de alcoholemia en el que se encontraba el conductor.

La sentencia fue recurrida en apelación por el demandado Sr. Baldomero, y el recurso fue desestimado por sentencia de 24 de febrero de 2014 dictada por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya. Sostiene la Audiencia que la falta de una hoja en la póliza original vigente el día del accidente, aportada con la demanda, carece de toda relevancia y no causa indefensión alguna a los demandados, ya que la acción se basa en la facultad de repetición por el pago efectivo hecho a los lesionados y por los pactos que se insertan en la hoja 3 de la póliza y en la aceptación de las cláusulas limitativas que se hace en la hoja 6; la hoja 2 sería intrascendente para la acción ejercitada a la vista de la copia que, en su nuevo formato, se aportó por Mapfre en el acto del juicio.

En lo que respecta a la alegación de la existencia de un seguro voluntario, indica la sentencia de apelación que es cierto que nos encontramos en una póliza de seguro voluntario en el sentido de que las coberturas económicas exceden de las del primero; pero la póliza comprende también la cobertura obligatoria, siendo a cargo del seguro obligatorio la reparación de los perjuicios personales (lesiones y secuelas) y los gastos médicos, que son los que en este caso atendió Mapfre, y, en todo caso, también



en el ámbito de la cobertura voluntaria estaría pactada la exclusión del riesgo de conducir bajo influencia de bebidas alcohólicas, pues no cabría interpretar otra cosa cuando la póliza prevé la facultad de repetición contra el conductor y contra el propietario en estos supuestos.

Contra la anterior sentencia la parte demandada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- En el motivo primero, al amparo del art. 469.1.4 LEC, denuncia la parte recurrente la vulneración del artículo 24 CE, al establecer la sentencia recurrida que la ausencia de la hoja n.º 2 de la póliza original no le causa indefensión, sin base probatoria alguna, cuando del examen y comparación de la copia aportada en el acto del juicio, un formulario en blanco y sin firmar, y de la póliza original aportada de manera incompleta, se aprecia que ambos documentos son de fechas diferentes y de contenido también diferente; de manera que el documento aportado con la demanda no podía hacer prueba de que todas las páginas de la póliza y sus condiciones particulares estuvieran firmadas.

El motivo se desestima en tanto que no existe vulneración de la tutela judicial efectiva, ya que la Audiencia resuelve sobre la cuestión planteada y lo hace sin que para ello tenga trascendencia alguna la denuncia de falta de la hoja de que se trata, por lo que -con independencia

de el acierto o desacierto de la resolución de fondo- no cabe sostener la existencia de infracción procesal por ello.

El segundo motivo, también apoyado en el artículo 469.1.4º, alega la vulneración del principio de la carga de la prueba (artículo 217 LEC) respecto del contenido de la póliza.

Igualmente se desestima y por las mismas razones. La Audiencia ha argumentado en el sentido de que el caso estaba sujeto a las normas del seguro obligatorio y, según ellas, la facultad de repetición venía dada por la propia Ley.

Recurso de casación

TERCERO.- El recurso de casación se formula con un solo motivo en el que se denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 3 LCS, y la oposición a la doctrina jurisprudencial del TS (Sentencia de Pleno de 11 de septiembre de 2.006). Sostiene la parte recurrente que, en los supuestos en que existe seguro voluntario, hay que analizar si el riesgo está o no cubierto por este seguro, pues en caso contrario no se atendería a la existencia de un acuerdo entre las partes que cubriría el evento acaecido; de forma que si las partes no pactaron su exclusión -como ocurre en el caso presente- la aseguradora no tendría la facultad de repetición, pues el pago estaría justificado en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige el seguro voluntario; y, en el presente caso, no consta la cláusula limitativa expresa de exclusión para el supuesto de conducción bajo los efectos de la ingesta de alcohol.

El motivo se estima. Esta Sala en sentencia de pleno de 11 de septiembre de 2006 y las sentencias de 7 de julio de 2006, 18 de octubre de 2007, 13 de noviembre de 2008 y 25 de febrero de 2004, ha reiterado que las cláusulas que excluyen en la póliza de seguro voluntario los accidentes producidos en estado de embriaguez deben considerarse como limitativas de los derechos de los asegurados, debiendo ser expresamente aceptadas por los mismos y destacarse de manera clara y precisa; no obstante, resultar ello innecesario en el caso de suscripción únicamente del seguro obligatorio, ya que entonces la facultad de repetición viene establecida por la propia Ley y así el artículo 7.c) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en su redacción vigente cuando se produjo el hecho, consagraba en el ámbito de los accidentes de circulación un derecho de repetición del asegu-

rador frente al asegurado en los supuestos de conducción en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias tóxicas. Se ha estimado, en consecuencia, por esta Sala que no es aplicable tal derecho de repetición al seguro voluntario porque se encuentra dentro del Capítulo III que la LRCSCVM -en redacción dada por la DA 8.ª de la Ley 50/95 de 26 de noviembre - dedica al seguro obligatorio, salvo que así se haya pactado.

Las sentencias núm. 90/2009, de 12 febrero (1137/2004) y 221/2009 de 25 marzo (Rec. 173/2004) señalan que cuando se contrata un seguro voluntario de responsabilidad civil, las relaciones entre las partes se rigen por la autonomía de la voluntad por lo que es preciso analizar si el riesgo está o no cubierto por dicho seguro.

La sentencia n.º 1029/2008, de 22 diciembre (Rec. 1555/2003) se pronuncia en los siguientes términos:

«Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados deben cumplir, en orden a su validez, como expresión de un principio de transparencia legalmente impuesto, los requisitos de: a) ser destacadas de modo especial; y b) ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3 LCS, que se cita como infringido). Del artículo 3 LCS se desprende que el ejemplar de las condiciones generales debe ser suscrito por el asegurado, sin cuyo requisito carece de validez. En el caso de que se incluyan cláusulas limitativas en un documento separado, resulta obvio que el mismo deberá ser también suscrito por el asegurado. Sin embargo, la jurisprudencia ha mitigado esta exigencia admitiendo la validez de aquellas condiciones generales que son invocadas o aportadas por la parte interesada o bien respecto de las cuales consta su aceptación en las condiciones particulares suscritas (STS de 7 de julio de 2006, rec. núm. 4218/1999). En el caso examinado consta la firma del asegurado en una cláusula contenida en la póliza en la cual se hace una referencia expresa, con la debida identificación por la designación del modelo, al documento de cláusulas limitativas, el cual ha sido aportado por la parte actora. Por otra parte, en el documento de cláusulas limitativas consta la exclusión a que se hace referencia debidamente destacada en letra negrita. En suma, aparecen cumplidos los requisitos de transparencia exigidos específicamente para las cláusulas limitativas por el artículo 3 LCS...».

En el caso enjuiciado consta el derecho de repetición -y consiguiente exclusión de cober-

tura- por conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas como exclusión propia del seguro obligatorio, lo que sin duda lleva a considerar que la misma no se pactó para el caso del seguro voluntario concertado, sin que una vez suscrito este último -lo que conlleva el pago de una prima superior y la contratación de un mayor aseguramiento- pueda argumentarse que el seguro se rige por unas normas -las del seguro obligatorio- hasta una determinada cuantía de indemnización y por otras -las pactadas- si la indemnización excede de dichos límites.

CUARTO.- La desestimación del recurso por infracción procesal determina la procedencia de condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por el mismo (artículo 394 y 398 LEC), con pérdida del depósito constituido. Por el contrario no procede condena por las costas causadas por el de casación, debiendo ser devuelto el depósito a la parte recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Baldomero, contra la sentencia dictada el 24 de febrero de 2014 por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª) en Rollo de Apelación n.º 614/2013, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 386/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Guernica, seguidos a instancia Mapfre Familiar S.A. contra el hoy recurrente y otro. 2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas causadas por dicho recurso con pérdida del depósito constituido. 3.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la misma parte dejando sin efecto la sentencia recurrida. 4.º- No haber lugar a condena sobre las costas de dicho recurso, con devolución al recurrente del depósito constituido. 5.º- Desestimar la demanda interpuesta por Mapfre Familiar S.A. de Seguros y Reaseguros contra el hoy recurrente y otro, absolviendo a los mismos de las pretensiones formuladas contra ellos. 6.º- Condenar a Mapfre Familiar S.A. de Seguros y Reaseguros al pago de las costas causadas en primera instancia, sin especial declaración sobre las correspondientes al recurso de apelación.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Los hechos que originan esta sentencia están relacionados con el derecho de repetición que tienen las entidades aseguradoras, en virtud del artículo 10 de la LRCSCVM, que les permite repetir contra el conductor causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

En el caso que nos ocupa, la Entidad Mapfre, en un accidente en el que quedó acreditado mediante el correspondiente procedimiento judicial, que el conductor del vehículo que aseguraba circulaba bajo los efectos de bebidas alcohólicas, después de indemnizar a los perjudicados por el accidente, interpuso una acción de repetición contra el conductor y el propietario del vehículo, en virtud de lo establecido en el artículo 10 de la LRCSCVM.

