

nº 61

Primer Trimestre. Año 2017



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**Coches conectados
y autónomos.
Papel de las
aseguradoras**

**La
responsabilidad
civil del
veterinario**

**La pericial forense
del Trabajador
Social en los
accidentes
de tráfico**

asociacionabogadosrcs.org



José Antonio Badillo Arias
(Coordinador)

Ley de Contrato de Seguro

3ª EDICIÓN

Una visión práctica y ordenada del seguro que parte de un estudio doctrinal de cada uno de los artículos de la **Ley de Contrato de Seguro**, centrándonos en el análisis de la doctrina científica y de la jurisprudencia, y dentro de esta, principalmente, de la emanada de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo.

La obra está actualizada con las modificaciones de la Ley de Contrato de Seguro, llevadas a cabo por la disposición final primera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

NOVEDADES DE LA EDICIÓN

- Análisis de la última jurisprudencia de nuestros tribunales, especialmente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
Modificaciones de la Ley de Contrato de Seguro, llevada a cabo por la disposición final primera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, destacando la nueva regulación de los ramos de Decesos y Dependencia.
- Estudio de la doctrina jurisprudencial de cada uno de los artículos de la Ley de Contrato de Seguro.



3ª EDICIÓN

Coordinador. José Antonio Badillo Arias
Marca. Aranzadi.

Colección. Jurisprudencia Comentada.
1.984 págs. **ISBN.** 978-84-9152-134-1
CM. 10009134

PVP C/IVA: 145 €

YA A LA VENTA EN LIBRERÍAS

INFÓRMATE EN.

T. 902 40 40 47

www.thomsonreuters.es/es/tienda



the answer company™

THOMSON REUTERS®



nº61

Primer Trimestre. Año 2017



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 61

EDITORIAL

La relación de causalidad y la imputación objetiva

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

DOCTRINA

- Coches conectados y autónomos. Papel de las aseguradoras.

Gonzalo Iturmendi Morales.....9

- La responsabilidad civil del veterinario.

Rosario Monter Fraile.....25

- La pericial forense del Trabajador Social en los accidentes de tráfico.

Sandra Tornero Moreno y Anahí Rama Samperio.....33

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 12 de enero de 2017.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Aplicación del artículo 20 de la LCS. El desconocimiento del alcance de las lesiones por parte de la aseguradora, así como el hecho de que por parte del perjudicado no cuantificara su reclamación -aunque la misma fuera desproporcionada-, hasta la interposición de la demanda civil -trascurridos más de 6 años desde la producción del siniestro-, no libera a la aseguradora a abonar el interés moratorio.....41

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 13 de enero 2017.
RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL: Reclamación de aseguradora contra el Consorcio de Compensación de Seguros por los gastos de asistencia sanitaria generados y pagados a su asegurado, con posterioridad a la fecha de estabilización de las lesiones. Se desestima al considerar que resulta aplicable el régimen introducido por la Ley 21/2007, de 11 de julio, aplicable al momento del siniestro.....47

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 20 de enero de 2017.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Condena al facultativo y a su aseguradora a abonar 428.780,66 euros al paciente, tras los daños sufridos como consecuencia de utilizar la técnica quirúrgica inadecuada. Se estima que la relación entre paciente y médico es contractual, ya que ésta derivaba de un seguro suscrito por aquel con la aseguradora cuyo objeto era el reembolso de los gastos asistenciales, teniendo pro tanto el asegurado la libertad para seleccionar al facultativo.....53

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 30 de enero de 2017.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se desestima la reclamación de la indemnización correspondiente a unos daños extraordinarios reclamados por el asegurado de una póliza de seguro con cobertura contra todo riesgo, que incluía el riesgo de «elementos naturales», y afectada por el recargo obligatorio a favor del Consorcio de Compensación de Seguros, al haberse producido el pago de la prima sucesiva cuatro meses después del vencimiento y con posterioridad al siniestro, y ello, a pesar de que en años anteriores se habían aceptados retrasos en el pago de la prima por un periodo similar o superior al presente.....61

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 2 de marzo de 2017.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Contrato de seguro. Póliza colectiva de pensión de invalidez. Cláusula general limitativa de los derechos del asegurado. Vulneración de los deberes del artículo 3 LCS y del principio de transparencia.....71

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 24 de febrero de 2017.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción de repetición de ENDESA por la cantidad de 49.410.778 euros y acción de subrogación de su aseguradora por la cantidad de 15.822.236,72 euros, ambas frente a RED ELECTRICA ESPAÑOLA, en concepto de los daños abonados a los perjudicados de un incendio. Se condena a abonar el 50% de las referidas cantidades al apreciar la existencia de concurrencia de culpas. Aplicación de la doctrina sobre la causalidad adecuada y de la imputación objetiva, prescindiendo del criterio de la prohibición de regreso.....77

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por **José María Hernández-Carrillo Fuentes**.....97

ENTREVISTA A...

Sergio Álvarez Camiña

Por **Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán**.....111

NOTICIAS

Resolución conjunta del Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia y del Director General de Seguros y Fondos de Pensiones, de fecha 27 de Marzo de 2017, por la que se nombra a los miembros de la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera 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 circulación, creada por la Orden comunicada de los Ministerios de Economía y Competitividad y de Justicia, de 27 de octubre de 2016.115

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

La relación de causalidad y la imputación objetiva

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

Aunque en el derecho de daños estamos acostumbrados a oír hablar de estos dos conceptos, a pesar de que en las Sentencias que manejamos y estudiamos nos los encontremos asiduamente como fundamentos para la resolución de las mismas e incluso nosotros acudamos a ellos y los utilizamos en nuestras demandas, recursos o al concluir en Sala, lo cierto es que si nos detenemos a analizar el significado y consecuencias de tales términos, nos damos cuenta de que muchas veces confundimos con facilidad ambas cosas y no resolvemos en atención al verdadero significado de las mismas.

Así la teoría jurídica de la relación de causalidad y de la imputación objetiva tiene origen fundamentalmente en el Derecho Penal, donde la diferencia entre ambos conceptos es clara, siendo lo cierto que en el ámbito civil muchas veces se confunden, identificando como el primero supuestos que en realidad constituyen casos de imputación objetiva y sin que en la mayoría de los casos detectemos tales errores y nos detengamos a analizarlos.

El juicio de causalidad consiste en analizar la conducta del agente como antecedente y la

consecuencia de dicha conducta como resultado de la misma, el daño. Dicho análisis toma como base los criterios de experiencia de la ciencia experimental, de la ciencia empírica, de modo que la conducta de una persona se podrá considerar causa de un daño si, en atención a la experiencia o conocimiento de la ciencia, tal conducta forma parte del conjunto de factores reales que son antecedentes de ese resultado dañoso.

En este sentido nuestra Jurisprudencia aplica habitualmente el juicio de causalidad para resolver ante la existencia de responsabilidad por daño; Así, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17-5-2002 resuelve y declara la responsabilidad médica ante un supuesto de operación de apendicitis, tras la cual el paciente sufre quemaduras debidas al contacto con el yodo que se utilizó debidamente como antiséptico pero que presentaba una concentración más elevada de lo normal, lo que unido al efecto calorífico de la lámpara del quirófano causó las lesiones sufridas. El juicio de causalidad realizado aquí lleva a concluir que las lesiones sufridas por el paciente por quemaduras tienen su causa directa en la actuación de los profesionales médicos que le aplicaron una composición del fármaco no correcta, vemos así que la consecuencia dañosa tiene un claro y lógico antecedente en la utilización de dicho fármaco y ello basta para declarar la existencia de responsabilidad.

Del mismo modo sucede en la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23-12-2002, la cual establece la inexistencia de responsabilidad de la empresa pirotécnica ante las lesiones sufridas por un trabajador debidas a una explosión; y ello por cuanto no resultó probado cuál era el acto imprudente o negligente de la empresa, por lo que ante falta de prueba sobre la causa de la explosión se deniega la declaración de responsabilidad demandada al no poderse establecer el preceptivo nexo causal. En este caso faltan los requisitos necesarios



para poder establecer la necesaria relación de causalidad entre el daño sufrido y la actuación de la demandada, por lo que no es posible realizar un análisis que justifique el debido juicio de causalidad.

La existencia por tanto de una relación causal desde el punto de vista empírico es requisito indispensable para que pueda determinarse la existencia de la responsabilidad por daño, y así claramente lo tiene dicho nuestra Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencias como la de 22 de diciembre de 2015 al establecer que para la infracción del artículo 1902 del Código Civil es preciso que conste una acción u omisión atribuible al sujeto frente al que se demanda y que aquella sea determinante, en exclusiva, o en unión de otras causas, con certeza, o en un juicio de probabilidad cualificada, según las circunstancias concurrentes entre las que se encuentra la entidad del riesgo, del resultado dañoso producido.

Pero la existencia de una relación causal entre la actuación del agente y el resultado del daño no siempre va a llevar aparejada la declaración de responsabilidad del mismo, tal y como nos explica la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2015 pues debemos entrar a considerar la llamada

imputación objetiva, entendida como una cuestión jurídica susceptible de ser revisada en Casación, no así como ocurre con la declaración de relación causal, y que comporta un juicio que más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios o pautas extraídas del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, provocación-prohibición de regreso, incremento del riesgo, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza, criterios éstos que la Sala Primera viene tomando en consideración en diversas sentencias para llegar a concluir si existe o no causalidad objetiva.

Esto nos lleva por tanto a plantearnos la existencia de un concepto distinto a la relación de causalidad como requisito para la determinación o no de responsabilidad por daño, es la llamada teoría de la imputación objetiva, actual doctrina dominante en las resoluciones de nuestro Tribunal Supremo. En este caso no se trata ya de hacer un análisis sobre la relación de los antecedentes típicos de un hecho desde el punto de vista empírico para atribuirles la producción de un resultado, sino que ahora nos situamos en la esfera de la relevancia jurídica



ca, para desde ella realizar un juicio sobre precisamente dicha relevancia jurídica, en base al cual no todos los hechos que puedan resultar antecedentes lógicos del resultado dañoso van a merecer la atribución del resultado, y ello en atención a determinadas razones teóricas o de “política jurídica” a realizar, tal y como de forma magistral se explica en una publicación de la Universidad Pompeu Fabra, “Derecho de Daños: Bases de la responsabilidad civil (Tema 2)” cuya lectura desde aquí recomiendo.

Pues bien, es en esa forma diferente de enfocar el juicio a realizar dónde encontramos muchas veces la confusión antes citada, pues la Sala Primera del Tribunal Supremo tiende en ocasiones a identificar como juicio de causalidad lo que en realidad es un juicio de imputabilidad objetiva. Podemos verlo en Sentencias como la de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16-10-2007, donde se resuelve sobre el fallecimiento de un joven al ingerir el cianuro potásico que había adquirido en la tienda de la demandada, con una clara intención suicida. Se declara aquí la inexistencia de responsabilidad del establecimiento comercial ante la inexistencia de relación de causalidad entre su conducta y el resultado dañoso. Pero la imputación objetiva que aquí se realiza es distinta a la simple causalidad fáctica, por cuanto se tiene en cuen-

ta y se resuelve en atención a un tercer elemento que rompe dicha causalidad, esto es la propia intención y actuación de la víctima con independencia de la actuación del establecimiento consistente en suministrar dicho producto. Se aplica aquí la teoría de prohibición del regreso, como parámetro impuesto por la imputación objetiva, y en virtud de la cual se impide acudir a una causa ajena como determinante del resultado dañoso cuando existe otra causa indiscutible más próxima a dicho resultado.

Vemos así que el tema de la imputación objetiva es más complejo de lo que nos pudiera parecer, pues supone superar la teoría de la causalidad adecuada, para entrar a analizar determinadas circunstancias que van a impedir que se pueda asociar el resultado a la conducta que se presenta como primera causa del mismo. En este sentido nuestra Jurisprudencia, a los efectos de impedir que se establezca la existencia de responsabilidad, tiene establecido como reglas, criterios o parámetros determinantes a la hora de establecer la existencia o no de la imputación objetiva, las siguientes: Los riesgos generales de la vida, que supone admitir que la vida de por sí genera riesgos propios e inherentes que deben ser aceptados y asumidos por todos, y por tanto también deben asumirse los daños que aquellos riesgos puedan generar; La prohibición de regreso, que determina que si se ha encontrado como causa del siniestro una causa próxima no debe irse a buscar causas más remotas y lejanas; La provocación, consistente en determinar quién provocó la situación que ha generado el daño, fijando aquí el supuesto de que haya sido el propio perjudicado el causante del mismo; El fin de protección de la norma, el incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual aunque se adoptase otra conducta; Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). Y, en todo caso la probabilidad, entendida como la posibilidad de excluir la responsabilidad ante supuestos cuya producción era altamente improbable, imprevisible, y que por tanto podrían llegar incluso a calificarse de caso fortuito.

Este planteamiento contrasta de forma relevante con la tendencia a la teoría del objetivación del daño, mediante la cual se exige al demandando que lleve a cabo una actividad probatoria exhaustiva sobre su actuación diligente en aras a poder excluir su responsabilidad, invirtiendo de esta forma las reglas de la distribución de la prueba. Y es que debemos recordar que nuestro Tribunal Supremo tiene marcado un claro límite a la aplicación de dicha teoría, estableciendo que sólo podrá admitirse en supuestos legalmente previstos y ello pese a que a menudo nos encontremos con demandas que pretenden conseguir la estimación de la pretensión planteada haciendo uso la teoría de la inversión de la carga de la prueba adu-

ciendo a que el siniestro se ha producido con causa en una actividad de riesgo. En este sentido quiero destacar una Sentencia muy reciente de la Sala Primera, Ponente **EDUARDO BAENA RUIZ** de 24-2-2017, dónde se hace un análisis exquisito de la materia que venimos comentando; dicha Sentencia marca claramente cuáles son las líneas de la imputación objetiva, cuáles son sus parámetros y cómo la misma impide que se llegue a la objetivación del daño olvidando los principios de imputación por culpa que marca el artículo 1902 del Código Civil y lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que prohíbe la inversión de la carga de la prueba cuando no está prevista legalmente. La Sala Primera del Tribunal Supremo nos recuerda que es ya Jurisprudencia unánime la que exige que siempre deba explicarse el "cómo" (causalidad física, hechos probados) y el "por qué" (causalidad jurídica) del evento dañoso para que finamente pueda imputarse el resultado. Así, nos recuerda la Sala Primera que la doctrina del riesgo no resulta aplicable, sin más, en todo siniestro como parece que pudiera pretenderse ante la generalizada invocación de la misma. Y es que el razonamiento lógico que nos ofrece esta Sentencia es aplastante, el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. El riesgo existe en casi todas las actividades de la vida diaria, por lo que el Tribunal Supremo ha restringido la aplicación de la teoría del riesgo a los supuestos en que la actividad desarrollada genera precisamente un riesgo muy cualificado, pese a que legalmente no se considere como constitutivos de una responsabilidad objetiva. El Magistrado **XIOL RÍOS** concluía también en la Sentencia de la Sala Primera de 31 de mayo de 2011 que es un criterio de imputación del daño que debe ser asumido por el que lo padece los riesgos generales de la vida, los pequeños riesgos de la vida que por su discurrir normal obliga a ser soportados a todos. Son los casos en los que la causa del siniestro no obedece a un riesgo extraordinario, pues sólo en este caso podríamos hablar de inversión de la prueba.

En la misma línea y por lo elocuente de su razonamiento quiero citar también la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3-6-2016, en la que se exculpa a la concesionaria de la carretera donde la irrupción de un jabalí causa un accidente, al considerarse que ha sido la actuación de un tercero la que ha provocado directamente el riesgo. Esta sentencia explica que la circunstancia de que encontrándonos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual donde incumba al demandado la carga de probar la falta de culpa o negligencia por su parte, por encontrarnos ante uno de los supuestos en los que la Sentencia de esta misma Sala de 18-5-2016 así lo impone, esto no exime al actor de la carga de alegar en su demanda qué medida o medidas concretas de cuidado eran

a su juicio las idóneas para evitar el resultado dañoso y que por tanto a su juicio les debieran ser exigibles al demandado porque de haberlas adoptado se hubiera evitado el daño, y es que el demandado no tiene, 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.

Y también la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10-9-2015, donde se revoca la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, al estimar que aunque el juicio causal desde el punto de vista fáctico que la misma pudiera haber realizado para determinar la responsabilidad de la Comunidad de Propietarios codemandada por causa del incendio origen de los daños reclamados, lo cierto es que el juicio causal desde el punto de vista jurídico no es acertado. No se han acreditado los requisitos necesarios para una correcta imputación del daño a la citada Comunidad de Propietarios, pues los hechos probados determinan que la única causante del incendio fue la actuación de una propietaria particular, situando en dicha actuación la causa principal del siniestro. La actuación de la Comunidad como acción secundaria y no determinante del siniestro no puede convertirse en causa que justifique la imputación de responsabilidad a la misma.

Podemos concluir por tanto que nuestra Jurisprudencia actual define claramente la doctrina de la imputación objetiva como marco donde debe enjuiciarse la responsabilidad por daños; y que ésta nos exige superar el mero juicio de causalidad en el ámbito de los hechos que conforman la base del siniestro para entrar en un más complicado ámbito jurídico donde deberemos realizar un nuevo juicio, pero éste ya en atención a criterios propiamente jurídicos para finalizar excluyendo la existencia de responsabilidad si nos encontramos en alguno de los supuestos que por razones de índole de política jurídica impiden que el resultado sea atribuido al agente. Nos asentamos por tanto en la idea de que nuestro sistema de responsabilidad por daños no admite de forma generalizada la objetivación del daño, sino que la prueba sobre la relación causal, el por qué y el cómo del resultado dañoso es indispensable y que sólo en supuestos de riesgos extraordinarios podrá admitirse la inversión de la carga de la prueba en dicho sentido.

Abril de 2017



Coches conectados y autónomos. Papel de las aseguradoras.

Gonzalo Iturmendi Morales
Abogado

Sumario

1.- Concepto de coches autónomos y conectados.

- 1.1.- Punto de partida.
- 1.2.- Nuevos escenarios de riesgos.

2.- El umbral disruptivo del seguro o cuando el ser humano carezca de control o gobierno del vehículo.

- 2.1.- ¿Estamos preparados para el arranque del coche plenamente autónomo y comunicado?
- 2.2.- El debido control de los algoritmos.

3.- Bases para un marco regulatorio adecuado a los escenarios de riesgos del vehículo autónomo comunicado.

- 1ª.- Modificación de la Convención de Viena.
- 2ª.- Principio de reparación íntegra y vertebrada del daño.
- 3ª.- Regulación ex novo de la responsabilidad civil del dueño del vehículo.
- 4ª.- El contrato de seguro por cada vehículo y papel del Consorcio de Compensación de Seguros.
- 5ª.- Regulación del criterio de imputación de la responsabilidad.
- 6ª.- Acciones de regreso de las entidades aseguradoras de automóviles.
- 7ª.- La acción directa del perjudicado frente al asegurador.
- 8ª.- Seguro obligatorio de transporte de viajeros.
- 9ª.- Auditoría de los algoritmos.
- 10ª.- Principios éticos.

4.- Conclusiones.

5.- Bibliografía.

“Desde el monstruo de Frankenstein creado por Mary Shelley al mito clásico de Pigmalión, pasando por el Golem de Praga o el robot de Karel Čapek —que fue quien acuñó el término—, los seres humanos han fantaseado siempre con la posibilidad de construir máquinas inteligentes, sobre todo androides con características humanas.” (Parlamento Europeo)

1.- Concepto de coches autónomos y conectados.

Los coches autónomos y conectados, también llamados vehículos sin conductor, son aquellos vehículos que se pueden controlar remotamente por un operador o pueden circular de forma autónoma, sin necesidad de la intervención de un conductor. Es decir, los vehículos capaces de conducirse por ellos mismos, percibir su entorno, decidir qué ruta tomar para llegar a su destino y conducirse autónomamente con niveles óptimos de seguridad, siendo capaces de intercambiar en tiempo real informaciones con el exterior, tanto con otros vehículos autónomos como con otros dispositivos externos.

Estos vehículos incorporan una tecnología capaz de analizar el entorno por donde se desplazan gracias a la combinación de sus sensores que son capaces de reconocer la información necesaria que se procesará por centros de datos y que permitirá la circulación de estos vehículos con mayor seguridad, eficacia y rendimiento que los vehículos tradicionales tal y como hoy los conocemos. Podemos afirmar que un vehículo plenamente autónomo y conectado es un tipo de robot¹, en tanto en cuanto es una máquina controlada por ordenador y programada para moverse y realizar trabajos a la vez que interactúa con su entorno.

Al fin, vehículos autónomos que —como decimos— están comunicados entre ellos y con otros soportes externos facilitadores de la circulación, con o sin pasajeros. Por tanto, no hablamos vehículos conducidos por el ser humano con un elevado nivel de automatización, sino de vehículos plenamente autónomos.

¹ Karel Čapek fue quien acuñó el término. “El término Robot, proviene de la palabra checa *robota* que significa “trabajo forzado”, fue introducida por primera vez por el dramaturgo y autor checoslovaco Karel Čapek, en su obra de teatro R.U.R (Robots Universales de Rossum) en 1921”. Sobre el concepto de robot, v. <http://conceptodefinicion.de/robot/> Su aparición en la sociedad plantea múltiples incógnitas que comienzan a ser abordadas en el marco legal, como por ejemplo, ¿se pueda afirmar que los robots autónomos más sofisticados tienen el estatus de personas electrónicas con derechos y obligaciones específicos?

El uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la elaboración de vehículos inteligentes ayuda a mejorar la seguridad vial, incrementa la eficiencia global de los sistemas de transporte, racionaliza el consumo de combustible, ayuda al conductor a prevenir o evitar los accidentes, proporciona al conductor información sobre la red viaria en tiempo real, a fin de evitar las zonas de congestión y permite al automovilista optimizar sus desplazamientos (Comunicación de la Comisión, de 15 de febrero de 2006, sobre la Iniciativa del vehículo inteligente. «Sensibilización sobre las TIC al servicio de vehículos más inteligentes, seguros y limpios»).

La circulación de vehículos autónomos comunicados mejorará la calidad de vida de los ciudadanos, también la de los servicios públicos de transporte, reduciendo el impacto negativo de los coches en el medio ambiente y los costes operacionales de los servicios públicos. Finalmente, habrá menos accidentes de circulación en la medida en que el factor humano no será necesario para el desplazamiento del vehículo.

Estos nuevos vehículos suponen un exponente de tecnología disruptiva e innovación, no solamente en el sector del automóvil, sino también en toda la industria que gira alrededor de este sector y naturalmente en el aseguramiento de los nuevos riesgos que surgen a partir de dicha tecnología. Una disrupción en toda regla, si entendemos como tal el conjunto de aquellas innovaciones que conducen a la aparición de productos y servicios que utilizan preferiblemente una estrategia disruptiva frente a una estrategia sostenible, a fin de competir contra la tecnología dominante representada, hoy por hoy, en el automóvil tradicional, buscando una progresiva consolidación en un mercado.

La Convención de Viena de 8 de noviembre de 1968, sobre la circulación por carretera,² no permite la circulación de coches autónomos por carretera, puesto que establece que el conductor controle y gobierne en todo momento el vehículo, como dueño y responsable del vehículo. Se espera que en el año 2017 la comisión formada para el traslado sus conclusiones para el cambio de la Convención que contemple la figura del vehículo autónomo comunicado. Por tanto existe la necesidad de introducir modificaciones a algunos acuerdos internacionales, como el Convenio de Viena sobre la circulación vial, y el Convenio de la Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera.

² Disponible en: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/conventn/Conv_road_traffic_SP.pdf

Coches autónomos



1.1.- Punto de partida.

La Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo con las Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, establece las bases de lo que puede ser en un futuro próximo el marco legal de los vehículos autónomos comunicados.³ El Parlamento Europeo elaboró un Informe de Recomendaciones (2015/2103, de 31 de mayo 2016) sobre normas de Derecho Civil sobre robótica (ciencia que se ocupa de los robots), en el que se facilitan pautas para regular la Responsabilidad Civil derivada del uso de robots. Un vehículo de transporte autónomo abarca todas las formas del transporte por carretera, ferroviario, por vías navegables y aéreo pilotadas a distancia, automatizadas, conectadas y autónomas, incluidos los vehículos, los trenes, los buques, los transbordadores, las aeronaves y los drones, así como todas las futuras formas que resulten del desarrollo y la innovación en este sector.

El Parlamento Europeo estima que sector del automóvil es el que precisa más urgentemente de normas de la Unión y mundiales que garanticen el desarrollo transfronterizo de los vehículos autónomos y automatizados con el

fin de explotar plenamente su potencial económico y beneficiarse de los efectos positivos de las tendencias tecnológicas; subraya que la fragmentación de los enfoques normativos podría obstaculizar la implantación de los sistemas de transporte autónomos y poner en peligro la competitividad europea.

Considera el Parlamento Europeo que la transición a los vehículos autónomos repercutirá en los siguientes aspectos: la responsabilidad civil (responsabilidad y seguros), la seguridad vial, todas las cuestiones relativas al medio ambiente (por ejemplo, eficiencia energética, uso de tecnologías renovables y fuentes de energía), las cuestiones relativas a los datos (por ejemplo, acceso a los datos, protección de los datos personales y la intimidad, intercambio de datos), las cuestiones relativas a la infraestructura TIC (por ejemplo, alta densidad de comunicaciones eficientes y fiables) y el empleo (por ejemplo, creación y pérdida de puestos de trabajo, formación de los conductores de vehículos pesados para el uso de vehículos automatizados); subraya que se necesitarán inversiones considerables en las infraestructuras viarias, energéticas y de TIC; pide a la Comisión que examine los aspectos mencionados en sus trabajos sobre los vehículos autónomos.

La implantación de vehículos autónomos tiene la fiabilidad de la información de posición y tiempo proporcionada por los programas euro-

³ V. el Informe de 27 de enero de 2017 con las recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+VO//ES#title1>

peos de navegación por satélite Galileo y EGNOS. Todo ello obliga a discernir sobre los nuevos escenarios de los riesgos emergentes de cara a establecer el ámbito de aplicación de los criterios de responsabilidad en cada caso.

1.2.- Nuevos escenarios de riesgos.

El sector asegurador no va a permanecer al margen de la nueva realidad que supone el vehículo autónomo. La disrupción del vehículo autónomo suscita nuevos riesgos que no pueden ser analizados con los patrones antiguos del seguro, necesidades que abren nuevas oportunidades en la medida que implican nuevas vulnerabilidades y en consecuencia, nuevos riesgos a los que el sector asegurador se adaptará para satisfacer las necesidades de financiación de riesgos que comportan los vehículos autónomos

La gestión de los riesgos del vehículo autónomo comunicado requiere la verificación de las fases de identificación, análisis, evaluación, control, financiación y aseguramiento de los riesgos del nuevo escenario de riesgos.

Para el análisis de los nuevos escenarios de riesgos debemos partir de tres premisas significativas que van a incidir decisivamente en la configuración de los tres campos de responsabilidad, que a su vez incidirán en los mecanismos de exigencia de la responsabilidad civil de estos vehículos y su aseguramiento:

1º.- Vehículo autónomo. En el centro del riesgo analizado existe un producto final que denominamos **vehículo sin conductor** o vehículo autónomo y comunicado, que es el resultado de la unión y mezcla de cientos de productos que se encuentran en el interior del vehículo (sensores tales como telémetros, cámaras, sistemas de posicionamiento global, etc.), productos todos ellos que configuran el resultado final del vehículo terminado puesto en circulación.

2º.- Dispositivos externos. En torno al vehículo sin conductor o vehículo autónomo y comunicado, existen múltiples dispositivos y soportes que se encuentran en el exterior del mismo, es decir, otros productos distintos que van desde sencillas señales de tráfico, hasta balizas y complejos dispositivos electrónicos, que posibilitarán que estos nuevos vehículos circulen con eficacia y el máximo rango de seguridad. Siendo realistas, los actuales escenarios de la circulación de vehículos a motor tendrán que adaptarse a las necesidades de estos nuevos vehículos. Nos referimos, entre los elementos externos facilitadores de la circulación de estos vehículos, a satélites, dispositivos conectados a redes, software de geolocalización, mapas, señales

de circulación especialmente diseñadas para los vehículos autónomos y un largo etcétera de productos tecnológicos externos al vehículo autónomo, capaces de comunicarse con el mismo, que serán diseñados para posibilitar la circulación del nuevo vehículo.

Cada uno de dispositivos facilitadores de la circulación de los vehículos autónomos, son productos independientes y autónomos del vehículo y que están configurados con la finalidad de dar soporte externo en un nuevo medio.

Los denominados **sistemas inteligentes de transporte (SIT)** son los sistemas en los que se aplican tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito del transporte por carretera, incluidos infraestructuras, vehículos y usuarios, y en la gestión del tráfico y de la movilidad, así como para las interfaces con otros modos de transporte.

3º.- Redes de comunicación. Y puesto que hablamos de vehículos comunicados también hay que contemplar los riesgos que implican el modo de comunicación y las redes empleadas para posibilitar que estos vehículos puedan comunicarse por medio de las redes especialmente diseñadas con esta finalidad. Una red de informática (o de computadoras o de ordenadores) es un conjunto de dispositivos conectados por medio de infraestructuras de transporte de datos tales como cables o wifi, cables, señales, ondas o cualquier otro método de transporte de datos, para compartir información, recursos y servicios.

La finalidad de la comunicación es alcanzar la **interoperabilidad**, que es la capacidad de los sistemas y de los procesos empresariales subyacentes para intercambiar datos y compartir información y conocimientos. Y todo ello mediante interfaz, que es un dispositivo entre sistemas que facilita los medios de comunicación a través de los cuales pueden conectarse y actuar entre sí.

La Directiva 2010/40/UE creó el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte, con el objetivo de contar con una normativa común en pro de una implantación coordinada y eficaz, marco que se incorporaron en el derecho español por medio del **Real Decreto 662/2012, de 13 de abril**, por el que se establece el marco para la implantación de los **sistemas inteligentes de transporte** basados en la electrónica, la informática y las telecomunicaciones, que son aquellas aplicaciones avanzadas que proporcionan servicios innovadores en relación con los diferentes modos de transporte

y la gestión del tráfico y permiten a los distintos usuarios estar mejor informados y hacer un uso más seguro y coordinado de las redes de transporte. Implantación de los sistemas inteligentes de transporte. Como indica el preámbulo del Real Decreto 662/2012, la aplicación en España de las especificaciones y normas dictadas por la Comisión Europea sobre la implantación de sistemas inteligentes de transporte deberá realizarse conforme a las medidas que, a tal efecto, se adopten por el Ministerio del Interior y el Ministerio de Fomento, en el ámbito de las materias de sus respectivas competencias. Los SIT para los que la Comisión Europea no haya adoptado especificaciones o normas, se podrán implantar en España de acuerdo con las condiciones y procedimientos técnicos que se determinen por el Ministerio del Interior y el Ministerio de Fomento. El Ministerio del Interior, a través del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico, facilitará a la Comisión Europea, información sobre las medidas nacionales previstas en el campo de los sistemas inteligentes de transporte para el período de cinco años. Posteriormente y cada tres años, también deberá informar a la Comisión Europea sobre los progresos realizados en la implantación de las actividades y los proyectos nacionales. Para que pueda remitirse tal información, es competencia de las entidades, Administraciones y demás proveedores de aplicaciones y servicios de sistemas inteligentes de transporte, remitir al organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico un informe sobre sus actividades y proyectos en relación a los sistemas inteligentes de transporte para el período de cinco años y, previa solicitud, una memoria explicativa sobre los progresos realizados en la implantación de las actividades y los proyectos nacionales. Se inscribirán en el Registro de aplicaciones y servicios de sistemas inteligentes de transporte las entidades, Administraciones y demás proveedores de aplicaciones y servicios de sistemas inteligentes de transporte en España, cuyo responsable será el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico. La inscripción se realizará de oficio una vez las entidades, Administraciones y demás proveedores hayan remitido el informe sobre sus actividades y proyectos.

La Disposición adicional cuarta del Real Decreto 662/2012 se pronuncia sobre la responsabilidad: "La responsabilidad, en lo referente a la implantación y el uso de aplicaciones y servicios de los sistemas inteligentes de transporte (SIT), se regulará de acuerdo con lo previsto en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia." La

remisión legal al régimen de responsabilidad civil de productos defectuosos implica que existirá responsabilidad si el daño se produjo como consecuencia de un producto que no ofrece la seguridad legítimamente esperable o bien se trata de un daño originado por un servicio defectuosamente prestado.

Existen otros factores a considerar en el análisis de riesgos de los coches conectados y autónomos. Por ejemplo, la eliminación de puestos de trabajo, propiedad intelectual e industrial de los soportes necesarios para la circulación de los vehículos, la pérdida de privacidad, el registro y difusión de datos, los problemas relacionados con titularidad de los datos generados a raíz de la conducción, los ciberataques o contaminación de soportes malintencionada, la contaminación accidental, las omisiones y decisiones erróneas de estos vehículos, el registro y certificación de soportes, así como todo lo referente a la seguridad vial, mediadas de prevención y control de riesgos motivados por la circulación de estos coches y sistema de notificación y registro de eventos adversos (cajas negras de los vehículos).

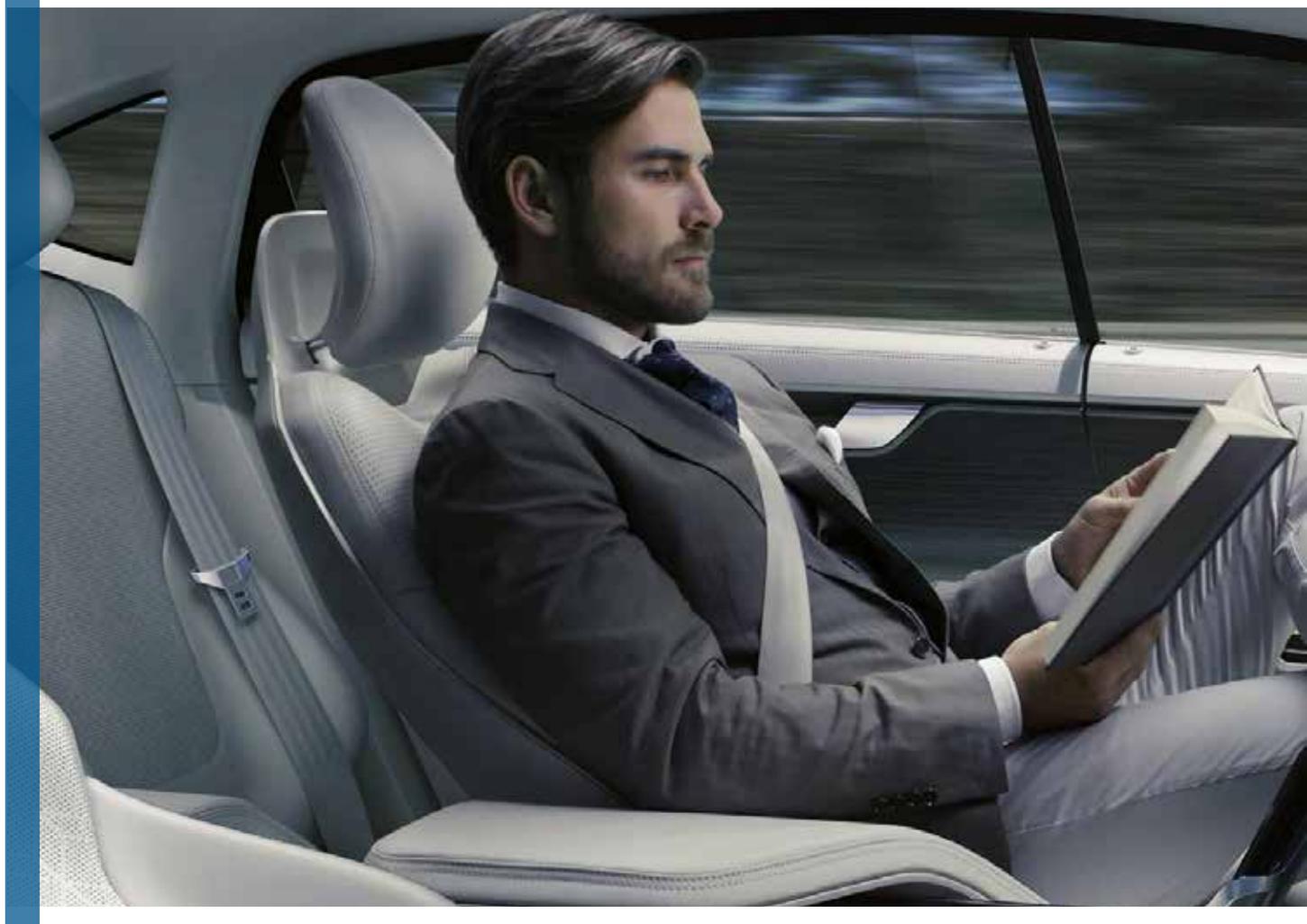
La clasificación de los riesgos tan dispares, pero vinculados todos ellos por el mismo nexo -vehículo comunicado y autónomo-, se puede hacer teniendo en cuenta tres grandes grupos de riesgos desde la perspectiva de la responsabilidad civil: servicios, productos y hechos de la circulación. Abordaremos a continuación la problemática desde la perspectiva del hecho de la circulación, partiendo de la hipótesis del vehículo autónomo comunicado circulando por las vías públicas.

2.- El umbral disruptivo del seguro o cuando el ser humano carezca de control o gobierno del vehículo.

¿Dónde está la línea roja que separa el actual sistema del riesgo de la conducción de vehículos a motor y el vehículo autónomo comunicado que no requiere la intervención del ser humano para circular?

La cuestión es trascendente ya que en la actualidad todo el marco regulatorio del automóvil y su aseguramiento se basa en la posibilidad de control del conductor que gobierna el vehículo, aún cuando el vehículo disponga de múltiples dispositivos tecnológicos que hacen más cómoda la conducción, pero requieren siempre la presencia del conductor que es quien, a la postre, toma las decisiones propias de quien tiene el gobierno del automóvil.