El juzgador de instancia estimó íntegramente la demanda, al considerar que había quedado acreditado que el siniestro se produjo por la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas ingeridas por el conductor del vehículo asegurado, que fue condenado por un delito contra la seguridad vial por esta circunstancia. Por ello, entendió que concurrían los presupuestos legales para el ejercicio del derecho de repetición; quedando excluido de la cobertura del seguro voluntario dado el grado de alcoholemia en el que se encontraba el conductor.

La Audiencia Provincial de Vizcaya, en sentencia de 24 de febrero de 2014, desestimó el recurso de apelación del propietario del vehículo, alegando, en síntesis, que los daños ocasionados estaban dentro de las coberturas del seguro obligatorio y, en todo caso, también en el ámbito de la cobertura voluntaria estaría pactada la exclusión del riesgo de conducir bajo influencia de bebidas alcohólicas, pues no cabría interpretar otra cosa cuando la póliza prevé la facultad de repetición contra el conductor y contra el propietario en estos supuestos.

El propietario del vehículo recurrió en casación, argumentando que la exclusión de la cobertura de los hechos analizados no lo está por el seguro voluntario y por ello, la aseguradora no tendría la facultad de repetición, pues el pago estaría justificado en virtud del principio de autonomía de la voluntad que rige el seguro voluntario y, en el presente caso, no consta la cláusula limitativa expresa de exclusión para el supuesto de conducción bajo los efectos de la ingesta de alcohol.

El Tribunal Supremo, una vez más, estima el motivo de casación del recurrente y, en consecuencia, deja sin efecto la sentencia recurrida, lo que conlleva la desestimación de la demanda de la entidad Mapfre contra el conductor y el propietario del vehículo causante de los daños.

La Sala 1ª, vuelve a reiterarnos su doctrina, en el sentido de que las cláusulas que excluyen en la póliza de seguro voluntario los accidentes producidos en estado de embriaguez, deben considerarse como limitativas de los derechos de los asegurados, debiendo ser expresamente aceptadas por los mismos y destacarse de manera clara y precisa; no siendo necesario en el caso de suscripción únicamente del seguro obligatorio, ya que entonces la facultad de repetición viene establecida por la propia Ley en el artículo 10, al que nos hemos referido.

Para la Sala, en el caso enjuiciado “consta el derecho de repetición –y consiguiente exclusión de cobertura– por conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas como exclusión propia del seguro obligatorio, lo que sin duda lleva a considerar que la misma no se pactó para el caso del seguro voluntario concertado, sin que una vez suscrito este último –lo que conlleva el pago de una prima superior y la contratación de un mayor aseguramiento– pueda

COMENTARIO

argumentarse que el seguro se rige por unas normas –las del seguro obligatorio– hasta una determinada cuantía de indemnización y por otras –las pactada– si la indemnización excede de dichos límites”.

Sostiene el Tribunal Supremo, en esencia, que, si bien es cierto que en el ámbito del aseguramiento obligatorio el derecho de repetición está contemplado en el Artículo 10 de la LRCSCVM, al permitir al asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, repetir contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, ello no alcanza al seguro voluntario, caso de existir éste, salvo que la exclusión esté perfectamente definida y aceptada expresamente por el asegurado, interpretando el alto tribunal que se trata de cláusulas limitativas a las que son de aplicación el artículo 3 de la LCS.

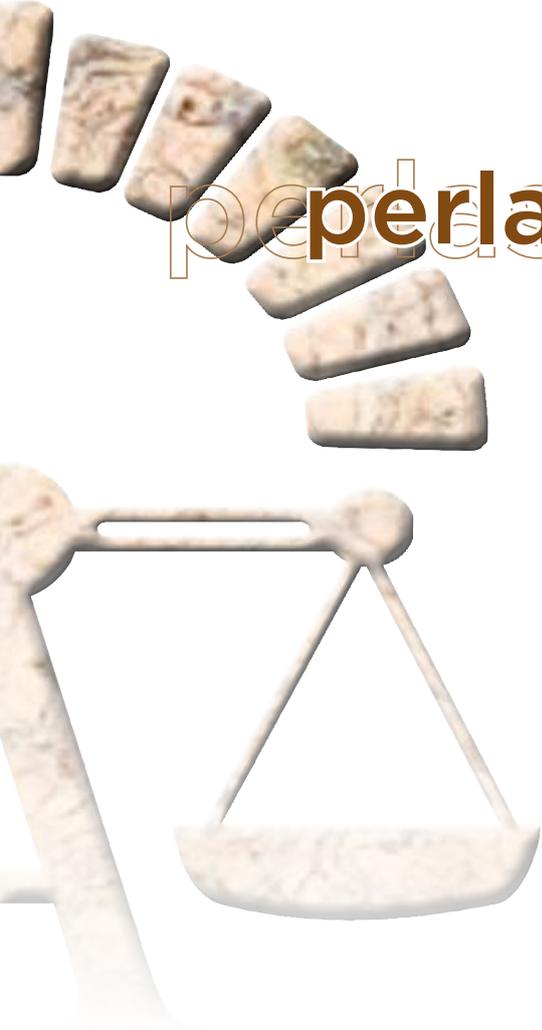
No comparto esta doctrina del alto tribunal, por cuanto que considero que esta argumentación podría ser válida si los daños ocasionados sobrepasaran los límites del SOA y, en consecuencia, se aplicara el Seguro Voluntario. Pero, hasta los límites del SOA, debe aplicarse lo previsto en el artículo 10 LRCSCVM, sin que sea necesario hacer referencia alguna a esta posibilidad en el contrato de seguro, porque ya viene establecido el derecho de repetición en la Ley, dentro de dichos límites.

El propio Tribunal Supremo, ante el mismo supuesto, en su sentencia (Sala 1ª), de 21 de abril de 2008 (RJ 2008\1711), señaló que la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil frente a un tercero, en la que ha incurrido su asegurado, “tiene acción de repetición contra el propietario del vehículo causante y el asegurado en virtud del artículo 7 de la LRCSCVM (actual artículo 10), en caso de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, sin que importe si, además, está prevista en el contrato de seguro. La norma es taxativa e indiscutible y de total aplicación al presente caso”.

En el caso que nos ocupa, además, estaba aceptada por parte del tomador la cláusula por la que la entidad aseguradora podría repetir en caso de conducción en estado de embriaguez. Sin embargo, la Sala interpreta, a diferencia de lo que había hecho la sentencia de instancia, que esa posibilidad se refiere solo al SOA y no al seguro voluntario.

Da la impresión que el alto tribunal, en los últimos años, siempre tiene algún argumento para no permitir la acción de repetición por parte de las entidades aseguradoras en los supuestos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, sin ser consciente de la gravedad de esta conducta y de las consecuencias que pueden tener sus resoluciones tan protectoras para los conductores de vehículos que los conducen en estado de embriaguez.

No comparto esta doctrina del alto tribunal, por cuanto que considero que esta argumentación podría ser válida si los daños ocasionados sobrepasaran los límites del SOA y, en consecuencia, se aplicara el Seguro Voluntario. Pero, hasta los límites del SOA, debe aplicarse lo previsto en el artículo 10 LRCSCVM, sin que sea necesario hacer referencia alguna a esta posibilidad en el contrato de seguro, porque ya viene establecido el derecho de repetición en la Ley, dentro de dichos límites



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

Sin duda es trascendente la STC 58/2016, de 17 de marzo de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional, cuya extensión, habida cuenta que la situación que resuelve se da en los procesos civil, laboral y penal, puede motivar que también en estos quepa desde ahora recurrir en revisión ante el Juez o Tribunal las decisiones últimas de los Letrados de la Administración de Justicia. En la cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 5344-2013, planteada por la Sala 2ª del Tribunal Constitucional en relación con el art. 102 bis, apartado 2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, añadido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial por que podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) -que se corresponde con las previsiones generales contenidas en los arts. 454 y 454 bis.1 LEC (este último añadido también por la Ley 13/2009 y modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre)-, en la medida en que excluye la posibilidad de que el decreto del Secretario Judicial (ahora Letrado de la Administración de Justicia) que resuelve el recurso de reposición contra sus propias diligencias de ordenación (y, entre ellas, la que señala el día para la celebración de la vista en el procedimiento abreviado, como sucede en el proceso a quo), sea revisado por el Juez o Tribunal a través de un recurso directo de revisión. Se privaría con ello al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano una cuestión que afecta a un derecho fundamental (en el caso, la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas).