Podemos afirmar que esa línea roja no aparecerá mientras que, de una u otra forma, sea necesaria la mínima intervención del conductor, lo cual hace pensar que, a corto



plazo, viviremos un período transitorio en el que el vehículo, a pesar de contar con múltiples dispositivos tecnológicos, siga siendo gobernado por el ser humano. Es muy previsible que este período transitorio o mixto de conducción cuasiautónoma, será aprovechado para adaptar las ciudades y las vías públicas para el uso de los vehículos autónomos comunicados. Mientras transcurra ese período, tanto el marco legal que regula la circulación del automóvil, como las soluciones aseguradoras, seguirán siendo análogas a las actuales con pequeñas adaptaciones.⁴

⁴ Coincide con esta reflexión la Comisión de Transportes y Turismo en su recomendación a la Comisión de Asuntos Jurídicos: "A efectos de responsabilidad civil, es necesario establecer una distinción entre vehículos automatizados (que contienen un dispositivo que permite la realización automática de ciertas operaciones de conducción) y vehículos autónomos (que garantizan la totalidad de estas operaciones); que, en el primer caso, la conducción debe estar bajo el control permanente y la responsabilidad total del conductor, y, en el segundo caso, la conducción no necesita ya control permanente ni ningún tipo de intervención por parte del usuario; considerando asimismo que en el primer caso el régimen de responsabilidad civil no varía con respecto al vehículo clásico, mientras que en el segundo caso se tiene que adaptar."

Si analizamos las características de un robot inteligente según el Informe de Recomendaciones (2015/2103, de 31 de mayo 2016) del Parlamento Europeo de normas de Derecho Civil sobre robótica, en el que se facilitan pautas para regular la Responsabilidad Civil derivada del uso de robots⁵, encontramos una total coincidencia del vehículo autónomo comunicado con las características que se atribuyen a los robots:

- Capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el intercambio y análisis de dichos datos;
- Capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción;
- Un soporte físico mínimo;
- Capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno;

⁵ ELGUERO, JOSÉ MARÍA, en BDS, Boletín Diario del Seguro, 7 de marzo de 2017: "Se refiere a las responsabilidades contractuales y extracontractuales que pueden derivarse de su actuación, recomendando configurar como objetiva dicha responsabilidad y estableciendo la necesidad de disponer de un seguro obligatorio de RC por los daños derivados de la tenencia y uso de robots."



- Inexistencia de vida en sentido biológico.

La autonomía de un robot es la capacidad de tomar decisiones y aplicarlas en el mundo exterior, con independencia de todo control o influencia externos; que esa autonomía es puramente tecnológica y es mayor en función del grado de sofisticación con que se haya diseñado el robot para interactuar con su entorno.

La autonomía de los robots suscita la cuestión de su naturaleza y de si pertenecen a una de las categorías jurídicas existentes o si debe crearse una nueva categoría con sus propias características jurídicas. Resulta evidente que cuanto más autónomos sean los robots, más difícil será considerarlos simples instrumentos en manos de otros agentes (como el fabricante, el operador, el propietario, el usuario, etc.); circunstancia que, a su vez, suscita la cuestión -según la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo- de si la normativa general sobre responsabilidad es suficiente o si se requieren normas y principios específicos que aporten claridad sobre la responsabilidad jurídica de los distintos agentes y su responsabilidad por los actos y omisiones de los robots cuya causa no pueda atribuirse a un agente humano concreto,

y de si los actos u omisiones de los robots que han causado daños podrían haberse evitado.

El Parlamento Europeo considera que en el actual marco jurídico, los robots no pueden ser considerados responsables de los actos u omisiones que causan daños a terceros; que las normas vigentes en materia de responsabilidad contemplan los casos en los que es posible atribuir la acción u omisión del robot a un agente humano concreto -como el fabricante, el operador, el propietario o el usuario-, y en los que dicho agente podía haber previsto y evitado el comportamiento del robot que ocasionó los daños; que, además, los fabricantes, los operadores, los propietarios o los usuarios podrían ser considerados objetivamente responsables de los actos u omisiones de un robot. En el marco jurídico vigente, la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos -en la que el fabricante de un producto es responsable de un mal funcionamiento- y las normas que rigen la responsabilidad por una actuación que ocasiona daños -en la que el usuario de un producto es responsable de un comportamiento que deriva en un perjuicio- se aplican a los daños ocasionados por los robots o la inteligencia artificial.

Notemos que, a modo de ejemplo, la Ley de 35/2015, de 22 de septiembre, que modifica el 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, establece en su art. 1.1. que el conductor de vehículos a motor es legalmente responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; **“no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos”**. La no equiparación legal a los supuestos de fuerza mayor, como causa de exoneración de responsabilidad, de los defectos del vehículo, ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos, impide su invocación por parte del conductor del vehículo que será el responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

Finalizado el período transitorio, cuando el automóvil sea plenamente autónomo y no dependa del ser humano para ningún proceso de control de la conducción, precisamente en ese momento, tanto el marco legal como los distin-

tos seguros relacionados con la circulación de vehículos a motor (daños propios, obligatorio y voluntario de responsabilidad civil, accidentes, riesgos extraordinarios, etc.), cambiarán necesariamente para adaptarse a las necesidades de los nuevos escenarios de riesgos.

En los tres escenarios anteriormente descritos (el vehículo plenamente autónomo, los dispositivos externos facilitadores de su conducción en la vía pública y el sistema de redes de comunicación de estos vehículos), desplazan la antigua responsabilidad del conductor en aquellos fabricantes, diseñadores, constructores, mantenedores, Administraciones Públicas, contratistas y subcontratistas, entre otros, que hagan posible la circulación de los vehículos autónomos. Ello es así porque en la medida en que el ser humano no pueda interactuar con el vehículo autónomo se puede cuestionar su responsabilidad más allá de la estrictamente legal; es decir, el vehículo autónomo comunicado desplaza jurídicamente la responsabilidad del conductor y del propietario del vehículo, tal y como ahora lo conocemos, sobre los fabricantes de los productos implicado en el accidente (el propio vehículo, los dispositivos tecnológicos de la vía pública y las redes de comunicación de los vehículos y de los dispositivos externos), en unos casos, y en otros, sobre los agentes que pueden estar implicados en el siniestro, encargados del mantenimiento de los anteriores productos, etc.

Hoy disponemos de un marco legal adecuado para los vehículos que circulan por las vías públicas, incluso en materia de responsabilidad civil de productos, según se contempla en los arts. 1.101 y ss del Código civil, o, en el libro tercero del RDLeg. 1/2007, de 16 noviembre (TRL-CU), ello a pesar de las causas de exoneración de responsabilidad de los fabricantes previstas en el artículo 140 del Texto Refundido que permiten exonerar la responsabilidad del fabricante si prueba:

- a) Que no había puesto en circulación el producto.
- b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.
- c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.
- d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.
- e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento

de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

Sin embargo parece absolutamente necesario el cambio normativo cuando los vehículos plenamente autónomos circulen por las vías públicas, ya que podrían producirse casos de inexistencia de responsabilidad del fabricante en los tres escenarios descritos, si concurren alguna de estas causas de exoneración de responsabilidad del fabricante.

Los fabricantes y los importadores son responsables de los daños causados por los defectos de los productos que fabriquen o importen respectivamente. Sobre este principio general se desarrolla el régimen jurídico especial de responsabilidad de productos que no solamente requiere la concurrencia de requisitos para indemnizar los daños (existencia de un producto defectuoso que causó el siniestro de automóvil), sino también permite exonerar la responsabilidad del fabricante o del importador en determinados casos especialmente previstos en la norma legal. Todo ello nos lleva a concluir que en la responsabilidad civil de productos defectuosos nos encontramos ante una responsabilidad cuasiobjetiva, con las limitaciones de un sistema que está lejos del actualmente previsto en la normativa que protege a la víctima en caso de accidente de circulación.

A ello hay que unir el doble ámbito de aplicación de la actual normativa de responsabilidad civil de productos defectuosos ya que, por un lado, el RDLeg. 1/2007, de 16 noviembre (TRL-CU), está pensado para los conflictos entre los consumidores finales del producto y los fabricantes e importadores de los productos, entendiéndose por consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, considerándose también consumidores a efectos de la mencionada norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Por tanto, el ámbito de protección del régimen de responsabilidad previsto en la norma comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado. Por tanto, no están en el ámbito de protección del régimen especial de responsabilidad civil de productos del RDLeg. 1/2007, los daños causados entre empresas, los daños causados a profesionales, así como cualquier otro daño personal o material, cuando éstos afecten a bienes o servicios no destinados al uso o consumo privados; en estos casos se aplicará el régimen jurídico general de respon-



sabilidad civil de los arts. 1902 y concordantes del Código civil, en los casos de responsabilidad extracontractual y de los arts. 1101 y concordantes del mismo texto legal.

2.1.- ¿Estamos preparados para el arranque del coche plenamente autónomo y comunicado?

Vistos los antecedentes comentados la contestación ha de ser necesariamente negativa respecto del vehículo plenamente autónomo y comunicado.

Desde el punto de vista del marco regulatorio está casi todo por hacer, sin embargo existe el convencimiento de que “el vehículo -conectado primero, y autónomo después- protagoniza ya el primer capítulo del nuevo ciclo del ecosistema digital, que se basa en los datos líquidos”, un ecosistema digital donde los soportes electrónicos del coche generarán más ingresos que la venta del vehículo en sí mismo, con una previsión de 100 millones de vehículos circulando en el año 2020, que estarán asegurados con pólizas telemáticas o “seguros conectados”, llegando a casi el 50% de los vehículos en todo el

mundo en 2030, lo cual nos plantea una cuestión: ¿los enfoques tradicionales de seguros se quedan cortos?⁶

2.2.- El debido control de los algoritmos.

Sabido es que la fase de control de riesgos es un eslabón fundamental en el proceso de gestión de riesgos, su finalidad es analizar el funcionamiento, la efectividad y el cumplimiento de las medidas de protección, para detectar sus deficiencias y tomar las medidas correctoras necesarias para evitar en el futuro la ocurrencia de siniestros.

⁶ El 85% de los directivos del sector de Automoción está convencido de que en el futuro se generarán más ingresos con el ecosistema digital que rodeará a la industria que con la mera venta de coches. Pero este es solo uno de los retos y oportunidades a los que se enfrenta el sector, según se desprende del Informe Global sobre Automoción 2017 elaborado por KPMG y en el que se ha encuestado a cerca de 1.000 directivos del sector y más de 2.400 conductores procedentes de 42 países. Véase Informe Global sobre Automoción 2017 elaborado por KPMG, disponible en: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/es/pdf/2017/global-automotive-executive-survey-2017.pdf>





Para que puedan circular los vehículos autónomos comunicados requerirán su previa homologación, lo que implica un debido control que permita medir el cumplimiento y la efectividad de las medidas de protección que se requieren para circular por las vías públicas con niveles óptimos de seguridad y eficacia. Las conclusiones que se deduzcan del control de los riesgos de movilidad de los nuevos vehículos, servirán para tomar las medidas correctoras para evitar los problemas detectados, no solo en el día a día de su circulación por las vías públicas, sino también en otros ámbitos como:

- Propiedad intelectual e industrial de los soportes necesarios para la circulación.
- Pérdida de privacidad, el registro y difusión de datos: Internet de las cosas.
- La titularidad de los datos generados a raíz de la conducción.
- Papel de la Guardia Civil y las Policías en el control del tráfico de vehículos y de los soportes que permitan el mismo.
- Ciberataques, contaminación de datos malintencionada o accidental.
- Omisiones y decisiones erróneas de estos vehículos.
- Registro, homologación y certificación de vehículos autónomos comunicados, soportes y redes de datos.
- Seguridad vial, medidas de prevención y control de riesgos motivados por la circulación de estos coches.

Aunque muchas aplicaciones robóticas están todavía en fase experimental, podemos anticiparnos a los problemas que generarán la previsión de 44 billones de gigabites circulando por las redes en el en 2020 (10 veces más que en 2013 según la previsión de Dell EMC). Parece evidente que precisamos un marco legal que regule el desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial para uso civil, en el que sea posible auditar los algoritmos de los dispositivos que concurren en el vehículo autónomo comunicado con respeto a los derechos en juego en el tratamiento de datos de carácter personal.⁷

⁷ Téngase en cuenta al respecto el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), en particular su artículo 22, relativo a las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles: "1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar."

No hace falta recordar el caso de Volkswagen que afecta a millones de vehículos en el mundo, con motivo de un software instalado en sus vehículos con la finalidad de ocultar las emisiones reales de gases contaminantes, en este caso, de haberse realizado un debido control sobre los algoritmos del software, se hubieran evitado millones de problemas. Al fin, un problema tecnológico, pero con una base ética incuestionable que puede evitarse con la implementación de auditorías éticas basadas en principios y valores inherentes en nuestra sociedad, como la no estigmatización, la transparencia, la autonomía, la responsabilidad individual, y la responsabilidad social, sin olvidar las actuales prácticas y códigos éticos. A la dificultad técnica de auditar los algoritmos de los dispositivos de los vehículos se suma la inexistencia de regulación al respecto y la protección de un secreto empresarial. Sin embargo la Association for Computing Machinery ha elaborado siete principios que constituyen un avance relevante para implementar y estandarizar medidas de control sobre algoritmos.⁸

Las políticas para mejorar la seguridad de la circulación requieren valorar, junto a la incidencia de fallos, su gravedad, las causas de los siniestros y la incidencia de errores u omisiones del vehículo autónomo comunicado. Estamos convencidos de las bondades del sistema de notificación y registro de eventos adversos (auténticas cajas negras de vehículos), sistemas que persiguen como objetivo analizar los eventos adversos ocurridos en la circulación del vehículo implicado en el accidente, con objeto de identificar sus causas y los fallos del vehículo que propician riesgos para la seguridad de los ocupantes del vehículo y los terceros afectados.

Previsiblemente los nuevos vehículos tendrán rasgos cognitivos y autónomos —como la capacidad de aprender de la experiencia y tomar decisiones cuasi independientes— por ello es crucial la regulación de la responsabilidad jurídica por los daños que pueda ocasionar su actuación y el encaje del seguro privado en la nueva situación. La robótica ha de preservar el bienestar humano, respetar los derechos humanos, lo que implica medidas éticas y técnicas para garantizar la seguridad, la eficacia y la reversibilidad del funcionamiento del sistema. De ahí la preocupación para respetar los valores de dignidad, autonomía y autodeterminación, libertad y justicia, antes, durante y después del proceso de concepción, desarrollo y de aplicación de esas tecnologías, incluida la necesidad

de no perjudicar, herir, engañar o explorar a los usuarios. En este sentido el código de conducta europeo invita a todos los investigadores y diseñadores a actuar de forma responsable y con la máxima consideración a la necesidad de respetar la dignidad, intimidad y la seguridad de las personas, con obligaciones dirigidas a los diseñadores que deberán:

- Introducir principios de diseño de sistemas fiables en todos los aspectos del funcionamiento de un robot, tanto para la concepción del material y de programas informáticos, como para el tratamiento de datos dentro o fuera de la plataforma a efectos de seguridad.
- Incluir dispositivos concebidos para asegurar que las informaciones privadas se conservan con total seguridad y solo se utilizan de manera adecuada.
- Integrar mecanismos de salida evidentes (teclas de interrupción de urgencia) que deberán ser coherentes con los objetivos de diseño razonables.
- Garantizar el funcionamiento del robot conforme a los principios éticos y jurídicos a nivel local, nacional e internacional.
- Asegurar que las decisiones del robot puedan ser objeto de reconstrucción y trazabilidad.
- Garantizar la transparencia en la programación de los sistemas robóticos, así como la previsibilidad de su comportamiento.
- Asegurar la previsibilidad de un sistema humano-robot teniendo en cuenta la incertidumbre en la interpretación y en la acción, así como los posibles fallos de los robots o del hombre.
- Crear y desarrollar instrumentos de rastreo en la fase de concepción del robot.
- Elaborar protocolos de concepción y evaluación, y colaborar con los usuarios y las partes interesadas potenciales para evaluar las ventajas y los riesgos de la robótica, incluido a nivel cognitivo, psicológico y medioambiental.
- Garantizar que los robots sean identificables como tales al relacionarse con seres humanos.
- Salvaguardar la seguridad y la salud de las personas que interactúan y entran en contacto con los robots, teniendo en cuenta que estos, como productos, deberán elaborarse utilizando procesos que garantizan su seguridad y protección.- Validar mediante dictamen favorable de un comité de ética de la investigación antes de probar un ro-

⁸ V. Statement on Algorithmic Transparency and Accountability, pág. 2, 12 de enero de 2017. Disponible en: https://www.acm.org/binaries/content/assets/public-policy/2017_usacm_statement_algorithms.pdf

bot en un entorno real o implicando a seres humanos en los procedimientos de concepción y desarrollo.⁹

3.- Bases para un marco regulatorio adecuado a los escenarios de riesgos del vehículo autónomo comunicado.

Para evitar las incertidumbres regulatorias y de responsabilidad civil por los daños causados por estos vehículos, así como que la ley no sea un obstáculo y se limite a regular los nuevos riesgos de la tecnología “tenemos que trabajar en las leyes y la responsabilidad” como declara Patrick Mercier-Handisyde, Director General de Investigación e Innovación de la Comisión Europea.¹⁰

Partiendo de la de gestión de riesgos y el principio de la responsabilidad objetiva, el cambio normativo debe contemplar la realidad de los tres escenarios de riesgos donde transcurrirá la actividad del vehículo autónomo comunicado, de forma que, mientras que el vehículo requiera la acción del ser humano para su uso, el régimen de responsabilidad civil y su aseguramiento pueden permanecer tal y como ahora lo conocemos. Sin embargo, el cambio regulatorio será necesario cuando aparezca el vehículo totalmente autónomo y comunicado, auténtico umbral del cambio en la materia, no solo para el regulador, sino también para las entidades aseguradoras con apetito de aseguramiento de estos riesgos.

El legislador español siempre ha sido consciente de la trascendencia social del fenómeno de la circulación, inspirándose en el respeto el principio básico de la indemnización del daño corporal para lograr la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos por las víctimas de accidentes y reparar el daño causado en una posición lo más parecida posible a la que tendría la víctima de no haberse producido el accidente.

Partiendo de esta premisa y a tenor de cuanto hemos afirmado con anterioridad, podemos establecer diez bases para un cambio normativo adecuado a la circulación de vehículos plenamente autónomos.

1ª.- En el ámbito internacional deberá modificarse la **Convención de Viena** sobre

⁹ Código de conducta ética para los ingenieros en robótica. En Informe de 27 de enero de 2017 con las recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))

¹⁰ V. “El coche autónomo. Los conductores, dispuestos a ceder la conducción a la tecnología. el observatorio cetelem auto 2016”. Pág 23. Disponible en: http://www.elobservatoriocetelem.es/wp-content/uploads/2016/03/observatorio_cetelem_auto_2016.pdf

la circulación por carretera, que no permite la circulación de coches autónomos por carretera. Como indicamos, está prevista su modificación en el año 2017, como requisito básico de los países que suscribieron aquella Convención, suscrita por los principales países del mundo, salvo USA, China y Japón.

2ª.- El papel que los vehículos a motor tienen en nuestra sociedad y la dimensión social del problema de los accidentes de tráfico justifican la iniciativa de armonización normativa de la responsabilidad civil de los vehículos autónomos comunicados y la protección de las víctimas de los accidentes, en la que la **reparación íntegra y vertebrada del daño** constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración. El marco legal español deberá armonizarse con la regulación europea que espera construirse sobre las Recomendaciones (2015/2103, de 31 de mayo 2016) del Parlamento Europeo de normas de Derecho Civil sobre robótica, sin que pueda limitarse ni el tipo o el alcance de los daños y perjuicios que puedan ser objeto de compensación, ni la naturaleza de dicha compensación.

3ª.- Careciendo de conductor el vehículo autónomo comunicado, el **legislador deberá regular ex novo la responsabilidad civil del dueño del vehículo**, con independencia de dictar una normativa específica que regule la responsabilidad del fabricante del vehículo, ya que ninguno de los marcos jurídicos contemplan actualmente de forma adecuada los distintos conflictos de responsabilidad que surgen con los nuevos riesgos sin trasgredir los principios de protección a las víctimas antes indicados.

4ª.- El sector asegurador sabrá adaptarse a los nuevos riesgos del automóvil autónomo conectado, desplegando sus productos para cubrir el nuevo seguro obligatorio de responsabilidad civil de estos automóviles, de forma que todo propietario de vehículos a motor que tenga su estacionamiento habitual en España estará obligado a suscribir y mantener en vigor **un contrato de seguro por cada vehículo** de que sea titular, que cubra, hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio, la responsabilidad civil por daños a terceros, ello sin perjuicio de que el propietario quede relevado de tal obligación cuando el seguro sea concertado por cualquier persona que tenga interés en el aseguramiento. Adicionalmente el resto de seguros (daños propios, accidentes, ocupantes, etc.) se adaptarán a los nuevos escenarios de riesgos. El sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos deberá complementarse con el papel

del Consorcio de Compensación de Seguros para garantizar la compensación de los daños y perjuicios en los supuestos en los que no exista una cobertura de seguro.

5ª.- El criterio de imputación de la responsabilidad civil de los vehículos autónomos comunicados se regulará teniendo en consideración el principio de protección a las víctimas que impera en nuestro sistema legal. Siguiendo este principio, con independencia de su regulación definitiva, el legislador deberá optar por imputar la responsabilidad al propietario del vehículo por el riesgo creado con el uso y tenencia de vehículo autónomo o bien determinar la responsabilidad única del fabricante o importador en la Unión Europea del vehículo. Esta decisión será de política legislativa, ya que es previsible que siga imperando el principio de protección de la víctima. Si finalmente la política normativa determinara la responsabilidad objetiva del propietario del vehículo, naturalmente el asegurador de responsabilidad civil o el Consorcio de Compensación de Seguros, tendrían acción o bien frente al fabricante del producto (si el accidente le es imputable al mismo) o bien frente a los responsables del accidente, tanto si es otro vehículo, como si fue el soporte tecnológico externo el que incurrió en error u omisión causante del accidente o bien si el accidente fue causado por los fallos de redes o sistemas inteligentes de transporte y circulación de estos vehículos.

6ª.- Dado que las causas de los accidentes de circulación de estos vehículos están dentro de las posibilidades de control, o bien del fabricante del vehículo autónomo comunicado, o de otros operadores, es previsible que se multipliquen las acciones de regreso de las entidades aseguradoras de automóviles, una vez satisfechas las indemnizaciones de los daños y perjuicios causados a terceros, contra los directamente causantes de los errores y omisiones causantes de los accidentes.

7ª.- Los terceros perjudicados como consecuencia de los daños causados por estos vehículos podrán instar la acción directa de responsabilidad civil del art. 76 de la Ley de contrato de seguro contra el propietario del vehículo, por tratarse de una acción con suficiente tradición en el derecho español de daños.

8ª.- Cuando se trate de vehículos que transporten de forma colectiva a personas el legislador regulará un seguro obligatorio de accidentes de viajeros específico basado en un baremo de daños corporales con

garantías análogas al seguro obligatorio de responsabilidad civil de automóvil.

9ª.- El legislador deberá regular y divulgar la implementación en la industria del automóvil un sistema de notificación y registro de eventos adversos específico para estos vehículos. Sistema que permita, no solo el estudio de las causas de los accidentes de circulación, sino también la auditoría de los algoritmos internos del vehículo para verificar que funcionan correctamente, que respetan la ley, que no discriminan y que no incurrir en incumplimientos legales.

10ª.- Los nuevos riesgos deben identificarse, analizarse y evaluarse a la luz de la seguridad y la salud humanas, así como la libertad, la intimidad, la integridad y la dignidad de las personas, lo que implica un respeto a los principios éticos de beneficencia, no maleficencia, autonomía, justicia, y los consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (dignidad humana, la igualdad, la justicia y la equidad, la no discriminación, el consentimiento informado, la vida privada y familiar y la protección de datos). Estos principios deben aplicarse no solo en la fase de proyecto y diseño de los vehículos, sino también en su proceso de construcción, distribución y mantenimiento de los mismos.

4.- Conclusiones.

La aparición de los vehículos conectados y autónomos supone un exponente más de la era en la que robots, bots, androides y otras formas de inteligencia artificial cada vez más sofisticados, cuya regulación y aseguramiento supondrá un reto en los próximos años. Seremos testigos de nuevos riesgos disruptivos, así como nuevas necesidades de gestión de riesgos y nuevas oportunidades para todos, en las que:

1º. Las conexiones 5G permitirá el desarrollo del denominado "Internet de la Cosas" que conectará a la Red no solamente coches, sino también viviendas, ciudades e industrias.

2º. La Cuarta Revolución Industrial promete cambiar los coches, pero también las empresas y las viviendas, una sociedad cada vez más dependiente de la Inteligencia Artificial.

3º. El marco normativo y el seguro responderán a las necesidades de las nuevas realidades de los riesgos y de los asegurados. La capacidad de respuesta a tiempo para la adaptación a los desafíos que están por venir en la industria, el legislador y las aseguradoras, marcará la diferencia entre el éxito o el fracaso respecto de las oportunidades que surjan en un futuro muy próximo.

5.- Bibliografía.

La Evolución en el sector del automóvil: el coche se hace inteligente - Gómez Recio, Sergio. En: Mundo MAPFRE. - Madrid: Sistema MAPFRE = ISSN 1132-9068. - 29/09/2016 Número 93 - 3 2016, p. 26-29.

4 Seasons why smart mobility and autonomous driving will cause disruption - Marks, Norm. En: Property Casualty 360°. - Septiembre 16, 2016; 4 p.

Autonomous driving systems need standards - Gordon, Rachel. En: Post magazine: the insurance world covered since 1840. - London: Incisive Financial Publishing Ltd., 2005-. - 05/09/2016 Número 9 - septiembre 2016, p. 28-31.

Ready to sail: international crewless ship - Worsfold, David. En: Post magazine: the insurance world covered since 1840. - London: Incisive Financial Publishing Ltd., 2005-. - 05/09/2016 Número 9 - septiembre 2016, p. 80-81.

Insuring automated vehicles: who's in the driving seat? - Booth, Garry. En: Reactions. - London: Euromoney Institutional Investor PLC, 1981- = ISSN 0953-5640. - 05/09/2016 Número 9 - septiembre 2016, P. 56-58

Look to the skies - Nyman, Francesca. En: Post magazine: the insurance world covered since 1840. - London: Incisive Financial Publishing Ltd., 2005-. - 01/08/2016 Número 8 - agosto 2016, p. 88-91.

Manufacturers of autonomous vehicles should be making a SPLASh to manage risk - Kogut, Christine K. [s.l.]: Milliman, 2016 .

¿España está preparada para el arranque del coche autónomo?: comentarios legales - Rentería Tazo, Ainara. En: La Tribuna de Automoción. - julio 1, 2016; 1 p.

Self-driving vehicles, robo-taxis, and the urban mobility revolution [s.l.]: The Boston Consulting Group, 2016.

Las ADAS de la conducción: XVI Ciclo de Conferencias de la Cátedra CESVIMAP de la Universidad Católica de Ávila - Aparicio Benayas, Ángel Recurso. En: CESVIMAP: revista técnica de reparación y peritación de daños en carrocería y pintura de automóviles. - Madrid: Centro de Experimentación y Seguridad Vial MAPFRE, 1992- = ISSN 1132-7103. - 01/06/2016 Número 96 - junio 2016, p. 35.

Rewriting the rules of the road for automated driving - Nelson, Michael R. En: National Underwriter - Claims Magazine. - vol. 64, nº 6, June 2016; p. 24-28.

El Futuro es la movilidad pero disminuyendo emisiones y consumos: vehículos alternativos -

Piernavieja, Guillermo. En: Aseguranza. - Madrid: Ediciones de Negocios S.L., 1996- = ISSN 1137-1048. - 01/06/2016 Número 217 - junio 2016, p. 24-25.

Auto et habitation connectées: dossier. En: L'Argus de l'assurance. - Paris: Groupe Industrie Services Info, 1983- = ISSN 1626-4428. - 13/05/2016 Número 7457 - 13 mayo 2016, p. 37-46.

Shifting gears: insurers adjust for connected-car ecosystems. En: McKinsey&Company. - [New York]: Mckinsey & Company. - Mayo 2016; 6 p.

Will self-driving cars bring safer roads? - Johnson, Michelle. En: Property Casualty 360°. - Mar 28, 2016; 2 p.

Le Droit international autorise les voitures autonomes... ou presque - Protais, Marine. Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas.

What's next for motor insurance?: disruptors could change the market - Anderson, Duncan. En: Emphasis. - New York: Towers Watson, 1987-. - 08/03/2016 Número 1 - 2016, p. 6-9.

L'Assurance automobile face aux chocs du futur. En: Risques: les cahiers de l'assurance. - Paris: FFSA, 1990- = ISSN 1152-9253. - 01/03/2016 Número 105 - marzo 2016, p. 15-59.

Driverless cars: the cyber revolution: insights legal page - Carrigan, Dean. En: Asia insurance review. - Singapore: Ins Communications Pte Ltd., 2009- = ISSN 0218-2696. - 01/03/2016 Número 3 - marzo 2016, p. 74-76.

Self-driving cars would need a driver in California - Vekshin, Alison. En: Property Casualty 360°. - Jan 28, 2016; 4 p.

The Future of mobility: changes in vehicle technology. — London: Allianz Insurance plc, 2015.

La Responsabilidad civil del fabricante de vehículos defectuosos. Los vehículos sin conductor. Juan Alberto Díez Ballesteros. Trabajo coincidente en lo esencial con la conferencia pronunciada en el XXXI Congreso de la Circulación y Seguro, organizado por INESE, que tuvo lugar en Madrid los días 16 y 17 de abril de 2015. En: RC: revista de responsabilidad civil, circulación y seguro. - Madrid: INESE.- Número 8 - septiembre 2015, p. 6-31.

Key to success: self-driving vehicles / Domenico Savarese. En: Post magazine: the insurance world covered since 1840. - London: Incisive Financial Publishing Ltd.- Número 5 - noviembre 2015, p. 37-38.

Instrucción 15/V-113: autorización de pruebas o ensayos de investigación realizados con vehículos de conducción automatizada en vías

abiertas al tráfico en general. — [Madrid]: Dirección General de Tráfico, [2015].

Riesgos en la conducción y estacionamiento autónomo: implicación de la Dirección General de Tráfico (DGT): Unión Internacional para la Defensa de los Motociclistas, 2015.

Full speed ahead: how the driverless car could transform cities.: McKinsey & Company, 2015.

Vía libre para las pruebas de vehículos autónomos en las carreteras españolas / Antonio Fajardo. En: Seguros magazine. - Madrid: Cerial iComunicación, 2014. 10/12/2015 Año 2016 Número 30 - diciembre, p. 30-31

The Selfie experience: the evolving behavior of the connected customer. Cars online 2015: Capgemini, cop. 2015.

The Connected car: who is in the driver's seat? a study on privacy and onboard vehicle telematic technology: who is in the driver's seat? A study on privacy and onboard vehicle telematic technology. — Vancouver: FIPA, 2015.

Competing for the connected customer: perspectives on the opportunities created by car connectivity and automation. — Stuttgart [etc.]: McKinsey & Company, 2015.

Google self-driving car testing report on disengagements of autonomous mode. — [California: Google], 2015.

Cars 2025 / Goldman Sachs. <http://www.goldmansachs.com/our-thinking/technology-driving-innovation/cars-2025/>

Usage-based insurance global study 2016: free abstract. — Brussels [etc.]: Ptolemus, 2015.

Connected and autonomous vehicles: the UK economic opportunity. — [S.l.]: KPMG LLP, 2015.

The Future of motor insurance: how car connectivity and ADAS are impacting the market. — [Berlin]: Swiss Re: HERE, 2016.

How much the self-driving versión of your car will save on insurance (in 1 graph) / Gregory Ferenstein. En: Forbes. - 17th July, 2016; 2.

Situación actual del desarrollo del coche autónomo / Felipe Jiménez — Ávila: CESVIMAP, 2016. En: Jornada del Ciclo de Conferencias de la Cátedra CESVIMAP de la Universidad Católica de Ávila (16ª. Abril 2016: Ávila).

Priorización del potencial en seguridad de la conducción autónoma en Europa / European Transport Safety Council (ETSC). Madrid: FUNDACIÓN MAPFRE, Área de Prevención y Seguridad Vial, 2016. <http://www.mapfre.es/documentacion/publico/i18n/consulta/registro.cmd?id=156202>

¿Quién asume responsabilidades en un coche autopilotado en caso de daños? Carlos Lluch. En Diario CINCO DIAS, 05 de abril de 2016. http://cincodias.com/cincodias/2016/04/05/finanzas_personales/1459841192_594157.html

La era Asimov. Análisis de la propuesta del PE en materia de robótica. Santiago Rodríguez Bajón. Diario La Ley, Nº 4, Sección Ciberderecho, 13 de Febrero de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

Europa quiere regular a los robots. Alejandro Sánchez del Campo Redonet. Diario La Ley, Nº 4, Sección Ciberderecho, 28 de Febrero de 2017, Editorial Wolters Kluwer.





La responsabilidad civil del veterinario.

Rosario Monter Fraile

Abogada especializada en derecho y bienestar animal

En el siguiente trabajo vamos a analizar la responsabilidad civil del veterinario que actúa en el ejercicio de su profesión, la cual implica un deber u obligación de indemnizar a quienes se hayan visto perjudicados o dañados por una acción u omisión negligente. Analizaremos el contenido y límites de la llamada “lex artis ad hoc”. La mala praxis. La prueba. Y finalmente, los conceptos indemnizables: el daño patrimonial y el daño moral.

En las últimas décadas, se ha producido un aumento de la tenencia de animales de compañía en la unidad familiar. Dichos animales son tratados como un miembro más de la familia, proporcionándoles todo lo necesario para su bienestar, y los cuidados sanitarios que le son precisos.



Así, cuando un animal enferma, su dueño responsable, lo llevará a un veterinario para tratar su enfermedad con la esperanza de su curación, depositando en el profesional facultativo toda su confianza de que así sea.

Sin embargo, y por desgracia, no son infrecuentes los casos en que debido a un error en el diagnóstico y/o una mala praxis, se produce la muerte o daños irreversibles en los animales, ocasionando en sus propietarios un gran sufrimiento, lo que les lleva a iniciar acciones legales contra el veterinario.

La ciencia veterinaria no es infalible ni exacta, ni todo lo puede, y hay ocasiones en que los daños provienen de patologías que no son imputables al profesional veterinario, ni éste tiene responsabilidad alguna en el fatal desenlace.

Cuando la actuación negligente del veterinario clínico genera daños y/o perjuicios puede derivar a una responsabilidad civil o a una conducta criminal reprochable regida por el Código Penal.

Dejando al margen la responsabilidad penal, que sería objeto de otro estudio, vamos a examinar la responsabilidad civil del profesional veterinario en el ámbito de su actuación, dejando constancia que la doctrina jurisprudencial al tratar casos de supuesta negligencia médica, es aplicable a la responsabilidad veterinaria por la naturaleza análoga de la actividad.

En primer lugar, vamos a determinar qué **tipo de obligación** surge del profesional veterinario respecto al animal, al que llamaremos, en éste contexto, el “paciente”.

Según reiterada doctrina jurisprudencial estamos ante una **obligación de medios**, (y no de resultados) que se traduce en que el Veterinario está obligado, no a curar inexcusablemente al paciente (el animal), sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la denominada “*lex artis ad hoc*” la cual impone especiales conocimientos científicos, técnicas, procedimientos y saberes de la ciencia veterinaria, en ese caso concreto y para ese animal preciso, (Vid. STS, 11.2.1999 (RJ/1999/1996)).

En tal sentido, resulta relevante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 11 de Junio de 1.999: *“debemos precisar y recordar la reiterada doctrina jurisprudencial que señala que la obligación que surge a cargo del facultativo (en este caso, veterinario) no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo (en este caso, animal) o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados, sino una obligación de medios, es decir está obligado, no a curar inexcusablemente al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y la denominada “lex artis ad hoc”. En la conducta de los profesionales de la medicina (y veterinaria) queda, en general,*

descontada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, no operando en estos casos la inversión de la carga de la prueba, estando por tanto a cargo del paciente o sus familiares (en este caso el propietario del caballo) la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (ss. 28.2.95, 15.10.96 y 28.12.98), bien entendido que la misma jurisprudencia impone, sin embargo, un particular deber de cuidado en la práctica médica, en lo que se ha venido en llamar el deber de empleo de los medios adecuados, presumiendo la culpa del profesional cuando no se actuó de acuerdo a la lex artis, tanto por la gran dificultad de discernir la culpa en materia predominantemente técnica, como por el valor inestimable de la vida y salud cuyo cuidado se le encomienda. Así se establece el deber de acreditar la asepsia (s. T.S. 15.2.93), la exigencia de mantener las instalaciones en buen estado y disponer del material adecuado (ss. T.S. 5.5.87 y 7.6.88), el deber de adecuación de medios a la cirugía realizada (s. T.S. 6.10.94). Igualmente se califica también como falta de atención la operación realizada sin cerciorarse de todas las circunstancias de una herida (s. T.S. 24.11.89) o por demora en el cuidado del enfermo sin proporcionarle asistencia con la diligencia debida (ss. T.S. 4.3.93, 21.9.93)”.

Unido a lo anterior, otro de los elementos que configuran la obligación de medios es la **información al cliente**, al dueño o poseedor del animal, sobre el diagnóstico, tratamiento y pronóstico, así como los posibles riesgos, muy especialmente en los casos de intervenciones quirúrgicas.

“La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de a medicina denominada satisfactiva revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (Vid. STS 29.10.2004).”

Todo ello deberá ser valorado a la hora de juzgar la actuación del Veterinario. (vid. STS, 11.3.1991 (RJ/1991/2209).

La relación que existe entre el veterinario y el dueño del animal se configura como un arrendamiento de servicios (cuando el dueño del animal concierta un contrato con el veterinario) en cuanto que el profesional sanitario sólo se compromete a realizar una actividad consistente en prestar sus servicios dentro de sus posibilidades para obtener la curación del paciente pero sin garantizar ese resultado. (vid SAP Madrid, 13.12.2005). De ello se deriva la posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad profesional al amparo de lo dispuesto en los Arts 1101 C.C y ss, existiendo el deber de indemnizar los daños y perjuicios por quien en el cumplimiento de sus obligaciones incurra en dolo, negligencia

o morosidad y de quien de otro modo las contravenga.

En cambio, la relación trabada con el veterinario que ejerce su profesión o presta sus servicios en una clínica, es extracontractual, y se canaliza a través del Art 1902 CC, de modo que quien causa el daño a otro está obligado a reparar el daño causado siempre que haya intervenido culpa o negligencia.