das, garantizado por el art. 24.2 CE), como consecuencia de esta desatención del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE. Con la oposición de la abogacía del Estado, y anuencia del Ministerio Fiscal, por entender que no debería poder quedar fuera del control judicial la revisión de las resoluciones atribuidas a la competencia de los Secretarios Judiciales cuando las mismas puedan afectar a los derechos fundamentales. Pese a que el legislador no haya previsto expresamente la posibilidad de control judicial de tales resoluciones cuando se produzca una lesión, no considera posible encontrar una interpretación de la norma cuestionada que permita la revisión judicial de una resolución del Secretario Judicial que afecta a un derecho fundamental:



“El legislador ha plasmado esta garantía de control judicial tanto de modo directo, a través del recurso de revisión contra los decretos del Letrado de la Administración de Justicia que pongan fin al pro-

ceso o impidan su continuación (art. 454 bis.1 LEC, párrafo segundo, y el propio art. 102 bis.2 LJCA cuestionado, que viene a reproducirlo) como, indirectamente, en el caso de los decretos del Letrado de la Ad-

ministración de Justicia resolutive de la reposición, cuyo objeto, aun no siendo recurrible en revisión ante el Juez o Tribunal, puede ser sometido a la consideración del Juez o Tribunal dentro del proceso. Así ocurre tanto en el proceso civil, en -la primera audiencia ante el tribunal tras la toma de la decisión- (art. 454 bis.1 LEC, párrafo primero), como en el proceso contencioso-administrativo, al recurrir la resolución definitiva que recaiga en el proceso; siempre, claro está, que fuere procedente el recurso (art. 102 bis.2 LJCA, párrafo primero), cuestión sobre la que luego volveremos, sin perjuicio de recordar que en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, el legislador se ha decantado por establecer que los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia que resuelvan expedientes de jurisdicción voluntaria serán en todo caso susceptibles de recurso de revisión ante el Juez competente (art. 20.2), lo que no carece de relevancia a los efectos que nos ocupan.

Valga asimismo señalar que en la reciente Sentencia de 18 de febrero de 2016 (asunto C-49/14) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha apreciado que el proceso monitorio español para reclamar el cobro de una deuda cuando el demandado no se opone formalmente, que concluye mediante decreto del Letrado de la Administración de Justicia con valor de título ejecutivo, no es conforme con el Derecho comunitario, al no permitir la intervención de un Juez que pueda apreciar la existencia o no de cláusulas abusivas (§§ 34 a 55).

7. El derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 CE comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos

de los justiciables sea dispensada por los Jueces y Tribunales, a quienes está constitucionalmente reservada en exclusividad el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Este axioma veda que el legislador excluya de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de recurso judicial contra los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia resolutorios de la reposición, como acontece en el cuestionado párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA.

Entenderlo de otro modo supondría admitir la existencia de un sector de inmunidad jurisdiccional, lo que no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva (así, STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 3, para otro supuesto de exclusión de recurso judicial) y conduce a privar al justiciable de su derecho a que la decisión procesal del Letrado de la Administración de Justicia sea examinada y revisada por quien está investido de juris-

dicción (esto es, por el Juez o Tribunal), lo que constituiría una patente violación del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115/1999, de 14 de junio, FJ 4, y 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5).

En suma, el párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA, redactado por la Ley 13/2009 (-Contra el decreto resolutorio de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva-), incurre en insalvable inconstitucionalidad al crear un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial. El precepto cuestionado, en cuanto excluye del recurso judicial a determinados decretos definitivos del Letrado de la Administración de Justicia (aquellos que resuelven la reposición), cercena, como señala el ATC

163/2013, FJ 2, el derecho del justiciable a someter a la decisión última del Juez o Tribunal, a quien compete de modo exclusivo la potestad jurisdiccional, la resolución de una cuestión que atañe a sus derechos e intereses y legítimos, pudiendo afectar incluso a otro derecho fundamental: a un proceso sin dilaciones indebidas. Ello implica que tal exclusión deba reputarse lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva que a todos garantiza el art. 24.1 CE y del principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE).

Nuestro fallo ha de declarar, por tanto, la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del art. 102 bis.2 LJCA, debiendo precisarse que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al decreto del Letrado de la Administración de Justicia resolutorio de la reposición ha de ser el directo de revisión al que se refiere el propio art. 102 bis.2 LJCA”.

La sentencia nº 14/2016, de 31 de mayo, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -ponente Ilma Sra. Polo García-, decisoria del hecho del asesinato de un Letrado, además de contener -Fundamento Jurídico 3- interesantes apreciaciones desde la perspectiva indemnizatoria sobre la Ley 35/95, de 11 de diciembre, Directiva 2012/29/UE del parlamento Europeo y del consejo, de 25 de octubre, Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, y nuevos Artículos 109, y 261 de la LECrim, recoge la valoración del importe de la responsabilidad civil del hecho doloso tomando como referencia el “Baremo”:

“Compartimos los argumentos del Magistrado Presidente ya que Cr se encontraba separada de hecho del fallecido, el cual convivía en su domicilio con su nueva pareja H, por lo que la misma no es “víctima indirecta” conforme al nuevo Estatuto, que se refiere al cónyuge no separado legal-

mente o de hecho, y en cuanto a la Ley 35/95 de 11 de diciembre, solo son beneficiarios el cónyuge no separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido, por lo que si el fallecido convivía con otra persona conforme a esta última ley, ésta es la que ostenta la con-



dición de “víctima indirecta”, no Cr, la cual lo hubiera sido, en su caso si el fallecido no hubiera convivido con persona alguna. Pero es más, tampoco la misma acredita algún perjuicio directo por la muerte del

padre de sus hijas, distinto al producido a las mismas y que sí es objeto de indemnización.

Conforme a una reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los delitos dolosos el baremo opera exclusivamente con criterio orientativo, y que con carácter general, no existe ninguna razón para que los daños causados dolosamente sean indemnizados en menor cuantía que los causados por imprudencia causada en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, de manera que el baremo para la indemnización de daños personales en esta clase de supuestos es orientativo para los delitos dolosos, aunque el

Tribunal pueda modificar la indemnización resultante de su aplicación en función de las circunstancias, siempre de forma motivada (STS 728/2015, de 17 de noviembre). Así como, que deben valorarse como circunstancia a tener en cuenta el carácter doloso de la infracción, traduciéndolo en un incremento de las cuantías que resulten de la aplicación del baremo (STS 112/2015, de 10 de febrero).

Los anteriores criterios son los recogidos por el Magistrado Presidente para fijar la indemnización a favor de las hijas del fallecido en el Fundamento de Derecho Décimo Segundo de la sentencia re-

currida, aplicando el Baremo fijado en la Resolución de 5 de marzo de 2014 y teniendo en cuenta los criterios de mínimos de indemnizaciones fijados en la nueva Ley 35/2015 de 22 de septiembre, incrementando las cantidades correspondientes en un 20% (en base al Acuerdo adoptado en las Jornadas de Unificación de Criterios de Junta la de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 10 de junio de 2005), fijando como cantidad a favor de Marta la de 160.000€, y a favor de María Purificación (mayor de edad en la fecha de fallecimiento de su padre) la de 80.000€, con los intereses legales correspondientes”.

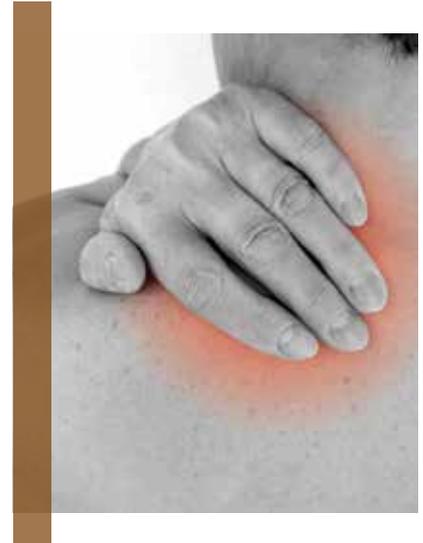
De plena actualidad en torno a los alcances levísimos, informes biomecánicos, el delta-V, y su factible traducción en un latigazo cervical (Whiplash), mencionar la sentencia nº 18/2016, de 29 de Enero de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada, en ponencia del Ilmo Sr. Lazuén Alcón:

“En el caso enjuiciado, la aseguradora apelante plantea su estrategia desde la premisa de negar el nexo de causalidad entre las lesiones alegadas por los actores y el siniestro de tráfico producido, por el carácter levísimo del mismo, y ello con base, tanto en el informe biomecánico, como en el medico del Dr. D.

Respecto del primero, debemos poner de relieve, con la SAP de Cádiz de 11-9-14, que se pretende establecer la relación entre la intensidad del hecho lesivo y las lesiones, y a tal efecto, se valorará si las variables mecánicas del accidente en relación con la biomecánica lesional son adecuadas a las consecuencias lesivas discutidas. Al efecto existen dos posturas básicas: Bien objetivar y aplicar a la generalidad

de los casos los umbrales del dolor o umbrales patogénicos, bien estimar que las colisiones a baja velocidad también pueden serlo en función de las concretas circunstancias concurrentes.

En el estado actual de la ciencia, los estudios empíricos sobre el "whiplash", es decir, del latigazo, muestran como en su producción influyen factores de muy diferente naturaleza, de tal forma que el delta-V, (esto es, el cambio de velocidad que puede experimentar un vehículo con ocasión del impacto sufrido, aunque en realidad lo que realmente interesa es cómo se proyecta esa delta-v sobre el ocupante, lo que le sucede a la persona que va dentro del vehículo con ocasión de la colisión), no es un predictor concluyente para las



lesiones de columna vertebral en los accidentes de tráfico en la vida real. Los científicos críticos en la fijación, probablemente acrítica, de umbrales patogénicos, destacan que las condiciones en que se realizan las pruebas experimentales no son representativas de las que se viven en el mundo real. Y así se realizan sobre pocos sujetos, casi siempre varones, que toman asiento en el vehículo de forma correcta y que adoptan la lógica prevención ante una inminente colisión trasera. Todo ello, como queda dicho,

ajena a la vida real y sin tener en cuenta la multitud de factores en presencia, que van desde la predisposición del sujeto, (nótese que incluso se ha correlacionado el estado psicológico previo con la posibilidad de sufrir secuelas) hasta el tipo y ubicación del reposacabezas. Por su parte, en la jurisprudencia de nuestras A. Provinciales, no sin vaivenes y contradicciones, quizás explicables por el causismo propio de la materia y por la justicia del caso concreto, se va abriendo una línea proclive a relativizar el valor de los informes de biomecánica, al menos en el aspecto que nos ocupa. Al efecto, es preciso determinar qué debe ser entendido como colisión a baja velocidad. En la SAP de Las Palmas, de 4-9-12, se dice que "Se ha de tener presente que en el campo de la accidentología Clínica, se entiende por colisión a baja velocidad, la que sucede con una velocidad igual o inferior a 16 km/h (10 millas/h), debiendo recordarse que en la perspectiva médica y accidentalológica, está comprobado científicamente su potencial lesivo y así, verbigracia, en una monografía de Rene Caillet, dedicada al dolor cervical y que correspondía a una edición española (Barcelona 1988), ya se hacía comprender que accidentes aparentemente inofensivos, pueden tener consecuencias nada desdeñables para los ocupantes de automóviles". Ha sido lugar común en esta materia que en las colisiones que produjeran un incremento de velocidad inferior a 8 km/h era imposible la causación de lesiones vertebrado. Pero ello no debe significar en el momento actual que siempre que se pruebe, mediante una prueba pericial, que de forma objetiva e inequívoca acredite ese dato, es decir, que el citado delta-v fuese inferior a los 8 km/h, no había lesiones corporales, pues igualmente

está demostrado la posibilidad de lesiones a menor velocidad (algunos estudios han reducido el límite a los 4 km/h), en atención a las circunstancias personales de la víctima y circunstancias del siniestro.

Así, pues, la intensidad de la colisión, por sí misma, no puede erigirse en criterio definitorio, como tampoco lo es el informe de biomecánica evacuado al respecto. Mucho más, si tenemos en cuenta que de ordinario se construyen a partir de meras hipótesis sobre las circunstancias del siniestro y/o sobre datos que no han sido debidamente introducidos en el proceso a través de medios que permitan su contradicción, como serían los interrogatorios de partes y testigos.

Pero es que, además, en algunas resoluciones se pone en tela de juicio la pretendida eficacia probatoria del informe de reconstrucción de un siniestro a la hora de determinar la existencia de relación de causalidad, porque en el mismo se parte de una premisa que se califica de inaceptable y que lo invalidaría, como es la de hacer traslación a un organismo vivo de las conclusiones que se extraen en un vertiente simplemente física o mecánica. Se argumenta que es un hecho incuestionable que un siniestro da lugar a lesiones distintas a personas situadas en el interior de un mismo vehículo, por lo que no puede aceptarse que, partiendo de unas premisas de carácter físico sobre un siniestro, se extraiga como consecuencia ineludible que una determinada consecuencia no puede ser puesta en relación causal con el hecho de la circulación analizado. Y es que este tipo de informes periciales que se basan en parámetros ciertos (masa de los vehículos, huella de frenada, daños y deformaciones del vehículo,

posición final...), como queda dicho, manejan otros inferidos solamente a partir de estudios y análisis empíricos. Por tanto muy pequeñas variaciones en esos parámetros de referencia, por ejemplo, motivadas por la configuración o estructura del vehículo dañado, por la posición que ocupaban los ocupantes que resultaron lesionados, o por la propia predisposición orgánica de los mismos, darán lugar a alteraciones extraordinariamente significativos sobre las conclusiones así extraídas.

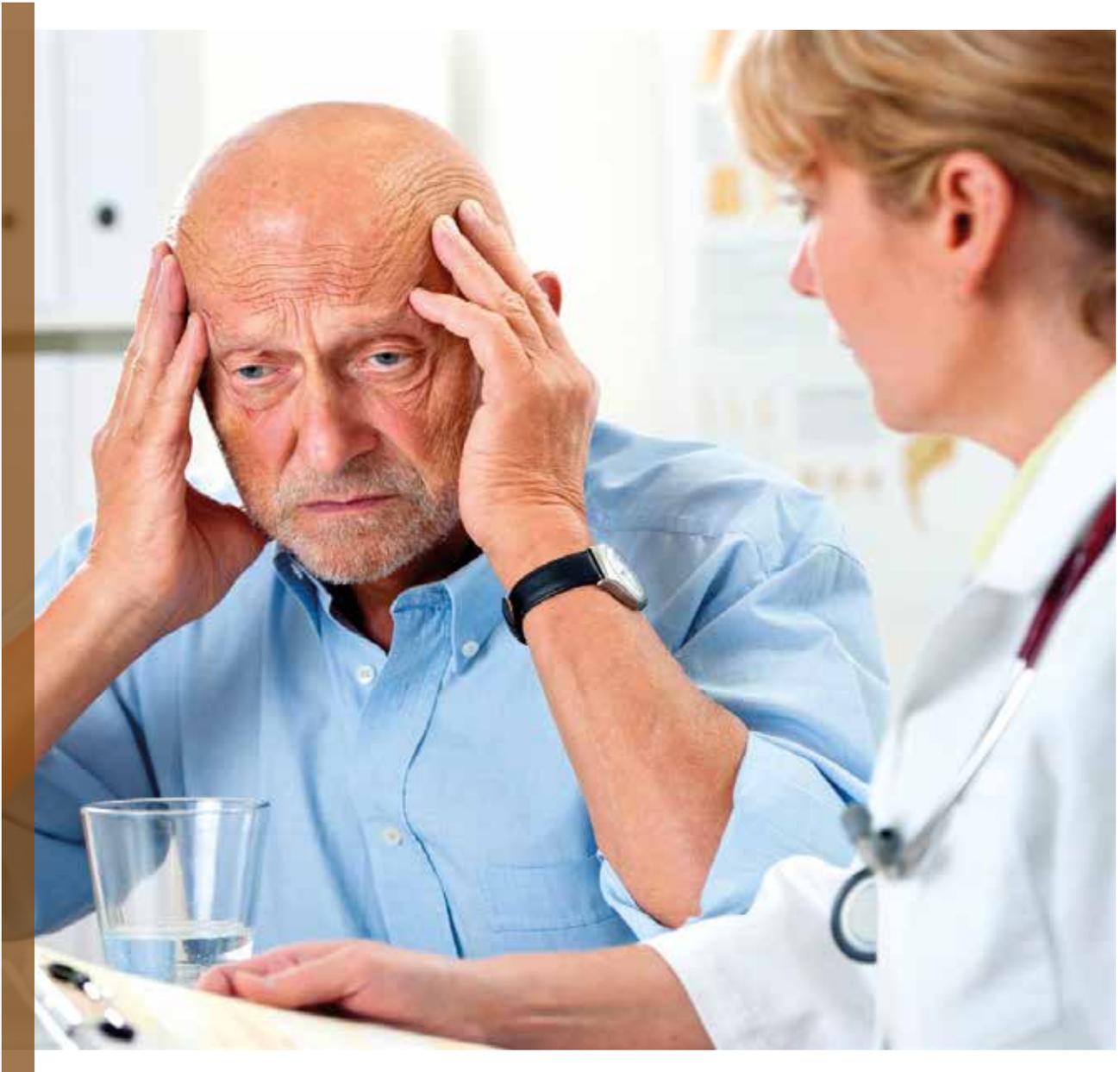
TERCERO.- Desde la perspectiva expuesta, la Sala llega a idéntica conclusión que la sentencia apelada. Frente a las periciales citadas de la aseguradora (el informe del Dr. David, se funda esencialmente en el informe biomecánico aludido, además de haber examinado a los lesionados al año de ocurrencia), se alzan como incontestables, los datos objetivos de las partes de urgencias (emitidos el 13-2-13, mismo día del siniestro), en los juicios clínicos emitidos, como en la exploración, evidencian la realidad de las lesiones padecidas, (incluso en la Sra. D, a la que se niega por la apelante que fuera de ocupante en el vehículo, por el simple hecho de que el conductor codemandado no la vio, lo que por sí solo, dado que el vehículo en que la misma iba, tenía tintados los cristales traseros, no basta para desvirtuar la afirmación de la sentencia). Ello unido a los informes de baja y alta laboral de D. C M, lleva a la Sala a estimar acreditadas las lesiones y secuelas que la sentencia apelada estima como acreditadas, valorando correctamente la prueba y decantándose -y explicando el porqué- por la pericial del Sr. L. Lo expuesto, obliga a rechazar el primer motivo de la alzada. Hay nexo causal entre el siniestro y las lesiones".