Interesante es la posible aplicación del Art 1903.4 CC bajo el fundamento de la responsabilidad de los directores o administradores, que se basa en la culpa in vigilando y en la culpa in eligendo a los empleados y asignarles funciones para las que estén debidamente capacitados. En este supuesto la responsabilidad se atribuye directamente a los administradores, no a la persona jurídica que representan (STS 1ª 30-10-81; 28-1-83; 25-1-85). Excepcionalmente, algunas sentencias declaran la responsabilidad civil subsidiaria de la Sociedad o empresa (STS 1ª 17-5-88) y cabría el planteamiento de exigir la responsabilidad, una vez probada la culpa del veterinario, a la Clínica, por los daños causados a consecuencia de actos o de omisiones por el personal a su servicio.

Entiende la Jurisprudencia que cuando se trata de intervenciones estéticas, satisfactivas o no necesarias, por ejemplo, una esterilización, sin patología previa, la obligación del veterinario se aproxima (aunque no coincide plenamente) a un arrendamiento de obra, que excede y trasciende de la mera prestación de sus servicios de forma diligente, exigiendo al profesional en éstos supuestos la obligación de alcanzar un resultado. (Vid. Las SSTs, Sala de lo Civil, de 28 de Junio de 1999 (RJ1999/4894) y la núm. 447/2001, de 11 de Mayo).

La responsabilidad civil del veterinario es culpabilística, *“por lo que en el ámbito sanitario queda descartada toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, así la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño corresponde probarlas al paciente o a sus herederos. El mismo criterio es de aplicación en el caso del veterinario, al tratarse de supuestos análogos”.* (Vid. SAP Valencia, 5.5.1999 (AC/1999/5353).

Es interesante mencionar que la responsabilidad del veterinario comprende hasta que el paciente (el animal) sea dado de alta. Así lo entienden, entre otras, la SAP Salamanca, 7.3.2005 (JUR/2005/100739), que resolvía el caso de la responsabilidad de una veterinaria por la no colocación de un collar isabelino para evitar el desgarrar de los puntos (cosa que ocurrió) y por la ausencia de información a los dueños del animal de los riesgos. La responsabilidad de la veterinaria se produce hasta la retirada de los puntos de sutura.

La consecuencia de una mala praxis (error en el diagnóstico, error en la técnica quirúrgica



empleada, en el tratamiento etc) pueden derivar en la muerte del animal y en la viabilidad de exigencia de la responsabilidad veterinaria. (Vid. SAP Valencia, 14.10.2009 (JUR/2010/52543) y SAP Madrid, 21.5.2001 (JUR/2001/252684), entre otras.

Sin embargo, no puede imputarse responsabilidad al profesional veterinario en los casos en que el Veterinario prescribe un tratamiento y el dueño del animal hace dejación de los deberes de seguimiento, por ejemplo, no acudiendo a las visitas posteriores. Así lo entiende la SAP Madrid de 27.5.2009 (JUR/2010/268815).

Criterio unánime en éste ámbito, es que el profesional veterinario debe actuar con plena sujeción a la denominada “Lex artis ad hoc”, como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, aquí por analogía, tratamiento veterinario.

El concepto de “Lex artis ad hoc” es una construcción jurisprudencial que se ha ido perfilando en varias sentencias a lo largo de los años, siendo quizás la más significativa de todas ellas la del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 1991, que la define como *“aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médico que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabi-*



lidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)."

Se impone un particular deber de cuidado en la práctica médica, concretamente, en el deber de empleo de los medios adecuados, presumiendo la culpa del profesional cuando no se actuó de acuerdo a la "lex Artis". Así se establece el deber del veterinario, en el ejercicio de su profesión, de adoptar los medios y emplear las técnicas adecuadas de acuerdo al estado actual de la ciencia. Deberá acreditar la asepsia, mantener las instalaciones en buen estado y disponer del material adecuado, en definitiva, contar con las condiciones más óptimas para que el diagnóstico, tratamiento, curación y eventual intervención se produzcan con todas las garantías adecuadas.

Se produce una mala praxis, cuando el veterinario actúa con falta de pericia o la diligencia

que le es exigible como profesional en el desempeño de los actos propios por su profesión. Casos como error en el diagnóstico, no realización de pruebas diagnósticas, utilización de escasos medios técnicos sanitarios, administración inadecuada de fármacos, entre otros supuestos.

La falta de información del Veterinario hacia los dueños del animal, es también causa que genera responsabilidad, en el caso de que se conecte causalmente con el hecho dañoso, pues para que el cliente pueda decidir y consentir una determinada acción sobre su animal, debe contar con dicha información. Así, el consentimiento informado forma parte de toda actuación asistencial. Es totalmente aplicable, de forma analógica, la doctrina jurisprudencial en relación a la información en el ámbito médico, al ámbito veterinario, con sus particularidades propias. (Vid. STS, 23.10.2008, RJ/2008/5789).

Una buena praxis en cuanto a la información, englobaría la obligación del veterinario de alertar de los cuidados que deben observarse con posterioridad a la intervención del animal.

Es primordial considerar la denominada relación de causalidad a la hora de concretar la existencia de responsabilidad profesional en el ejercicio de la veterinaria. La conducta del obligado a indemnizar debe ser causa, o una de las causas, de la producción del daño (es decir, debe existir una relación causa-efecto). La declaración de responsabilidad exige, por tanto, la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del veterinario y el hecho que se estima productor del daño ocasionado.

En cuanto a la **prueba de los hechos**, hay que señalar que a priori, para indemnizar al propietario de un animal, éste tiene que probar que los daños y/o perjuicios se han producido durante la actuación veterinaria (STS 18 de Octubre de 1.979). Si no son probados, no puede condenarse el hecho, según recoge la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1986 (SSTS 24 de octubre de 1986; 22 de diciembre de 1995, 5 de marzo de 1992, 22 de abril de 1991, 22 de junio de 1989 y 3 de julio de 1986).

Ahora bien, existen resoluciones que cargan con la prueba de los hechos al profesional, ya que de lo contrario, especialmente para probar la relación de causalidad, se corre el riesgo de abocar al perjudicado a que acuda a pruebas que están fuera de sus posibilidades.

"Resulta inaceptable a nuestro juicio, y también contrario al sentido común y a la jurisprudencia más reciente (en materia de responsabilidad médico/sanitaria) que el juzgador exija al perjudicado, para probar la culpa de los demandados, pruebas situadas fuera de su alcance, al decir que no se ha acreditado que la muerte del animal obedeciera a la mala praxis quirúrgica o clínica por desatención en el postoperatorio, ol-

vidando que es reiterada jurisprudencia que en materia de responsabilidad médica, aún sin invertir en general la carga de la prueba en contra del médico demandado, si atenúa, según los casos, la del paciente demandante para, en suma, no convertir en ilusorio su derecho a la tutela judicial efectiva.

En éste sentido la sentencia de 23 de Diciembre de 2002 en cuanto recopila la jurisprudencia de ésta sala (sic) sala sobre los casos en que la carga de probar la falta de relación causal entre la intervención y daño incumbe al médico y no al perjudicado, por la mayor facilidad o disponibilidad probatoria de aquél. (vid. SAP Madrid, 13.12.2005).

Mención especial son los supuestos llamados del "daño desproporcionado", en los que concurren todos los requisitos del Art 1.101 del Código Civil: la existencia de una obligación, el incumplimiento de la misma a consecuencia de la culpa, negligencia o falta de diligencia, la producción de perjuicios a la otra parte, y el nexo causal eficiente entre la conducta y el resultado dañoso producido. En tal sentido es relevante la SAP Tarragona 13.5.2003, en la que se trata de una reclamación por responsabilidad contractual a un veterinario, que a consecuencia de la contratación de sus servicios para que realizara una limpieza bucal a una perrita ésta falleció. Lo anterior quedaría enervado si se probase, sin duda alguna, que la muerte de la perrita se produjo pese a extremar las precauciones y utilizar todos los medios al alcance de la ciencia.

Una vez determinada la responsabilidad veterinaria en atención a lo expuesto, nos preguntamos qué conceptos son indemnizables, esto es, cuáles son los daños y perjuicios causados.

Podemos distinguir entre el **daño patrimonial** (el valor patrimonial del animal) y el **daño moral** (el valor sentimental del animal), ambos deben ser valorados mediante informes clínicos que, de forma exhaustiva recojan la gravedad, extensión en el tiempo, opciones de recuperación y similares.

Cierto sector doctrinal entiende que en el caso de que el animal fallezca, la cantidad a resarcir será su valor, si bien la dificultad estará en determinarlo, por lo que se acude como referencia, al valor de mercado, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante.

Sin embargo, dentro del daño patrimonial, la Jurisprudencia es oscilante, pues en unos casos no considera procedente la reclamación del valor del animal al considerar que la muerte del animal no es un daño material patrimonial, y en otras sentencias acepta satisfacer el daño patrimonial. Vid en sentidos contrapuestos la SAP Valencia 14.10.2009 y SAP Tarragona, 13.5.2003, respectivamente.

Igualmente, es contradictoria la Jurisprudencia a la hora de estimar la reclamación de los

gastos asistenciales abonados al veterinario, (Vid. SAP Valencia 14.10.2009 y SAP Tarragona, 13.5.2003) ya citadas, así como en los casos de exigir los gastos que se deriven del fallecimiento del animal (necropsia, incineración, y eutanasia), considerando indemnizable únicamente ésta última por ser la única precisa y justificada. (Vid SAP Valencia 14.10.2009).

Por contraposición, la SAP Tarragona, 13.5.2003, acepta como conceptos indemnizables, los gastos por la necropsia practicada así como la compra de una caja de madera para enterrar al animal, al considerarlos conceptos justificados y derivados del resultado dañoso.

En cuanto al **daño moral** (relacionado con el afecto del propietario al animal) como concepto indemnizable, consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, inquietud, impacto emocional y dolor, causados a sus propietarios por la pérdida del animal, siendo proclive la Jurisprudencia a estimarlos como indemnizables, reconociendo el daño moral padecido. (vid SAP Tarragona, 13.5.2003, ya mencionada).

Si bien la Jurisprudencia es proclive a la admisión del daño moral como concepto indemnizable, no está exenta de dificultades en cuanto a su prueba y a su cuantificación, al tratarse de daños que no son apreciables de forma tangible, y cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, exigiendo un criterio prudente. (en tal sentido, vid SAP Tarragona, 13.5.2003 y STS 21.10.1996).

A modo de resumen, la responsabilidad civil del veterinario, implica el deber u obligación de indemnizar a quienes se hayan visto perjudicados o dañados por una acción u omisión negligente pero que no revista ningún carácter delictivo recogido en nuestro Código Penal.

Para que una inadecuada actuación veterinaria clínica derive en la obligación de indemnizar daños y/o perjuicios a cargo del infractor a favor de quien reclama tal indemnización, la jurisprudencia emanada de los Tribunales exige la concurrencia de tres requisitos y debiendo el reclamante probar:

1. La producción de un daño o perjuicio y su cuantificación.
2. La acción u omisión de la negligente actuación profesional del veterinario contra quien ha emprendido la reclamación de responsabilidad.
3. La existencia de un nexo causal entre el daño y/o perjuicio sufrido y la negligencia cometida por el veterinario. Si estos tres requisitos concurren, el veterinario clínico que haya realizado la acción dañina debe de indemnizar o resarcir a quien la sufrió, como consecuencia del negligente actuar.



Son muchos los criterios utilizados a la hora de determinar el quantum indemnizatorio por los daños y perjuicios ocasionados a las mascotas. La jurisprudencia menor mantiene posiciones distintas, principalmente atendiendo al caso concreto, al petitum que formula la parte actora, a las características de los animales y a las circunstancias que engloban a los hechos acaecidos. Resulta llamativo que en unos casos se indemnice por daños morales y en otros no, o que en unos casos se tenga en cuenta el valor de adquisición del animal y en otras el valor venal del mismo. Igualmente sorprende el hecho de que en un caso el hecho de incinerar se considere un daño material indemnizable y en otro caso se rechace

En todo caso debemos de tener en cuenta las normas contenidas en el Código Deontológico para el ejercicio de la profesión veterinaria en el que se recogen una serie de obligaciones del facultativo que deriva de la obligación de medios que contrae.

En cuanto al régimen de prescripción de las acciones, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modifica el régimen de prescripción, reduciendo de 15 a 5 años el plazo general establecido para las acciones personales. La Disposición Final Primera afecta al art. 1.964 CC, que queda redactado de la siguiente manera: "1.- La acción hipotecaria prescribe a los veinte años. 2.- Las acciones personales que no ten-

gan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan". Así el profesional veterinario ha de soportar el peso de las posibles reclamaciones indemnizatorias de uno a cinco años desde el momento que el daño se produjo, siempre que no se interrumpa la prescripción por alguno de los modos admitidos en derecho y que la reclamación se ciña a los perjuicios sufridos como consecuencia de la negligente o culpable ejecución por el profesional demandado del encargo encomendado.

Para finalizar, respecto a las reclamaciones y procedimientos legales interpuestos dentro de ésta profesión, según el Departamento Jurídico del Consejo General de Colegios Veterinarios de España, sección de responsabilidad profesional, el número de reclamaciones profesionales ha ido aumentando gradualmente durante los últimos años, reflejando una especial incidencia dentro de aquéllos profesionales que ejercen dentro de la especialidad de animales de compañía, o pequeños animales (perros, gatos, pequeños roedores), siendo la vía civil, la mayormente utilizada, resultando, la vía penal, residual.

Los veterinarios autónomos (en contraposición a las sociedades mercantiles) son los que más reclamaciones reciben, y se ha producido un aumento en las cuantías económicas de las reclamaciones.

Es de destacar que el consentimiento informado escrito incide en la interposición de las reclamaciones profesionales veterinarias, pues en él se incluyen los elementos fundamentales de una buena práctica profesional y se detallan los principales riesgos derivados de la práctica veterinaria, así como se informa a los propietarios de los animales sobre los tratamientos y pruebas diagnósticas a los que se van a someter los mismos, y ha quedado constatado que en los últimos años, dicho documento se suele incorporar en las reclamaciones veterinarias.

En los procedimientos judiciales, aportar éste documento, permitirá al profesional veterinario acreditar y reforzar las tesis empleadas por el veterinario en su defensa.

El Consejo General de Colegios Veterinarios de España (CGCVE) constituye la organización profesional que engloba el colectivo de veterinarios españoles y que se encarga de la gestión de todas las acciones de reclamación profesional que afectan a los veterinarios en el ejercicio de su profesión, y entre sus finalidades están, la salvaguarda y observancia de los principios deontológicos y ético-sociales de la profesión veterinaria y de su dignidad y prestigio, a cuyo efecto le corresponde elaborar los códigos correspondientes y la aplicación de los mismos.

La compañía aseguradora Agrupación Mutual Aseguradora, durante años ha tratado los datos de las reclamaciones profesionales en profundidad, desde el Departamento de Responsabilidad Profesional Sanitaria de la Compañía. Dicha entidad ha sido la compañía aseguradora que ha intervenido en la gestión de todas las acciones de responsabilidad profesional interpuestas dentro de la profesión veterinaria.

Por su parte, la Ley 44/2003 de 21 de Noviembre, de Ordenación de las profesiones sanitarias (BOE núm. 280, de 22 de Noviembre de 2003), que regula los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas en lo que se refiere a su ejercicio por cuenta propia o ajena, señala en su Art 46, la necesidad de cobertura de la responsabilidad:

“Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presenten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicio.”

Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinarán las condiciones esenciales del aseguramiento, con la participación de los profesionales y del resto de los agentes del sector.

En el supuesto de profesiones colegiadas, los colegios profesionales podrán adoptar las medidas necesarias para facilitar a sus colegiados el cumplimiento de esta obligación”

Mediante los seguros de responsabilidad civil profesional se garantizan, de conformidad con la legislación vigente, los daños personales y perjuicios económicos, causados involuntariamente a terceros, con motivo o durante el desarrollo de la actividad profesional asegurada, y suelen incluir la defensa penal, reclamación de honorarios, reclamación de daños, contratos de servicios, entre otros.

Finalmente, desear que nuestros animales, compañeros de vida, como seres sintientes y dignos de respeto y protección, tengan una calidad de vida en las mejores condiciones, lo cual depende de nosotros y en proveerles una adecuada asistencia veterinaria y una tenencia responsable.

Pues ya lo dice el refrán: “Más vale prevenir, que curar”.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ ALVAREZ, ALFREDO “REVISIÓN DE LAS RECLAMACIONES PROFESIONALES EN LA PROFESIÓN VETERINARIA”. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Medicina. Departamento de Toxicología y Legislación sanitaria

GIL MEMBRADO, CRISTINA “LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL VETERINARIO”. Monografías de Derecho Civil. Editorial Dykinson.

GUTIÉRREZ PÉREZ, MARÍA JOSÉ “RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS CLÍNICAS VETERINARIAS” Colvema. Revista Profesión Veterinaria.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. “LA VALORACIÓN DEL DAÑO POR FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO” *Economist & Jurist*, nº 146. Diciembre 2010

LUNA YERGA, A. “ LA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICO SANITARIA. CULPA Y CAUSALIDAD”. Aranzadi Civitas Thomson, Madrid, 2004.

MONTERROSO CASADO, ESTHER: “LA RESPONSABILIDAD DEL VETERINARIO: UN ANÁLISIS JURÍDICO Y ECONÓMICO DE LA FALTA DE DILIGENCIA EN EL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 57, núm 1952,2003.

SANCHO GARGALLO, I. “TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO”, *InDret: revista para el análisis del Derecho*, 2/2004, Working Paper 209.

VÁZQUEZ LÓPEZ, J. ENRIQUE: LA “LEX ARTIS AD HOC”, como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico. Cuadernos de medicina Forense. ISSN 1988-611.



La pericial forense del Trabajador Social en los accidentes de tráfico

Sandra Tornero Moreno y Anahí Rama Samperio
Peritos Sociales Forenses

Con la realización de este trabajo se pretende visibilizar la labor de los Trabajadores Sociales como peritos sociales forenses y, concretamente, en casos de accidentes de tráfico. Por tanto, no sólo se referencian cuestiones generales de su labor como peritos sociales sino cómo fundamentan su trabajo a la hora de analizar las circunstancias concurrentes en los accidentes de tráfico desde una perspectiva social y qué valor añadido aportan a sus dictámenes técnicos.

Por su frecuencia, los accidentes de tráfico constituyen un riesgo que tiene un enorme impacto en la realidad social y económica de un país. Según los datos proporcionados por el **Anuario Estadístico de Accidentes**, en el año 2015 se produjeron en España 97.756 accidentes

con un total de 136.144 víctimas: 1.689 personas fallecidas, 9.495 personas heridas hospitalizadas y 124.959 personas heridas no hospitalizadas.

Es evidente que los accidentes de tráfico constituyen un problema a nivel individual, familiar, comunitario y social que tiene unos altos costes personales, familiares, económicos, etc.; en definitiva, sociales. Y según nuestro Código Deontológico, el Trabajo Social involucra a las personas y las estructuras para hacer frente a desafíos de la vida y aumentar el bienestar.

En consecuencia, las problemáticas derivadas de los accidentes de tráfico constituyen un ámbito objeto de estudio e intervención por parte de los trabajadores sociales. Entre otros campos de acción, sin ánimo de ser exhaustivos ya que las posibilidades son infinitas, se podrían señalar:

Investigación: aportando datos y el punto de vista social en las distintas investigaciones que se llevan a cabo no sólo a nivel mundial, sino a nivel nacional, autonómico y provincial; reseñando que las aportaciones de nuestra profesión permiten, entre otras cosas, una mejor planificación de servicios de emergencias, policiales, judiciales, sanitarios, etc.

Prevención: el Trabajo Social es una disciplina eminentemente preventiva. Por tanto, debería ser una profesión referente en el diseño de campañas y políticas de seguridad vial.

Intervención: pueden contribuir al trabajo directo con las personas accidentadas y sus familias. Por ejemplo, trabajar en mutuas, aseguradoras, servicios de orientación e información, trabajo social clínico, etc.

Evaluación: de servicios, campañas, actividades y proyectos de toda índole relacionados con la temática.

Tras estas pinceladas del papel del Trabajo Social en este ámbito, se procederá al desarrollo de lo que podemos ofrecer como peritos sociales forenses.

La labor de los peritos sociales forenses

Su labor consiste, principalmente y sin querer ahondar en cuestiones teóricas, en realizar una investigación social sobre los factores sociales intervinientes para aportar una conclusión técnica sobre un objeto de pericia.

La investigación en Trabajo Social se entiende, según **Kisnerman**, como el “proceso metodológico de descubrir, interpretar, explicar y valorar una realidad, prediciendo su desarrollo futuro según se investiga o no en ella”.

De esta definición se pueden extraer las siguientes conclusiones:

La Investigación Social (IS) es un proceso metodológico. Es decir, se apoya en el Método Científico que la sustenta y le da rigor.

La IS cumple las funciones de descubrir, interpretar, explicar, valorar y predecir.

En cuanto al tema que nos ocupa, la IS es el paso anterior e imprescindible a la realización del peritaje social como documento probatorio; sin IS, cualquier información que se vuelque en el peritaje social carece de validez y de rigor científico.

Por tanto, el peritaje social se trata de un análisis técnico de los datos que emanan de la IS basada en una rigurosa metodología aplicando técnicas e instrumentos propios del Trabajo Social y otras disciplinas afines.

En concreto, las técnicas que se emplean son la entrevista, la visita domiciliaria y la observación tanto directa como indirecta.

La destreza que tenga el perito social en el conocimiento y manejo de estas técnicas e instrumentos; adaptándolos al objeto de pericia, a las personas involucradas, a las situaciones, etc. permitirán que sus conclusiones y propuestas estén bien justificadas y sustentadas. Así, por ejemplo, no tiene nada que ver un peritaje social en violencia de género que uno en acoso laboral, o en un tema de guarda y custodia, etc.

Para concluir, señalar que cada caso que se le presenta a un perito social requiere de un **proceso de investigación específico y único para esa casuística concreta y en ese momento concreto**. En caso de que se produjeran alteraciones en las circunstancias, las conclusiones y propuestas no tendrían validez por lo que se debería proceder a la realización de un nuevo peritaje social.

El peritaje social

El peritaje social, como cualquier otro, es un medio de prueba más dentro del procedimiento legal y, por tanto, no es vinculante estando a merced de la “sana crítica” del Juez.

Por tanto, a la hora de abordar el objeto de la pericia, los Trabajadores Sociales estudian, a través de las técnicas propias de la disciplina, los antecedentes, el momento actual y las consecuencias del accidente de tráfico a distintos niveles (laboral, educativo, de salud, económico, familiar, de ocio, de residencia, etc.) realizando valoraciones con la finalidad de aportar conclusiones técnicas.

Así el Peritaje Social debe:

Dar una respuesta especializada más allá del hecho: el Trabajo Social añade capacidad explicativa en su abordaje de la realidad social.

Ser de alta calidad: basada en una metodología propia del Trabajo Social fundamentada en la entrevista, la visita domiciliaria y la observación directa e indirecta.

Debe facilitar la máxima información posible: posicionando a todos los actores

Tabla 2. Personas consideradas perjudicados según el caso.

FALLECIMIENTO	SECUELAS	L. TEMPORALES
Víctima Cónyuge viudo Ascendientes (padres y abuelos) Descendientes (hijos y nietos) Hermanos Figura que equipara al perjudicado Allegados	Víctima Familiares grandes lesionados	Víctima

Tabla de elaboración propia

judiciales “dentro” de la situación a través de la descripción minuciosa de hechos relevantes para responder al objeto de pericia.

Papel de los aspectos sociales en base a la ley 35/2015

Para el desempeño de esta labor, los peritos sociales no sólo deben tener conocimientos propios de su disciplina sino que, también, **deben manejar claramente la legislación** que desarrolle cada temática.

En el caso que nos ocupa, 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 que entró en vigor el 1 de enero de 2016 tiene la **finalidad** de garantizar una indemnización suficiente buscando un justo resarcimiento de los perjuicios sufridos por las víctimas y sus familias solventando así situaciones injustas e, incluso, dramáticas con una pérdida añadida de calidad de vida articulando dos **principios** que fundamentan el sistema de valoración:

De **reparación íntegra** a partir del cual se asegura la indemnización de todos los daños (patrimoniales, morales y extrapatrimoniales) y de todos los perjudicados. Para ello, se tienen en cuenta cualquier **circunstancia personal, familiar, social y económica de las víctimas**.

Su principal finalidad es situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente.

De **vertebración** lo que supone valorar por separado los daños patrimoniales de aquellos que no lo son y dentro de ambas categorías los distintos conceptos perjudiciales.

Ambos principios permiten la **objetivación de la valoración del daño** impidiendo indemnizaciones por conceptos o cuantías no establecidos en el sistema, salvo los **perjuicios excepcionales**.

Por su finalidad y por la articulación de los principios se desprende claramente la intención de superar la valoración del daño corporal bajo criterios médicos ya que propone la consideración de nuevos perjudicados y perjuicios antes no contemplados y se apoya en principios que contemplan las distintas circunstancias personales, familiares, económicas y sociales. Todo ello, desemboca en la necesidad de la **valoración social por parte de los profesionales del Trabajo Social**.

Las principales modificaciones que introduce la Ley son y que pueden afectar al quehacer del perito social forense son:

Identificación de nuevos perjudicados. Quedando de la siguiente forma: (Ver Tabla imagen).

Se contemplan nuevos **conceptos resarcitorios**. Así, los perjuicios se pueden dividir en:

- Daños corporales.

- Daños patrimoniales incluidos los que afectan a la pérdida de ingresos o la disminución de la capacidad de obtener ganancias.

- Daños morales y extrapatrimoniales: compensar, mediante cuantías **socialmente** suficientes y razonables que respeten la **dignidad** de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad.

- Perjuicios excepcionales: aquellos no contemplados en el sistema; deben ser:

Relevantes.

Ocasionados por circunstancias singulares.

Se da una mayor importancia al daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante).

Aumento del conjunto de las indemnizaciones, especialmente en casos de fallecimientos y grandes lesionados.



Aspectos sobre los que debe valorar el trabajador social a la luz de la ley

Por todos es sabido que la **pérdida de calidad de vida** es de todos los costes el más difícil de valorar puesto que no se les puede inferir un único precio de mercado como sucede con el resto.

Esta circunstancia, ha propiciado que los costes asociados a la pérdida de calidad de vida fueran **ignorados** por la mayor parte estimaciones oficiales realizadas y que no se tuvieran en cuenta a la hora de indemnizar a las víctimas y sus familias.

A pesar del esfuerzo por superar la valoración médica de las circunstancias, la Ley sigue dando relevancia a los mismos a pesar de que se mencionen continuamente factores sociales porque, a nuestro juicio, hay muy poco conocimiento de la figura del Trabajador Social como perito social forense.

Es este colectivo el que está preparado para poder valorar la concurrencia de los factores sociales y su interrelación a fin de establecer en qué grado se produce la pérdida de calidad de vida a través del peritaje social como herramienta propia de esta Disciplina tal y como apunta su Código Deontológico.

Como idea principal se puede destacar que los Trabajadores Sociales emiten un juicio técnico tras el estudio de factores sociales que acontecen en cada caso particular. Así, su misión es estudiar, describir y valorar qué impacto ha tenido el accidente de tráfico en la **calidad de vida de todas y cada uno de los perjudicados**.

Un informe mundial realizado por la **OMS y el Banco Mundial** destaca que cada vez que hay un accidente con lesiones, no sólo sufre quien lo padece. Todas las víctimas de un accidente de tráfico tienen una red de personas allegadas, como familiares y amigos, que resultan profundamente afectadas tanto en casos de fallecimiento como de lesiones graves.

Así, estudios realizados por la **Fédération Européenne des Victimes de la Route (FEVR)** destacan que el 90% de las familias de los fallecidos y el 85% de las familias de supervivientes que quedan discapacitados señalaron que su calidad de vida había descendido considerablemente.

Tanto en casos de fallecimientos como de lesionados graves, la familia experimenta una serie de **cambios** relacionados, entre otros, con:

El ritmo normal de la vida familiar y su organización.

Los roles familiares y, por tanto, en las relaciones entre sus miembros.

Las relaciones entre la familia como sistema y el resto de sistemas sociales (salud, administración, laboral, escolar, ocio, etc.).

La forma de afrontamiento de los problemas ya que, no sólo tendrán que asumir nuevas realidades problemáticas, sino que, también, se suele dar el agravamiento de problemas previos al accidente.

Disminución significativa de ingresos que puede llevar a un endeudamiento prolongado:

- En caso de fallecimiento, porque la/s personas no puedan hacer frente a sus responsabilidades laborales debido al impacto emocional experimentado.

- En el caso de secuelas, porque algún/os miembro/s de la familia dejen su carrera profesional o disminuyan su jornada laboral para dedicarse al cuidado de la víctima.

En todo caso, para acercarnos al concepto de la calidad de vida como bien jurídico protegido de forma específica, vertebrada, pero también excluyente, debemos realizar, según pone de manifiesto **COBO PLANA**¹, una reflexión proactiva previa centrada en la diferenciación de secuela versus pérdida de calidad de vida, para que la eventual gravedad o intensidad (grave o ligera) de la secuela no contamine nuestra valoración de la eventual pérdida de calidad de vida que puede que no sea proporcional a la gravedad de la secuela. Secuelas leves pueden provocar pérdidas graves de calidad de vida y secuelas graves pueden provocar pérdidas de calidad de vida que son menores que las esperadas.

En este sentido, tal y como explica **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**², Los perjuicios personales particulares consistentes en la pérdida de la calidad de vida son los perjuicios de actividad que se padecen, cuando se trata de lesiones tanto temporales como de secuelas, aunque cobran especial trascendencia en este último caso, pues dicho perjuicio de actividad va a marcar para siempre la calidad de vida de la víctima, siendo este un concepto complejo y multidimensional, que está en continua revisión dependiendo del momento histórico en el que se define; con tantas variaciones como contextos socioculturales donde se intenta medir; con tantos enfoques como disciplinas intentan definirla, evaluarla o, simplemente,

¹ Cobo Plana, Juan Antonio. "Cómo valorar la pérdida de la calidad de vida en los artículos 107, 108 y 109 de la Ley 35/2015". Revista nº 55, 3º Trimestre año 2015, de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Págs. 19-44.

² López y García de la Serrana, J. "El perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionado por las secuelas en el nuevo Baremo". Ponencia Congreso Oviedo, 4 de febrero de 2016.

estudiarla; con tantos modelos conceptuales como objetivos pueden perseguir de cada una de esas disciplinas; con un dinamismo que evoluciona con la sociedad; y, finalmente, bajo un planteamiento aparentemente común que, sin embargo, concluye en la creación de una percepción o vivencia personalísima de cada individuo. No se puede establecer por tanto un principio exacto del concepto de pérdida de calidad de vida, lo que sí se puede es acercarse a su medición en base a la importancia y número de actividades que se han visto afectadas.

Así se desprende igualmente del art. 107 LRCSCVM que, referente a las secuelas, dispone que "la indemnización por pérdida de calidad de vida tiene por objeto compensar el perjuicio moral particular que sufre la víctima por las secuelas que impiden o limitan su autonomía personal para realizar las actividades esenciales de la vida diaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas". Por tanto, en el nuevo Sistema de Valoración implantado por la Ley 35/2015 se ha previsto con mayor precisión el resarcimiento de los perjuicios personales de actividad ligados a las lesiones permanentes (art. 107), con una matizada diferenciación de cuatro grados en que se definen los criterios de calificación (art. 108): muy grave, grave, moderado y leve. La cuantificación del mínimo y máximo de cada uno de estos grados se efectúa con la técnica de solapamiento, al objeto de individualizar de forma más adecuada el perjuicio dentro de cada grado, evitándose los desajustes. Cada uno de los grados del perjuicio se cuantifica (art. 109) mediante una horquilla indemnizatoria que establece un mínimo y un máximo expresado en euros. Y los parámetros para la determinación de la cuantía del perjuicio son la importancia y el número de las actividades afectadas y la edad del lesionado que expresa la previsible duración del perjuicio.

Por tanto, como pone de manifiesto **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**³, quien mejor que un trabajador social para conocer y peritar la importancia y el número de las actividades afectadas, que pertenecen al ámbito social de la víctima. Téngase en cuenta que el art. 50, inserto dentro del apartado dedicado a las definiciones, establece que "la pérdida de autonomía personal consiste en el menoscabo físico o psíquico que impide o limita la realización de las actividades esenciales de la vida ordinaria". Y que, según el art. 51, "se entiende por actividades esenciales de la vida ordinaria comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos,

³ López y García de la Serrana, J. "El papel del Trabajador Social como perito social forense en casos de accidentes de tráfico". Jornada ATSEL. Málaga, 29 de marzo de 2017.

tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física o psíquica". A su vez, el art. 53 dispone que "la pérdida de desarrollo personal consiste en el menoscabo físico o psíquico que impide o limita la realización de actividades específicas de desarrollo personal". Y que, a la luz del art. 54, éstas son las que "tienen por objeto la realización de la persona como individuo y como miembro de la sociedad", consignándose de modo ejemplificativo "las relativas al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo". Luego se hace necesario acreditar -y qué mejor prueba para ello que un informe pericial social emitido por un Trabajador Social experto en la materia- qué actividades de la víctima y en qué grado se han visto afectadas, así como la influencia de las mismas en su pérdida de calidad de vida.

Se quiere dejar constancia de que aunque se hable, principalmente, de casos de heridos graves, los heridos leves también ven alterado su día a día y, en muchos casos, por un tiempo bastante importante. Por tanto, sus necesidades, también, deben ser consideradas y valoradas. En este sentido al art. 137 establece que la indemnización por pérdida temporal de calidad de vida compensa el perjuicio moral particular que sufre la víctima por el impedimento o su limitación que las lesiones sufridas o su tratamiento producen en su autonomía o desarrollo personal. Por su parte el art. 138 define los grados del perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida, pudiendo ser muy grave, grave o moderado, siendo solo el número de actividades afectadas el que determina el grado de la pérdida de calidad de vida temporal, pues este se determinará según se vean afectadas la casi totalidad, la mayor parte o una parte relevante de actividades esenciales de la vida ordinaria o específicas de desarrollo personal. Luego, también en lesiones temporales, de los cambios, las circunstancias que los provoca, su intensidad, de quiénes los sufren, de sus consecuencias, etc., podrá dar buena cuenta el perito social forense para dar respuestas en torno a su objeto de pericia.

Especificidades en los peritajes sociales de accidentes de tráfico.

Más allá de lo expuesto, se considera oportuno puntualizar **circunstancias sociales específicas** que tienen gran relevancia a la hora de afrontar un peritaje social en el ámbito de los accidentes de tráfico como son:

- La **edad** de las víctimas: las estadísticas señalan que el mayor número de fallecidos, heridos graves y heridos leves se producen en personas de entre 30 y 44 años. Este es un aspecto muy importante a tener en cuenta a la hora de valorar las consecuencias que

tienen los accidentes de tráfico. No se puede olvidar que este es el rango de edad en el que se espera que las personas comiencen a prosperar personal, profesional y socialmente revirtiendo a la Sociedad todo lo invertido hasta ahora en su persona como miembros de la misma.

Por tanto, si las consecuencias de los accidentes, en general, pueden ser devastadoras desde un punto de vista económico, social, emocional, etc. es, justamente, en este rango de edades donde cobran mayor relevancia.

- **Adecuación de vivienda o traslado a otra vivienda de características similares:** los profesionales del Trabajo Social están especializados en la valoración de las viviendas y pueden aportar la visión inclusiva de los espacios para atender las necesidades de todos los perjudicados que convivan en el domicilio. Así, podrá argumentar la necesidad de realizar adaptaciones o, incluso, de realizar un cambio de vivienda.

- **La figura del allegado:** la Ley establece que son todas aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad.

Según esta definición, se podrían contemplar multitud de casos como pueden ser los pisos de estudiantes, las residencias de mayores, congregaciones religiosas, cuidadores que trabajen de forma interna, etc.

Más allá de los ejemplos expuestos, hay otra realidad social imperante dentro de la concepción actual de familia y son todas las casuísticas que se pueden dar derivadas de las denominadas familias ensambladas y los regímenes de custodias compartidas.

Por tanto, es una figura compleja y debe ser objeto de un estudio en profundidad de las relaciones generadas con la víctima. Para ello, el perito social forense tiene conocimiento de un gran abanico de técnicas para poder arrojar luz sobre todas estas cuestiones.

- **Los perjuicios excepcionales:** la Ley los define como aquellos no contemplados en el sistema y que deben ser relevantes y ocasionados por circunstancias singulares. Este es un epígrafe muy interesante visto desde el punto de vista de un perito social forense puesto que permite poner de relevancia y en valor circunstancias sociales no contempladas en la Ley pero que tiene gran peso en el estudio de la vulnerabilidad de las personas tanto a la hora de valorar pérdida de calidad de vida tras el accidente de tráfico como a la hora de haberlo sufrido.

Pertinencia de las extralimitaciones en los peritajes sociales

El peritaje social tiene como objetivo dar respuesta al objeto de la pericia; por tanto, su estructura y contenido deben estar en consonancia con el mismo sin exceder los límites establecidos por el Juez o el Abogado.

Sin embargo, un artículo sobre la extralimitación en el objeto de la pericia en una materia que nada tiene que ver con la valoración de perjudicados por accidentes de tráfico, demostró que las verdaderas circunstancias no tenían nada que ver con las hipótesis que marcaron el objeto de pericia. En consecuencia, si el perito no se hubiera extralimitado, no se hubiese llegado a la verdad de lo ocurrido.

Portanto, se aboga a que, si bien el perito debe ceñirse al objeto de la pericia, hay que darle un margen para que, en base a sus conocimientos y experiencia, pueda extralimitarse en pro de realizar aportaciones que sean pertinentes para mejorar su dictamen.

Ventajas de realizar un peritaje social forense

Las ventajas de realizar un Peritaje Social se han ido exponiendo a lo largo de todo el documento. A modo de resumen, se puede decir que una pericial social permite:

1. Ser un medio de prueba en sí mismo, poniendo en relación a:

- Las personas involucradas.
- Los hechos y eventos investigados.
- Las circunstancias en que se producen dichos hechos.
- Las consecuencias de los hechos en el presente y en el futuro.

Todo ello en un contexto integrado ya que se estudian todas las esferas relacionadas con el ámbito de lo social (laboral, de ocio, cultural, familiar, económico, etc.) lo que permite establecer un marco desde el cual los operantes judiciales puedan tener una mayor comprensión del objeto de la pericia.

2. Completar otros medios de prueba que por sí solos no son concluyentes, otorgándoles validez al explicar las dinámicas relacionales existentes.

3. Articular diversos medios de prueba que, en principio y si no fuera desde una perspectiva social e integradora, no se podrían relacionar.

4. Que los actores judiciales puedan “poner en valor” todas las circunstancias y consecuencias que tienen para todos los involucrados en el hecho. Es decir, el peritaje social, permite que, por ejemplo, los Jueces puedan establecer Sentencias más rigurosas y justas ya que disponen de toda la información necesaria para contemplar el hecho en todas sus vertientes.

Bibliografía

Abel Lluch, X. “Dificultades derivadas de la extralimitación en el objeto del dictamen pericial”. LURIS. Mayo 2011. Págs. 24-26.

Chirro, D. “Las pericias judiciales: luces y sombras sobre una práctica mitificada”. Margen (nº 47). Primavera 2007.

Cobo Plana, J. A. “Cómo valorar la pérdida de la calidad de vida en los artículos 107, 108 y 109 de la Ley35/2015”. Revista nº 55, 3º Trimestre año 2015, de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Págs. 19-44.

Cuadrado, J. “Trabajo social jurídico: el peritaje social en los Tribunales”. Revista de Servicios Sociales y Política Social (nº16). 4º trimestre 1989. Págs. 76-83.

Garzón Muñoz, R. D. “Protocolo de investigación socio forense frente al maltrato infantil”. En: Garzón Muñoz, R. D. “Trabajo social forense y maltrato infantil”. Segunda edición: septiembre 2009. Colombia. Anzuelo ético. 2009. Págs. 136-155.

Hernández Escobar, A. “El dictamen pericial de los trabajadores sociales”. La Toga. (nº 133). Febrero 2003.

Hernández Escobar, A. “La prueba pericial de los trabajadores sociales”. La Toga. (nº 157). Febrero 2006.

Henríquez Galindo, S. A. “El peritaje social con enfoque de derechos. Nuevos paradigmas a partir de las reformas judiciales”. Disponible en: <http://genero-infancia-adolescencia.blogspot.com>.

López y García de la Serrana, J. “El perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionado por las secuelas en el nuevo Baremo”. Ponencia Congreso Oviedo, 4 de febrero de 2016.

López y García de la Serrana, J. “El papel del Trabajador Social como perito social forense en casos de accidentes de tráfico”. Jornada ATSEL. Málaga, 29 de marzo de 2017.

Moreno Román, J. “Curso de peritaje social en casos de violencia de género”. CODTS Málaga. Málaga. 2014.

Orellana de Castro, R. “La crítica del informe pericial en el proceso civil desde la óptica del perito”. LURIS. Diciembre 2011. Págs. 28-30.

Ruíz Rodríguez, P. “Los trabajadores sociales como peritos judiciales”. TSDifusión (nº 28). Octubre 2001. Págs. 14-15.

Ruíz Rodríguez, P. “El trabajador social como perito, testigo y especialista del sistema judicial español”.

Ruíz Rodríguez, P. “El trabajador social como perito judicial”. CODTS Málaga. Málaga. 2003.





jurisprudencia

Aplicación del artículo 20 de la LCS. El desconocimiento del alcance de las lesiones por parte de la aseguradora, así como el hecho de que por parte del perjudicado no cuantificara su reclamación -aunque la misma fuera desproporcionada-, hasta la interposición de la demanda civil -trascurridos más de 6 años desde la producción del siniestro-, no libera a la aseguradora a abonar el interés moratorio.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 12 de enero de 2017.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Los dos únicos motivos que han sido admitidos del recurso de casación formulado por don Maximo contra la sentencia de la Audiencia Provincial, se refieren, el primero, a la infracción del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y del artículo 9 del Real Decreto Legislativo 8/2004, por ser contradictoria con las sentencias de esta sala de 29 de noviembre de 2005, que analiza las causas de exoneración de la aplicación de los intereses del artículo 20, y de 14 de noviembre de 2002, según la cual para eliminar la condena por intereses no basta con la mera incertidumbre de la cantidad a pagar por la aseguradora, mientras que el segundo, con carácter subsidiario, se refiere a la misma

infracción del artículo 20, en relación a la imposición del abono de intereses desde la fecha de la interpelación judicial por cuanto contradice la sentencia 453/2011, de 28 de junio .

Conviene señalar que la sentencia niega el pago de los intereses porque considera que: «la falta de satisfacción de la indemnización, dentro del periodo de tres meses desde la producción del siniestro, no le es imputable a la compañía aseguradora», en la medida en que se trata de daños personales sufridos por más de tres meses desde la producción del siniestro sin que en dicho plazo pudiese ser determinada su exacta valoración. El perjudicado, añade, «formuló reclamaciones anualmente con el fin de interrumpir la prescripción, más nunca dedujo solicitud con cuantificación concreta, hasta que presentó demanda el 21 de julio de 2011, a la que acompañaba un informe definitivo de valoración de secuelas del Dr. Dimas, confeccionado a instancia del perjudicado y de fecha 1 de junio de 2011, con base en el que se fija la indemnización en la suma de 415.364,23 euros. Y la sentencia de instancia estima parcialmente la pretensión concediendo la cantidad de 90.201,36 euros.

En suma, en función de la razonabilidad del comportamiento del asegurador que hace la consignación u ofrecimiento de la suma indemnizatoria, cuando se conoce el alcance de las lesiones (informe forense) y concluye el proceso penal y el posterior desconocimiento del real alcance o la entidad del perjuicio (hasta la presentación de la demanda), llevan a considerar que existe causa justificada excluyente de la mora del asegurador, máxime cuando la suma reclamada ha venido a resultar absolutamente desproporcionada, hasta el punto de que fue drásticamente reducida en la resolución judicial decisoria ».

SEGUNDO.- La jurisprudencia de la Sala Primera, dice la sentencia de 29 de noviembre 2005, contempla específicamente algunos supuestos en los que estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los intereses moratorios:

- a) Cuando la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la existencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado sus causas y esto es determinante de la indemnización o de su cuantía, y cuando exista discusión entre las partes, no sobre el importe exacto de la indemnización, sino sobre la procedencia o no de cubrir el siniestro.
- b) Cuando junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la

determinación de la causa, culposa o no, de la producción del siniestro, sea necesaria la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad que debe abonar el asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes, y.

- c) Aquellos supuestos en los que la complejidad de las relaciones habidas entre las partes litigantes excluyen la fácil determinación de la cantidad realmente adeudada.

A su vez, la sentencia que también se cita en el motivo de 14 de noviembre 2002 declara que para eliminar la condena de intereses no basta con la mera incertidumbre de la cantidad a pagar por la aseguradora sino que es preciso valorar, fundamentalmente, si la resistencia de la aseguradora a abonar lo que, al menos con toda certeza, le incumbía, estaba o no justificada o el retraso en el pago le era o no imputable, siendo lo decisivo por tanto la actitud de la aseguradora ante una obligación resarcitoria no nacida de la sentencia ni necesitada de una especial intimación del acreedor.

La sentencia recurrida contradice la Ley y la jurisprudencia de esta Sala.

El artículo 9 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, reconocía una serie de particularidades, fundamentalmente la posibilidad de que la compañía de seguro pudiera exonerarse del recargo por mora pagando o consignando judicialmente la indemnización en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro, especificando que, si no podía conocerse en dicho plazo el exacto alcance de los perjuicios indemnizables, habría de ser el juez el que decidiera sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada, previo informe del médico forense si fuera pertinente, y con arreglo a la cuantía aproximada que pudiera corresponder con arreglo al sistema de valoración del daño corporal que incorporaba el Anexo de la citada Ley 30/95.

Y el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, que también cita la sentencia, señala que: «3.º Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro». Y el apartado 8.º establece: «No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa



justificada o que no le fuere imputable ». Nada de esto se ha producido en el presente caso. Que las lesiones pudieran durar más de tres meses no impedía a la aseguradora cumplimentar la obligación impuesta que formalizó el día 1 de diciembre de 2005, es decir más de un año y 10 meses desde la fecha del accidente, y 8 meses después de conocer el informe de sanidad forense. De los hechos declarados probados se desprende que se siguieron diligencias penales por estos hechos, y no se niega que la aseguradora no tuviera conocimiento del accidente ni de sus lesivas consecuencias para la actora, sin que en ningún momento negara su responsabilidad frente a la perjudicada, salvo la determinación o cuantificación del daño, que no lo reconoció en la totalidad de los que se le reclamaban.

No se explica, por tanto, que no cumpliera su prestación en los tres meses siguientes o que abonara al menos el importe mínimo de lo que podía deber en los primeros cuarenta días, como ordena el artículo 20.3 LCS, careciendo de justificación alguna que esperara a la

extinción de dicho plazo para realizar un pago de 22.029,41 euros con fecha 1 de diciembre de 2005, lo que permite fijar el comienzo del devengo en el momento del accidente. Los anteriores hechos y el tenor de las propias manifestaciones de la aseguradora en el trámite de oposición al recurso -que alude como causa justificada a la cifra «manifiestamente exagerada» que se le reclama-, demuestran que, desde un primer momento, su negativa se ha fundado exclusivamente en una cuestión de mera disconformidad con la cuantía reclamada, que decía desproporcionada, cuando la doctrina mencionada descarta que las diferencias meramente cuantitativas constituyan justa causa para no cumplir con la obligación de indemnizar al perjudicado tan pronto como surge su derecho, esto es, al producirse el siniestro.

TERCERO.- En virtud de lo expuesto, procede estimar el recurso y fijar el comienzo del devengo de los intereses de demora de la cantidad reconocida en la fecha del siniestro, sin perjuicio del valor liberatorio que se reconoce,



por su importe, a las cantidades abonadas; sin hacer expresa condena en costas, por aplicación del artículo 398 LEC, ni en cuanto a las devengadas en apelación.

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 Don Maximo o, contra la sentencia de 8 de septiembre de 2014, dictada en grado de apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sede Vigo, en el rollo de apelación núm. 168/2013, dimanante del juicio ordinario núm 623/2011, del Juzgado de Primera Instancia 7 de Vigo. 2.º- Casamos la anterior sentencia que declaramos sin valor ni

efecto alguno en el pronunciamiento relativo a los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, dejando subsistentes los restantes pronunciamientos. 3.º- En su lugar, como consecuencia de la estimación parcial del recurso de apelación, condenamos a la entidad aseguradora a abonar los intereses de demora desde la fecha del siniestro respecto de la cantidad total objeto de condena en primera instancia y hasta su completo pago, sin perjuicio del valor liberatorio parcial de la cantidad abonada. 4.º- No se hace condena en cuanto a las costas de este recurso ni de la apelación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma

Sentencia de doble lectura. Lectura rápida: coherente el criterio seguido para casar la sentencia con la “consolidada” doctrina del alto Tribunal, al tratarse de discusión de cuantía y no haber consignado la aseguradora. Lectura profunda: el alto Tribunal no ha tenido en cuenta todos los factores necesarios para dictar un fallo más ajustado a la realidad del caso. Por ello, recomiendo lectura profunda para entender bien lo ocurrido en el caso concreto y que cada uno valore su resultado.

No vamos a negar que el supuesto de hecho es un supuesto claro de condena por mora sancionadora del Art.20, al no cumplir la aseguradora la obligación establecida en el art. 9 del Real Decreto Legislativo 8/2004 y del Art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro. La aseguradora no consignó cantidad alguna en los tres primeros meses desde la ocurrencia del siniestro, pese a que no se daba ninguna de las condiciones establecidas en el art. 20.8 de la LCS. Siendo así, es indudable que la aseguradora debía responder por culpa, según establecen los mencionados artículos. Ahora bien, la lectura profunda nos debe hacer reflexionar si realmente la aseguradora debería responder de todo el periodo desde el accidente hasta el pago, o solo de aquello donde realmente ha sido responsable.

Antes de entrar en el fondo, destacamos lo que dijo la Audiencia Provincial de Pontevedra y que recoge el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia estudiada: “En suma, en función de la razonabilidad del comportamiento del asegurador que hace la consignación u ofrecimiento de la suma indemnizatoria, cuando se conoce el alcance de las lesiones (informe forense) y concluye el proceso penal y el posterior desconocimiento del real alcance o la entidad del perjuicio (hasta la presentación de la demanda), llevan a considerar que existe causa justificada excluyente de la mora del asegurador, máxime cuando la suma reclamada ha venido a resultar absolutamente desproporcionada, hasta el punto de que fue drásticamente reducida en la resolución judicial decisoria ». Las partes subrayadas son para destacar los elementos claves del caso.

Lo que vino a decir la Audiencia es que se entiende razonable la posición de la aseguradora por la actitud previa del demandante, que ocultó sus verdaderas intenciones hasta la demanda y que su reclamación era del todo desproporcionada. ¿Esto es causa suficiente para no imponer intereses moratorios del art. 20?. La respuesta es sencilla, claramente NO. La aseguradora tenía elementos suficientes para haber consignado alguna cantidad por tratarse de un supuesto de lesiones del Art. 9.b) de la norma. “b. Cuando los daños causados a las personas hubiesen de sufrirse por éstas durante más de tres meses o su exacta valoración no pudiera ser determinada....” Pero dicho esto, la aseguradora intentó subsanar, con bastante retraso según el alto Tribunal, esta situación consignando el importe que estimó correspondía al lesionado.

Por hacer un resumen de los plazos que ayude a entender esta lectura profunda: El accidente ocurre en marzo de 2004 (aproximación realizada por descuento desde la consignación del año y diez meses que se menciona). La aseguradora no consigna (al ser anterior a 2007 no le es de aplicación el régimen de oferta o respuesta motivada) hasta el 1 de di-



En suma, en función de la razonabilidad del comportamiento del asegurador que hace la consignación u ofrecimiento de la suma indemnizatoria, cuando se conoce el alcance de las lesiones (informe forense) y concluye el proceso penal y el posterior desconocimiento del real alcance o la entidad del perjuicio (hasta la presentación de la demanda), llevan a considerar que existe causa justificada excluyente de la mora del asegurador, máxime cuando la suma reclamada ha venido a resultar absolutamente desproporcionada, hasta el punto de que fue drásticamente reducida en la resolución judicial decisoria

COMENTARIO

ciembre de. El informe forense debió ser público en abril de 2005 (también por descuento al señalar que se consigna a los 8 meses del informe). Y si, se observa retraso en esa consignación desde que se conoce el alcance real de las lesiones, aunque fuera desde la valoración de ese informe por parte de la aseguradora, cuando además la consignación se realiza por 22.091€, lejos también del importe finalmente concedido en primera instancia. Hasta aquí se sigue evidenciando que la aseguradora ha incurrido en mora. Y ahora viene la parte a valorar realmente, ¿qué tiempo transcurre desde que el lesionado pudo reclamar el importe que entendía le corresponde hasta la presentación de la demanda?. Pues bien, la demanda se presenta el 21 de julio de 2011 con lo que han transcurrido más de seis años desde la emisión del informe forense hasta la presentación de la demanda, que si descontamos el primer año, dejaremos en 5 años el retraso, y por lo que se refleja en la sentencia se dedicó a interrumpir la prescripción anualmente.

¿Debe asumir la aseguradora este tiempo excesivo, si no hay una causa que lo justifique? ¿Debe realmente la aseguradora asumir todo el periodo porque no consignó en tres meses? La respuesta la dieron los tribunales de instancia, y dijeron NO, pese a que sabían que la aseguradora debería haber consignado en tres meses desde la fecha de ocurrencia alguna cantidad. ¿Y es lo correcto? El TS dice NO, pero me cuestiono su “fría” decisión. Conocemos la doctrina del TS y el carácter sancionador de los intereses punitivos del art. 20, pero no siempre van a responder al caso concreto. Y al amparo de uno de los criterios que establece el TS para la exoneración de los intereses, hay razones para considerar que podía haberse atemperado el resultado sancionador de esta Sentencia.

Dice la Sentencia en el Fundamento Jurídico Segundo que son causas exoneradoras:

c) Aquellos supuestos en los que la complejidad de las relaciones habidas entre las partes litigantes excluyen la fácil determinación de la cantidad realmente adeudada.

Podría utilizarse este criterio para atemperar (solo atemperar, pues sabemos que el asegurador es culpable de no haber consignado en plazo) esa condena cuando ha quedado acreditado que hasta la demanda el perjudicado no precisó la cuantía a reclamar (hoy en día se hubiera exigido la reclamación previa) y que la misma se ha valorado totalmente desproporcionada y ha sido “drásticamente reducida”. Y si bien es cierto que no estamos discutiendo las costas, donde el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite decidir en base al resultado si proceden o no, podría valorarse que la inactividad intencionada para demorar el procedimiento y sumar indemnización vía intereses, pudiera tenerse en cuenta a efectos del cómputo del periodo de devengo. Algo así se debió interpretar en instancia pero con un resultado más drástico, no condenar a intereses.

Igual esto no es técnicamente posible a la vista del texto de la Ley y del criterio del TS, lo que provocó que en las dos primeras instancias no arriesgaran y directamente no impusieran intereses, pese a que si procedían, o solo es una elucubración de algunos que hemos sido objeto de estas prácticas abusivas de interrumpir prescripción de forma injustificada para presentar demandas del todo desorbitadas, que luego no han sido refrendadas por el juzgador pero que, sumando intereses, acaba siendo lo mismo. Y lo escribo sin conocer si estamos ante un caso de esos o está justificada la demora del demandante en presentar la demanda, pero me temo, por lo resuelto en las dos instancias, que tiene algo de esas prácticas.

El legislador ha intentado corregir parte de estas prácticas con las reformas del Art. 7 y 9 del Real Decreto Legislativo 8/2004, manteniendo con buen criterio el control a las aseguradoras, pero no es menos cierto que el Art. 20 necesita una reforma que se acerque más a la realidad del caso, y ello en favor de todos, pues el lesionado en este caso se quedó inicialmente sin su justo resarcimiento por no cumplir la aseguradora, y a la vez la aseguradora ha pagado su culpa muy por encima de lo que debería.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

**Reclamación de aseguradora
contra el Consorcio de Compensación
de Seguros por los gastos de asistencia
sanitaria generados y pagados a su
asegurado, con posterioridad a la fecha de
estabilización de las lesiones. Se desestima
al considerar que resulta aplicable el régimen
introducido por la Ley 21/2007, de 11 de julio,
aplicable al momento del siniestro.**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 13 de enero de 2017.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Se formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que desestima la demanda formulada por AXA Seguros Generales, SA contra el Consorcio de Compensación de Seguros a la que reclamaba los gastos de asistencia sanitaria generados y pagados a su asegurado, don Pedro Antonio, con posterioridad a la fecha de estabilización de las lesiones.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal. Se formula un único motivo en el que se denuncia incongruencia omisiva

de la sentencia porque no ha resuelto, como tampoco lo hizo el auto de complemento, el problema jurídico planteado, dejando sin resolver el debate principal que propuso esta parte sobre la doctrina sentada por esta sala sobre la compensación del lucro cesante por disminución de ingresos en caso de incapacidad permanente, creando indefensión.

Se desestima.

En el caso de las sentencias absolutorias, como la presente, es jurisprudencia de esta Sala que «no pueden ser por lo general incongruentes, pues resuelven sobre todo lo pedido, salvo que la desestimación de las pretensiones deducidas por las partes se hubiera debido a una alteración de la causa de pedir o a la estimación de una excepción no opuesta por aquellas ni aplicable de oficio por el juzgador» (Sentencias 476/2012, de 20 de julio, y 365/2013, de 6 de junio). De tal forma que, como puntualiza esta última Sentencia 365/2013, de 6 de junio, «la sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado».

Circunstancias, las expuestas, que concurren en el presente supuesto, en el que la sentencia impugnada confirma la sentencia desestimatoria de la demanda de Primera instancia, y en el que, además, la sentencia da respuesta a lo que se dice en el motivo que omite en atención a lo que refiere la ley vigente en el momento de los hechos, que no contempla los gastos que se reclaman más allá de lo que dispone, y no con el efecto expansivo que pretende.

TERCERO.- Recurso de casación.

La cuestión que plantea este recurso es jurídica y consiste en determinar si los gastos correspondientes al tratamiento médico recibido por don Pedro Antonio, abonados por la aseguradora, y generados más allá de la estabilidad de las lesiones, son o no indemnizables, lo que ha sido denegado en ambas instancias. La sentencia que ahora se recurre lo desestima con el siguiente argumento:

«Conforme a la doctrina Sentada por nuestro más Alto Tribunal, la fecha del siniestro, determina el régimen legal aplicable debiendo estar, por tanto, al 4 de diciembre de 2009. Y a tal fecha, conforme al Primer criterio, apartado 6, del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que introduce como Anexo el Texto Refundido de la Ley

sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, sesatisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada. Y si bien es cierto que el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente mediante la aplicación de elementos correctores más allá de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en tal caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor, doctrina que parte de considerar que el Sistema legal de valoración del daño corporal está integrado por normas que deben interpretarse con arreglo a los principios del ordenamiento, entre estos, el de la total indemnidad del perjuicio sufrido. No lo es menos que en el presente supuesto, tratándose de daños derivados de asistencia médica, expresamente prevé el Legislador, en el invocado párrafo 6, tras la reforma operada por el artículo 1 de la Ley 21/2007, de 12 de julio, que se abonarán los generados hasta la consolidación de las secuelas. Y hallándonos en el estricto ámbito del seguro obligatorio de vehículos de motor, por cuanto es demandado el Consorcio de Compensación de Seguros como Fondo Nacional de Garantía, conforme al artículo 11.1 e) del Texto Refundido invocado, al hallarse la Aseguradora del autobús 1715 BLL en proceso de Liquidación sumida por el propio Consorcio, la Sentencia que desestima la condena al abono de gastos médicos generados para atención de las secuelas más allá de su consolidación, ha de ser confirmada. Y sin que a ello sea obstáculo que el Consorcio con posterioridad al alta Forense que fija la estabilización de las gravísimas secuelas, abonara 4.229,60 euros, considerando que el alta se produce el 17 de mayo de 2011 y de los 7.712,87 euros que importa la asistencia de mayo se abona por el Consorcio la parte proporcional correspondiente a esos 17 días hasta estabilización».

Se desestima.

El accidente de circulación ocurre el día 4 de diciembre de 2009, es decir, vigente la reforma operada por el artículo 1 de la Ley 21/2007, de 11 de julio, según la cual se abonarán los gastos



generados hasta la consolidación de las secuelas, por lo que no existe contradicción alguna con la doctrina jurisprudencial que se cita en el motivo y justifica el recurso (pese a que se citen también sentencias de Audiencias Provinciales), ya que la misma es inexistente al referirse a un texto legal anterior, y a unos gastos que nada tienen que ver con el lucro cesante.

Según el número 6 del apartado primero del anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre: «Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria y, además, en las indemnizaciones por muerte, los gastos de entierro y funeral».

La doctrina de esta Sala (sentencias 786/2011, de 22 de noviembre; 383/2011, de 8 de junio; 931/2011, 29 de diciembre y 642/2014, 6 de noviembre) es reiterada en el sentido de que durante la vigencia del régimen contenido en el texto refundido y hasta la reforma

introducida por la Ley 21/2007, de 11 de julio, se indemnizaba por la totalidad de los gastos médicos y derivados. Mientras que, por el contrario, a partir de la entrada en vigor de esta reforma, y respecto de los siniestros ocurridos durante su vigencia, solo se iban a indemnizar: «los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la casación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada».

Sin duda la reforma no fue afortunada puesto que dejaba sin cobertura tratamientos de carácter permanente, y como tal fue cambiada nuevamente 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, acogiendo uno de los principios básicos en el derecho de daños como es que la total indemnidad del perjudicado debe conllevar la indemnización por los gastos médicos, farmacéuticos y de ortopedia invertidos en



la curación o rehabilitación de las heridas y secuelas derivadas del siniestro sin el límite de la sanación o consolidación de las secuelas, de tal forma que dentro de los perjuicios patrimoniales derivados de las secuelas (arts. 113 a 133 y Tabla 2. C), reconoce el derecho a que se indemnicen esos gastos (daño patrimonial emergente) de asistencia sanitaria futura, sin el límite temporal anteriormente vigente.

CUARTO.- Consecuencia de lo razonado es la desestimación de ambos recursos y la imposición de las costas al recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, 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 Desestimar los recursos formulados por la representación legal de AXA Seguros Generales, S.A, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11.ª de fecha 22 de septiembre de 2014, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

La sentencia de 13 de enero del corriente analiza un tema interesante, sobre el pago de los gastos de asistencia sanitaria producidos con posterioridad a la consolidación de las secuelas.

Si bien, igualmente interesante es el estudio que inicialmente sobre la no incongruencia en el supuesto de sentencias que desestiman las demandas, y dice:

La sentencia desestimatoria de la demanda es congruente salvo que ignore injustificadamente un allanamiento, la desestimación de la demanda principal venga determinada por la estimación de una reconvencción o una excepción no formuladas (en este último caso, salvo cuando sea apreciable de oficio), o pase por alto una admisión de hechos, expresa o tácita, realizada por el demandado

Pero como decimos, el análisis IMPORTANTE es el referido al pago de los gastos asistenciales posteriores a la sanidad. En el presente caso la Cía. AXA reclamaba al Consorcio el pago que había realizado por un perjudicado por los gastos generados a su asegurado por los servicios médicos prestados, con posterioridad a la fecha de estabilización de las lesiones.

La petición fue desestimada tanto en ambas instancias como por el Alto Tribunal, y el argumento fue el mismo, que los hechos del accidente ocurrieron en fecha 4 de diciembre de 2.009, y en esa fecha no estaba cubierta la incidencia por el Seguro Obligatorio del Automóvil.

Y lo interesante de la sentencia, es que analiza el régimen existente en el RD Legislativo 8/2004 de 29 de octubre, en el que se establecía, que además de las indemnizaciones, se satisfacían los gastos de asistencia médica y hospitalaria, pero por el contrario en la REFORMA introducida en la Ley 21/2007 de 11 de julio, solo se indemnizaban los gastos de asistencia médica, farmacéuticos y hospitalarios en la cuantía necesaria hasta la casación o consolidación de secuelas, y siempre que el gasto estuviese debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada.

El Ponente Sr. Seijas critica duramente la REFORMA, pero al cumplir la Ley debe desestimar el Recurso, pues esa era la legislación vigente al momento del accidente.

Y ya introduce el nuevo sistema que establece la actual Ley 35/2015 de 22 de septiembre, en el que se acoge uno de los principios básicos del derecho de daños como es, que la total indemnidad del perjudicado debe conllevar la indemnización de los gastos médicos, farmacéuticos y de ortopedia invertidos en la curación o rehabilitación de las heridas y secuelas derivadas del siniestro sin el límite de la sanidad o consolidación de las secuelas, de tal forma, que dentro de los perjuicios patri-

COMENTARIO

moniales derivados de esas secuelas (arts. 113 a 133 y también la 2.C), se reconoce el derecho a que se indemnice esos gastos (dato patrimonial emergente) de asistencia sanitaria futura, sin límite temporal vigente.

Nos parece que este estudio que ha realizado la sentencia que comentamos no puede ser más esclarecedor. Muy buena resolución judicial.



Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Condena al facultativo y a su aseguradora a abonar 428.780,66 euros al paciente, tras los daños sufridos como consecuencia de utilizar la técnica quirúrgica inadecuada. Se estima que la relación entre paciente y médico es contractual, ya que ésta derivaba de un seguro suscrito por aquel con la aseguradora cuyo objeto era el reembolso de los gastos asistenciales, teniendo pro tanto el asegurado la libertad para seleccionar al facultativo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 20 de Enero de 2017.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Agrupación Mutual Aseguradora y don Ezequiel recurren la sentencia que les condena a pagar a don Higinio la cantidad de 428.780,66 euros, más los intereses correspondientes. La condena se produce por una negligencia médica del Dr. Ezequiel consecuencia de la extirpación al sr Higinio de un pólipo que le había sido detectado en el colon mediante una técnica quirúrgica inadecuada a resultas de la cual se le causó un hematoma que desencadenó una infección posterior, con gravísimas secuelas; daño que imputa al Dr. Ezequiel como médico responsable de la intervención y, como consecuencia, a su entidad aseguradora, ambos demandados.



El Sr. Higinio tenía concertado con Seguros la Estrella un seguro denominado «Seguro de Salud Total». En las condiciones generales se define el mismo como «un seguro de COBERTURA INTERNACIONAL y tiene por objeto el reembolso de gastos por tratamiento médico-quirúrgico a consecuencia de enfermedad o accidente».

El recurso tiene dos motivos: por errónea interpretación del artículo 105 de la LCS y de la jurisprudencia que lo desarrolla, y por infracción por inaplicación del artículo 1968.2 del CC, aplicando correlativa e indebidamente el artículo 1964, al no existir relación contractual entre las partes.

También recurre la sentencia don Higinio exclusivamente por los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, que no se imponen a la aseguradora demandada.

Recurso de casación de Agrupación Mutual Aseguradora y de don Ezequiel .

SEGUNDO.- Sostiene la parte recurrente que no existe una relación contractual con el paciente, lo que tiene importancia a la hora de establecer la prescripción de la acción ejercitada. El artículo 105 de la LEC, dice en el motivo, regula dos opciones de seguro: el de enfermedad y el de asistencia sanitaria. El primero asegura el riesgo de enfermedad y el asegurador se obliga, dentro de los límites de la póliza, a reembolsar al asegurado las cuantías por éste abonadas en función de límite y franquicia concertada; el asegurado tiene libertad de acudir a los servicios de cualquier facultativo o centro que desee. En el segundo, el asegurador, dentro de las condiciones y límites pactados, presta y asume directamente el servicio con los médicos de su cuatro médico y clínicas por el asegurador concertadas o de su titularidad a las que el asegurado necesariamente debe acudir, sin que pueda optar por otros ajenos al cuatro médico y las clínicas concertadas.

En la primera modalidad la relación aseguradora-médico y clínicas es contractual

y extracontractual la relación asegurado-aseguradora. En la segunda, la relación aseguradora-asegurado es contractual y extracontractual la relación asegurado-médico del cuadro médico de la aseguradora y clínicas concertadas.

En el presente caso, añade, «a partir de los hechos probados de la sentencia, a partir de los cuales se debe calificar la naturaleza jurídica del contrato, se pone de relieve que entre el Sr. Higinio y aseguradora La Estrella existía una relación jurídica de contrato de seguro mixto, de reembolso y de asistencia sanitaria, y que los actos médicos fueron realizados bajo la segunda modalidad, la de asistencia sanitaria. Con las consecuencias que ello conlleva a la hora de calificar la relación jurídica entre el actor Sr. Higinio y el médico demandado Dr. Ezequiel» y, consecuentemente, de aplicar las reglas de la prescripción al no existir relación contractual.

El recurso se desestima.

- 1.- Los hechos probados de la sentencia ponen de relieve lo siguiente:
 - a) El seguro que el demandante tenía concertado con Seguros la Estrella, denominado «Seguro de Salud Total», se define en las condiciones generales como «un seguro de COBERTURA INTERNACIONAL y tiene por objeto el reembolso de gastos por tratamiento médico-quirúrgico a consecuencia de enfermedad o accidente», señalando que su mayor atractivo radica en la libertad de elección de médico o centro que desee utilizar el asegurado, con la posibilidad de acudir al cuadro de servicios médicos recomendados por la entidadaseguradora en cuyo caso no serán de aplicación las franquicias a su cargo pactadas ni los sublímites previstos en el cuadro general de garantías, con la ventaja adicional de que la entidad aseguradora satisfará directamente al facultativo o centro que atienda al asegurado el coste de los servicios, sin que éste tenga que desembolsar cantidad alguna.
 - b) En el cuadro general de garantías se hace referencia a los límites de capital contratados. En el artículo preliminar, relativo a las definiciones, se señala que la suma asegurada o capital contratado, establecida en las condiciones particulares de la póliza, constituye el límite total y máximo para el conjunto de los gastos reembolsables o abonables directamente a los Servicios Médicos Recomendados como consecuencia de la aplicación de las garantías contratadas para cada asegurado.
 - c) El artículo 1º al definir el objeto del seguro señala que la entidad aseguradora garantiza los gastos razonables y usuales derivados de la atención médica y quirúrgica, tanto hospitalaria como extra hospitalaria, que el asegurado precise durante la vigencia de la póliza, con motivo o como consecuencia de enfermedad, accidente y, en su caso, embarazo y parto, sobrevenidos durante el mismo período de tiempo (I apartado A), así como la libertad de elección de médico o centro que le preste los servicios asistenciales requeridos (II). d) El artículo 3.º, relativo a la utilización de las garantías básicas, se advierte de que en caso de utilizar los servicios recomendados, dentro de las condiciones de seguro, el pago de los mismos será realizado por la entidad aseguradora, sin que el asegurado deba desembolsar cantidad alguna, ni soportar a su cargo ninguna franquicia, siempre que el asegurado se identifique debidamente y/o haya obtenido la conformidad previa de la entidad aseguradora. En caso contrario será considerado como un reembolso de gastos normal, sujeto a los límites y franquicias correspondientes, o excluido de las garantías de la póliza si se trata de una hospitalización.
 - e) D. Higinio suscribió la solicitud de ingreso en Policlínica de Gipuzkoa, S.A. para la realización de una cirugía general de la que trae causa la reclamación planteada en la que al mismo tiempo que figuran los datos de la compañía aseguradora, aquél asume «el compromiso personal de abonar a POLICLINICA DE GIPUZKOA, S.A. todos aquellos conceptos que su compañía aseguradora SEGUROS ESTRELLA no cubra o no asuma el pago, tanto si se derivan de su hospitalización, como de honorarios médicos, intervenciones quirúrgicas, pruebas diagnósticas, tratamientos, material de curas, medicaciones, etc, que sean necesarios o convenientes para su tratamiento».
- 2.- La asunción de la prestación de servicios médicos - sentencias de 24 de marzo 2002 y de 4 de diciembre 2007 - no puede inferirse de la mera existencia del aseguramiento, sino que, por lo general, para estimarla existente, la jurisprudencia se funda en la interpretación de la póliza del seguro que se atribuye a los tribunales en primera y segunda instancia y que la recurrente pretende anular en este caso mediante una interpretación subjetiva e interesada de la que ofrece la sentencia convirtiendo en contrato de seguro de asistencia sanitaria

lo que es un seguro de enfermedad o reembolso en el que la asistencia médica queda fuera de la organización de los medios asistenciales prestados por la aseguradora del paciente para hacer posible la provisión del servicio de salud asegurado por un médico independiente y absolutamente responsable de su actuación profesional.

- 3.- Lo cierto es que examinado el contenido de la póliza de seguro, se advierte que su objeto no es otro que el reembolso de los gastos asistenciales, que es a lo único a lo que se comprometió la aseguradora. Entre el médico y la aseguradora del demandante no existía ninguna relación jurídica que justificase su intervención para la concreta atención al acto médico negligente que se le imputa. La clínica, y por derivación el médico, fue contratada directamente por el paciente, que asumió también el compromiso de «abono de todas aquellas actuaciones tanto médicas, como hospitalarias, en tanto estas no sean asumidas por la compañía aseguradora», sin que el posterior reembolso del gasto altere esta relación transformando la naturaleza jurídica del contrato. Se advierte, también, que en este tipo de seguros no hay cuadro médico ni centros médicos, entendido como una relación de facultativos o centros concretos a los que necesariamente debería acudir el asegurado para que actuara la cobertura aseguradora, ya que a ningún cuadro se hace referencia en el contrato de seguro, y cuando se refiere a médicos recomendados lo hace para señalar a aquellos médicos o centros que hacen algún descuento a la aseguradora de los gastos ocasionados hasta una cantidad o porcentaje del mismo, sin afrontar las franquicias, lo que permite garantizar la prestación de cualquier médico en cualquier parte del mundo (seguro de cobertura internacional), pues a ello se refiere expresamente la póliza.
- 4.- La libertad de elección era, por tanto, absoluta y sin limitación alguna, lo que comporta una relación de carácter contractual, puesto que se exige del paciente-asegurado que asuma el compromiso de abonar todas aquellas actuaciones tanto médicas, como hospitalarias, en tanto en cuanto estas no son asumidas por la compañía aseguradora, por lo que el plazo prescriptivo de la acción ejercitada es el de 15 años (art. 1.964 CC); plazo que no ha prescrito en la fecha de interposición de la demanda (21 de junio de 2010), puesto que los hechos que fundamentan la misma tuvieron lugar el 13 de julio de 2004 y el alta médica se produjo el año 2005, como con acierto se razona en ambas instancias.

Recurso de don Higinio.

TERCERO.- Se formula por los intereses del artículo 20.8 de la LCS, relativo a las causas que permiten exonerar a una entidad aseguradora de pagar los intereses moratorios contenida en las sentencias de 12 de junio y 16 de diciembre de 2013, entre otras. Se argumenta que se ha vulnerado la jurisprudencia de esta Sala sobre dicho artículo al haberse apreciado indebidamente que existía causa justificada en la aseguradora demandada para no pagar, cuando según el recurrente no se planteó duda sobre la realidad del siniestro, ni sobre su efectiva cobertura, basando la oposición de la aseguradora en la inexistencia de responsabilidad del médico y en la cuantía indemnizatoria lo que, según la jurisprudencia, no justifica la exclusión de la obligación de pagar los intereses si la aseguradora ha incurrido en mora.

La sala va a entrar a analizar el recurso desestimando las razones de impugnación de la aseguradora, en la misma forma que lo hizo el auto de 15 de junio de 2016 por el que se admitió el recurso de casación. Se dijo, y se mantiene, «que la vía del interés casacional utilizada por el demandante, ahora recurrente, no es la adecuada toda vez que, como afirman los demandados, también recurrentes, la cuantía de la demanda ascendía a la suma de 2.358.971 euros, siendo también la cuantía discutida en apelación superior a 600.000 euros, sin que se haya producido ninguna reducción del objeto litigioso al haber sido recurrida la sentencia de primera instancia por ambas partes. No obstante se analizaran ambos recursos y se tendrá en cuenta la jurisprudencia contenida en ellos como fundamento de su argumentación». Se admite el recurso porque cumple los requisitos legales determinados para su admisión, razón por el que se admitió a trámite, rechazando un óbice meramente formal que no se compecede con el contenido material del recurso. El recurso se estima.