Hallamos un exhaustivo análisis de las secuelas, y su valoración legal en la sentencia nº 481/2014, de 15 de septiembre de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla -en ponencia de su presidente Ilmo Sr. De Paul Velasco-, siendo el apelante el compañero Vicente Jimenez Filpo, el cual ve estimada la condena en costas, con unos argumentos aun hoy vigentes:

“QUINTO.- El recurso interesa también que se aprecie una secuela de trastorno depresivo reactivo, que la sentencia impugnada rechaza, siguiendo siempre al perito oficial, porque la sintomatología ansioso-depresiva de la Sra. Rebeca preexistía al acciden-

te enjuiciado. No hay duda de que ello era así, a la vista de la documentación clínica que se recoge en el propio informe del perito privado (folios 277, 283 y 300); y a las observaciones al respecto de la sentencia de instancia basta con remitirse.

Ahora bien: tan cierto es ello como que corresponde a la experiencia habitual que un accidente de circulación y sus consecuencias somáticas suponen factores estresantes idóneos para agravar la sintomatología psíquica de quien de antemano sufre ya un trastorno de tipo ansioso-depresivo; y parece claro que así ocurrió en el caso de la Sra. Rebeca, pues la misma documentación clínica citada recoge un empeoramiento de su estado a raíz del accidente sufrido y un incremento de la medicación. Tan es así que incluso el informe del perito valorador de la



aseguradora admite asignar un punto secular en concepto de "agravación p desestabilización de otros trastornos mentales".

Sobre esas bases, pues, procede apreciar la existencia de una secuela, no de trastorno depresivo reactivo, como pretende el recurso (pues el trastorno era anterior al hecho dañoso), sino de agravación del trastorno preexistente; secuela a la que, dentro del tramo legal de uno a diez puntos, atribuiremos prudentialmente, y dentro de la carencia de datos precisos sobre los estados previo y final, una baremación de dos puntos, teniendo en cuenta para ello la importancia del hecho traumático sobrevenido en relación con la entidad del trastorno de base, que tiene una valoración de 5 a 10 puntos cuando es enteramente reactivo al accidente.

SEXTO.- En relación con el factor corrector o indemnización complementaria por incapacidad permanente, que regula la tabla IV del sistema legal, se produce una situación en cierto modo similar a la que acabamos de examinar respecto de la secuela psíquica, pero en este caso la solución adoptada en la sentencia impugnada nos parece de todo punto adecuada, con los imprecisos datos disponibles. Es indudable que en la actualidad la capacidad de la lesionada para llevar a cabo sus ocupaciones habituales, tanto laborales como extralaborales, está seriamente disminuida, de modo que, al menos en la esfera profesional, podría hablarse de una incapacidad permanente total; pero también es verdad que la mayor parte de los factores determinantes de ese estado de incapacidad no son atribuibles al accidente, sino a plurales patologías previas,

tanto somáticas (fibromialgia, migrañas, trastornos degenerativos de columna...) como psíquicas (el ya analizado trastorno de ansiedad), aunque el hecho dañoso enjuiciado haya venido a agravar alguna de esas patologías, a añadir otras y a disminuir en consecuencia la capacidad global de la afectada.

En esas condiciones, y sin estudios más precisos del estado previo y posterior al accidente, la solución de adoptar una indemnización complementaria por incapacidad parcial, en una cuantía media de nueve mil euros, nos parece un resarcimiento suficiente y equitativo y así lo mantendremos, con desestimación del recurso en este punto.

En definitiva, la posición de este órgano de apelación, mantenida a lo largo del tiempo en numerosas resoluciones y en alguna que otra comunicación pública, es la de sostener la procedencia de incluir los honorarios profesionales en la condena en costas en aquellos casos en que la representación y/o asistencia letrada de las víctimas, legalmente potestativas en el juicio de faltas, deban considerarse objetivamente necesarias en el supuesto concreto para obtener la tutela judicial efectiva mediante un ejercicio adecuado del derecho de defensa para el que la autodefensa resulte insuficiente, por razón de la complejidad de las cuestiones fácticas o jurídicas debatidas en el proceso, de la necesidad de salvaguardar el equilibrio entre las partes o de la dificultad de acceso del interesado a la jurisdicción; condiciones que, aunque excepcionales en el conjunto de los centenares de miles de juicios de faltas que se celebran cada año en España, es difícil que no concurren en aquellos que

tienen por objeto accidentes de tráfico con resultados lesivos de cierta entidad.

Por otro lado, salvo que la asistencia letrada sea superflua o perturbadora en el caso concreto -en cuyo caso lo que procede es pura y simplemente excluir de la condena en costas las causadas por la acusación particular-, lo que a quien dicta esta resolución le parece una injusticia patente es que el denunciante, que es por hipótesis, no lo olvidemos, quien ha sufrido un daño antijurídico y penalmente sancionado en su persona o bienes, además de ello, y de soportar la dilación y molestias de un proceso para obtener el castigo de quien se 10 causó y el resarcimiento a que tiene derecho, haya de sufragar, encima, de su propio peculio los honorarios de la asistencia letrada que en una decisión razonable contrató para defender sus intereses lesionados, como cualquier profesional del Derecho le aconsejaría que hiciera. El argumento al respecto de la aseguradora apelada parece identificar la asistencia letrada con una especie de capricho o comodidad del denunciante, olvidando que la inclusión de los honorarios profesionales de la acusación particular en los juicios de faltas está siempre condicionada a la concurrencia de circunstancias que la hagan necesaria en el caso concreto para obtener una tutela judicial efectiva. Si la asistencia letrada fuera siempre prescindible no se entendería que el artículo 6.3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita extendiera este derecho a los juicios de faltas, en supuestos, homologables grosso modo a aquellos en los que la tesis aquí mantenida defiende la inclusión de los honorarios profesionales de la acusación particular.

En su plena vorágine aun, de la Disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal, esta vez, sobre la falta -desaparecida- contenida en el Artículo 620 2 C.P. convertida en un delito leve del Art. 171.7 C.P. dicta la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla la Sentencia nº 123/2016, de 26 de febrero:

“Ciertamente, la tesis de la defensa tiene una base absurda, pero cierta. La aludida disposición transitoria equipara el tratamiento de los hechos que resultan despenalizados por la reforma y de los que por ella quedan sometidos al régimen de denuncia previa; de modo que, tanto en uno como en otro caso, la continuación del proceso solo puede tener por objeto el pronunciamiento sobre responsabilidad civil, salvo que el perjudicado renuncie expresamente a ella. Se trata de un aparente error de técnica legislativa -pues no es posible encontrar un fundamento lógico para explicar tal equiparación-, que para colmo se repite ahora, después de haber sido denunciado ya -incluso por la propia Fiscalía General

del Estado- con ocasión de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, cuya disposición transitoria segunda copia servilmente la cuarta de la Ley Orgánica 1/2015. Sea como fuere, los términos inequívocos de la norma no permiten interpretación correctiva, de modo que no queda sino atenerse a ella, estimando que en los casos a los que es de aplicación la acción penal ha decaído ope legis, dejando reducido el objeto del juicio de faltas a la responsabilidad civil, si el interesado no ha renunciado a ella, por más que el hecho continúe siendo típico tras la reforma y el ofendido haya manifestado su voluntad de perseguirlo penalmente. Así lo reconoce, mal de su grado, la Fiscalía General del Estado en

su Circular 1/2015, de 19 de junio (apartado 6.2.3) y así lo ha admitido también el Tribunal Supremo en la reciente sentencia 13/2016, de 25 de enero (FJ. 4o).

Ahora bien: la tesis del recurso es correcta, pero inaplicable a la antigua falta de amenazas, porque esta infracción ya estaba sujeta al requisito de perseguibilidad de la denuncia de la persona agraviada por el penúltimo párrafo del derogado artículo 620, por ende antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015; de modo que no concurre el presupuesto de aplicación de la disposición transitoria de esta, referido exclusivamente a aquellas infracciones que quedan por ella despenalizadas o sujetas al requisito de previa denuncia. Así lo entiende también la Circular de la Fiscalía antes citada, que limita la problemática aquí suscitada a los actuales delitos leves de lesiones y de maltrato no lesivo de los nuevos artículos 147.2 y 3 del Código Penal, antes previstos en el derogado artículo 617”.