Lo argumenta la sentencia de la forma siguiente: «esta Sala entiende que ha sido preciso el procedimiento judicial para poder determinar la existencia de una relación de causalidad entre una infracción de la “lex artis ad hoc” imputable al Dr. Ezequiel y las lesiones padecidas por el Sr. Higinio como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada bajo supervisión de aquél en la medida en que la responsabilidad que se imputa al médico demandado deriva de haber aplicado una técnica quirúrgica incorrecta para la práctica de la polipectomía, siendo determinante a estos efectos la situación del pólipo, existiendo en la causadocumentación médica contradictoria en relación a este extremo».



Este argumento no es correcto. En primer lugar, la contradicción documental se aplica contra quien ha sufrido las consecuencias de una intervención quirúrgica anormal o no esperada, y favorece a una aseguradora pasiva que no hizo nada desde el momento en que tuvo conocimiento del siniestro, lo que es difícilmente compatible con la propia finalidad del interés de demora del artículo 20 LCS, ni con el abono, «en cualquier supuesto», del importe mínimo que el asegurador pueda deber según las circunstancias conocidas, conforme dispone el artículo 18.

En segundo lugar, es doctrina reiterada de esta Sala (sentencias 206/2016, de 5 de abril; 513/2016, de 21 de julio) que «si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8º LCS, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera del recargo en qué consisten los intereses de demora, 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 al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (...).» En atención a esa jurisprudencia, si el retraso viene

determinado por la tramitación de un proceso, para que la oposición de la aseguradora se valore como justificada a efectos de no imponerle intereses ha de examinarse la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia, al cual corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica para integrar los presupuestos de la norma aplicada. »Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, el mero hecho de acudir al mismo constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la razonabilidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar (...). En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al perjudicado o asegurado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura (...).

Con carácter general, en fin, e invocando un modelo de conducta acrisolado, el

propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido.

Siempre a salvo el derecho del asegurador de que se trate a cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho». Señalando la sentencia de 19 de mayo 2011, que, pese a la casuística existente sobre esta materia, «viene siendo criterio constante en la jurisprudencia no considerar causa justificada para no pagar el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas (STS 12 de julio de 2010 (RC núm. 694/2006) y STS de 17 de diciembre de 2010 (RC núm. 2307/2006)».

De prosperar el razonamiento exculpatario de la sentencia se haría una interpretación contraria al carácter sancionador que se atribuye a la norma. El daño existió y ninguna duda razonable tuvieron los jueces de la 1ª y 2ª instancia para determinar la responsabilidad en el mismo de los demandados. Asumiendo la instancia, los intereses se devengarán en la forma que señaló la sentencia del Juzgado con la única modificación de remitir el día inicial de su devengo al momento en que, según la sentencia, la aseguradora tuvo conocimiento formal de siniestro -demanda- y no al que, de forma absolutamente contradictoria, establece -sentencia-, puesto que desde ese momento estuvo a su alcance averiguar las consecuencias que

el mismo había provocado al demandante y actuar en consecuencia, lo que no hizo.

CUARTO.- En cuanto a las costas, se imponen a Agrupación Mutual Aseguradora y don Ezequiel las originadas por su recurso; sin hacer especial mención de las causadas por el recurso de don Higinio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398, 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.- Desestimar el recurso de casación formulado por Agrupación Mutual Aseguradora y don Ezequiel contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 9 de abril de 2014 .
2. - Estimar el recurso de casación formulado por don Higinio y casar la citada sentencia en el sentido de condenar a Agrupación Mutual Aseguradora al pago de los intereses previstos en el artículo 20 de la LCS, a contar desde la fecha de la demanda, hasta que se produzca el pago.
3. - Se mantiene la sentencia en lo demás, imponiendo a Agrupación Mutual Aseguradora las costas de su recurso y sin hacer especial declaración de las causadas por el recurso de don Higinio. Líbrese 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.



COMENTARIO

Por **Diego Elum Macias**
Abogado

Son muchas las ocasiones en que nos encontramos con sentencias cuyo principal cometido no es tanto aplicar el Derecho a los hechos, sino en realizar una ingente labor de desbrozo en orden a significar el eje sobre el que orbita el núcleo del problema. Pues bien, este es el caso. Pero, vayamos por partes.

1º).- En esencia, el problema que se plantea y se somete al análisis jurisprudencial no es otro que el de un supuesto de mala praxis profesional, en este caso médica. Quien sufre las consecuencias es el actor, quien dirige la demanda contra el facultativo que realizó la intervención pretendidamente inadecuada a la *lex artis* y contra su entidad aseguradora. Ante tal planteamiento, la estructura procedimental parece clara, tanto desde la perspectiva de la legitimación activa como de la legitimación pasiva.

2º).- La cosa se empieza a complicar cuando la demandada, al momento de contestar la demanda, incorpora excepciones, ciertamente muy medidas, pero que intentan provocar un giro significativo en la valoración del supuesto de hecho y su alcance interpretativo. Se alega falta de litisconsorcio pasivo necesario; entendiéndose que debía haber sido llamada al procedimiento la entidad aseguradora – deducimos, al no constar en los antecedentes de la sentencia objeto de la presente valoración – con la que el actor tenía concertado el seguro de asistencia médico-sanitaria. Claro, esto es importante porque arrastraría la interpretación en la valoración del problema a un plano distinto, una relación contractual yuxtapuesta y de distinto alcance a la que pudiera derivarse de la acción reclamatoria dirigida contra la aseguradora del demandado.

En cualquier caso, tal excepción ha sido desatendida en todas las instancias y en la Casación.

3ª).- Lo expuesto en el apartado anterior enlaza con un elemento más, pacientemente objeto de desbrozo en la sentencia, pero que opera de manera tangencial y sin relevancia alguna en lo que es el objeto de la cuestión. Me estoy refiriendo al tipo de seguro que tenía contratado el actor con La Estrella, su aseguradora médico-asistencial. Esto formó parte del recurso de casación de los demandados y que fue admitido a trámite, si bien fue desestimado. La recurrente calificaba este tipo de seguro como mixto, calificación esta que no es aceptada por la Sala por razones obvias pero que importa señalar. Es un seguro de escala en cuanto a la modalidad de la cobertura. ES decir, seguro de libre elección de médico así como de centro asistencial, hasta el límite cuantitativo fijado en la póliza. Es claro que tal modalidad de reembolso, supuesto top de cobertura, no empece para que el asegurado pueda recurrir al cuadro médico preestablecido por la aseguradora y a sus centros concertados. En este supuesto contemplado, que no parece ser el caso que nos ocupa, también estaríamos ante un marco obligacional contractual que operaría de manera yuxtapuesta respecto de una potencial reclamación por culpa extracontractual.

Este planteamiento está pormenorizadamente desmontado por la sentencia, que acierta en la conclusión alcanzada de reconocer que la relación con el médico demandado es contractual y en su consecuencia el plazo de prescripción será el de 15 años.

COMENTARIO

La sentencia viene a explicar las características y objeto de este tipo de seguro, así como el alcance y entendimiento del art. 105 L.C.S.

4º).- El intento de desviar el foco del problema en orden a considerar la relación contractual del asegurado con su propia entidad aseguradora proyecta una natural consecuencia en la valoración prescriptiva. Es decir, respecto de los demandados tan sólo se puede hablar de culpa extracontractual, porque son médico de libre elección y por ende, su aseguradora queda anudada a su suerte. Sin embargo, la relación contractual y sus 15 años de prescripción se dan en el marco del seguro que tiene el actor con su aseguradora médica.

Este planteamiento está pormenorizadamente desmontado por la sentencia, que acierta en la conclusión alcanzada de reconocer que la relación con el médico demandado es contractual y en su consecuencia el plazo de prescripción será el de 15 años.

La aseguradora del actor, por la propia naturaleza del seguro contratado y que es objeto de estudio detallado por la sentencia, contempla tan sólo la derivada puramente económica. Los gastos los asume prima facie el asegurado, recaba las facturas y acreditaciones de los pagos que éste pudiera haber efectuado, y los remite a la aseguradora para que se los reembolse en los términos que pudieran estar pactados en la póliza. Ahí termina su cometido.

5º).- Intereses. Este es un punto de especial relevancia desde el punto de vista puramente jurídico. Y es también una derivada del planteamiento de la aseguradora demandada cuando intentaba focalizar la controversia en la relación contractual del actor con su aseguradora.

La sentencia acierta cuando expone el razonamiento de la resolución dictada por la Audiencia y lo califica como no correcto. Importa reproducir dicho razonamiento para su mejor análisis y valoración: “esta sala entiende que ha sido preciso el procedimiento judicial para determinar la existencia de una relación de causalidad entre una infracción de la “lex artis ad hoc” imputable al Sr. Ezequiel y las lesiones padecidas por el Sr. Higinio como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada bajo supervisión de aquél en la medida en que la responsabilidad que se imputa al médico demandado deriva de haber aplicado una técnica quirúrgica incorrecta para la práctica de la polipectomía, siendo determinante a estos efectos la situación del pólipo, existiendo en la causa documentación médica contradictoria en relación a este extremo”.

El razonamiento y argumentario que desarrolla la sentencia objeto de estudio no puede ser más plausible. La aseguradora siempre encontrará en el cajón de sastre en que se ha convertido el art. 20.8 de la L.C.S., habida cuenta lo genérico de su redacción, cualquier acomodo argumental que le pueda beneficiar. Aquí, la sentencia va más allá y atiende al espíritu informador de ese art. 20. L.C.S. El legislador está queriendo imponer un régimen punitivo al asegurador renuente en el cumplimiento de sus obligaciones resarcitorias. Limitar las vías de escape para desatender tales obligaciones se convierte en misión obligada para nuestros jueces y tribunales. No cabe olvidar, y ese es el espíritu de la Ley, que la actividad aseguradora es una actividad socializadora de primera magnitud y que no atender tal significado debe conllevar ineludiblemente la imposición de esos altos intereses penitenciales. Esto es algo que parece quedar asumido como mera cuestión económica y ayuno de cualquier otra consideración. Por eso, dice bien la sentencia cuando habla de “ordenado asegurador”. Si la aseguradora sabe que el siniestro objeto de cobertura ha existido, debe ofrecer cuando menos una mínima cantidad en función de su alcance. Sólo podría recurrirse al art. 20.8 cuando esté en cuestión la realidad del siniestro o de su cobertura.

Lo que no parece quedar suficientemente claro es el establecimiento del dies a quo en orden a determinar el cómputo de los intereses. Se está remitiendo a la demanda como momento en que se tuvo “conocimiento formal del siniestro”. Admitiendo como factor conceptual lo recién reseñado, y que es algo que al parecer queda determinado en la sentencia de instancia, cabrá admitirlo, y tal vez no haya sido objeto de recurso. Pero, se hace extraño que la aseguradora condenada no hubiera tenido previo reconocimiento del siniestro. En cualquier caso, es de todo punto acertado hacer coincidir el dies a quo con el conocimiento formal del siniestro.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se desestima la reclamación de la indemnización correspondiente a unos daños extraordinarios reclamados por el asegurado de una póliza de seguro con cobertura contra todo riesgo, que incluía el riesgo de «elementos naturales», y afectada por el recargo obligatorio a favor del Consorcio de Compensación de Seguros, al haberse producido el pago de la prima sucesiva cuatro meses después del vencimiento y con posterioridad al siniestro, y ello, a pesar de que en años anteriores se habían aceptados retrasos en el pago de la prima por un periodo similar o superior al presente.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 30 de enero de 2017.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gallardo

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 12 de agosto de 2005, por medio de Willis Iberia, Correduría de Seguros y Reaseguros, S.A. (en adelante, Willis), la sociedad Sideleva, S.A. suscribió como tomador una póliza de seguro (Seguro integral de empresas) con HDI Hannover International España Seguros y Reaseguros, S.A. (en adelante, HDI). La duración del contrato de seguro era anual, del 1 de julio

de 2005 al 1 de julio de 2006, sin perjuicio de que pudiera prorrogarse por periodos anuales. En la póliza aparecían cinco sociedades aseguradas, entre las que se encontraban las tres siguientes sociedades pertenecientes al grupo de la tomadora del seguro: Perfiles Especiales Selak, S.A. (en adelante, Selak), Saveria Services of Elevation (en adelante, Saveria Services) y S.A. de Vera (en adelante, Saveria).

La póliza de seguro concertada otorgaba una cobertura contra todo riesgo, que incluía el riesgo de «elementos naturales», por lo que estaba afectada por el recargo obligatorio a favor del Consorcio de Compensación de Seguros, que cubría los riesgos extraordinarios de conformidad con el art. 7 RDLeg 7/2004, de 29 de octubre, que regula el estatuto legal del Consorcio. Los días 4 a 7 de noviembre de 2011, como consecuencia de fuertes lluvias se desbordó el Río Urumea a su paso por Hernani, localidad donde estaban ubicadas las instalaciones de Selak, Saveria Services y Saveria, que sufrieron graves daños. La inundación fue catalogada de riesgo extraordinario.

La valoración económica de los daños y perjuicios sufridos por Selak, Saveria Services y Saveria como consecuencia de las inundaciones, descontada la correspondiente franquicia del Consorcio, asciende a un total de 1.122.734,16 euros.

Cuando ocurrieron los hechos, el contrato de seguro se había prorrogado el 1 de julio de 2011, si bien todavía no se había pagado la prima correspondiente. El pago de la prima fue efectuado y aceptado con posterioridad, el 10 de noviembre de 2011.

En otras ocasiones, la tomadora se había retrasado en el pago de la prima, y había sido aceptado por la compañía de seguros HDI.

2. Selak, Saveria Services y Saveria dirigieron una reclamación extrajudicial al Consorcio reclamando el importe de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con las inundaciones, descontada la preceptiva franquicia, lo que ascendía a 1.122.734,16 euros.

El Consorcio rechazó la cobertura del siniestro porque al tiempo en que se produjo, la prima no había sido pagada.

3. Selak, Saveria Services y Saveria presentaron la demanda que ha dado inicio al presente procedimiento en la que solicitaron el pago de esta indemnización (1.122.734,16 euros), más

los intereses del art. 20 LCS. En su demanda invocan que en otras ocasiones el Consorcio había accedido a la cobertura del riesgo, aunque hubiera habido retraso en el pago de la prima. Así, narra el caso de otra sociedad, Fundiciones de Vera, S.A. (en adelante, Funvera), que tenía concertada una póliza de las mismas características, y que si la renovación se produjo el 7 de julio de 2009, el siniestro que ocasionó los daños cubiertos por el Consorcio se produjo el 27 de febrero de 2010, sin que en ese momento hubiera sido pagada la prima, que lo fue más tarde, el 13 de abril de 2010.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. El juzgado entendió que la compañía aseguradora conocía y aceptaba que la prima se pagara fuera del plazo establecido y el Consorcio pudo y debió tener conocimiento de este hecho. Además, razonaba que el Consorcio había ido contra sus propios actos, porque en un siniestro ocurrido el año anterior, la asegurada (Funvera) se encontraba en la misma situación de pagos retrasados de la prima y sin embargo el Consorcio cubrió el riesgo. En cualquier caso, la póliza no fue ni suspendida ni extinguida, y la prima fue pagada con posterioridad. El juez de primera instancia concluye que el riesgo estaba cubierto, razón por la cual el Consorcio debía cubrirlo. Consecuentemente, condena al Consorcio al pago de la suma reclamada, 1.122.734,16 euros, más los intereses del art. 20 LCS.

5. La sentencia dictada en primera instancia fue recurrida en apelación. La Audiencia estima el recurso, por las siguientes razones. En primer lugar, parte de la consideración de que estamos bajo el régimen del art. 15.2 LCS, en cuanto que ha habido un impago de las primas siguientes a la primera, razón por la cual transcurrido un mes desde el vencimiento de la prima, la cobertura del riesgo quedó suspendida por disposición legal y el siniestro acaeció durante esta suspensión. Y añade: «Por lo que en esta situación de un seguro complementario, obligatorio, derivado del abono del recargo en la prima ninguna eficacia alguna a la actuación de la aseguradora, de permitir los abonos de la prima fuera de plazo y mantener la vigencia de la póliza, que ante los impagos debió ex lege extinguir el contrato transcurridos los seis meses y, en su caso emitir nueva póliza, cuando en el concreto supuesto que nos ocupa, ante un nuevo impago, que no ha quedado desvirtuado que fuera ajeno a la actuación del tomador (art. 217 LEC) en que nuevamente la cobertura de la póliza se hallaba en suspenso, por lo que será de aplicación la exclusión de

cobertura prevista en el art 6 k) del Reglamento de Riesgos Extraordinarios».

En relación con la denunciada contradicción de los actos propios, la Audiencia advierte que en el caso precedente invocado, el de la sociedad Funvera, el pago de la prima se había realizado a la correduría de seguros un día antes del siniestro, acaecido el 27 de febrero de 2010. Si finalmente se pagó a la aseguradora y al Consorcio después del siniestro, fue debido a causas no imputables al tomador. 6. Frente a la sentencia de apelación, las tres sociedades demandantes formularon recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero fue inadmitido y el de casación fue admitido. El recurso de casación se articula en cinco motivos, los cuatro primeros afectan a la cobertura del riesgo, y el quinto, que presupone la admisión de alguno de los anteriores, afecta a la procedencia del pago de los intereses del art. 20 LCS .

SEGUNDO.- Primer motivo del recurso de casación 1. Formulación del motivo primero. El motivo denuncia la infracción de los arts. 2 y 15 LCS, en relación con el art. 18.2 RDLeg 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprobó el Es-

tatuto del Consorcio de Compensación de Seguros.

Si la póliza estaba en vigor, a pesar de que en el periodo anterior había sufrido una demora en el pago de la prima superior a 6 meses, significa que existía un pacto entre el tomador del seguro y la aseguradora por el que no se suspendía la cobertura en caso de impago de la primera. Y este pacto afectaba también a la cobertura de los riesgos cubiertos por el Consorcio, en la medida en que el recargo del Consorcio se debía recaudar por la aseguradora juntamente con sus primas, de acuerdo con el art. 18.2 del Estatuto del Consorcio. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo primero. Jurisprudencia sobre el art. 15.2 LCS. Como la prima impagada no es la de la primera anualidad, sino otra posterior, resulta de aplicación la previsión contenida en el art. 15.2 LCS respecto del impago de una de las primas siguientes.

Hemos de partir de la interpretación jurisprudencial del apartado 2 del art. 15, en relación con el apartado 1, que se contiene en



Willis

nuestra sentencia de pleno de 357/2015, de 30 de junio, ratificada por otras posteriores (entre ellas, por la sentencia 374/2016, de 3 de junio). Según esta jurisprudencia: «En el caso del impago de una de las primas siguientes, el apartado 2, dispone que "la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso".

El impago de una de las primas siguientes, lógicamente, presupone que el contrato, que ya había comenzado a desplegar todos sus efectos con anterioridad, se ha prorrogado automáticamente y ninguna de las partes lo ha denunciado en los términos del art. 22 LCS.

»En estos casos, desde el impago de la prima sucesiva, durante el primer mes el contrato continúa vigente y con ello la cobertura del seguro, por lo que si acaece el siniestro en este periodo de tiempo, la compañía está obligada a indemnizar al asegurado en los términos convenidos en el contrato y responde frente al tercero que ejercite la acción directa del art. 76 LCS.

A partir del mes siguiente al impago de la prima, y durante los cinco siguientes, mientras el tomador siga sin pagar la prima y el asegurador no haya resuelto el contrato, la cobertura del seguro queda suspendida. Esto significa que entre las partes no despliega efectos,

en el sentido de que acaecido el siniestro en este tiempo, la aseguradora no lo cubre frente a su asegurada. Sin embargo, la suspensión de la cobertura del seguro no opera frente al tercero que ejercite la acción directa del art. 76 LCS, en la medida en que este mismo precepto prevé que «La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado».

Transcurridos los seis meses desde el impago de la prima, sin que el asegurador hubiera reclamado su pago, el contrato de seguro quedará extinguido de forma automática y por efecto de la propia disposición legal, sin que sea preciso instar la resolución por alguna de las partes. Lógicamente, el siniestro acaecido con posterioridad a la extinción del contrato no queda cubierto por el seguro, y por ello el asegurador no sólo no responderá de la indemnización frente al asegurado, sino que tampoco lo hará frente al tercero que pretenda ejercitar la acción directa».

En nuestro caso, el siniestro ocurrió entre los días 4 y 7 de noviembre de 2011, varios meses después de que fuera impagada la prima correspondiente a la anualidad prorrogada el 1 de julio de 2011. De tal forma que a la fecha del siniestro, ya había pasado con creces el plazo de un mes desde el impago de la prima, previsto en el art. 15.2 LCS, y por lo tanto la cobertura del seguro estaba suspendida. En esta situación, el contrato no debía desplegar efectos entre las partes, en el sentido, antes expuesto, de que, «acaecido el siniestro en este tiempo, la aseguradora no lo cubre frente a su asegurada».

3. La dicción literal del art. 15.2 LCS no supe- dita estos efectos a la no existencia de pacto en contrario. El art. 15.1 LCS, sí que lo prevé expresamente:

«Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación».

El recurso da por hecho que esta salvedad se aplica también al apartado 2 del art. 15 LCS, sin justificar por qué. Aunque pudiera admitirse en el art. 15.2 LCS una salvedad equivalente a la contenida en el art. 15.1 LCS, debería quedar constancia inequívoca de dicho pacto, lo que no ocurre en el presente caso, en el que las condiciones generales reproducen el contenido del art. 15.2 LCS .

En la instancia tan sólo ha quedado acreditado que la aseguradora HDI era concedora de los retrasos con que el tomador del seguro pagaba las primas, y que aceptó dichos pagos, aunque en algún caso (año 2010), se hizo una vez transcurridos los seis meses del vencimiento. Pero de ahí no cabe inferir un pacto entre la aseguradora y el tomador del seguro en el sentido de dejar sin efecto las consecuencias previstas en el art.

15.2 LCS en caso de impago de las «primas siguientes».

Y, en cualquier caso, de existir dicho pacto en contrario entre la aseguradora y el tomador del seguro, este no sería oponible al Consorcio, cuya relación jurídica con el tomador y los asegurados es distinta a la de la aseguradora, aunque emanen de la misma póliza.

La póliza convenida con HDI era un seguro de empresa contra todo riesgo, que incluía el riesgo de «elementos naturales», por lo que estaba afectado por el recargo obligatorio a favor del Consorcio de Compensación de Seguros, que cubría los riesgos extraordinarios. Es cierto que, conforme al art. 18.2 de este Estatuto, «(t)odos los recargos a favor del Consorcio serán recaudados obligatoriamente por las entidades aseguradoras juntamente con sus primas». Pero esta previsión, que regula la recaudación del recargo por medio de la aseguradora, no significa que el posible consentimiento

del asegurador a paliar los efectos del impago de las «primas siguientes» vincule al Consorcio. Insistimos, de admitirse el pacto en contrario, no afectaría al Consorcio. De tal forma que, si no había sido pagado el recargo de la prima correspondiente a los riesgos extraordinarios que cubría, operaban todos los efectos previstos en el art. 15.2 LCS, y por ello, al haber transcurrido más de un mes desde el vencimiento, sin que se hubieran cumplido los seis meses, cuando se produjo el siniestro, la cobertura del Consorcio estaba suspendida. En este sentido, el art. 6 del Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios, RD 300/2004, de 20 de febrero, taxativamente prevé que queden excluidos de la cobertura por el Consorcio, los daños «correspondientes a siniestros producidos antes del pago de la primera prima o cuando, de conformidad con lo establecido en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros se halle suspendida o el seguro quede extinguido por falta de pago de las primas» [art. 6 k)]. TERCERO. Motivo segundo de casación 1. Formulación del motivo segundo. El motivo se funda en «la infracción del artículo 7.1 y 1282 del Código Civil, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre los actos propios». En el desarrollo del motivo se mencionan tres actos propios del Consorcio que se consideran vinculantes. Estos actos consisten, por una parte, en que, en anualidades anteriores, se habían producido retrasos en el pago de las primas (en concreto en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2009 y el 1 de julio de 2010 el pago se hizo transcurridos los seis meses del vencimiento), sin que el Consorcio hubiera rechazado el posterior pago de la prima ni hubiera considerado la cobertura del seguro extinguida. Y, por otra, que con otra sociedad (Funvera), y respecto de un siniestro acaecido en febrero de 2010, se aceptó la cobertura aunque en aquel momento estaba pendiente de pago la prima y había transcurrido más de un mes desde el vencimiento. Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación. 2. Desestimación del motivo segundo. Como recordamos en la sentencia 605/2016, de 6 de octubre :

«la doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (Sentencias 545/2010, de 9 de diciembre; 147/2012, de 9 de marzo; 547/2012, de 25 de febrero de 2013). No obstante, el principio de que nadie puede ir contra

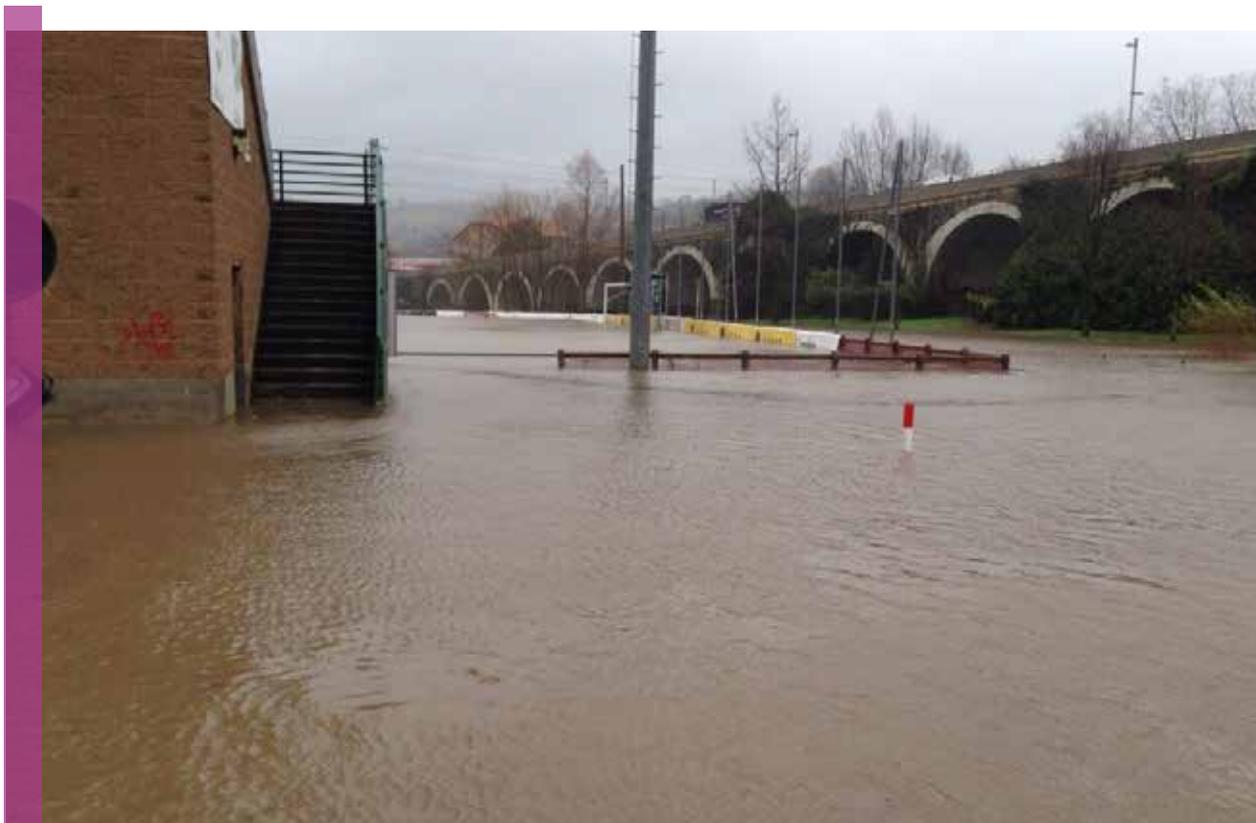
sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (788/2010, de 7 de diciembre)».

De tal forma que, como declaramos en la sentencia 301/2016, de 5 de mayo :

«La doctrina de esta Sala sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en undeterminado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencia 1/2009, de 8 de enero y las que en ellas se citan). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias 552/2998, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, y 649/2014, de 13 de enero de 2015)».

De los actos propios denunciados deberíamos distinguir entre los que se refieren a la póliza de seguro objeto de enjuiciamiento, que cubría a las tres aseguradas demandantes, y los que se refieren a otras pólizas que afectaban a otra asegurada, aunque fuera el mismo tipo de seguro y se hubiera concertado con la misma compañía (HDI) y por medio de la misma correduría de seguros (Willis).

El que en el primer caso, en el marco de la póliza de seguro, el Consorcio en anualidades anteriores hubiera admitido el pago tardío de los recargos correspondientes a la cobertura de los riesgos extraordinarios, y sobre todo en la anualidad que iba del 1 de julio de 2009 al 1 de julio de 2010, en que el pago fue posterior a los seis meses del vencimiento, no constituye ninguna actitud definitiva e inequívoca de consentir que no operen los efectos del art. 15.2 LCS en caso de demora en el pago de las «primas siguientes». No cabe inferir que aquella conducta anterior hubiera podido generar en la tomadora del seguro una legítima expectativa de que aunque se retrasara en el pago de la prima más de un mes desde el vencimiento, si se producía el siniestro, quedaría cubierto por el Consorcio. No cabe concluir que por haber padecido el retraso en el cobro del recargo, sin denunciar en el caso de la anualidad ante-



rior la extinción de la póliza por haberse realizado el pago después de los seis meses del vencimiento, el Consorcio quedara vinculado a aceptar en el futuro la cobertura de los riesgos extraordinarios en caso de siniestros producidos antes de que hubiera sido pagada la prima y después del mes del vencimiento.

En cuanto a los actos propios relativos a la cobertura del siniestro sufrido por otra sociedad distinta (Funvera), vinculada por medio de una póliza distinta, no son oponibles por las tres sociedades demandantes, ajenas a aquella póliza. Aquella actuación del Consorcio, de asumir la cobertura de los riesgos extraordinarios en un caso en que el siniestro se produjo antes de que se hubiera pagado la prima, no constituye un acto propio frente a quienes no fueron parte en esa póliza de seguro.

CUARTO.- Motivo tercero de casación 1. Formulación del motivo tercero. El motivo se funda en «la infracción del artículo 15.2 de la LCS en relación con los artículos 7.2 y 1258 del Código Civil».

En el desarrollo del motivo se razona que la conducta del Consorcio, «manteniendo frente al pago retrasado del recargo un absoluto mutismo en todas las anualidades del seguro, sin advertir a Sideleva que no aceptaba el pago de no suspensión de la cobertura asumido por el asegurador de los riesgos ordinarios, constituiría una notoria infracción de la buena fe contractual en el ejercicio de los derechos, exigida por los artículos 7 y 1258 del Código Civil, para configurarse como una conducta claramente abusiva de derecho». Procede la desestimación del motivo por las razones que exponemos a continuación. 2. Desestimación del motivo tercero. Como hemos expuesto antes, las consecuencias derivadas del impago de las «primas siguientes» vienen expresamente reguladas en el art. 15.2 LC :

«la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso».

En nuestro caso, suspensa la cobertura porque había transcurrido un mes desde el vencimiento de la prima, sin que ni esta ni el recargo del Consorcio, correspondiente a la cobertura

del riesgo de «elementos naturales», hubieran sido pagados, el comportamiento del Consorcio que se niega a indemnizar los daños derivados de las inundaciones acaecidas antes de que la prima y el recargo hubieran sido pagados no es contraria a las exigencias de la buena fe ni puede reportarse un abuso de derecho.

Como hemos recordado en otras ocasiones, «quien ejercita un derecho subjetivo, sea de la naturaleza que fuere, no ocasiona daño, según el principio "sui iure suo utitur nomen taedit" (el que ejercita su derecho no daña a nadie), o, en otras palabras, no causa un daño injusto, sino tolerado por el orden jurídico» (sentencia 490/2015, de 15 de septiembre). Partiendo de esta previa consideración, es cierto que el ordenamiento jurídico, en concreto el art. 7 CC, además de prescribir el deber de ejercitar los derechos de acuerdo con las exigencias de la buena fe, niega el amparo legal al abuso de derecho. Pero no cualquier consecuencia legal o contractual derivada del incumplimiento de una obligación contractual puede reputarse un abuso para la parte contractual beneficiaria.

A este respecto conviene recordar la jurisprudencia sobre el abuso de derecho, contenida entre otras en la sentencia 159/2014, de 3 de abril : «la doctrina del abuso de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes, daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) [Sentencia 567/2012, de 26 de septiembre, con cita las anteriores sentencias de 1 de febrero de 2006 y 383/2005, de 18 de mayo]».

El comportamiento del Consorcio no constituye ninguna extralimitación a la que la ley no deba conceder protección ni genera efectos perniciosos. No existe anormalidad en el ejercicio del derecho ni voluntad de perjudicar un interés legítimo.

La falta de cobertura sufrida por las aseguradas es simplemente la consecuencia legal del

incumplimiento de una obligación contractual, el pago de la prima y el recargo del Consorcio, que no es imputable a este último sino a la tomadora del seguro.

Quien se retrasa en el pago de las primas sucesivas asume las consecuencias legales respecto de la suspensión de la cobertura y, en su caso, la extinción de la póliza de seguro, sin que la aplicación de estas consecuencias legales constituya un abuso de derecho para el beneficiado por ello, el Consorcio. Este beneficio es el efecto legal derivado del incumplimiento del tomador del seguro.

Dicho de otro modo, los retrasos reiterados de la tomadora del seguro en el pago de la prima y, con ella, del recargo del Consorcio, no impiden que este pueda beneficiarse del efecto legal de la suspensión de la cobertura.

QUINTO.- Motivo cuarto de casación.

1. Formulación del motivo cuarto. El motivo denuncia «la infracción del artículo 15 de la LCS». En el desarrollo del motivo se razona que en los casos de retraso en el pago de las primas sucesivas, en que ha existido por ello una suspensión de la cobertura, el pago de la prima debe producir un desplazamiento del término de duración de la póliza y, consiguientemente, de vencimiento, «en función de los lapsos de los diferentes años durante los cuales supuestamente habría permanecido suspendida la cobertura de cada una de las anualidades, lo que nos llevaría a extender la garantía más allá de la fecha en la que se produjeron los siniestros que (...) se reclaman, con la correlativa cobertura de los mismos». Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo cuarto. Conforme a la jurisprudencia sobre el art. 15.2 LCS, el pago retrasado de la prima, aun cuando haya provocado, por demorarse más de un mes desde el vencimiento, una situación legal de suspensión de la póliza no altera el plazo de vencimiento, que se mantiene. El que, como consecuencia de ello, la prima en la práctica permita cubrir los riesgos contratados por un periodo de tiempo inferior al año, es una con-

secuencia legal del retraso en el pago, que en ningún caso provoca el alargamiento de la duración del contrato.

SEXTO.- Motivo quinto de casación: formulación y desestimación.

El motivo se funda en la infracción del art. 20 LCS, por no condenar al Consorcio al pago de los intereses legales previstos en el apartado 9 de dicho artículo. Pero en la medida en que este motivo suponía la estimación de cualquiera de los anteriores y con ello de la condena al Consorcio a la cobertura de la indemnización de los daños y perjuicios generados a las aseguradas demandantes por aquel siniestro, la desestimación de los cuatro primeros motivos de casación conlleva la desestimación de este quinto.

SÉPTIMO.- Costas Desestimado el recurso de casación, imponemos las costas del recurso a la parte recurrente (art. 398.1 LEC).

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 Perfiles Especiales Selak, S.A., Saveria Services of Elevation, S.A. y S.A. de Vera contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 3ª) de 3 de julio de 2014 (rollo núm. 3165/2014), que conoció de la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Sebastián de 3 de enero de 2014 (juicio ordinario núm. 336/2013). 2.º Imponer las costas generadas por el recurso de casación a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal. Líbrese a la Audiencia 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.

Por **José A. Badillo Arias**
Delegado territorial en Madrid CCS
Doctor en Derecho

No es infrecuente que se produzcan retrasos en el pago de primas, sobre todo, cuando se trata de riesgos importantes, en los que, normalmente, también intermedia un bróker de la misma naturaleza. Estos retrasos, en muchas ocasiones, se originan en los supuestos de primas sucesivas, en los que se empieza tarde a negociar la renovación del contrato de seguro y se abona la prima pasado el mes de gracia, tras el vencimiento anual de la póliza.

En el caso que nos ocupa, se plantea, en relación con la cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros (CCS) de los riesgos extraordinarios, los efectos que tiene el que la prima sucesiva se pague a la entidad aseguradora en una fecha posterior al siniestro -inundaciones-, cuando el contrato se encontraba en suspensión de efectos, por no haberse abonado la prima en el mes posterior a su vencimiento.



El impago de primas sucesivas. Eficacia frente al Consorcio de Compensación de Seguros de los pactos entre el tomador del seguro y su aseguradora, en los supuestos en los que la prima no se abona en el mes de gracia y se encuentra el contrato de seguro suspendido entre las partes, tal como establece el artículo 15.2 de la Ley de Contrato de Seguro



Los hechos que originan esta resolución tienen que ver con un contrato de seguro, cuya duración era del 1 de julio de 2005 al 1 de julio de 2006 y se fue prorrogando año a año.

Los días 4 a 7 de noviembre de 2011, como consecuencia de fuertes lluvias, se desbordó el Río Urumea a su paso por Hernani, localidad donde estaban ubicadas las instalaciones de Selak, Saveria Services y Saveria, que sufrieron graves daños. La inundación fue calificada como riesgo extraordinario, asumiendo los daños el CCS, dentro de lo establecido en la legislación correspondiente.

Cuando ocurrieron los citados hechos, el contrato de seguro se había prorrogado el 1 de julio de 2011, si bien, pasados más de cuatro meses desde su vencimiento, todavía no se había pagado la prima correspondiente. El pago de la misma fue efectuado y aceptado con posterioridad al siniestro. En consecuencia, cuando ocurrieron los hechos, el contrato estaba en suspensión de efectos, según lo establecido en el artículo 15.2 de la LCS. En estos casos, como ha señalado la jurisprudencia, el contrato no tiene eficacia entre las partes. En tal sentido, la Sentencia de la Sala 1ª del TS, de 30 de junio de 2015, dispone: “A partir del mes siguiente al impago de la prima, y durante los cinco siguientes, mientras el tomador siga sin pagar la prima y el asegurador no haya resuelto el contrato, la cobertura del seguro queda suspendida. Esto significa que entre las partes no despliega efectos, en el sentido de que acaecido el siniestro en este tiempo, la aseguradora no lo cubre frente a su asegurada. Sin embargo, la suspensión de la cobertura del seguro no opera frente al tercero que ejercite la acción directa del art. 76 de la LCS, en la medida en que este mismo precepto prevé que “la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado”.

Comoquiera que estamos ante un riesgo extraordinario garantizado por el CCS, nos encontramos ante un seguro de daños propios y no ante un seguro de responsabilidad civil. Por ello, tal como se indica en la citada sentencia, al estar suspendido el contrato, no despliega sus efectos entre las partes, motivo por el que el CCS rechazó la cobertura del siniestro indicado.

COMENTARIO

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. El juzgador a quo entendió que la compañía aseguradora conocía y aceptaba que la prima se pagara fuera del plazo establecido y el Consorcio pudo y debió tener conocimiento de este hecho. Además, razonaba que el Consorcio había ido contra sus propios actos, porque en un siniestro ocurrido el año anterior, la asegurada (Funvera) se encontraba en la misma situación de pagos retrasados de la prima y sin embargo el Consorcio cubrió el riesgo.

Recurrida en apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial estimó las pretensiones del CCS, argumentando que estamos bajo el régimen del art. 15.2 LCS, en cuanto que ha habido un impago de las primas siguientes a la primera, razón por la cual, transcurrido un mes desde el vencimiento de la prima, la cobertura del riesgo quedó suspendida por disposición legal y el siniestro acaeció durante esta suspensión.

Frente a la sentencia de apelación, las tres sociedades demandantes formularon recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, siendo su principal alegación el hecho de que la entidad aseguradora era conocedora de estos retrasos en el pago de la prima, habiendo un pacto entre tomador y aseguradora en el sentido de que el retraso en el pago de la prima no suspendía la cobertura del contrato. Además, decían que dicho pacto afectaba también a la cobertura por parte del CCS de los riesgos extraordinarios, en la medida en que el recargo del Consorcio se debía recaudar por la aseguradora juntamente con sus primas, de acuerdo con el artículo 18.2 del Estatuto Legal del CCS.

La Sala desestima el recurso de casación, indicando que, al tratarse del impago de la prima sucesiva, debe aplicarse las previsiones contenidas en el artículo 15.2 de la LCS, en el sentido de que una vez pasado el mes de gracia sin que se haya pagado la prima por parte del tomador del seguro, el contrato se suspende y no despliega sus efectos entre las partes contratantes, tal como indica la citada STS de 30 de junio de 2015, ratificada por la reciente STS de 3 de junio de 2016.

En cuanto a la alegación por parte de las recurrentes de la existencia de un pacto entre tomador y aseguradora para retrasar el pago de la prima, la sentencia sostiene que no queda acreditado tal pacto y aunque es cierto que en la anualidad anterior se abonó la prima seis meses después del vencimiento, de ello no cabe inferir que existe un pacto entre ambos contratantes para dejar sin efecto las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 15.2 de la LCS, ante el impago de la prima sucesiva.

Además, añade la sentencia, “de existir dicho pacto en contrario entre la aseguradora y el tomador del seguro, este no sería oponible al Consorcio, cuya relación jurídica con el tomador y los asegurados es distinta a la de la aseguradora, aunque emanen de la misma póliza”.

Como puede verse, para la Sala, ese posible pacto entre el tomador del seguro y su aseguradora de evitar la suspensión de los efectos del contrato, cuando la prima no se ha pagado tras el mes de su vencimiento, no puede afectar al CCS, que es ajeno a la relación existente entre los primeros.

Por otro lado, la sentencia se refiere también a lo previsto en el apartado k del artículo 6 del Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios, aprobado por el RD 300/2004, de 20 de febrero, que taxativamente establece que quedan excluidos de la cobertura por el Consorcio, los daños “correspondientes a siniestros producidos antes del pago de la primera prima o cuando, de conformidad con lo establecido en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros se halle suspendida o el seguro quede extinguido por falta de pago de las primas”.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Contrato de seguro. Póliza colectiva de pensión de invalidez. Cláusula general limitativa de los derechos del asegurado. Vulneración de los deberes del artículo 3 LCS y del principio de transparencia.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 2 de marzo de 2017.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1. El presente caso, con relación a una póliza colectiva emitida inicialmente por una mutua de previsión social, transformada posteriormente en mutua de seguros a prima fija y, por tanto, sin emisión de póliza individual y sujetando su relación contractual a los estatutos o reglamentos que operan como póliza colectiva, plantea, como cuestión de fondo, el carácter limitativo de derechos de la cláusula controvertida y la falta de concurrencia de los requisitos de validez que vienen exigidos en el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro (LCS).

2. En este contexto, doña Fidela se incorporó a la Agrupació Mutua del Comerç i de la Indústria el 15 de enero de 1987. Entre las prestaciones aseguradas en el boletín de adhesión de la póliza colectiva de «grupo básico» figuraba la pensión de invalidez.

3. Doña Rosaura padeció de hipoacusia bilateral severa. Causa que le produjo una pérdida neurosensorial de oído que motivó la resolución administrativa de incapacidad permanente para la actividad laboral. Sin que dicha causa produjera, de forma permanente o definitiva, la carencia de autonomía personal.

4. Sobre esta base, doña Rosaura formuló demanda contra la Agrupació Mutua del Comerç i de la Indústria, en la actualidad Agrupació AMCI de Seguros y Reaseguros S.A., en la que solicitó el reconocimiento de la prestación periódica, mensual y vitalicia de invalidez y la condena a la demandada al abono de las cantidades correspondientes, más los intereses y las costas del procedimiento.

5. La demandada se opuso a la demanda. En este sentido, negó la cobertura alegada con base en los reglamentos aplicables y a las definiciones de invalidez que venían contempladas. Argumentó que la cláusula controvertida no era limitativa de los derechos del asegurado, sino delimitadora del riesgo. 6. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Apreció que la cláusula controvertida correspondía a una cláusula delimitadora en donde se definía el riesgo objeto del contrato, libremente aceptado por la mutualista. Y concluyó que aunque la causa reconocida comportaba la incapacidad laboral de la mutualista; no obstante, no le impedía realizar las actividades diarias del ámbito doméstico-social. Por lo que quedaba fuera de la cobertura del seguro.

7. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de la Audiencia desestimó dicho recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Consideró, en suma, que la limitación física de audición de la demandante estaba fuera de la cobertura definida y delimitadora como riesgo cubierto por la póliza colectiva. 8. Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso de casación. Recurso de casación.

SEGUNDO.- Contrato de seguro. Póliza colectiva de pensión de invalidez. Cláusula general sorpresiva y limitativa de los derechos del asegurado. Vulneración de los deberes del artículo 3 LCS y del principio de transparencia. Doctrina jurisprudencial aplicable.

1. El recurso de casación, formulado al amparo del ordinal tercero del artículo 447.2 LEC, se articula en dos motivos. En el motivo primero, denuncia la infracción del artículo 3 de la LCS. Considera que el contrato de seguro incluye un «insólito plus» al definir la invalidez como subordinada a que resulte de una carencia de autonomía personal definitiva y permanente, restringida a una serie de causas, con exclusión sorpresiva y con falta de lógica con otras muchas que podrían conducir al mismo resultado. Para justificar el interés casacional cita las SSTS de 8 de noviembre de 2001 y de 13 de mayo de 2008. En el motivo segundo, con idéntico fundamento en la infracción del artículo 3 de la LCS, se denuncia la vulneración de la doctrina jurisprudencial que distingue entre cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y cláusulas delimitadoras del riesgo. Cita en apoyo de su tesis las SSTS de 8 de noviembre de 2001, de 10 de mayo de 2005 y de 28 de enero de 2008.

2. La cláusula 1 de las condiciones generales del seguro objeto del litigio, bajo el título «Definiciones de los términos básicos», establece:

«[...] Invalidez. Se encontrará en situación de invalidez el asegurado que se encuentre privado, de manera definitiva y permanente, de autonomía personal como consecuencia de alguna de las causas siguientes: »

- a) Enfermedades psicóticas irreversibles.
- b) Hemiplejia o paraplejía irreversibles que supongan un trastorno funcional grave.
- c) Enfermedad de Parkinson, en estado avanzado, que suponga un trastorno funcional grave.
- d) Afasia total o de Wernicke.
- e) Demencia adquirida por lesiones orgánicas cerebrales irreversibles.

También se considerarán inválidos los mutualistas que estén afectados de:

- a) Ceguera total.
- b) Pérdida de dos extremidades.

Otras causas no descritas en los anteriores apartados, aunque obligaran al mutualista a permanecer en cama de forma continuada, no se considerarán invalidantes.



3. Dada la evidente conexión argumentativa y expositiva entre ambos motivos de casación, se procede a su examen conjunto.

4. Los motivos deben ser estimados.

Con relación a la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas en el contrato de seguro, esta Sala en su sentencia 543/2016, de 14 de septiembre, tiene declarado lo siguiente:

«[...] 1.- Desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas parece, a primera vista, 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, como dijimos en la sentencia núm. 273/2016, de 22 de abril, 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).

A su vez, la diferenciación entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas de derechos, cuando el asegurado es un consumidor, ya viene establecida en la exposición de motivos de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al decir que «en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación (de abusividad), ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor».

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, referenciándolo 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 (sentencia núm. 273/2016, de 22 de abril). El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares». La doctrina jurisprudencial expuesta, llevada al supuesto objeto de enjuiciamiento, en donde la póliza colectiva se instrumentalizó a través de un boletín de adhesión, conduce, de acuerdo con lo alegado por la recurrente, a que esta sala aprecie un «insólito plus» en la cláusula controvertida que determina su carácter sorpresivo respecto de la prestación asegurada (pensión de invalidez), asimilándola más bien a un seguro de «gran dependencia» o de «gran invalidez», y la convierte en una cláusula limitativa de los derechos del asegurado. De forma que introduce una confusión y contradicción entre las cláusulas particulares y generales del contrato que vulnera los deberes de claridad y precisión que exige el artículo 3 de la LCS. Este precepto exige que sean destacadas de un modo significativo y que resulten expresamente aceptadas por escrito. Por lo que procede condenar a la entidad aseguradora al pago, con efecto de 1 de enero de 2011, de la prestación periódica mensual de 811,33 euros prevista en la póliza colectiva, así como a la condena al pago de los intereses de demora contemplados en el artículo 20 de la LCS. Todo ello de acuerdo con la pretensión subsidiaria de lademandante, dado que la póliza litigiosa no contempla expresamente la actualización anual conforme al IPC que solicita la demandante en su pretensión principal.

TERCERO.- Costas y depósito.

1. La estimación del recurso de casación comporta, de conformidad con lo dispuesto en el ar-

tículo 398.2 LEC, que no proceda hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. 2. No procede hacer expresa imposición de costas de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

3. La estimación del recurso de apelación comporta, a su vez, la estimación de la demanda. Por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC procede hacer expresa imposición de las costas de esta instancia a la parte demandada.

4. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido 1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Fidela contra la sentencia dictada, con fecha 20 noviembre 2014, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, en el rollo de apelación núm. 873/2012, que casamos y anulamos, con estimación del recurso de apelación de la demandante y de la demanda interpuesta, para declarar en su lugar lo siguiente: 1.1. Del derecho de la asegurada a la cobertura de la pensión de invalidez prevista en la póliza colectiva. 1.2. Condenar a la entidad aseguradora al pago, con efecto de 1 de enero de 2011, de la prestación periódica mensual de 811,37 euros prevista en la póliza colectiva. 1.3. Condenar a la entidad aseguradora al pago de los intereses de demora contemplados en el artículo 20 de LCS. 2. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. 3. No procede hacer expresa imposición de costas de apelación. Procede condenar a la parte demandada al pago de las costas de primera instancia. 4. Procede ordenar la restitución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. Líbrese 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. Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres

COMENTARIO

Por **Carmen Reyes Vargas**
Abogada

Establece la sala primera que se cumple con los requisitos del artículo 3 de la LCS cuando la cláusula limitativa se incluye en un documento aparte, siempre que este firmado por el asegurado y se haga referencia al mismo en las condiciones particulares.

En los últimos meses han sido varias las sentencias que el Tribunal Supremo ha dictado sobre el artículo 3 de la LCS, en aras de distinguir de una forma práctica la cláusula limitativa de la delimitadora, así como ha tenido igualmente la oportunidad de abordar la problemática de este tipo de cláusulas cuando las mismas vacían de contenido el contrato de seguro, siendo calificadas en este caso por la Sala Primera como cláusula sorpresiva o abusivas. La importancia de esta distinción radica –según nuestro Alto Tribunal– en que mientras que las cláusulas limitativas deben ser expresamente resaltadas, respecto de estas últimas se entenderán por no puestas.

Nuevamente, nos encontramos con otra sentencia dictada en esta materia, si bien, en el presente caso lo que trata la Sala Primera es determinar en qué se debe materializar en la práctica, la exigencia prevista en el artículo 3 de la LCS para las cláusulas limitativas, es decir, en qué debe consistir ese resalte que menciona el referido precepto, cuestión que tantos problemas de interpretación ocasiona en la práctica.

La póliza que origina la controversia en el presente caso se trata de un seguro colectivo de pensión de invalidez, donde el riesgo asegurado viene determinado como "enfermedad/accident". En las condiciones particulares se indica lo siguiente: "Quedan expresamente excluidas de todas las garantías contratadas además de los riesgos excluidos descritos en la Condición General Segunda, las alteraciones en el estado de salud que por cualquier causa afecten o sean originadas por: LA GOTA, LA HIPERURICEMA ". Por otro lado, en la condición general segunda, bajo el epígrafe "riesgos excluidos", se establecía que "no son objeto de cobertura de este contrato los siguientes riesgos (...) las enfermedades y/o trastornos mentales y del comportamiento. También quedan excluidas todas las enfermedades i/o trastornos ocasionales o desencadenadas por el estrés".

Siendo ésta la cláusula objeto de debate, y tras sufrir el asegurado un "episodio psicótico con componentes paranoides y delirios de persecución, alto estado de agitación y estrés", el asegurado comunicó el siniestro a la correduría de seguros, que fue rechazado por no estar amparado en la póliza, por lo que interpuso el correspondiente procedimiento judicial solicitando que se declarara la nulidad de la referida cláusula segunda y se condenara a la demandada al pago de 32.850 euros (90 euros por cada uno de los días de baja). El juez a quo concluye que se trata de una cláusula delimitadora del riesgo y no propiamente una cláusula limitativa de los derechos de los asegurados, y mucho menos abusiva.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso del asegurado, pero por motivos distintos que el Juzgador "a quo", ya que consideraba que la cláusula era limitativa ya que restringía el ámbito ordinario de la cobertura, si bien, estimó que la misma cumplía con los requisitos del artículo 3 de la LCS.

Planteada la cuestión ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, al considerar que la sentencia de la Audiencia infringe el artículo 3 de la LCS así como la jurisprudencia que lo interpreta, puesto que considera el asegurado que la misma no cumple con el régimen de

COMENTARIO

dicho precepto, nuestro Alto Tribunal se centra efectivamente en analizar si la redacción de dicha cláusula se realiza respetando el régimen previsto en dicho precepto, en cuanto que la misma se haya destacado o no de una forma especial. Para ello, analiza cual es la finalidad de dicho precepto, respondiendo dicha obligación a que el asegurado tenga un conocimiento exacto de lo que tiene o no tiene cubierto por la póliza.

En este sentido, y aunque el artículo 3 de la LCS expresamente no establezca en qué debe consistir dicho resalte, analiza la sentencia dicha obligación desde una doble perspectiva, esto es, que la cláusula se destaque de una forma especial y que haya sido aceptada por escrito. Una vez analizada la doctrina aplicable, considera en relación con el primer requisito que es suficiente con la llamada expresa a los riesgos excluidos que se realiza en las condiciones particulares, con relación al condicionado general, así como que la cláusula controvertida viene suficientemente destacada en «negrita» a los efectos de que no pase desapercibida por el asegurado.

Asimismo, considera que: “contribuye la sencillez y claridad de redacción, realizada en un apartado diferenciado y sin ningún tipo de abigarramiento o mezcla de otras exclusiones heterogéneas que pudieran dificultar la lectura y visualización comprensiva del riesgo excluido; que resulta directamente referenciado «enfermedades o trastornos ocasionados o desencadenados por el estrés»”.

En mi opinión, esta sentencia sirve para extraer unas importantes conclusiones prácticas sobre qué requisitos debe tener en la práctica una cláusula limitativa para que pueda considerarse que ésta cumple con lo dispuesto en el artículo 3 de la LCS, desde una doble perspectiva: que estén resaltadas y que hayan sido aceptadas por escrito por el asegurado.

Respecto de la primera obligación, considera la Sala Primera a través de esta sentencia que la cláusula se habrá resaltado debidamente cuando se haya destacado en negrita, y cuando la misma esté en las condiciones generales -como ocurre en el presente caso-, serán necesario además que se haya realizado un llamamiento expreso sobre la existencia de riesgos excluidos en las condiciones particulares. En cuanto al segundo requisito, cuando la cláusula limitativa esté incluida en las condiciones generales deben aparecer firmadas tanto en el condicionado particular como en el general, y añade la sentencia que se debe destacar debajo de la firma que “el asegurado conoce y acepta las cláusulas limitativas o excluyentes que figuren en la condición segunda del clausulado general”. Todo ello, sin olvidar el llamamiento que realiza la Sala Primera acerca de la claridad en la redacción de la cláusula en cuestión.



(...) cuando la cláusula limitativa esté incluida en las condiciones generales deben aparecer firmadas tanto en el condicionado particular como en el general, y añade la sentencia que se debe destacar debajo de la firma que “el asegurado conoce y acepta las cláusulas limitativas o excluyentes que figuren en la condición segunda del clausulado general”



Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Acción de repetición de ENDESA por la cantidad de 49.410.778 euros y acción de subrogación de su aseguradora por la cantidad de 15.822.236,72 euros, ambas frente a RED ELECTRICA ESPAÑOLA, en concepto de los daños abonados a los perjudicados de un incendio. Se condena a abonar el 50% de las referidas cantidades al apreciar la existencia de concurrencia de culpas. Aplicación de la doctrina sobre la causalidad adecuada y de la imputación objetiva, prescindiendo del criterio de la prohibición de regreso.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 24 de febrero de 2017.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Endesa Distribución Eléctrica SLU (en lo sucesivo Endesa) ejercitó acción de responsabilidad civil contra Red Eléctrica de España SAU (en lo sucesivo REE) por haber incumplido sus obligaciones de mantener correctamente las instalaciones a su cargo, a fin de garantizar la viabilidad de la red de transporte y de asegurar la continuidad y seguridad del suministro, habiendo causado daños por tal incumplimiento.

2.- En concreto Endesa reclama por los daños causados por el incendio de la subestación eléctrica de Maragall acaecido en Barcelona el 23 de julio de 2007, y solicita que se declare a REE responsable del incendio ocurrido en la subestación y de todos los daños y perjuicios que se derivan para Endesa del mismo, postulando que se condene a REE a su abono.

Generali España SA de Seguros y Reaseguros (en adelante Generali) ejercitó también acción contra REE, como subrogada en los derechos y acciones de su asegurada Endesa, en reclamación del importe de aquella parte de las indemnizaciones abonadas y de los gastos incurridos con motivo del siniestro, al amparo de las pólizas que lo cubrían y en virtud de su cuota de coaseguro (30%).

3.- En síntesis, y sin entrar en valoraciones, el siniestro consistió en que el 23 de julio de 2007 se produjo un incendio en la subestación eléctrica Maragall de Barcelona que provocó daños materiales y la interrupción del suministro eléctrico a los usuarios, siendo restablecido el suministro de manera paulatina.

El incendio de la subestación estuvo precedido de otro incidente eléctrico, que consistió en la caída de un conductor de 110 KV propiedad de Endesa sobre los cables de 220 KV de REE en la subestación Collblanc.

4.- Endesa cuantifica los daños en 89.943.583 €, que clasifica en dos grupos: (i) las indemnizaciones que Endesa ha debido abonar a los usuarios afectados a consecuencia de la interrupción del suministro; y (ii) los daños materiales sufridos por Endesa como consecuencia directa de dicho incendio.

5.- Endesa tenía suscrita con Mapfre, con una cuota del 70%, en coaseguro con Vitalicio (30%), una póliza de seguro de daños materiales y pérdida de beneficios y una póliza de seguro de responsabilidad civil.

Las aseguradoras le han abonado 40.532.805 €, por lo que Endesa sólo reclama en este procedimiento la diferencia, esto es, 49.410.778 €, según su estimación y cuantificación del daño sufrido.

6.- Generali (Vitalicio) reclama a REE la cantidad de 15.822.236, 72 €, por subrogación en los derechos y acciones de su asegurado, según ya se ha expuesto.

7.- REE niegan su responsabilidad en el siniestro y su aportación causal en la agravación

de las consecuencias. También se opone a la cuantificación de los daños que Endesa afirma haber sufrido.

8.- La sentencia de primera instancia, tras analizar de forma exhaustiva y pormenorizada la prueba practicada en autos, resolvió el conflicto existente entre las entidades litigantes en torno a la responsabilidad que pudiera incumbirles por los daños y perjuicios ocasionados a Endesa como consecuencia del siniestro antes descrito.

La resolución consistió en estimar parcialmente la demanda. Declaró que REE es responsable del incendio en un tanto por ciento del 50% y por ello del 50% de los daños que pueden derivar del mismo. Condenó a REE a satisfacer a Generali 7.677.601,22 euros y la absolvió del pago que le reclamaba Endesa.

9.- Para exponer la motivación seguida por la sentencia de primera instancia en este litigio, tan complejo y de tanta magnitud en sus consecuencias, vamos a ceñirnos a la sentencia recurrida por ser enormemente clara cuando la recoge:

(i) La sentencia de primera instancia comienza por destacar la coincidencia de todos los peritos en señalar que «el suceso del 23 de julio de 2007 se inició con la rotura del cable de media tensión de 110 kv en la SE de Collblanc a las 10 horas 53 minutos y 10 segundos, propiedad de Endesa, que tiene su origen en la SE Can Jardí y que termina en la SE de Collblanc, se rompe, interrumpiéndose el paso de la corriente que circulaba por él, y cae sobre el parque de 220 kv de REE, de la subestación de Collblanc; resultando que el conductor desprendido, con tensión desde el origen de la líneas a la que pertenece, entra en contacto con la estructura metálica de soporte del embarrado de 220 kv de Collblanc, produciéndose la desconexión de la línea en su extremo de Can Jardí; y posteriormente, en la caída del conductor de 110 kv, ya sin tensión, se produce el espacio secuencial con el juego de barras nº1 y nº2 y con la línea de 220 kv que une Collblanc con Urgell. La línea de 110 kv sobre volaba una esquina del parque de 220 kv de la subestación de Collblanc», precisando que «se discute por sendas partes procesales la incidencia de que se trate de un solo suceso o bien de dos diferenciados. Se produjo la afectación temporal de varias subestaciones transformadoras que alimentan la red de distribución y se originaron graves daños en la SE de Maragal) 220 MT que quedó sin posibilidad de alimentación desde la red de 220 KV».



(ii) A continuación advierte que «la caída del cable de 110 de Endesa es consecuencia del deficiente estado de conservación y mantenimiento del mismo (DGEIM), y constituye una de las causas del incendio de la SE de Maragall, sin que pueda ilimitarse sin más a Collblanc, porque es el origen del incidente, con relación de causalidad directa entre los dos sucesos, determinando la participación y responsabilidad de Endesa. . .por mucho que Endesa califique este incidente como de causa no eficiente, y la necesidad de utilizar la teoría de la prohibición de regreso, no cabe considerar como no eficiente la causa que concurriendo con otras condiciona o completa la acción de la causa última... la actuación de Endesa no sólo es condición sinequanon, es decir, necesaria e imprescindible o indispensable para el resultado, sino que al concurrir con las siguientes analizadas, ha de ser considerada como iguales en la influencia causal, dado que sí, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también.»

(iii) Concluye con el reparto de responsabilidad en el siniestro de Endesa y REE, al 50% respectivamente, en los siguientes términos: «Todo lo expuesto conlleva necesariamente a advertir un tanto por ciento de responsabilidad a cada una de las empresas en el incendio del 23 de julio de 2007, distribuyéndose, en un 50% de Endesa y un 50% a REE, teniendo en cuenta que en el cableado de REE se inició el foco del incendio en la SE de Maragall, al mal mantenimiento del mismo, unido a los defectos en la membrana de la Gis que permitió un fácil acceso a la planta 0 de la -1 y así como el sobrevuelo de ambas sistemas sin que ninguna de las sociedades evitar o redujera el riesgo; y a Endesa por la concausa de la caídas del cable de Collblanc, a los defectos en el sistema anti-

incendios, y a la no adecuada compartimentación en el edificio de la SE de las plantas -1 y 0, así como a la inadecuación de ambas redes a las necesidades de una urbe como Barcelona así como por el excesivo número de usuarios dependiente de la misma, y así como el sobrevuelo de ambas sistemas sin que ninguna de las sociedades evitar o redujera el riesgo, ni mitigaran el daño. A ello se añade que el vuelo de la línea aérea a 110 kv Can Jardí-Collblanc, propiedad de Endesa, sobre el parque de 220 kv de la subestación Collblanc, propiedad de REE, era perfectamente evitable, así como que, ambas sociedades, ENDESA y REE, pudiendo haberlo hecho, no han reducido el riesgo de la caída de los conductores de la línea aérea a 110 kv Can Jardí-Collblanc sobre el parque de 220 kv de la subestación Collblanc. Y la situación de las redes de distribución y de transporte, preexistentes antes del incidente, no estaban diseñadas para permitir una rápida recuperación del suministro».

(iv) Los daños del siniestro los fija en un total de 66.377.169,57 euros, que los desglosa en las siguientes partidas:

- Daños materiales sufridos por ENDESA en sus instalaciones: 8.678.993 euros.
- Coste de grupos electrógenos, deducido el ahorro de la compra de electricidad: 21.187.130,87 euros.
- Coste mallado de las SE de Maragall y de Urgell: 10.913.875 euros.
- Reparaciones en SE de Maragall y Urgell: 11.628.090,79 euros.

- Indemnizaciones pagadas por ENDESA: 12.022.058 euros.
- Gastos por operativo especial de FECSA al tener personal subcontratado: 1.777.470,91 euros.
- Coste campaña publicitaria para dar respuesta a reclamaciones: 169.551 euros.

(v) En definitiva, y por ello absuelve a REE de la pretensión de Endesa, como quiera que ésta ha sido independizada por sus aseguradoras en la suma de 40.532.805 € y que REE tan sólo viene obligada a abonar el 50% de los daños causados (33.188.584 con 78 €) concluye que no procede condenar a REE a pagar cantidad alguna a Endesa.

10.- Tanto Endesa como Generali y REE interpusieron recurso de apelación contra la anterior sentencia.

11.- Endesa articuló los siguientes motivos:

(i) Error en la motivación al liberar a REE de indemnizar a Endesa pese a considerarla responsable al 50% del incidente.

(ii) La sentencia de instancia olvida pronunciarse sobre una partida reclamada por Endesa, cuál es los descuentos de calidad individual abonados por imperativo legal a los usuarios afectados por importe de 3.494.693 €.

(iii) La sentencia rechaza la concurrencia de determinados daños que han sido efectivamente sufridos por Endesa como consecuencia del incidente y, en cambio, duplica uno de los daños admitidos: gastos grupos electrógenos (562.829, 13 €); gastos por reparación y reconstrucción de la subestación (50.911 €); personal de refuerzo asociado (742.680 €); costes generales asociados (1.197.818 €) red mallada (24.837.909 €); duplicidad en reparación y reconstrucción (- 8.636.570,79 €).

(iv) No aplica la teoría de la causalidad adecuada, en clara vulneración de las teorías de la prohibición de regreso e interrupción del nexo causal.

12.- Generali se alza, en esencia, contra la sentencia de primera instancia insistiendo en la teoría de la causalidad adecuada para cuestionar la limitación de responsabilidad de REE a un 50%. Además denuncia un error respecto de una partida de honorarios jurídicos y otro sobre la calificación que se concede a los costes del informe pericial de Crawford.

13.- REE articula los siguientes motivos:

(i) Desacuerdo en que se pueda atribuir la iniciación del incendio en la subestación de Maragall a un arco eléctrico que supuestamente ocurrió en el cable de 220 Kv y del que no existe prueba.

(ii) La distribución de responsabilidades al 50% es errónea y no encuentra justificación si quiera en los hechos declarados probados en la sentencia.

(iii) Si alguna responsabilidad cupiera atribuir a REE, su porcentaje sería necesariamente menor, equivalente a un corte de suministro normal.

14.- Conoció del recurso la sección primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia el 19 de septiembre de 2014 por la que estimó parcialmente el interpuesto por Endesa y desestimó los interpuestos por Generali y REE.

En consecuencia modificó la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a REE a abonar a Endesa la suma de 8.345.652, 93 €, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda.

15.- El Tribunal de apelación sigue en la decisión del recurso una precisa y clara metodología, que es la siguiente:

(i) Recuerda que en el ámbito de la culpa destaca, entre sus principios, el de la relación de causalidad, que se perfila a través de la denominada «causalidad adecuada y eficiente».

Tras la cita de sentencias de esta sala afirma que, en consecuencia, deberá valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido (teoría de la causalidad adecuada y eficiente).

(ii) La siguiente consideración que hace, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, es que en el ámbito de los incendios, una vez comprobado el foco del incendio, hay que presumir que resulta imputable al poseedor de tal elemento, salvo que pruebe que obró con toda la diligencia exigible para evitar la producción del resultado dañoso.

(iii) Consecuencia de la anterior doctrina es que la sentencia recurrida se detenga en fijar el foco del incendio.

La sentencia de la primera instancia entendió que el foco del incendio se localiza en el cableado de REE, y apoya su criterio en los informes emitidos por Organismos Públicos (Comisión Nacional de la Energía-CNE- y Dirección General d'Energía i Mines-DGIM-) así como un informe pericial de CRAWFORD, razonando el especial valor probatorio de tales informes.

La sentencia recurrida coincide con la de primera instancia y ofrece respuesta a las objeciones expuestas por REE en su recurso de apelación, valorando al efecto los informes venidos a autos.

(iv) Localizado el foco del incendio incumbía a REE acreditar que obró con la debida diligencia para evitar la producción del evento dañoso, pero lo cierto, afirma la sentencia de apelación, es que no existe en autos prueba bastante a tal efecto ante las contradicciones periciales aportadas por ambas partes.

La sentencia recurrida, en aras de evitar innecesarias reiteraciones, hace suyo el análisis exhaustivo de la prueba practicada llevado a cabo por la magistrada de la primera instancia.

(v) Tras analizar y dar respuesta el Tribunal de apelación a los argumentos defensivos de REE, concluye que como quiera que REE no ha acreditado que el incendio surgido de sus cables de 220 KV se deba a una causa que no le resulte imputable, será de declarar su responsabilidad en el siniestro.

(vi) Una vez declarada la responsabilidad de REE, la sentencia recurrida analiza si cabe imputar algún tipo de responsabilidad a Endesa en atención al previo incidente en la subestación de Collblanc donde los cables de 110 Kv de su propiedad cayeron sobre los de 220 Kv ocasionando hasta tres cortocircuitos que dañaron los cables de 220 Kv en la subestación de Maragall.

(vii) A tal fin parte de dos extremos declarados probados y no cuestionados: que la caída de cables de 110 Kv de Endesa causó tres cortocircuitos en la línea de 220 Kv de REE, y que Endesa es responsable de la caída de dichos cables de 110 Kv.

Por tanto, con cita de las conclusiones contenidas en los informes de la DGEIM y de la CNE, es claro que el factor desencadenante del siniestro se encuentra en la caída de los cables de 110 Kv de Endesa, de modo que difícilmente puede pretenderse que ninguna responsabilidad incumbe cuando los cables de 220 Kv

de REE no hubieran sufrido daño alguno sin la sobreintensidad causada por aquellos. Es cierto que tal sobreintensidad debería haber sido soportada por los cables REE, pero también lo es que sin la misma el incendio no se hubiera producido.

(viii) Con tales declaraciones, la sentencia recurrida aborda si el acto antecedente tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido. Coincide con la de primera instancia en la contribución relevante en la producción del incendio de una conducta negligente imputable a Endesa, cuál es el defectuoso mantenimiento de los cables de 110 Kv, lo que permite afirmar una causalidad contributiva que ha favorecido decisivamente la causación final del siniestro. Tal contribución causal se califica con entidad suficiente como para que los defectos de los cables de 220 Kv de REE no absorban en exclusiva el desencadenante causal, lo que se traduce en la exclusión de la doctrina de la prohibición de regreso.

(ix) El Tribunal, en su ordenada metodología, afirma que: "En atención a lo hasta ahora expuesto, estamos en condiciones de llegar a la primera conclusión en la resolución de los recursos planteados por todos los litigantes: la responsabilidad en el incendio debe imputarse en igual medida a REE - por el defectuoso estado de los cables de 220 kV - y a ENDESA - por el defectuoso estado de los cables de 110 kV-" Por más que las entidades ahora recurrentes quieren ver mayor responsabilidad en la adversa a la hora de establecer el nexo casual con el incendio, lo cierto es que esta Sala no encuentra argumentos para considerar una mayor imputación a una de ellas en la medida en que la actuación diligente de las mismas hubiera evitado el siniestro: si los cables de 110 kV no hubieran caído no se hubiera producido el incendio, al igual que el mismo se hubiera evitado -pese a los cortocircuitos producidos por tal caída- si los cables de 220 kV hubieran estado en correcto estado.»

(x) A continuación, en contra de lo sostenido por la sentencia de primera instancia, el Tribunal motiva que no cabe imputar a Endesa responsabilidad alguna derivada del sistema anti-incendios de la subestación, conclusión que alcanza tras valorar la prueba obrante en autos. En cuanto a los defectos de compartimentación y sectorización de la subestación afirma, valorando el informe de la Universidad Politécnica de Catalunya, que acierta la magistrada al imputar a ambos litigantes la responsabilidad

Endesa

por tal defecto, siendo adecuado el reparto de responsabilidad al 50%. Consecuencia de lo expuesto es que no exista una parte que cargue con mayor responsabilidad que la otra en la propagación del incendio.

(xi) En relación con la prolongada interrupción del siniestro por el inadecuado diseño de las redes de transporte y distribución de Barcelona, afirma la sentencia recurrida que no cabe imputar a Endesa responsabilidad, pues la exigencia reglamentaria de mallado de la red de distribución no existía en el momento en que se produjo el siniestro y suponía su ejecución un importante esfuerzo inversor. Además REE era conocedora de esa situación y de las consecuencias que podrían derivarse de un corte de suministro eléctrico desde la subestación de Maragall.

Matiza que el hecho de carencia de una red de mallado que permitiera reponer el suministro con celeridad no permite a Endesa eximirse de responsabilidad frente a sus clientes, pero tal circunstancia no determina que tenga que asumir responsabilidad frente al causante del incendio.

Finaliza la sentencia, en este extremo, considerando irrelevantes los defectos de la red de transporte imputados en la primera instancia a REE, valorando el informe del Departamento de Ingeniería Eléctrica de la Universidad Carlos III de Madrid.

(xii) Tras una detallada valoración de los daños y perjuicios sufridos por Endesa como consecuencia del siniestro, fija el importe no indemnizado por las aseguradoras en la suma de 16.391.305,87 €, desglosada en las siguientes partidas:

- Responsabilidad civil 405.877 euros
- Actuaciones técnicas en instalaciones (red mallado)
- Grupos electrógenos 12.561.184,87 euros
- Daños materiales 60.000 euros
- Otros costes (campaña publicitaria) 169.551 euros
- Descuentos de calidad 3.494.693 euros.

(xiii) En lo que adquiere relevancia para la decisión del recurso, la sentencia recurrida trata la partida relativa a la responsabilidad civil.

Admite que la sentencia de primera instancia la cifra en la suma de 13.799.528,91 €, que es el importe correspondiente a las indemnizaciones que tuvo que abonar a los usuarios afectados (12.022.058 €) y los gastos sufridos en concepto de refuerzo por tal operación (1.777.470, 91 €).

Admite que Endesa no impugna en su recurso tal partida indemnizatoria, así como que REE no recurrió tal extremo dado que la sentencia de instancia desestimó la reclamación efectuada por Endesa, pero añade que en su escrito de oposición a la apelación de ésta consideró que Endesa no puede reclamar nada por tal concepto en la medida en que ya fue indemnizada por sus aseguradoras en la suma de 9.477.472 €, y no ha acreditado haber sufrido un perjuicio mayor.

Se cuestiona que la cantidad que se debía abonar a los afectados no es la de 12.022.058 €, sino la de 8.105.878 €.

La sentencia recurrida estima tal reducción, analizando los informes de CRAWFORD, ASESORA y ACCURACY.

Concluye que el perjuicio de Endesa por tal partida ascendió a 9.883.349 €, y el importe que le abonaron sus aseguradoras por tal concepto fue de 9.477.472 €, y de ahí que haya cifrado en 405.877 € el importe no indemnizado por las aseguradoras por la partida correspondiente a «responsabilidad civil».

(xiv) Con tales antecedentes ofrece respuesta y decide los recursos de apelación de las partes apelantes, en los términos ya recogidos en su parte dispositiva.

16.- La entidad mercantil Generali interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, pero se le tuvo por desistida en virtud de decreto de 12 de mayo de 2016.

17.- Endesa interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. REE interpuso recurso de casación.

Ambas partes en los términos cuyo enunciado y planteamiento se recogerá al decidir sobre los mismos.

18.- La sala dictó auto el 5 de octubre de 2016, admitiendo los recursos interpuestos por Endesa y REE y, tras los oportunos traslados, cada parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso formulado por la contraparte.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Endesa.

SEGUNDO.- Para una mejor inteligencia en la decisión del recurso la sala va a alterar el orden de los motivos que vienen articulados. En primer lugar debe darse respuesta al primero y cuarto, pues ambos tienen por objeto la contribución causal de Endesa a la producción del resultado dañoso. En el primero se ataca la decisión de la sentencia recurrida sobre tal extremo por deficiente motivación, y en el cuarto por error en la valoración de la prueba documental.