Abundando en la valoración pecuniaria de la incapacidad, y con criterios que se han visto ratificados, recogidos, en la Ley 15/35, destaca la sentencia nº 666/2016, de 21 de abril de la Sala de lo Social, con sede en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ponencia del Ilmo Sr. Martín Hernández-Carrillo:

“... por considerar que la Magistrada ha incurrido en error al calcular el factor de corrección por la incapacidad permanente total en la cantidad de 40.000 euros pues fijó la misma teniendo en cuenta el dato de que el trabajador accidentado tenía con 55 años de edad cuando, en realidad, su edad era de 51 años años. Y razona que hasta que alcance la edad de jubilación faltan 13 años, lo cual ocasiona un defecto de ingresos superior a

los 210.000 euros. Por ello, la cuantía del factor de corrección debe alcanzar, al menos, el tope máximo fijado por la norma.

La Sala no comparte los razonamientos de la parte recurrente pese a que tenga razón en relación a la edad del trabajador accidentado. Y es que la edad, siendo uno de los criterios a tener en cuenta para fijar la cuantía del factor de corrección, no es el único, pues habrá que estar a las con-

cretas circunstancias del accidentado. El Baremo fija una horquilla para cuantificar el factor de corrección comprendida entre los 16.102,36 euros y 80.511,76 euros. Pero como razona la Magistrada, cuyas tesis es compartida por esta Sala “la parte adora reclama el importe máximo del baremo, pero no justifica ni aporta datos que justifiquen el perjuicio, que sin duda existe, pero elevado a su máximo rango, por lo que, teniendo en cuenta la edad del

actor a la fecha del accidente 55 años, y que las alteraciones que en su vida personal y la-

boral haya podido producir el accidente no son las mismas que en una persona de menor

edad, se fija la indemnización en la cantidad de 40.000 euros”.

Citar las atinadas consideraciones –que animo a leer– que el ponente –Ilmo Sr. Pantaleón Prieto– realiza sobre la declarada negligencia civil de la actuación de un notario que motivó, según la actora, la inscripción tardía de su hipoteca, que posibilitó que una Caja de Ahorros inscribiese primero la suya sobre la misma finca, en sentencia nº 368/2016 de 3 de junio, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, sobre la base de que la sentencia de la Audiencia declaró negligente la actuación de la notaría, pero desestimó la demanda por considerar que la actora no había probado que se hubiese consumado la producción del daño a indemnizar:



“Corresponde obviamente a la parte que demanda que un determinado daño o perjuicio le sea indemnizado la carga de la prueba de que el mismo se ha producido efectivamente. No hay en nuestro Derecho ninguna norma legal que presuma que toda negligencia en el cumplimiento de las obligaciones, ni en concreto, en el cumplimiento por parte de los notarios de sus obligaciones profesionales, causa daño al acreedor; y el artículo 386 LEC, como demuestra el verbo «podrá» en su apartado 1, autoriza al tribunal de instancia, pero no le obliga, a acudir a la prueba de presunciones judiciales [SSTS 993/2006, de 4 de octubre (Rec. 2873/1999) y 8/2009, de 28 de enero (Rec. 2497/2003)].

La procedencia de desestimar los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por E no precisa de las consideraciones que se acaban de exponer. Pero sí corroboran la plena conformidad a Derecho de la desestimación de la demanda. Siendo querido por el Derecho el resultado de que la hipoteca de la Caja prevalezca sobre la de E, no cabe que doña G responda civilmente por haber causado dicho resultado, aun con culpa o negligencia. No es sólo que no quepa considerar tal resultado uno de los que pretendía evitar la norma de cuidado infringida: comportaría una contradicción flagrante en el ordenamiento. Se trata, ya derechamente, de que el Interés de E en la prevalencia de su hipoteca sobre la de la Caja no es digno de protección jurídica: la lesión de ese interés no es, pues, un daño que merezca ser indemnizado”.

Resuelve con frecuencia la Sala 1ª del Tribunal Supremo los conflictos negativos de competencia territorial entre Juzgados de Primera Instancia, así, el Auto de 25 de mayo de 2016:

“TERCERO.- En el supuesto objeto de este conflicto, se ejercita acción de repetición de una compañía aseguradora que habiendo abonado el importe de determinados daños a su asegurado, al amparo del art. 43 LCS reclama al responsable de los mismos, así como reclamación por parte de su asegurado del importe de la franquicia, de modo que no puede considerarse que la aseguradora reclame la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la circulación de un vehículo a motor a que alude el art. 52.1.9º de la LEC, por lo que no siendo aplicable fuero imperativo alguno y siendo las entidades demandadas personas jurídicas resulta aplicable la regla general del art. 51 de la LEC, en relación con el art. 53.2 LEC, resultando competente v para conocer del litigio el tribunal del domicilio de la parte demandada que elija el demandante;”

O los Autos de 25 de Mayo de 2016 (recurso 698/2016):

“SEGUNDO.- Al tratarse de una acción en que se ventila indemnización de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, será competente el Tribunal del lugar en que se causaron los daños, conforme a la prevención sobre competencia territorial en casos especiales del artículo 52.9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, (ATSS 6 de julio de 2006 y 27 de septiembre de 2007, entre otros); por lo que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, el competente para el conocimiento de la presente demanda son los Juzgados de Primera Instancia de Carlet, por lo que procede la de-



volución al Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Valencia a los efectos oportunos”.

Recurso 573/2016:

“Primera Instancia n.º 15 de Málaga por cuanto la acción ejercitada en el presente procedimiento no constituye una mera reclamación de cantidad sino una reclamación por el asegurado contra su compañía aseguradora derivada de la póliza de seguros entre ellos suscrita, siendo de aplicación por tanto de aplicación lo dispuesta en el art. 24 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, el cual establece como fuero imperativo el domicilio del asegurado, domicilio que en el presente caso se sitúa en la localidad de Málaga”.

Y auto de 1 de junio de 2016:

“De la aplicación del precedente criterio legal se colige que el legislador ha establecido un régimen especial de reglas para la apreciación de oficio de la incompetencia territorial en el proceso monitorio, diferenciado del general comprendido en el Libro I de la LEC, por virtud del

cual, en supuestos de incompetencia territorial, el juez dictará auto dando por terminado el proceso y reservando al acreedor el derecho a instar de nuevo el proceso ante el Juzgado competente, sin necesidad de activar el trámite del art. 58 de la LEC ni de resolver la inhibición en favor del Juzgado competente.

Cierto es que la redacción del último párrafo del art. 813 LEC solo contempla tal previsión para supuestos de incompetencia territorial sobrevenida y no inicial, pero no existen razones que justifiquen un diferente tratamiento cuando de la mera lectura de la petición inicial ya se constata, sin necesidad de ninguna averiguación, que el deudor está localizado en otro partido judicial, solución esta que el referido auto de Pleno consideró «aplicable con carácter general al proceso monitorio, salvo el caso distinto de las deudas derivadas del régimen de propiedad horizontal que, conforme a lo dispuesto en el artículo 815.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene un régimen especial en cuanto a la localización del deudor»”.



entrevista a...

JACOBO FERNÁNDEZ ÁLVAREZ



por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Subdirector General de Política Legislativa del Ministerio de Justicia, Secretario General de la Comisión General de Codificación. Anteriormente ha ocupado en el Ministerio de Justicia entre otros, los puestos de Vicesecretario General Técnico, Subdirector General Adjunto y Consejero Técnico del Área de Conflictos de la SG de Régimen jurídico Autónomo. Se trata de una privilegiada oportunidad de conocer cuáles son los trabajos que actualmente prepara nuestro Ministerio de Justicia en materias como la responsabilidad civil y el seguro, entre otras cuestiones de gran importancia.

En primer lugar quisiera preguntarle si conoce la actividad desarrollada por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro y qué opinión le merece

La conocí precisamente cuando tuve la inmersión en el impulso de la Ley del Baremo desde su comienzo en el apartado prelegislativo, y nos ayudó a comprender mejor el sector y su problemática, siendo de gran ayuda,

¿Cuál es su opinión sobre el Nuevo Baremo introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación?

La opinión no puede ser más favorable por cuanto los trabajos del Ministerio aunando voluntades y coordinando el proceso dieron sus frutos en el parlamento con un nivel de consenso sin parangón en la X legislatura. Se buscaba:

- Incrementar la protección a las víctimas de accidentes de circulación mediante la garantía de una indemnización suficiente, poniendo a España a la altura de las reformas que en el ámbito comunitario se han emprendido en relación con el seguro del automóvil.

- Progresar en el tratamiento resarcitorio de los perjudicados por los accidentes de tráfico, lo que mejora sustancialmente el sistema legal vigente.

- Establecer un sistema indemnizatorio activo, actualizado y adaptado a la realidad, que posibilite conocer sus repercusiones jurídicas y económicas, para poder promover periódicamente, atendiendo a las conclusiones obtenidas, las modificaciones que se consideren convenientes.

- La agilización de la Justicia. Conseguir un descenso de la litigiosidad mediante el incremento de la certidumbre jurídica, el impulso de la mediación, y el establecimiento de un nuevo procedimiento para impulsar la resolución extrajudicial de las reclamaciones de los perjudicados en este ámbito.

¿Cree que se ha conseguido el objetivo buscado por todos los agentes que intervienen en el sector?

Sería faltar a la verdad reconocer tal consideración pues la reforma salió gracias a las cesiones de todos los implicados.

El quid estriba en que ganamos todos con la trascendencia de una interpretación uniforme de las reglas del sistema, que dote de certidumbre al perjudicado y a las entidades aseguradoras respecto de la viabilidad de sus respectivas pretensiones, garantizando una respuesta igualitaria ante situaciones idénticas, y que contribuya decisivamente a la rápida solución extrajudicial de los conflictos y, en suma, al balanceo de recursos y a la dinamización de la actividad económica.



¿Cree que la citada reforma del Baremo dará respuesta a los distintos problemas de aplicación que presenta el Baremo actual, sobre todo en el tratamiento que en la misma se le da al resarcimiento de los daños patrimoniales y lucro cesante?

Como se dice coloquialmente, ahora la Ley tiene vida propia, y su recorrido lo marcará la aplicación de la misma por los afectados y la interpretación dada por los jueces y tribunales, pieza esencial en este proyecto.

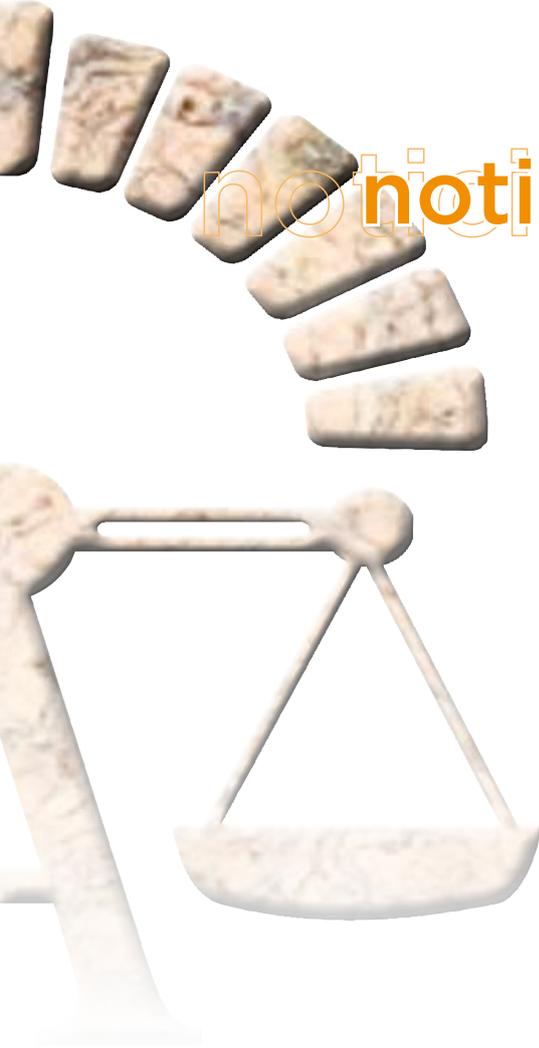
La citada Ley prevé la creación de una comisión de seguimiento de la aplicación del nuevo sistema instaurado con la misma para con ello conseguir su buen funcionamiento y responder ante las mas que posibles reformas que el mismo pueda requerir ¿cómo se va a formar dicha comisión y como se elegirá a los miembros de la misma?

La composición y aprobación de la Orden Ministerial está en una fase avanzada de cara a su firma definitiva.

¿Qué proyectos sobre nuevas reformas legislativas que afecten al sector del seguro están en marcha o previstos para la próxima legislación (suponiendo que la tengamos pronto, claro...)?

En el ámbito del MJUS, continuaremos por un lado dando soporte a la DG de Seguros y por otro, con la continuación de los trabajos en marcha y no cerrados como el Código Mercantil, también de una importancia de calado para el ámbito de los Seguros.

noticias y actividades



TALLERES PRÁCTICOS SOBRE LA LEY 35/2016 ORGANIZADOS POR LA ASOCIACIÓN



De izda. a dcha., Miquel Martín-Casals, José Pérez Tirado, Leandro Cabrera Mercado, Javier López García de la Serrana y Mariano Medina Crespo

El pasado 10 de junio tuvo lugar en el Ilustre Colegio de Abogados de Granada la celebración de los 'Talleres prácticos Ley 35/2015 sobre la Aplicación del nuevo sistema de valoración del Daños personales por accidentes de tráfico', organizados por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro que contó con la asistencia de más de 150 letrados de toda la geografía Andaluza.

El acto de inauguración del taller estuvo presidido por el Vice Decano del Colegio de

Abogados de Granada D. **LEANDRO CABRERA MERCADO**.

El taller contó con la participación de los ponentes más relevantes en la materia a nivel nacional, D. **MIQUEL MARTÍN-CASALS**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona y presidente de la Comisión de Expertos redactora del nuevo Baremo, quien habló sobre la Aplicación del sistema de valoración de daños en la Ley 35/2015, D. **MARIANO MEDINA CRESPO**, abogado, Doctor en Derecho, presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro y miembro de la Comisión de Expertos redactora del nuevo Baremo, su intervención se centró en el Taller práctico sobre la aplicación de las disposiciones generales del

nuevo Baremo y de las nuevas normas procesales (art. 7 LRSCVM) en los procedimientos por accidentes de circulación en España, D. **JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**, abogado, Doctor en Derecho, secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro y miembro del Grupo Plenario redactor del nuevo Baremo que impartió el Taller práctico sobre cálculo de los perjuicios personales básicos, particulares y patrimoniales en supuestos de muerte (tablas 1A, 1B y 1C) asimismo también fue el encargado del Taller práctico sobre cálculo de los perjuicios personales básicos y particulares en supuestos de secuelas (tablas 2A y 2B), en último lugar intervino D. **JOSÉ PÉREZ TIRADO**, abogado y miembro de la Comisión de

Expertos redactora del nuevo Baremo en representación de las Asociaciones de Víctimas de Accidentes de tráfico, quien impartió dos talleres, el primero de ellos sobre el cálculo de los perjuicios personales patrimoniales en supuestos de secuelas (tablas 2C) y el segundo sobre cálculo de los perjuicios personales básicos, particulares y patrimoniales en supuestos de lesiones temporales (tablas 3ª, 3B y 3C) con especial mención a las nuevas reclamaciones por esguince cervical y traumatismos menores de columna.

Dentro de las actividades previstas en el Taller también tuvo lugar un almuerzo para asistentes y ponentes en el Restaurante Pilar del Toro ubicado junto al Ilustre Colegio de Abogados de Granada.



Martín-Casals, en dos momentos de su exposición ante un auditorio repleto dado el interés que suscitó el taller.

OTROS CURSOS Y JORNADAS

CURSO SOBRE EL NUEVO SISTEMA DE VALORACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN CELEBRADO EN SANTIAGO DE COMPOSTELA LOS DÍAS 29 DE MARZO Y 5 DE ABRIL DE 2016 Y ORGANIZADO POR EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, que contó con la participación como ponentes de los siguientes expertos en la materia:

En la sesión del día 29 de marzo intervino D. **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, Doctor en Derecho, profesor asociado de la Universidad de Granada, abogado y secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro quien impartió dos ponencias, en la primera de ellas habló sobre "El reformado artículo 7 LRCSCVM: reclamación previa y oferta o respuesta motivada. La mediación del nuevo art. 14 LRCSCVM. Criterios generales del nuevo baremo" y en la segunda sobre "Indemnizaciones

por causa de muerte: supuestos prácticos".

También participó en el curso D. **JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**, presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña y profesor asociado de la Universidad de A Coruña que impartió una ponencia sobre "Indemnizaciones por causa de muerte: reglas para su valoración (perjuicio personal básico, particular y patrimonial)".

El día 5 de abril intervino D. **JOSÉ LÓPEZ TIRADO**, abogado en Barcelona, asesor jurídico de Stop Accidentes y miembro de la Comisión de Expertos para la Reforma del Baremo quien habló sobre "Indemnizaciones por secuelas: reglas para su valoración (perjuicio personal básico, particular y patrimonial)"; también D. **ÁNGEL PANTÍN REIGADA**, presidente de la Sección 6ª (Santiago) de la Audiencia Provincial de A Coruña, que impartió una ponencia



cia sobre "Las indemnizaciones por lesiones temporales: reglas para su valoración (perjuicio personal básico, particular y patrimonial)" y por último D. **BENITO LÓPEZ DE ABAJO**, médico forense, jefe del Servicio de Clínica Forense del Imelga que habló sobre "El informe médico forense a la luz de la Ley 35/2015".