Una vez dada respuesta a ambos motivos, corresponderá decidir sobre el segundo y el tercero, íntimamente relacionados entre sí porque en ellos se denuncia lo mismo, a saber que la sentencia recurrida ha decidido sobre la cuantía que Endesa tuvo que abonar a los usuarios afectados, disminuyendo la fijada en la primera instancia, extremo que no fue objeto del

recurso de apelación de Endesa ni impugnado por REE cuando presentó escrito de oposición a dicho recurso.

Finalmente, y condicionado a lo que se decida sobre el segundo y tercer motivo, se enjuiciaría el quinto, en el que se denuncia error en la valoración de la prueba documental privada y pericial que determinaría la suma que la sentencia recurrida fija como cantidad que Endesa tuvo que pagar a los usuarios afectados.

TERCERO.- Motivo Primero. Enunciación y Planteamiento.

Se denuncia al amparo del artículo 469.1. 2º LEC la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, que se concretan en el deber de motivación de las mismas, en particular el artículo 218 LEC, en relación con el artículo 24 CE, dada la motivación arbitraria e irracional de la sentencia recurrida en la determinación del grado de contribución causal de Endesa a la producción del resultado dañoso.

En el desarrollo argumental del motivo se plantea, en esencia, que la sentencia de primera instancia había fijado una contribución causal de ambas partes al 50% y la recurrida la mantiene a pesar de negar dos concausas que la sentencia de primera instancia había puesto a cargo de Endesa, a saber el defectuoso funcionamiento del sistema anti-incendios y la inexistencia de una red mallada.

CUARTO.- Decisión de la Sala. El motivo se desestima.

1. Una de las exigencias que contiene el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de las sentencias, constituyendo requisito procesal de ellas y no dirigida a garantizar el acierto de las mismas, es la necesidad de motivación de aquellas; de forma que se dé una respuesta a las partes ajustada a lo debatido en el proceso, explicando el sentido de la resolución, debiendo llamar la atención que, en ocasiones, se suele alegar falta de motivación cuando en realidad esta existe pero no es aceptada por la parte que se ve perjudicada.

Como afirma la STS de 5 de noviembre de 2009 la motivación es una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 C.E Este deber es jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la racionalidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar

que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS de 14 de abril de 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber ni entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el art. 1.7 del Código Civil, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el artículo 117.1 C.E. (STC 77/2000, así como las SSTS 69/1998, 39/1997, 109/1992, entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado también esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS de 5 de noviembre de 1992, 20 de febrero de 1993, 26 de julio de 2002 y 18 de noviembre de 2003, entre muchas otras). Se reitera más recientemente la anterior argumentación en STS de 18 de junio de 2014 .

Ahora bien deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que han determinado aquella (SSTS de 29 de abril de 2009, 9 de julio de 2010 y 22 de mayo de 2014)

2.- Así sucede en la sentencia recurrida, que se podrá compartir o no pero no se le puede reprochar falta de motivación ni siquiera que ésta sea ilógica o arbitraria.

Es cierto que la exigencia constitucional del motivo (sentencias 297/2012, de 30 abril y 523/2012, de 26 de julio) no impone una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, pero no es necesario acudir a esta doctrina en el presente supuesto, por cuanto el tribunal de apelación, de manera clara, precisa y ordenada analiza cuantas cuestiones se someten a su consideración, ofreciendo respuesta judicial argumentada en derecho.

Siguiendo tal metodología razona la responsabilidad de REE, luego la de Endesa, motivando, con exclusión de la prohibición de regreso, como ambas concausas son eficientes y relevantes para la producción del resultado dañoso, concluyendo que la responsabilidad en el incendio debe imputarse en igual medida (de ahí el 50% para cada una) a REE y a Endesa.

Tal distribución de responsabilidad podría modificarse si alguna de las partes hubiese influido con su conducta en la propagación del incendio o provocado una agravación de los daños, pero al no ser así, según se argumenta, resulta razonable la distribución paritaria de responsabilidad.

No debe olvidarse que la sentencia que se recurre es la de segunda instancia, y que la tesis que la recurrente mantiene sería más lógico que se predicase de la de primera instancia por ser la que hace recaer sobre Endesa incumplimientos que no valora al distribuir la responsabilidad entre las partes, en perjuicio de REE.

De ahí, que pueda inferirse como más lógica la decisión ahora cuestionada, que no puede calificarse de arbitraria.

3.- Por todo lo expuesto se cumplen los cánones de motivación de la sentencia al constar con claridad la ratio decidendi por la que ésta distribuye la responsabilidad entre las concausas del resultado dañoso.

La posibilidad de conocer la ratio de la sentencia la ha tenido Endesa si se atiende, según lo dicho, a las extensas consideraciones expuestas en la misma, sin olvidar que la falta de motivación no puede servir para cuestionar otros aspectos de la sentencia como la valoración de la prueba (sentencia de 28 de febrero de 2011).

QUINTO.- Motivo Cuarto. Enunciación y Planteamiento.

Se denuncia, al amparo del artículo 469.1. 4º LEC, la sentencia recurrida por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión del artículo 24 CE, por la infracción del artículo 326 LEC : error en la valoración de la prueba documental privada en la determinación del grado de contribución causal de Endesa a la producción del resultado dañoso. En el desarrollo argumental del motivo insiste en lo mantenido en el motivo primero, si bien ahora centra su reprobación en considerar que la sala a quo en su conclusión es contraria a la prueba practicada. A su entender de los informes de la CNE y de la DGE y M las instalaciones titularidad de REE fueron los que tuvieron una mayor afección y participación en los efectos de la incidencia, de forma que la caída del cable de 110 kv titularidad de Endesa sólo es un antecedente fáctico del siniestro. Decidir sobre la gravedad de las culpas compensables constituye una *questio facti* que corresponde a la apreciación del Tribunal a quo, según recoge la

sentencia del TS de 20 diciembre de 2006, de tal suerte que está facultad no sería susceptible de recurso de casación, y de ahí que se plantee por el presente cauce.

SEXTO.- Decisión de la Sala. El motivo se desestima.

Como recordaba la sala en sentencia 506/2016 de 20 de julio rec. 2095/2014, «Con carácter general cabe decir que 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 artículo 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 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. »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 concurran, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.»

2.- A la anterior consideración de carácter general se ha de añadir que la documental privada, cuya errónea valoración se denuncia, participa más de aquellos dictámenes periciales extrajudiciales, obtenidos fuera del proceso, y a los que la nueva LEC otorga naturaleza de prueba pericial. «En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010, resulta, por un lado, de difícil impugnación la valoración de la prueba pericial, por cuanto dicho medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador, quedando atribuido a favor de Jueces y Tribu-

nales, en cualquier caso 'valorar' el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la "sana crítica", y, de otro lado, porque el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene reglas de valoración tasadas que se puedan violar, por lo que al no encontrarse normas valorativas de este tipo de prueba en precepto legal alguno, ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana, ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar solo cuando el resultado judicial cuando este aparezca ilógico o disparatado.» (sentencia 514/2016, de 21 de julio).

3.- Conforme al cuerpo doctrinal expuesto el motivo debe ser desestimado, pues la sentencia de la Audiencia realiza una valoración razonable de ambos dictámenes para sentar que la responsabilidad en el incendio debe imputarse en igual medida a REE -por el defectuoso estado de los cables de 220 KV- y a ENDESA por el defectuosos estado de los cables de 110 KV-. Esta deducción lógica- jurídica no ha vulnerado las reglas de la sana crítica ni ha incurrido en arbitrariedad. La revisión sólo se encuentra justificada por la existencia de un error patente o de una arbitrariedad, y ello no se infiere de los argumentos de la sentencia recurrida, que, a pesar de las pretensiones encontradas de las partes, afirma que «no encuentra argumentos para considerar una mayor imputación a una de ellas en la medida en que la actuación diligente de las mismas hubiera evitado el siniestro: si los cables de 110 KV no hubieran caído no se hubiera producido el incendio, al igual que el mismo se hubiera evitado -pese a los cortocircuitos producidos por tal caída- si los cables de 220 KV hubieran estado en correcto estado».

SÉPTIMO.- Motivos Segundo y Tercero. Enunciación y Planteamiento.

1.- En el segundo se alega, al amparo del artículo 469.1. 2º LEC, vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia que se concretan en la interdicción de la incongruencia, en particular el artículo 218 LEC en relación con el artículo 465.5 LEC, por haber resuelto extremos que no fueron planteados en el recurso de apelación, incurriendo de este modo en infracción de la prohibición de reformatio in peius y de los principios tantum devolutum quantum appellatum y de justicia rogada. En el desarrollo

argumental del motivo afirma que la sentencia recurrida reduce el importe de la partida de indemnizaciones a clientes a 8.105.878 € frente a los 12.022.058 € considerados en la sentencia de primera instancia, pese a que Endesa no recurrió dicho pronunciamiento en su apelación y a que REE no impugnó, al oponerse a la apelación, la decisión de la sentencia de primera instancia sobre tal extremo, que le era desfavorable. La parte recurrente cita, en apoyo del motivo las SSTs de 30 de abril de 2012; 30 de marzo de 2011; 30 de noviembre 2011 . Discrepa del Tribunal de apelación que, en el auto de 14 de noviembre de 2014 que resuelve la solicitud de corrección o subsanación de la sentencia, niega que REE hubiera tenido que recurrir o impugnar tal pronunciamiento por cuanto la sentencia de instancia fue absolutoria respecto a la pretensión dirigida en su contra. Cita, en apoyo de su discrepancia la sentencia de 19 de septiembre de 2013 y expone que: «la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a la impugnación adhesiva en los supuestos en que se hubiera desestimado una excepción procesal o de fondo. en este caso, ENDESA no tenía gravamen para recurrir respecto del concreto importe de esta partida, por lo que el rechazo a que REE hubiera tenido que plantear impugnación añadida a la sentencia supone que la Sala a quo decide la reducción de tal importe sin oír a esta parte, en clara infracción del artículo 24 de la Constitución Española en relación con el principio de igualdad de armas procesales (Waffengleichheit).».

2.- En el motivo tercero, enlazando con la última consideración, alega la misma infracción pero destacando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión del artículo 24 CE, al amparo del artículo 469.1. 4º LEC, en atención a que alguna jurisprudencia de esta sala (sentencia de 4 de enero de 2012 han entendido que el principio tantum devolutum quantum appellatum más que un vicio incardinable en la incongruencia debía articularse con otra base procesal. En consecuencia no crea confusión con su planteamiento, sino que aflora las posturas doctrinales y jurisprudenciales que existen sobre el encaje procesal del motivo, sin atisbo de equivocidad en la cuestión jurídica planteada.

OCTAVO.- Decisión de la Sala.

1.- Respecto de la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial

efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (STC de 18 de octubre de 2004). En esta línea el Tribunal Constitucional ha reiterado que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional (STS de 25 de junio de 2015, Rc. 2668/2013).

2.- Al relacionar el anterior principio con el positivo, cabe afirmar que: «es retirada la jurisprudencia que señala que la Audiencia Provincial sólo puede revisar el pleito, asumiendo funciones de instancia tanto en cuestiones fácticas como jurídicas, si la controversia se reproduce o subsiste en esa segunda instancia (por todas, STS de 6 de julio 2006 Rc. 3914/1999, según cita la STS 610/2010, de 1 de octubre). »El tribunal de apelación no puede, pues, resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio tantum devolutum quantum appellatum [sólo se defiere al Tribunal Superior aquello que se apela] (SSTS de 12 de mayo 2006, Rc. 2915/1999, de 1 de diciembre de 2006, Rc. 445/2000, de 21 de junio de 2007, Rc. 2768/2000), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnada deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia, y así viene a confirmarlo la reciente sentencia 331/2016, de 19 de mayo . »La sentencia del Tribunal Constitucional 212/2000, de 18 de septiembre calificó con precisión la apelación en estos términos: «la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 LEC), como una revisio prioris instantiae, en la que el Tribunal superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (tantum devolutum quantum appellatum) (ATC 315/1994, de 21 de noviembre, y SSTC 3/1996, de 15 de enero, y 9/1998, de 13 de enero). »(Sentencia 707/2016, de 25 de noviembre).

3.- Si se atiende a la doctrina de la sala, sin pretender hacer categorías del supuesto singular que en la sentencia se resuelve, se aprecia que la sentencia 532/2013, de 19 septiembre, rec. 2008/2011, así como la posterior 331/2006, 19 mayo, rec. 452/2013, sientan las siguientes afirmaciones respecto al ámbito del recurso de apelación:

(i) Cuando la demanda se desestimase por razones atinentes a la cuestión sustantiva o por estimarse otras excepciones, pero no hubiera entrado a resolver sobre una excepción o sobre un motivo de oposición a la demanda, es doctrina de la sala que la sentencia del Tribunal de apelación que estime fundado el recurso del demandante debe entrar a enjuiciar lo no resuelto en la sentencia de primera instancia, sin necesidad de que la parte que formuló en la expedición apele o impugne la sentencia de primera instancia para sostenerla en la segunda instancia y sin necesidad de plantear la cuestión en la oposición al recurso, pues está implícita en el ámbito de la apelación y se aboca su conocimiento al tribunal de segunda instancia. Sólo así se evita incurrir en incongruencia omisiva. Al no haber sido examinada la excepción o motivo de oposición por la sentencia de primera instancia, no hay un pronunciamiento desestimatorio desfavorable que legitimara al demandado para impugnar y que quede fuera del debate de la segunda instancia ante la falta de impugnación. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994 de Hiro Balani contra España examina y resuelve un caso en que el tribunal de apelación no se pronunció sobre uno de los motivos de oposición a la demanda, cuanto tal cuestión no había sido resuelta por la sentencia de primera instancia (párrafo nueve de la sentencia).

(ii) Distinto será cuando la sentencia de primera instancia entra a conocer expresamente de la concreta excepción o motivo de oposición y lo desestima, aunque se dé la razón al demandado por razones de fondo o por estimarse otras excepciones, cuando la parte contraria apela la sentencia. Se cita la sentencia de esta sala número 481/2010, de 25 de noviembre, rec. 1572/2006, que razona lo siguiente:

A) Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* [solo se defiende al tribunal superior aquello que se apela] (SSTS de 12 de mayo de 2006, recurso n.º 2915/1999, 1 de diciem-

bre de 2006, recurso n.º. 445/2000, 21 de junio de 2007, recurso n.º 2768/2000), los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnatoria deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia so pena de incurrir en una reformatio in peius o reforma peyorativa que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia extra petita [más allá de lo pedido] (SSTS de 17 de abril de 2007, recurso n.º 1007/2000, STS 24 de marzo de 2008, recurso n.º 100/2001).

B) En el caso examinado la sentencia recurrida ha infringido este principio y, con ello, las normas sobre congruencia establecidas en el artículo 218 LEC, invocado como fundamento de este motivo. En efecto, no habiendo sido apelada la sentencia que desestimó la excepción de prescripción por parte del demandado que la opuso en primera instancia, ni habiendo este impugnado la sentencias en los extremos que pudieran resultarle desfavorables con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la contraparte, la desestimación de esta excepción debe considerarse consentida y no pudo ser revocada por la sentencia de apelación.

C) No es suficiente para enervar esta apreciación que la parte demandada formulara en la oposición alegaciones sobre la prescripción. Para trasladar el examen de esta cuestión al tribunal de apelación era necesario que hubiese apelado la sentencia o la hubiera impugnado, combatiendo los extremos en los que le resultaba desfavorable, a raíz del recurso interpuesto por la contraparte. La parte demandada, por el contrario, según resulta de los autos, formuló su escrito como de oposición al recurso de apelación, se limitó a solicitar en él la confirmación de la sentencia dictada en primera instancia y no se opuso a que el Juzgado, en consonancia con ello, diera a su escrito el trámite propio de la oposición, y no el de la impugnación de la sentencia, que hubiera comportado el traslado a la parte apelante, como exige el artículo 461.4 LEC. »En efecto, el artículo 461 LEC contempla la impugnación de la sentencia apelada por la parte inicialmente no apelante concediendo a quien no es inicialmente apelante, no solo la facultad de oponerse al recurso de apelación interpuesto por otra de las partes, sino también la de impugnar la resolución pidiendo su revocación y sustitución por otra que le sea más favorable, caso

en el que se da traslado a la parte inicialmente apelante para que pueda defenderse. Se concilia así, de un lado, la posibilidad de que quien resulta parcialmente perjudicado por la sentencia pueda consentirla, absteniéndose de interponer la apelación, en atención a los aspectos que le resultan favorables y, de otro lado, el pleno ejercicio del derecho de defensa si la contraparte, en definitiva, interpone recurso de apelación (STS 13 de enero de 2010, recurso n.º 912/05)».

(iii) Las sentencias, cuya doctrina se expone, salen al paso de la objeción que el tribunal de apelación hizo en el auto de 14 de noviembre de 2014 para denegar la solicitud de corrección o subsanación de la sentencia. Negó que REE tuviese que recurrir o impugnar tal pronunciamiento por cuanto la sentencia de primera instancia fue absoluta respecto de la pretensión dirigida en su contra. Sostiene que: «La objeción sobre la falta de gravamen para impugnar (el demandado no podría recurrir pues la demanda fue desestimada) resulta superada cuando el demandante formula recurso y el demandado puede verse afectado desfavorablemente por la desestimación de su excepción en primera instancia, si el tribunal de apelación considera fundado el recurso del demandante. La formulación del recurso por el demandante que vio desestimada su demanda hace surgir el gravamen del demandado que vio desestimada su excepción (de ahí que la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 108/2007, de 13 de febrero de 2007, recurso núm. 1884/2000 hablara de la existencia en tal caso de un "gravamen eventual") y le legitima para formular impugnación en la que, valga la redundancia, impugne el pronunciamiento desestimatorio de la excepción. »Ha de tenerse en cuenta la mayor laxitud de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en la conceptualización de "gravamen" para recurrir o para impugnar un recurso de apelación. El art. 448, al regular el "derecho a recurrir", prevé que las partes pueden interponer recurso contra las resoluciones "que les afecten desfavorablemente" y el art. 461.1 prevé que el apelado pueda impugnar la resolución apelada "en lo que le resulte desfavorable". Al comparar el texto de estos preceptos con el de los artículos 705, 858, 892 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que permitía la adhesión a la apelación "sobre los puntos en que crea perjudicial la sentencia", la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 437/2009, de 22/06/2009, recurso núm. 2160/2004, considera que la impugnación contemplada en el art. 461.1 LEC de 2000 «parece concebida en términos más amplios que la "adhesión" al recurso de apelación contemplada en los arts. 705, 858 y 892 LEC de 1881 al sustituir

"perjudicial" por "desfavorable" y permitir que la sentencia de apelación pueda perjudicar al apelante en virtud de la impugnación formulada por el inicialmente apelado.». »Cuestión distinta es que por una excesiva rigidez formal un escrito del recurrido en el que impugna el pronunciamiento desestimatorio de la excepción reciba el tratamiento de escrito de oposición al recurso y no de impugnación a la sentencia, supuesto este en la que el Tribunal Constitucional ha otorgado amparo por vulneración del art. 24 de la Constitución (STC 73/2009, de 23 de marzo).

4.- Si se aplica la citada doctrina al supuesto enjuiciado los motivos han de estimarse:

(i) La sentencia de primera instancia recoge que «en este punto, y siguiendo el dictamen de Crawford, Endesa satisfizo la suma de 12.022.058 €, suma que sí deriva directamente del siniestro, entendiéndose que Crawford no pagó la totalidad de las reclamaciones llevadas a cabo, dado que decidido de común acuerdo con Endesa la aplicación de una ratio de 74,37 %».

(ii) Por tanto tuvo en cuenta dicha partida, en la suma de 12.022.058 €, para fijar el total de daños derivados del siniestro ascendentes a la cuantía de 66.377.169 con 57 €.

(iii) Consecuencia de ello es que la apelante Endesa en el escrito rector del recurso de apelación dé por buena la estimación por la sentencia de primera instancia del quantum de esa partida y someta a debate otras cuestiones, aquietándose con la cantidad satisfecha a usuarios de 12.022.058 € por coincidir con lo mantenido y pedido por ella a efectos de reclamación. Es cierto que al escrito en el que se formula el recurso de apelación se acompaña un Anexo 1, pero en él -folio 4- en ningún momento consta que la parte apelante introduzca en el debate lo satisfecho a los usuarios en concepto de indemnización, pues acepta lo decidido por la sentencia sobre ese extremo, al ser coincidente con su pretensión. Si recurre la sentencia es sobre otros extremos y si le fue desestimatoria no obedeció a la cuestión de fondo sobre la responsabilidad civil de REE sino por entender la misma que lo reclamado ya se encontraba cubierto por la cantidad que Endesa había recibido de sus aseguradoras.

(iv) Por tanto no puede predicarse equivocidad en el recurso de apelación interpuesto por Endesa, sino que claramente consta su aceptación de la cantidad que la sentencia de primera instancia afirma que pago como indemnización

a los usuarios, ya que no tenía en ese extremo gravamen para recurrir.

(v) Es cierto que REE al formular oposición al recurso de apelación de Endesa, y dentro de las partidas reclamadas por Endesa que derivan directamente de la precaria situación de la red de distribución en la fecha del incidente, se ocupa de las indemnizaciones abonadas a usuarios por la interrupción del suministro (D.3, folio 34). Pero lo hace como alegato claramente impugnatorio de lo decidido por la sentencia de primera instancia. Acude para combatir la cantidad fijada por la sentencia al análisis y valoración del informe de Crawford en relación con los informes de Accuracy y Asesora. La sentencia del tribunal de apelación toma en consideración los alegatos e informes a que alude REE en su escrito de oposición al recurso de apelación de Endesa, y concluye revocando la sentencia de primera instancia en tal extremo, asumiendo la valoración de REE.

(vi) Con tal proceder el tribunal ha provocado una patente indefensión a la parte recurrente en apelación (Endesa), ya que decidió inaudita parte, por cuanto el planteamiento de REE quedaba extramuros de lo que es una mera oposición al recurso y adquiriría naturaleza de impugnación de la sentencia, lo que obligaba a darle el trámite propio de ésta o, en su caso, que es el presente, no decidir sobre la cuestión por no ser objeto de la apelación. Obsérvese que de

haberse planteado por REE la impugnación de la sentencia de primera instancia por la cantidad que ésta fijaba como pagada por Endesa a los usuarios, en concepto de indemnización, esta podría haber desplegado los argumentos defensivos que plantea en el motivo quinto del recurso extraordinario por infracción procesal y el tribunal de apelación hubiese decidido tras tomar conocimiento de las tesis contrapuestas. Esta sala refuerza su decisión cuando aprecia que REE no sólo es que no impugnase la sentencia de primera instancia respecto de esa partida, cuando se opuso al recurso de apelación de Endesa, sino que también formuló recurso de apelación contra la sentencia y en él no articuló ningún motivo en el que combatiese la cuantía de la referida indemnización. La propia sentencia recurrida cita la sentencia de 27 de septiembre de 2013 (folio 27) en el sentido de que «la solicitud en segunda instancia de la íntegra estimación de la demanda supone el planteamiento de todas las cuestiones que fueron objeto de la primera y sobre las que no se dio la razón la parte apelante» (énfasis añadido).

(vii) La estimación de ambos motivos conduce a que deba modificarse la partida de responsabilidad civil dentro del resumen de valoración de daños y perjuicios que hace la sentencia recurrida. Si se valora los daños y perjuicios en 13.799.528 y se descuenta el importe abonado a Endesa por sus aseguradoras (9.477.472 €) la cantidad a incluir en el citado



resumen por la partida de responsabilidad civil será la de 4.322.056 €, en vez la de 405.877 €. Todo ello supone que el importe no indemnizado, a Endesa por las aseguradoras asciende a la suma de 20.607.484, 87 €, por lo que el 50% de ella es de 10.303.742,4 euros.

NOVENO.- Según adelantamos el motivo quinto del recurso extraordinario por infracción procesal sólo tendría sentido si se desestimase el segundo y tercero, pero al no ser así no ha lugar a su enjuiciamiento. Recurso de Casación de Endesa.

DÉCIMO.- Primero. Enunciación y planteamiento.

Se denuncia, al amparo del artículo 477. 1 LEC, la infracción del artículo 1902 CC por la incorrecta aplicación de los criterios de imputación objetiva que han conducido a la imputación del resultado dañoso a Endesa. En el desarrollo argumental del motivo alega que la sentencia recurrida, en la determinación del nexo de imputación objetiva, aplica exclusivamente el criterio de causalidad adecuada y prescinde del criterio de la prohibición de regreso, criterio que habría llevado a concluir que la caída del cable de 110 KV de Endesa en Callblanc sólo es un antecedente fáctico del incendio pero en modo alguno constituye una causa eficiente, necesaria y directa del mismo, por lo que no cabría imputarle ninguna responsabilidad por el incendio. A su juicio la sentencia recurrida confunde la causalidad de hecho, que ha de quedar a la valoración del tribunal de instancia, con la formulación de juicios de imputación que acotan el círculo de responsabilidad, que es una cuestión jurídica revisable en casación.

DECIMOPRIMERO.- Decisión de la Sala.

1.- Doctrina sobre causalidad.

(i) La actual corriente jurisprudencial sobre a causalidad acude en los últimos años a la imputación objetiva. La teoría de la imputación objetiva intenta superar la teoría de la causalidad adecuada, que a su vez suponía un avance sobre la teoría que resumida en la expresión latina «causa causae, causae causa» (quien es causa de la causa, es causa del mal causado). Se trata de superar así las tendencias objetivadoras, que sin ser objetivas, sí aplicaban técnicas como la inversión de la carga de la prueba, o la del riesgo por el lucro que produce, llegándose a una exacerbación de la culpa con resultado desproporcionado, imponiendo al demandado la carga de que no incurrió en ningún tipo de negligencia,

lo que se rechazaba con la doctrina de que «si algo pasó, es porque algo falló».

(ii) Modernamente se vienen sosteniendo las siguientes posturas: a) El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe la inversión de la carga de la prueba cuando no está prevista legalmente (aunque en algunos casos pudiera aplicarse la regla de la facilidad probatoria). b) El artículo 1902 del Código Civil tiene un claro matiz culpabilístico, como reiteradamente está recordando la jurisprudencia más reciente. El deber de indemnizar por el daño causado a otro tiene su fundamento en la culpa, o negligencia del obligado a resarcir (salvo supuestos legales de culpa objetiva). Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo lleva años indicando que debe explicarse siempre el "cómo" (causalidad física, hechos probados) y el "por qué" (causalidad jurídica) del evento dañoso para poder imputar el resultado. c) La doctrina del riesgo no resulta aplicable, sin más, en todo siniestro la teoría de la responsabilidad por riesgo o "cuasiobjetiva", como parece pretenderse. El riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Riesgo lo hay en todas las actividades de la vida diaria, por lo que el Tribunal Supremo ha restringido su aplicación a los supuestos en que la actividad desarrollada genera un riesgo muy cualificado, pese a que legalmente no se considere como constitutivos de una responsabilidad objetiva [Ts. 21 de mayo del 2009 (RJ Aranzadi 3030), 10 de diciembre de 2008 (RJ Aranzadi 16 de 2009), 7 de enero de 2008 (RJ Aranzadi 203), 30 de mayo de 2007 (RJ Aranzadi 4338)].

(iii) En la actualidad la Sala Primera del Tribunal Supremo acude a la teoría de la imputación objetiva; que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene como pautas o reglas: a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, las "desgracias" sí existen. b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima; no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. c) La provocación: Quien provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. d) El fin de protección de la norma, e) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual aunque se adoptase otra conducta. f) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). g) Y, en todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad; lo que permite

excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan el caso fortuito [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2011 (STS 2897/2011, recurso 124/2008), 14 de marzo de 2011 (STS 1490/2011, recurso 1970/2006), 9 de febrero de 2011 (STS 560/2011, recurso 2209/2006), 25 de noviembre de 2010 (STS 6381/2010, recurso 619/2007), 17 de noviembre de 2010].

(iv) En efecto, se reafirma la sala en la sentencia número 147/2014, de 18 marzo, que: «la imputación objetiva, entendida como una cuestión jurídica susceptible de ser revisada en casación (SSTS 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de abril y 22 de julio de 2003, 17 de abril de 2007, 21 de abril de 2008, 6 de febrero 2012), comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza; criterios o pautas extraídas del sistema normativo, que han sido tomados en cuenta en diversas Sentencias de esta Sala (entre las más recientes, 2 y 5 enero, 2 y 9 marzo, 3 abril, 7 junio, 22 julio, 7 y 27 septiembre, 20 octubre de 2006, 30 de junio 2009, entre otras).»

(v) Entre las pautas o reglas que excluyen la imputación objetiva se encuentra la relativa a la prohibición de regreso, por la que, en principio, encontrada una causa próxima, no debe irse más atrás buscando causas remotas, según ya hemos recogido. Ahora bien, es clásica ya la doctrina jurisprudencial que mantiene que el criterio de la prohibición de regreso que justifica negar la imputación del resultado dañoso, tendrá lugar cuando en el proceso causal que desembocó en aquél, puesto en marcha por el posible responsable, se ha incardinado sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero (sentencia 11 de marzo de 1988, entre otras), pero salvo que dicha conducta se haya visto decisivamente favorecida por la imprudencia del responsable. La intervención meramente culposa de un tercero no basta para excluir la imputación objetiva.

2.- Si se aplica la citada doctrina al supuesto enjuiciado el motivo ha de decaer y ser desestimado.

La caída del cable de Endesa de 110 KV causó tres cortacircuitos en la línea de 220 KV de REE. La responsable de la caída de dichos cables de 110 KV es Endesa y, de forma próxima, no remota, y sin solución de continuidad tiene lugar el incendio a causa del mal estado de los cables de 220 KV de REE. Esto último no se pone en tela de juicio y es un hecho probado, pero la sentencia recurrida, con valoración jurídica en sintonía con el estado actual de la jurisprudencia en torno a la relación de causalidad, deja claro que el factor desencadenante del siniestro se encuentra en la caída de los cables de 110 KV de Endesa, por lo que difícilmente puede pretender que no le incumba ninguna responsabilidad acudiendo al criterio de la prohibición de regreso. Existe una conducta imprudente de REE en la conservación y mantenimiento de los cables de ella, que propicia el incendio, pero éste se ha visto favorecido, de manera próxima y no remota, por la imprudencia de Endesa en la conservación y mantenimiento del cable de 110 KV, y en el contacto entre ambos cables, debido a la defectuosa y poco previsible instalación de los cables sobrevolando uno al otro. De ahí, que no quepa considerar infringida, dentro de la causalidad, la tesis de la imputación objetiva, al sentar la sentencia recurrida que la conducta negligente de Endesa ha de calificarse como una causalidad contributiva que ha favorecido decisivamente la causación final del siniestro. Ha habido, pues, una omisión del deber de cuidado por Endesa, que opera como contribución causal, y con la entidad suficiente como para que la omisión del deber de cuidado de REE no absorba en exclusiva el desencadenante causal, lo que se traduce en la exclusión de la doctrina de la prohibición de regreso que se aduce en el motivo. Aún contemplado el caso a la luz de la doctrina de la causalidad adecuada (que sea de examen previo, o de aplicación en defecto de otra pauta, es también de imputación objetiva), no se excluye la imputabilidad (STS núm. 545/2007, de 17 de mayo) porque, habida cuenta las circunstancias del caso, tan minuciosamente recogidas y valoradas en la instancia, no cabría descartar como extraordinariamente improbable (ex ante y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido. Finalmente conviene recordar que este tribunal viene declarando (SSTS entre otras, de 24 de mayo de 2004, 26 mayo 2005, 9 de febrero y 1 de marzo de 2007) que «no cabe considerar como no eficiente la causa que concurriendo con otras condiciona o completa la causa última», doctrina que aplica y cita la sentencia recurrida y es aplicable al supuesto enjuiciado. En relación a las circunstancias concurrentes la conducta negligente de Endesa merece tal carácter condicionante.

DECIMOSEGUNDO.- Enunciación y Planteamiento.

Se alega, al amparo del artículo 477.1 LEC, la infracción del artículo 1.902 CC por la incorrecta aplicación de los criterios de imputación objetiva en la determinación del grado de contribución causal de Endesa a la producción del resultado. Se pretende, subsidiariamente al motivo anterior, y de mantenerse la imputación conjunta del daño a ambas partes, que se declare que la sentencia infringe el artículo 1902 CC en la distribución del grado de responsabilidad entre ellos.

DECIMOTERCERO.- Decisión de la Sala. El motivo se desestima.

1.- Bastaría para ello, partiendo de lo decidido en el recursos extraordinario por infracción procesal, con afirmar que el motivo incurre en petición de principio o supuesto de la cuestión. Pero es que además el precepto del enunciado no es procedente para suscitar el problema planteado en el cuerpo del motivo. Los temas de moderación de la responsabilidad en relación con la concurrencia causal sólo excepcionalmente puede acceder a la casación (STS de 20 de mayo de 2004), y así admite incluso la propia parte recurrente, con cita de la sentencia de 20 de diciembre de 2006, al plantear el motivo cuarto de su recurso extraordinario por infracción procesal. Recurso de casación de REE.

DECIMOCUARTO.- Motivo único.

Se alega vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la apreciación del nexo causal y sobre la valoración de la diligencia debida y la responsabilidad por omisión. En el desarrollo argumental del motivo la recurrente, en escrito más propio de escrito de alegaciones que de articulación del recurso de casación, entremezcla lo jurídico con lo fáctico, adivinándose que pretende una moderación indemnizatoria a causa de que se declare una menor aportación causal en la producción del siniestro respecto a la que se pone a cargo de Endesa.

DECIMOQUINTO.- Decisión de la Sala.

1.- Asiste razón a la parte recurrida cuando afirma que el motivo incurre en causa de inadmisibilidad por carencia de claridad y precisión. Es un auténtico totum revolutum en que se mezclan cuestiones de causalidad e imputación objetiva con otras relacionadas con daños que entiende no deben ponerse a su cargo.

Peca de acumulación de infracciones, de cita heterogénea de preceptos en el mismo motivo, que generan ambigüedad e indefinición, lo que va en contra del acuerdo de esta sala de 30 de diciembre de 2011 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Afirma que parte del respeto a los hechos probados, pero en su escrito, ya decimos que de «alegaciones», incurre en muchos alegatos en petición de principio o supuesto de la cuestión. Por tanto la consecuencia sería la desestimación del motivo por inadmisión.

2.- La sentencia 116/2016, de 1 de marzo, citada por el auto de 26 de octubre de 2016, afirma: «Es jurisprudencia consolidada la que afirma que el recurso de casación no es un recurso ordinario que dé paso a una tercera instancia en la que las partes puedan reproducir las alegaciones de hecho y de derecho propias de la primera y segunda instancia, y someter a este tribunal la decisión del conflicto con plenitud de cognición. Por el contrario, es un recurso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación por la sentencia de apelación de la norma, principio de derecho o jurisprudencia aplicable al supuesto de hecho, pero no al elaborado por el recurrente conforme a sus intereses, sino al que resulta de los hechos fijados en la sentencia recurrida. «Por tal razón, este recurso exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que se traduce no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable concisión y claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (artículo 481.1), que deberá circunscribirse a la de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1) [...]; y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida y a la base fáctica que de ella resulta». Insiste el auto de 21 de diciembre de 2016 que «La jurisprudencia de esta Sala considera que el escrito de interposición de un recurso de casación exige una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente y que esta exigencia se traduce, no solo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en el rechazo de motivos en los que se mezclan cuestiones de hecho y de derecho, o sustantivas y procesales o jurí-

dicas, pero heterogéneas entre sí, ya que no es función de la Sala averiguar en cuál de ellas se halla la infracción, pues tal y como señala la STS de 8 de mayo de 2009, RC n.º 1009/2004, "la infracción debe ser concreta, sin que esta Sala deba averiguar cuál es la norma que verdaderamente ha sido infringida".» Se podría objetar si admitiendo en su día el recurso de casación cabe ofrecer respuesta a la petición que hace la parte recurrida en su escrito de oposición al recurso. Al respecto ya se pronunciaba la Sala en STS de 4 de febrero de 2015, Rc. 3426/2012, en el sentido de que: «Siguiendo el criterio partidario de su examen preliminar (SSTS de 12 de noviembre de 2014, Rc. 117/2013,» 19 de noviembre de 2013, Rc. 1418/2011; 10 de junio de 2013, Rc. 21/2011; 4 de diciembre de 2012, Rc. 2 104/2009 y 28 de junio de 2012, Rc. 75/2010, entre las más recientes) esta Sala debe pronunciarse sobre si resulta procedente la admisión definitiva del referido recurso, habida cuenta del carácter provisorio del auto de admisión (STS de 29 de octubre de 2014, Rc. 1310/2012 y las que en ella se citan, así como SSTS de 5 de noviembre de 2010, Rc. 1898/2006 y 13 de febrero de 2009, Rc. 2/2001) y de que la parte recurrida, haciendo uso de la facultad que les otorga el art. 485 LEO, ha formulado oposición aduciendo causa de inadmisibilidad no previamente rechazada por este Tribunal, cuya efectiva concurrencia abocaría, en esta fase de decisión, a un pronunciamiento de desestimación por causa de inadmisión (entre otras, SSTS de 18 de diciembre de 2008, Rc. 2445/2003; 5 de marzo de 2009, Rc. 484/2004; 26 de mayo de 2010, Rc. 1210/2005 y 31 de marzo de 201, Rc. 321/2007). »En consecuencia, estando en fase de decisión, el recurso viene abocado a un pronunciamiento de desestimación por causa de inadmisión (STS de 26 de junio de 2015, Rc. 2694/2013).»

3.- No obstante, y teniendo en cuenta que cuantas cuestiones plantea el recurso, con deficiente técnica casacional, han sido objeto de enjuiciamiento y decisión en el recurso interpuesto por Endesa, tanto en el extraordinario por infracción procesal como en el de casación, a ellos nos remitimos. Conviene destacar que no es ilógica ni arbitraria la valoración jurídica de la sentencia recurrida cuando en relación con la carencia de red de mallado sostiene que no exime a Endesa de responsabilidad ante sus clientes, por el incumplimiento de su obligación de suministrarles energía, pero tal circunstancia no determina asumir responsabilidad frente al causante del incendio.

DECIMOSEXTO.- En aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede:



**RED
ELÉCTRICA
DE ESPAÑA**

(i) No imponer a Endesa las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

(ii) Imponer a Endesa las costas de su recurso de casación.