JORNADAS DE ESTUDIO SOBRE EL NUEVO BAREMO DE INDEMNIZACIONES DE TRÁFICO, CELEBRADAS EN SALAMANCA LOS DÍAS 28 Y 29 DE ABRIL,

organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca junto con la Universidad de Salamanca.

El programa de las mismas constaba de dos días, en el primero de ellos intervino D. **EUGENIO LLAMAS POMBO**, catedrático de Derecho Civil, abogado, con una ponencia sobre "El nuevo baremo: justificación y principios rectores", a continuación tomó la palabra D. **MARIANO MEDINA CRESPO**, abogado, miembro de la Comisión de Expertos que habló sobre "Las reglas generales del sistema". Ese mismo día en la sesión de tarde, intervino D. **JOSÉ PÉREZ TIRADO**, abogado, miembro de la Comisión de Expertos con una ponencia sobre "La indem-

nización por muerte" y a continuación D. **JUAN SALVAT PUIG**, médico forense, quien trató el tema de los "Aspectos médico-legales del nuevo baremo".

En la segunda jornada del 29 de abril intervino en primer lugar D. **JAVIER LOPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**, abogado, secretario de la A.E.R.S.Y.S quien impartió una ponencia sobre "La indemnización por secuelas y lesiones temporales", a continuación y para finalizar la jornada tuvo lugar un taller práctico con la participación de D. **JUAN JOSÉ PEREÑA MUÑOZ**, fiscal especializado en Seguridad Vial y D. **MIGUEL ÁNGEL DE DIOS DE DIOS**, doctor en Derecho, especialista en Responsabilidad Civil Automovilística.

II CURSO PRÁCTICO-TEÓRICO DEL NUEVO BAREMO. EL NUEVO BAREMO, ORIGEN Y ELABORACIÓN, CELEBRADO LOS DÍAS 9, 10, Y 11 DE MAYO DE 2016 Y ORGANIZADO POR EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE CÁCERES. El acto inaugural contó con la presencia del Excmo. Sr. D. **CARMELO CASCÓN MERINO**, decano del ICAC y D. **JOSÉ M^a MONTERO JUANES**, director del IMLCF de Cáceres.

En la primera jornada intervino D. **MARIANO MEDINA CRESPO**, abogado, Doctor en Derecho, presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro y miembro de la Comisión de expertos para la Reforma del Baremo, con una ponencia sobre "Las Disposiciones generales del nuevo Sistema de valoración de indemnizaciones a las víctimas de los accidentes de tráfico".

A continuación D. **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, abogado, Doctor en Derecho, secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, miembro del Grupo Plenario para la Reforma del Ba-

remo, habló sobre "Las Modificaciones en el artículo 7, 13 y 14 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y sobre la muerte en el nuevo Baremo. Perjuicio básico particular y patrimonial. Supuestos prácticos de las tablas 1A, 1B, y 1C".

En la segunda sesión celebrada el martes día 10 intervino la Ilma. Sra. Doña **MARIA LUZ CHARCO GÓMEZ**, magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Cáceres con una ponencia sobre "La modificación de la Imprudencia en el Código Penal". Y a continuación D. **JORGE GONZÁLEZ FERNÁNDEZ**, director del Instituto de Medicina Legal de la Rioja, quien habló sobre "El Perjuicio personal básico, particular y patrimonial de las lesiones temporales".

Para cerrar las intervenciones de martes se contó con la presencia de D. **JOSÉ AMADOR MARTÍNEZ TEJEDOR**, director del Instituto de Medicina legal de Burgos quien trató el tema del "Perjuicio personal bá-

sico", particular y patrimonial de las secuelas y de D. **JAVIER VEGA PARRA**, letrado ICAC que habló sobre "El Nuevo Baremo. Superación de las carencias del antiguo baremo en las indemnizaciones por ACT respecto a terceros no víctimas directas".

El miércoles intervino D. **JOSÉ M^a MONTERO JUANES**, director del IML de Cáceres con una ponencia sobre "El Real Decreto de Pericias Privadas en los IML. El Informe Médico Forense", a continuación una mesa redonda sobre "El esguince cervical. Traumatismos menores de Columna Cervical", moderada por D. **JOSÉ LUIS RUBIO OJEDA**, letrado ICAC y como intervinientes de la misma D. **JUAN GABRIEL DE LA CRUZ RODRÍGUEZ**, médico forense IML Cáceres. D. **EDUARDO BLANCO BLANCO**, traumatólogo, y D. **LUIS RODRÍGUEZ HERMOSELL**, experto en biomecánica.



XX CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO CELEBRADO EN ZARAGOZA LOS DÍAS 2 Y 3 DE JUNIO DE 2016, ORGANIZADO POR EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA. El programa comenzó el día 2 de junio con la intervención de Excmo. Sr. D. **JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA**, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con una ponencia sobre "La doctrina de la pérdida de oportunidad en la doctrina del TS". La segunda y última ponencia del primer día fue impartida por D. **MARIANO YZQUIERDO TOLSADA**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense, quien habló sobre "Cuestiones problemáticas acerca de la prescripción de la acción en materia de responsabilidad civil".

El día 3 para comenzar la jornada intervino el Ilmo. Sr. D. **JAVIER SEOANE PRADO**, magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con una ponencia sobre "Problemas en la responsabilidad civil por incendios". Para terminar la jornada de mañana intervino Sra. D^a **MILAGROS SANZ**, abogada especialista

en mediación en el área de seguros quien habló sobre "El nuevo procedimiento para la reclamación por lesiones en accidente de tráfico".

La jornada de tarde comenzó con una mesa redonda moderada por D^a **NIEVES ROMANOS BELLENGUER**, abogada y miembro de la Comisión y donde intervinieron Sr. D. **ALFREDO J. LAJUSTICIA PÉREZ**, juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza), D. **JUAN CARLOS SANJUÁN PASAMAR**, inspector de lesiones de Zurich España, SA, D. **XAVIER COCA VERDAGUER**, abogado y miembro designado por el CGAE para el Grupo Plenario de la Comisión para la Reforma del Baremo.

DESCRIPCIÓN	PRECIO
INSCRIPCIÓN	120,00€
INSCRIPCIÓN + ALIMENTOS	120,00€
INSCRIPCIÓN + ALIMENTOS + HOTEL	200,00€
INSCRIPCIÓN + ALIMENTOS + HOTEL + TRANSPORTE	250,00€

XX CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

RS

COMISIÓN DE SERVICIO DE LA COORDINACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS E.I.C.A.Z. ZARAGOZA

ZARAGOZA, 2 Y 3 DE JUNIO DE 2016

Para finalizar el congreso tuvo lugar una última mesa redonda sobre "Las novedades médico personales en el baremo. La intervención del forense", moderada por Dr. D. **JOSÉ MANUEL ARREDONDO DÍAZ**, médico forense, jefe de Sección de Valoración del Daño Corporal del Instituto de Medicina Legal de Aragón, que contó con la intervención de D. **SALVADOR BAENA PINILLA**, médico forense y director del IMLA, y D. **VÍCTOR GÁLVEZ CASTIELLA**, médico especialista en Valoración del Daño Corporal.



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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

NOVEDAD

Metodología para valorar el daño corporal con el nuevo Baremo de tráfico

Mayor rapidez en la solución de conflictos + Mayor garantía de una indemnización suficiente.

La obra que necesitas tras la nueva Ley 35/2015, pues te aporta los conocimientos necesarios para comprenderla mejor.

Encontrarás las respuestas que necesitas a las preguntas que te puedan surgir a la hora de aplicar los distintos métodos para la cuantificación final del daño.

En suma, te permitirá desarrollar las competencias imprescindibles para la correcta y adecuada aplicación de la nueva Ley, adquirir los conocimientos necesarios y poder resolver las divergencias que muchas veces existen entre la Medicina y el Derecho, y así, alcanzar la especialidad o ser experto en este complejo mundo de saber valorar el daño corporal

AUTOR: Juan Antonio Cobo Plana (Médico forense)

Sello **BOSCH**



Compra **YA** tu ejemplar



5% de dto.

→ <https://tienda.wolterskluwer.es>
902 250 500
clientes@wke.es

→ **5 % de descuento**
Disponible en versión papel
o digital en **smarteca**

Málaga nov. 10, 11 y 12 de 2016
Ciudad Genial Hotel NH Málaga

XV Congreso Nacional

Asociación Española de Abogados
Especializados en Responsabilidad
Civil y Seguro



Centre
Pompidou
Málaga



ORGANIZAN



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

Colegio de Abogados
de Málaga



icamalaga.es

PATROCINA



Ayuntamiento
de Málaga



málaga.es diputación

COLABORAN



THOMSON REUTERS
ARONIZADA