(iii) imponer a REE las costas de su recurso de casación

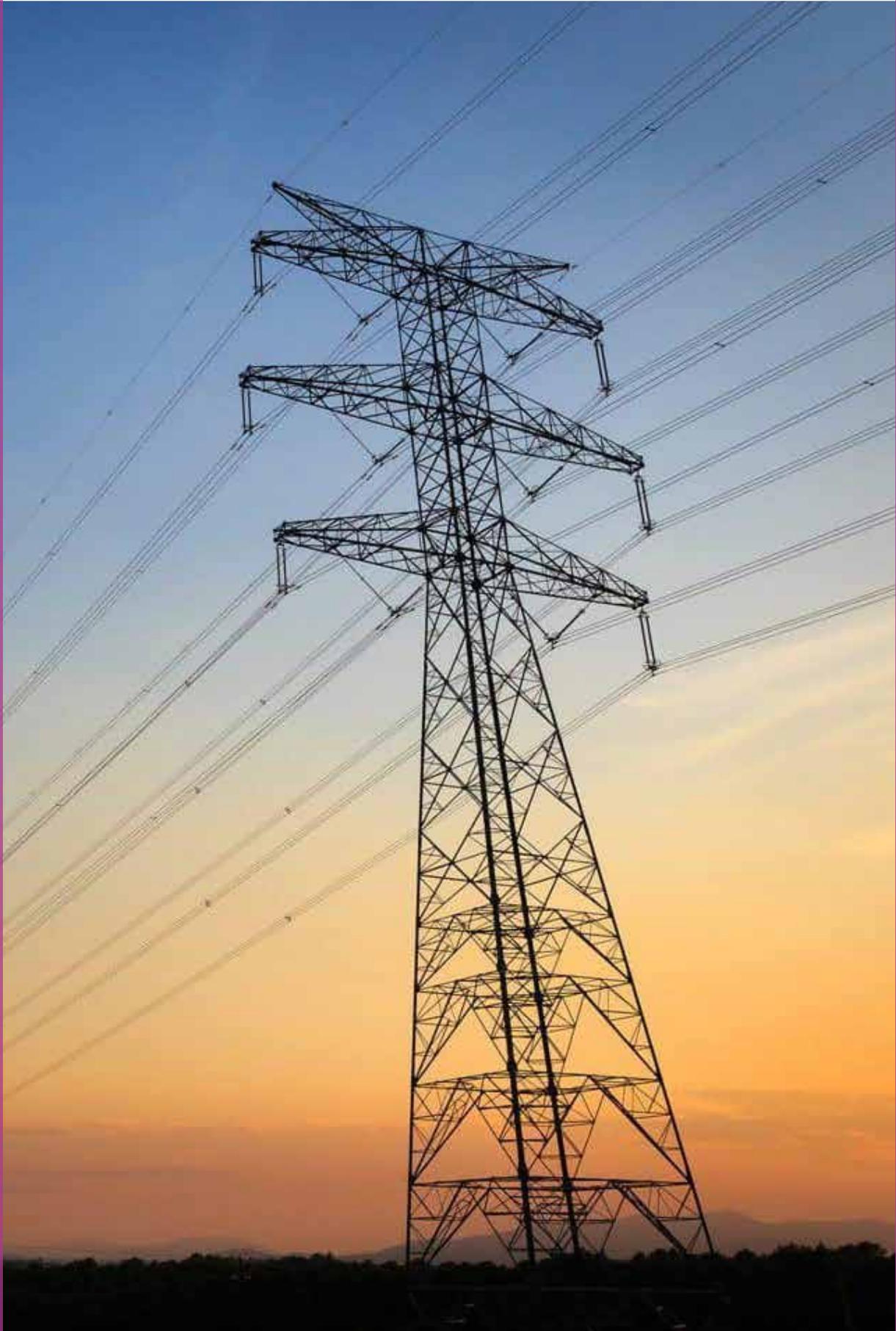
FALLO

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

1.º. Estimar parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Endesa Distribución Eléctrica SLU. contra la sentencia dictada por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, el 19 de septiembre de 2014, recaída en el rollo de apelación 357/2012, dimanante del procedimiento ordinario nº 1377/2009, del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona. 2.º. Desestimar los recursos de casación interpuestos por Endesa y REE contra la mencionada sentencia. 3.º. En aplicación de los anteriores pronunciamientos se anula parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de condenar a REE a abonar a Endesa la suma de 10. 303. 742, 4 euros, manteniéndose los demás pronunciamientos. 4.º. No imponer a Endesa las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, con devolución del depósito constituido para recurrir. 5.º. Imponer a Endesa las costas del recurso de casación con pérdida del depósito constituido para recurrir. 6.º. Imponer a REE las costas del recurso de casación con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.



En la presente Sentencia se hace referencia a la doctrina sobre la causalidad, analizando si en el supuesto enjuiciado a la hora de determinar el nexo de imputación objetiva debe aplicarse exclusivamente el criterio de causalidad adecuada y prescindirse del criterio de la prohibición de regreso.

El origen del procedimiento trae causa en un incendio que se produce en la subestación eléctrica Maragall de Barcelona que provocó daños materiales y la interrupción del suministro eléctrico a los usuarios. Incendio que estuvo precedido de otro incidente eléctrico, que consistió en la caída, por deficiente estado de conservación y mantenimiento, de un conductor de 110 KV propiedad de Endesa Distribución Eléctrica SAU (Endesa) sobre los cables de 220 KV propiedad de Red Eléctrica de España SAU (REE) en la subestación Collblanc, que presentaba defectos en el mantenimiento del cableado, inexistencia de una red mallada, así como defectos en el sistema anti-incendios.

En atención a aquellos hechos la Sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda presentada a instancias de Endesa, y de la mercantil Generali (subrogada en los derechos y acciones de su asegurada Endesa) frente a REE, declarando que REE es corresponsable del incendio en un tanto por ciento del 50% y por ello del 50% de los daños. Determinando que la caída del cable de Endesa constituye una de las causas del incendio, excluyendo la teoría de la prohibición de regreso, al considerar que la actuación de Endesa no solo es condición sinequanon para el resultado, sino que suprimida dicha causa desaparecen las consecuencias.

El Tribunal de Apelación mantiene la contribución causal de ambas partes al 50%, con exclusión de la prohibición de regreso, considerando que ambas concausas son eficientes y relevantes para la producción del resultado dañoso, concluyendo que la responsabilidad en el incendio debe imputarse en igual medida a REE y a Endesa, y ello porque entiende que ninguna de ellas influye en mayor medida que la otra con su conducta en la propagación del incendio o provocando una agravación de los daños.

En primer lugar nuestro Alto Tribunal lleva a cabo un magnífico estudio sobre el actual criterio de imputación objetiva que intenta superar la teoría de la causalidad adecuada, que a su vez suponía un avance sobre la teoría que resumida en la expresión latina «causa causae, causae causa» (quien es causa de la causa, es causa del mal causado).

La consolidada teoría de la imputación objetiva, hace depender la existencia del nexo causal tanto de la causalidad material o física como de la existencia de la denominada “imputación objetiva”. Doctrina que se basa en la utilización de diferentes criterios que están presentes desde hace tiempo en la jurisprudencia española: los riesgos generales de la vida, la prohibición de regreso, la provocación, el fin de protección de la norma, el incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta, la competencia de la víctima y como cláusula cierre, la probabilidad.

Se centra la Sentencia en aquella pauta que es objeto de debate por las partes, esto es, la relativa a la prohibición de regreso, por la que, encontrada una causa próxima, no debe irse más atrás buscando causas remotas. Si bien, la aplicación de la prohibición de regreso

COMENTARIO

no es automática ante un caso de intervención de terceros, sino que “tendrá lugar cuando en el proceso causal que desembocó en aquél, puesto en marcha por el posible responsable, se ha incardinado sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero, pero salvo que dicha conducta se haya visto decisivamente favorecida por la imprudencia del responsable. La intervención meramente culposa de un tercero no basta para excluir la imputación objetiva”

Es decir, que para la aplicación de la prohibición de regreso han cumplirse varios requisitos: en primer lugar, la inmiscusión del tercero hubo de ser dolosa o gravemente negligente; de lo contrario, habrá de volver forzosamente a quien de verdad puso en marcha el proceso causal. En segundo lugar, es necesario que la conducta dolosa del tercero no se hubiese visto favorecida por la del demandado; entonces nos encontraremos ante un caso de pluralidad de responsables o de concurrencia de culpas.

Aplicando la citada doctrina el Tribunal Supremo desestima el recurso pues la omisión del deber de cuidado por Endesa, que opera como contribución causal, y con la entidad suficiente como para que la omisión del deber de cuidado de REE no absorba en exclusiva el desencadenante causal, lo que se traduce en la exclusión de la doctrina de la prohibición de regreso.

Nuestro Alto Tribunal igualmente ajusta el asunto bajo el prisma de la doctrina de la causalidad adecuada, llegando a la misma conclusión pues analizadas las circunstancias del caso no cabría descartar como extraordinariamente improbable el resultado producido.

Por último y como broche final la Sentencia hace referencia a la igualmente consolidada doctrina que “no cabe considerar como no eficiente la causa que concurriendo con otras condiciona o completa la causa última”.

La Sentencia consolida la línea actual sobre la teoría de la imputación objetiva, si bien se nos demuestra con esta Sentencia que la misma no se aplica automáticamente, sino que cuando se realiza un análisis pormenorizado de los aspectos facticos del supuesto, es posible encontrar excepciones a la teoría enunciada. Así, prescindiéndose en primera y segunda instancia del criterio de la prohibición de regreso, es el Alto Tribunal en esta Sentencia quien justifica la inaplicación de este principio en base a la concurrencia de la excepción a la misma.



perlas cultivadas

por **José María Hernández - Carrillo Fuentes**
Abogado

En un supuesto de asesinato de la pareja sentimental (y aborto), la Sala 2ª del Tribunal Supremo, nº 107/2017, de 21 de febrero, determina una indemnización de 125.000 € a cada uno de los 3 hijos de la víctima, su madre, por los daños morales inherentes a la “muerte de la madre y del que sería su hermano”, y 25.000 € a favor de la madre. Recurrido ante el Tribunal Supremo la responsabilidad civil establecida para la madre, y la ausencia de cuantía alguna para la hermana de la fallecida, insistiendo en la dependencia económica de aquella, y el dolor de esta - con argumentos que, entiendo, superados por el nuevo baremo, Ley 35/15-:

“Han de valorarse en relación con el hecho de que existen unos perjudicados más cercanos para los que se acuerdan las indemnizaciones que se establecen en la sentencia. Es claro que cuando concurren numerosos familiares, todos ellos afectados de alguna forma por la pérdida de la persona asesinada, no es procedente acordar indemnización para todos ellos, concentrándose en los más cercanos el perjuicio indemnizable, salvo que concurren especiales circunstancias, que deberán quedar debida-

mente acreditadas mediante las oportunas pruebas. En lo que se refiere a su hermana, no se discute que la muerte de su hermana le haya causado un profundo dolor, pero las demás circunstancias que alega para justificar la indemnización, no aparecen como probadas en la sentencia. Por el contrario, en la recurrida, resolviendo el motivo de apelación con el mismo sentido que el presente, se señala que tenía vida independiente en Perú con su propia familia y no consta que tuviera dependencia económica de la fallecida.”



Imprescindible y oportuna, de la alta calidad técnica que caracteriza las resoluciones del ponente Excmo. Sr. del Moral García, - con voto particular formulado por el ponente inicial Excelentísimo Sr. Berdugo Gómez de la Torre -, la Sentencia nº 2010/2017, de 28 de marzo del pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo en la originaria función nomofiláctica de la casación, (Art. 849, primero LECrim, pleno no jurisdiccional Sala 2ª 9 de Junio de 2016) interpretando un delito (Art. 383 CP), con solo cuatro precedentes (dos de ellos en procesos contra aforados) - ausencia de doctrina jurisprudencial - alumbrando seguridad jurídica, uniformando su entendimiento, delimitando las fronteras entre lo punible y lo no punible, “sobre la consideración penal de la negativa a reiterar transcurridos unos minutos, tal y como establece la norma reglamentaria - Arts. 21 a 24 del RD 1428/2003, de 21 de noviembre -, la medición de alcohol en aire espirado si el primer resultado fue positivo o se aprecian síntomas de embriaguez.

Tras analizar la legislación, y la Sentencia 3/99, de 9/12, y la sentencia 1/2002, de 22 de marzo de la que concluye:

“Es claro que el sometimiento a una prueba de aproximación nunca exonera, en caso de que haya dado positivo, de las pruebas con alcoholímetro de precisión. La negativa será delictiva.”

Establece tres posiciones diferenciadas antes de resolver:

“c) La negativa a someterse a la segunda prueba de determinación de la tasa de alcohol en aire espirado mediante un etilómetro autorizado de forma oficial es constitutiva del delito del art. 383 CP .

d) La negativa es atípica si se accedió a la primera medición.

e) La negativa a la segunda prueba solo será delictiva cuando el afectado cuestione el resultado de la primera. Si lo acepta y no lo discute, ni en el momento ni posteriormente durante el procedimiento penal que se pueda seguir, no será punible, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por el delito de conducción etílica.”:

meses en recuperar totalmente la salud. Ambas conductas son incardinables en el mismo tipo penal: la diferente gravedad obligará a discriminar uno y otro supuesto no mediante tipos distintos, sino a través de los criterios contenidos en el art. 66 CP eligiendo dentro del arco total penológico el quantum que se considere proporcionado.

Sin duda la negativa radical a priori es muestra de una rebeldía mayor y por tanto podrá merecer una penalidad mayor. Pero esta apreciación no lleva a expulsar del tipo penal lo que también es una negativa pues la prueba no puede realizarse en su integridad cuando el sometido a ella se niega a su segunda fase, sin la que la prueba no se puede considerar finalizada. También eso es negativa, aunque la gravedad esté atemperada.”

“8) No podemos, sin traicionar la voluntad de la norma, convertir en potestativa una medición que inequívocamente aparece concebida como obligatoria. La comparación con la forma en que se regula la eventual extracción de sangre ofrece una conclusión rotunda. Lo que se quiso dejar sujeto a la voluntad del afectado, se consignó expresamente. El mensaje de la regulación es que el afectado está obligado a someterse a esa segunda medición. La interpretación del art. 383 CP no puede retorcer esa clara conclusión desvirtuando ese mensaje y sustituyéndolo por otro que traslade al ciudadano la idea de que esa segunda medición queda a su arbitrio, sin perjuicio de las consecuencias probatorias que puedan derivarse de su negativa. El mensaje no puede ser: la segunda medición no es obligatoria; o bien, solo lo es cuando el afectado no se resigna a la condena por el delito del art. 379 CP. La

ley establece cuidadosamente los derechos del sometido a la prueba (análisis de sangre de verificación, necesidad de ser informado, comprobación del transcurso de un tiempo mínimo...). No está entre ellos el no acceder a la segunda espiración.”

“Mediante el delito del art. 383 el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la Autoridad para efectuar esas pruebas. Solo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Desde un punto de vista institucional por el efecto general de prevención positiva: conseguir el acatamiento de tales pruebas repercute en conjunto en una mayor seguridad en el tráfico viario. En concreto, también habrá ocasiones en que la realización de la prueba será el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la seguridad vial. Pero el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad. Eso explica que también nazca la infracción cuando el bien jurídico “seguridad vial” está ausente: negativa por contumacia, o por simple enfado generado por la contrariedad de ser requerido para ello por parte de quien se encuentra en óptimas condiciones para conducir por no haber ingerido ni una sola gota de alcohol. Estaremos ante un delito del art. 383.

Solo desde esa diferenciación entre los bienes jurídicos protegidos en este precepto y el art. 379 (seguridad vial) son admisibles las generalizadas soluciones de concurso real entre

“7) Ciertamente no tiene la misma gravedad negarse tajantemente a las dos mediciones que rehusar solo la segunda (lo que además normalmente reportará escasa, si no nula, utilidad: como tampoco la reporta la negativa a ambas mediciones cuando los síntomas de intoxicación etílica son evidentes y palmarios). Se dice que no es ponderado equiparar ambas acciones. Frente a ello hay que constatar que todos los tipos penales abarcan un abanico mayor o menor de conductas encuadrables. No todas tienen igual gravedad.

Se establece por ello una horquilla penológica: no son lo mismo unas lesiones provocadas con una única puñalada propinada como respuesta a unos insultos que sanan en cinco días de incapacidad laboral; que otras provocadas gratuitamente apuñalando varias veces a la víctima que tarda varios

ambas infracciones Así lo ha entendido también esta la Sala Segunda (STS 214/2010, de 12 de marzo).

Que esta infracción además haya sido concebida como medio eficaz para lograr la efectividad del art. 379 generando las pruebas que permiten acreditar sus elementos, no puede despistar haciendo pensar que el art. 383 es un delito instrumental respecto del delito del art. 379 de forma que solo tendría sentido la condena por tal infracción cuando mediante la negativa se quisiese eludir el descubrimiento de un delito del art. 379. El tipo penal no exige un móvil determinado en el autor. No es necesario que quien se niega lo haga con la finalidad de encubrir una infracción del art. 379 CP. Es delictiva y existe antijuricidad material (referida al bien jurídico principio de autoridad y respeto a las órdenes legítimas emanadas de los agentes de la autoridad) tanto si la negativa responde a ese intento de ocultar un delito del art. 379 como si obedece a otras circunstancias (v.gr., rechazo visceral; ira momentánea); y lo es tanto si en efecto existe previamente una conducta incardinable en el art. 379 (o, en su caso, en la infracción administrativa), como si queda plenamente acreditado que el sujeto se hallaba en perfectas condiciones para pilotar un vehículo de motor.

Por estas razones en la exégesis concreta del tipo del art. 383 no puede exagerarse el parentesco con el bien jurídico seguridad vial que es solo mediato; ni con la efectividad de la condena por el delito del art. 379 (que es compatible, en principio). El art. 383 representa algo más que la sanción de un autoencubrimiento. Solo si se le concibe de esa manera (autoencubrimiento) deformando el contenido sustancial

Afortunadamente es infrecuente, pero no insólito, que un espectador asistente a un partido de fútbol, de resultados de un lance del juego reciba un “balonazo” en el campo del Real Madrid Club de Fútbol, y sufra lesiones; ocurrió, - valoradas mediante el “baremo” en 18.120 € - siendo resuelto mediante la sentencia nº 256/2003 de 11 de Abril, de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

del precepto, y se le separa del principio de autoridad (vacian-do su contenido sustancial) se entienden acotaciones interpretativas, que hemos rechazado, basadas en la no necesidad in casu de la prueba.

La protección del principio de autoridad resulta evidente. Sin embargo, no es determinante el ataque a la seguridad vial que en el supuesto concreto puede estar presente o no. Sin duda en la conformación legislativa del tipo se está pensando en tutelar la seguridad vial. Es ese un innegable objetivo de política criminal inmanente a esa tipicidad. Se alcanza ese propósito blindando con una singular protección penal la autoridad de los agentes que velan por tal seguridad cuando intervienen para comprobar la tasa de alcohol de cualquier conductor.

Esta visión del principio de autoridad como bien jurídico protegido aparece en la STC 234/1997, de 18 de diciembre o en la jurisprudencia de esta Sala (STS 1/2002, de 22 de marzo).

Así pues hay que concluir considerando ajustadas a derecho la interpretación del juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial: la negativa a practicar la segunda prueba estuvo bien incardinada en el art. 383 CP.”

“OCTAVO.- Además, la Sala debe observar, la Ley del Deporte de 15 de octubre de 1990, en cuanto que el siniestro litigioso se produjo por la falta de la adecuada adopción de medidas de seguridad, en forma de redes detrás de las porterías, para evitar el riesgo de accidentes, como el enjuiciado, concedora la entidad deportiva demandada del riesgo que comportan los balonazos desviados.

El art. 63 de la expresada Ley establece que los organizadores y los propietarios de instalaciones deportivas serán responsables de los daños que puedan producirse en los recintos en que se desarrollen las competiciones. Por su parte, el art. 69.3, A) tipifica, como infracción muy grave -desde el punto de vista administrativo-, la falta de previsión o negligencia en la corrección de las anomalías detectadas y no se ha justificado por la entidad deportiva demandada que adoptase ninguna medida para evitar el riesgo previsible a que se ha hecho mención o que los pretendidamente adoptados resultasen eficaces, pues la producción del hecho evidencia por sí solo -res ipsa loquitur- que algo quedó por prevenir y que la diligencia no fue exquisita, procediendo la revocación de la sentencia impugnada y la declaración de responsabilidad pretendida.

Sentado cuanto antecede, y a propósito de la cuantificación económica del resarcimiento que ha de reconocerse al demandante-apelante, se impone subrayar que no puede aplicarse de forma vinculante a un hecho que no lo es del tránsito motorizado un método de valoración o cuantificación de los daños corporales específicamente previsto para esta esfera de actividad. Lógico corolario de ello, en punto a la fijación del importe de las indemnizaciones correspondientes, esta Sala no tiene el "deber" de atenerse ni a la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991, ni al "Sistema" legal fijado por la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, reformada por la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, para la valoración de los daños y perjuicios causados

a las personas en accidentes de circulación que aquélla incorpora como Anexo, al modo imperativo y rigurosamente vinculante con que debe aplicarse en relación con siniestros circulatorios acaecidos tras su entrada en vigor.

Sin embargo, no puede cuestionarse la legitimidad de atenerse con carácter orientativo al calendario "Sistema" de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, haciendo uso del prudente arbitrio -o, si se quiere, ponderada discrecionalidad- que debe reconocerse a los órganos jurisdiccionales a la hora de fijar la indemnización, con el propósito de dar una solución lo más justa posible y con criterios que, vigentes al tiempo del enjuiciamiento, expresan el "valor social" de un mismo daño."

"Aunque, en el presente caso, el hecho causal por el que en último término debe respon-

der la demandada apelada no cabe calificarlo de negligente, sino culposo, lo que motiva el moderado incremento según las cantidades precisadas en el último párrafo del fundamento jurídico tercero de la presente sentencia por la aplicación del "Sistema", porque atendidas las circunstancias concurrentes, no es apreciable una cierta y significativa "asunción de riesgo" - noción conceptual e intrínsecamente diversa de la concurrencia causal en el lesionado tanto porque, conocedor de la ubicación material de la localidad, que ocupaba el día del accidente, y que venía ocupando por razón de su abono, y de sus acompañantes, en una zona del estadio que notoriamente está expuesta a los balonazos, correspondiendo al fondo norte, sector 2A1, fila 6, del estadio, no consta que omitiera un comportamiento precavido, dejando de prestar la necesaria atención a los lances del juego



dirigidos a la portería situada delante de su asiento, con el fin de esquivar los posibles balonzos, que le pudieran alcanzar, como el causante de las secuelas que se trata de indemnizar.

Ciertamente la no asunción de un riesgo por el demandante-apelante, en este caso, aparte de lo comentado en el párrafo anterior, se debe a la exigua probabilidad de que aquél llegara a producirse en un espectador de un partido de fútbol, entre otros muchos, que se encontraban situados en la misma zona del estadio.”

porque en cuanto la relación de causalidad no es directa, inmediata y exclusiva, no existe responsabilidad patrimonial de la Administración. El mero reconocimiento en el orden jurisdiccional civil de responsabilidad por parte del asegurado, excluye necesariamente cualquier responsabilidad de la Administración (aun en el hipotético y negado supuesto en el que fuera corresponsable del accidente debido al mal estado de la calzada). Se trata de una pérdida económica que el recurrente tiene el deber jurídico de soportar precisamente por de-

do la doctrina consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos -que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990 y 21 de enero de 1991) del principio de “actio nata” (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.»

Interesantes pronunciamientos, sobre la acción de repetición de una compañía aseguradora, la prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, - una vez se determina definitivamente quien, y cuanto ha de abonar - en la Sentencia nº 65/2017 de 13 de Febrero de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso - Administrativo, Sección Octava:

“En cuanto al fondo del asunto, alega que consta debidamente acreditado el estado resbaladizo de la carretera, y su deficiente estado de conservación, lo que sin duda motivó la reparación de ese “punto negro” efectuada días después y que, según manifestaciones de los propios Agentes de la Guardia Civil que instruyeron el atestado, ha llevado consigo que ya no se produzcan salidas de vehículos en ese punto los días de lluvia.”

“Sin embargo, en el presente caso, en el que la Administración no ha sido demandada en la vía civil (ni podría serlo) ni consta que haya sido demandada en vía administrativa por los perjudicados por el siniestro, tampoco podría serlo por una eventual acción de regreso por parte de Fénix. Y ello

dicarse con carácter profesional al ramo de aseguramiento de la responsabilidad civil.”

“Tal como se recuerda, entre otras, en STS 17/11/10, «se trata de un plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y como tal susceptible de ser interrumpido en determinadas circunstancias.

Así resulta por ejemplo de lo expuesto en la Sentencia de esta Sala, Sección Sexta, de 9 de abril de 2007, recurso de casación núm. 149/2003 en la que afirmamos que: “Esta Sala en reiteradísimas ocasiones, además de en las sentencia que cita la sentencia recurrida, y a la que añadiremos por todas la de 7 de febrero de 2005 (Rec.6367/2001), ha consagra-

En el presente caso, como hemos dicho, las cantidades que se reclaman responden a una obligación indemnizatoria de la entidad reclamante que se declaró y determinó en las resoluciones que pusieron fin a los procedimientos civiles seguidos frente a dicha entidad, siendo notificada el 12/03/14 la sentencia de la Audiencia Provincial.”

“QUINTO: Pues bien, a la luz de lo expuesto, entiende la Sala que de la documentación obrante en el expediente, resulta acreditado que en la producción del accidente del que trae causa este recurso concurrió, por una parte la propia conducta del conductor del Seat Ibiza, asegurado por la Compañía Aseguradora recurrente, que circulaba a velocidad excesiva e inadecuada para las condiciones de la vía y la circunstancia de que ésta estaba mojada por la lluvia, y, por otra parte, el propio estado del firme, que era deslizante, sin señalización de esa circunstancia, con pavimento desgastado.

Consta en el expediente administrativo el testimonio de las actuaciones del procedimiento civil mencionado, en el que obra el atestado de la Guardia Civil, instruido con relación al este accidente, en el que se afirma, entre otras circunstancias, que "Además de las señales de velocidad máxima reseñadas anteriormente se hace constar que existen dos señales de obra, una a cada margen de la vía, de "otros peligros".

En la diligencia de parecer e informe, los agentes instructores del atestado concluyen que la causa principal o eficiente del accidente fue la invasión de los carriles de circulación en sentido contrario, por parte del conductor del vehículo Seat Ibiza, debido a "las causas coadyuvantes de circular a velocidad excesiva y al mal estado de la vía, por existencia de sustancia deslizante sin señalizar y pavimento desgastado".

que nos ocupa, ya que paralela y contiguamente a la calzada en donde ocurrió el accidente, discurre otra calzada de servicio.

Planteado en estos términos el debate, como se expresa en la sentencia de esta misma Sala y Sección de 18-9-14 (rec. 345/13), que recoge doctrina de diversas sentencias del TS, como la de 30-5-12 (rec. casac. 1642/2010) que declara que "lo relevante no es que existieran normas o directrices que instarán a la Administración a sustituir las biondas, sino que lo relevante es que estaban allí colocadas y que el accidentado fue a golpear contra ellas, agravándose sus lesiones; por tanto, después de exponer la evolución que ha experimentado la doctrina jurisprudencial en materia de accidentes de motoristas contra los pilares de las biondas de protección de las carreteras se llega a la conclusión de que existe nexo causal imputable a la Administración, pues agravaron las lesiones padecidas por el recurrente, aun cuando la caída se produjera por una conducción negligente solo a él imputable. De no haber existido esos postes de sujeción, el cuerpo habría continuado deslizándose por el arcén o habría impactado contra ellos sin seccionarle dos extremidades, como sucedió".

Recientemente veíamos en los medios de comunicación las manifestaciones de moteros contra las "biondas asesinas" en las carreteras; siguen presentes, y con ellas, el incremento en la gravedad de las lesiones de quienes contra ellas colisionan, así lo recoge la Sentencia nº 763/2016, de 27 de Julio, de la Sección 3ª - Sede Sevilla - de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía:

Todas éstas señales circunstanciales, velocidad y otros peligros, se instalaron para realizar el asfaltado con capa antideslizante, debido a las continuas salidas de vía que se producían los días de lluvia. Las mismas estuvieron instaladas, aproximadamente, desde los dos meses anteriores a la fecha de producción del accidente que nos ocupa. El citado asfaltado se realizó el día 21-09-2009.

En el día de ocurrencia del accidente reseñado no existía ningún tipo de señalización en la vía advirtiendo del tramo deslizante."

En consecuencia, el accidente se produjo cinco días antes del que se realizase el asfaltado con capa antideslizante, sin que ese día (16/09/2009) existiese señalización advirtiendo de que se trataba de un tramo deslizante.

"No obstante, queda por resolver la cuestión de la incidencia de las biondas en la agravación de las lesiones del motorista. En este sentido, esta Sala considera probado que las graves lesiones que sufrió, fundamentalmente, la amputación de su pierna derecha, fue por causa del impacto contra los soportes de la bionda de protección, que actuaron a modo de cuchilla.

Ciertamente la existencia de la repetida bionda en aquel lugar era ajustada a derecho, ya que se colocaron en ejecución del proyecto de duplicación de la calzada y, conforme a la Orden Circular 28/2009 sobre criterios de aplicación de barreras de seguridad metálicas del Ministerio de Fomento, en su artículo 2.1 se recoge, como una de las situaciones de menor seguridad que justifican su colocación, la existencia de carreteras o calzadas paralelas, supuesto que se da en el caso

En la STS de 1-10-09 (rec. cas. 3381/2005), se abordaba por primera vez el problema del carácter cortante de las biondas instaladas en autovías y autopistas, en un supuesto muy similar al que aquí nos ocupa, y llega a la conclusión de que "la velocidad inadecuada -no las características de la autovía- fue la causa del accidente, pero la concreta y específica lesión padecida no se hubiera producido si la valla de la mediana hubiera sido de un tipo distinto. La caída y el impacto con una

valla de otro tipo le hubieran podido ocasionar, seguramente otras lesiones, tales como traumatismos diversos, quizá, incluso, más graves que el corte de la pierna izquierda, pero, es innegable, que esto último no habría podido ocurrir con una valla de otro tipo. Así las cosas, aunque la causa del accidente fue la velocidad inadecuada, la causa de la concreta y específica lesión fue la existencia de una bionda: mientras que la velocidad inadecuada es imputable al recurrente, la existencia de la bionda lo es a la Administración. Ello implica la existencia de un nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño, por lo que este segundo motivo del recurso de casación debe prosperar y la sentencia impugnada debe ser anulada.”

“Descendiendo de nuevo al caso que nos ocupa, debemos concluir, en la línea de las sentencias citadas, de conformidad también con la mencionada sentencia de esta misma Sala y Sección de 18-9-14 (rec. 345/13), que la existencia de las biondas en el margen de la carretera hizo que se agravaran

las lesiones padecidas por el recurrente, aun cuando la caída se produjeron por no respetar el conductor de la motocicleta la señal de tráfico de limitación de velocidad que le afectaba, y, al igual que en los supuestos contemplados por el Tribunal Supremo, de no haber existido esos postes de sujeción, el cuerpo hubiera continuado desliziándose por el arcén, o bien impactado contra la bionda, sin seccionarle la pierna derecha.

Por tanto, se aprecia concurrencia de culpas: del recurrente, por velocidad inadecuada a las circunstancias de la vía, muy superior a la indicada en señal obligatoria de limita-

ción de velocidad a 80 km/h, y de la Administración, por colocación de una bionda susceptible de ocasionar graves lesiones, fijándose por esta Sala la participación del accidentado en un 80%, por razón de la mayor incidencia en el siniestro de su imprudente conducción.”

“Es cierto que esta Sala venía estableciendo ---en un principio--- que el plazo para la interposición de la demanda para el reconocimiento de error judicial no se interrumpía por la formalización y desarrollo de un incidente de nulidad de actuaciones, ni tampoco por la interposición de un Recurso de amparo, sin embargo, a partir de la STS de 23 de septiem-

Es crucial para evitar desagradables sorpresas, conocer, y recordar, la doctrina de que se hace eco la Sentencia nº 496/2017, de 23 de marzo, de la Sala 3ª, del Tribunal Supremo, en orden a la inexcusable formalización y desarrollo de una incidente de nulidad de actuaciones, previo a la interposición de demanda para el reconocimiento de error judicial, en definitiva el agotamiento de los recursos previstos en el ordenamiento:



bre de 2013, de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (REJ 9/2013), esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, asumiendo plenamente los razonamientos contenidos en la citada sentencia, ha considerado que el Incidente de nulidad de actuaciones se incardina dentro del ámbito del artículo 293.1.f) de la LOPJ, decisión, pues, que exige que, previamente a la interposición de la demanda para el reconocimiento por error judicial, se promueva incidente de nulidad de actuaciones frente a la resolución judicial a la que imputa el error, comenzando el cómputo del plazo para interponer aquélla a partir de la resolución denegatoria del incidente de nulidad de actuaciones. Y ello es así porque iniciar un procedimiento específicamente destinado a declarar el error judicial ---como el que ahora nos ocupa--- no tiene sentido cuando la equivocada apreciación

manda para el reconocimiento de error judicial que aquí nos ocupa, por lo que cabe concluir, por las razones expuestas, que ha quedado incumplido el requisito, exigido por el art. 293.1.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de haberse agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento para que proceda la declaración de error; lo que determina la desestimación de la presente demanda.

Efectivamente, el supuesto a que se remite el actor es de los que permitían dar acceso al incidente excepcional de nulidad de actuaciones según la redacción dada al artículo 241.1 LOPJ por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, redacción modificada, a su vez, por la Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, conforme a la cual, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones puede fundarse en cualquier vulneración de un

de los criterios que la doctrina científica suele usar para establecer la relación causal entre un evento o acto señalado como agente y las lesiones que el perjudicado le atribuye, los cuales son recogidos en nuestro actual derecho positivo, tras la reforma operada 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, referido precisamente a la indemnización por traumatismos menores de la columna vertebral que se diagnostican con base en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor, y así señala como tales los criterios: a) De exclusión, que consiste en que no medie otra causa que justifique totalmente la patología, b) Cronológico, que consiste en que la sintomatología aparezca en tiempo médicamente explicable. En particular, tiene especial relevancia a efectos de este criterio que se hayan manifestado los síntomas dentro de las setenta y dos horas posteriores al accidente o que el lesionado haya sido objeto de atención médica en este plazo, c) Topográfico, que consiste en que haya una relación entre la zona corporal afectada por el accidente y la lesión sufrida, salvo que una explicación patogénica justifique lo contrario, d) De intensidad, que consiste en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, teniendo en cuenta la intensidad del accidente y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia.

Los tres primeros son de marcado carácter clínico y prevalentes para definir las lesiones y graduarlas, y se cumplen plenamente en el presente supuesto; así en relación al criterio de exclusión no se ha acreditado otra causa que justifique las lesiones que presentaba D.

Véase como las Audiencias Provinciales, están aplicando el Art. 135, de la Ley 35/15, incluso a supuestos de 2014 con criterio, - Sentencia nº 475/2016 de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Gijón:-

de los hechos o aplicación del derecho puede ser un remedio dentro del proceso, a través del incidente de nulidad de actuaciones.”

“TERCERO.- En el presente caso, no instó la nulidad de actuaciones contra los autos de la Sala de Madrid a los que se imputa el error. En efecto, frente a dichos autos el recurrente, en lugar de promover incidente de nulidad de actuaciones contra los mismos, interpuso la de-

derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE.”

“Tal como señala el apelado el citado art. 135 no es directamente aplicable al presente siniestro, pero como hemos indicado en nuestras Sentencias de 18 de febrero, 12 de mayo, y 2 y 14 de junio de 2016 recogiendo lo establecido por esta Audiencia en Sentencias, Sección 4a de 6 de noviembre de 2014 o Sección 5a de 2 de junio de 2014, ya se había hecho eco

Gumersindo como consecuencia del accidente de circulación, confluyen tanto el cronológico y el topográfico, pues el demandante acude a su mutua el mismo día del accidente y se describe una sintomatología en la exploración realizada que concuerda con la existencia de una colisión por alcance.

Así de la prueba obrante en las actuaciones D. G acude a los servicios médicos de Ib el mismo día del accidente 3 de julio de 2014 presentando en la exploración en columna cervical, dolor a la percusión de espinosas en c7 y D2, con discreta contractura en trapecio

En orden al IVA en las indemnizaciones por responsabilidad civil, acudir a la Sentencia nº 347/2014, de 26 de Junio, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo:

bilateral a nivel de borde libre y en espacio interescapular movilidad cervical completa aunque dolorosa y en la zona dorsal se evidencia una contractura más marcada en paravertebral izquierdo a nivel de D10 a D12, diagnosticándole cervicalgia y dorsalgia; presentado una exploración similar exploración realizada en fecha 5 de julio de 2014 en el Servicio de Urgencias del Hospital de Jove en que se le diagnostica una cervicalgia postraumática y cuadro vertiginoso a contractura de musculatura cervical.

Por lo que se refiere al criterio de intensidad, nada tiene que ver el que no se cumplimentase la declaración del parte amistoso del accidente en el momento de producirse el mismo, ya que ambos conductores reconocieron la existencia del mismo, ni tampoco el hecho de que los daños fue-

ron mínimos y no se llegaran a peritar; y si bien, como ha quedado acreditado, la colisión por alcance fue muy leve, encontrándose detenido el vehículo en que viajaba como ocupante el actor, existe una adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, ese mínimo choque por alcance, por lo que esta sala considera que no deba romperse el nexo causal dado que se cumplen perfectamente los criterios antes citados, lo que conlleva a la desestimación del presente recurso, confirmando la Sentencia de instancia.-“

“SEGUNDO.- La cuestión jurídica que se suscita resulta simple en su planteamiento en cuanto se reduce a precisar si la indemnización correspondiente para acometer las obras necesarias de reparación por parte de los demandantes ha de comprender las cantidades correspondientes a IVA, beneficio industrial y gastos generales, como son las licencias de carácter administrativo que resulten necesarias.”

“Es cierto que la indemnización de daños y perjuicios no devenga IVA según lo previsto en el artículo 78.3.1º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del impuesto sobre el valor añadido, pero no es lo mismo la aplicación del impuesto a una indemnización que la inclusión en la misma de lo que el perjudicado ha de pagar por ello a un tercero que realiza el servicio de que se trata, pues

en tal caso el IVA va comprendido necesariamente en la propia indemnización de daños y perjuicios ya que, de no ser así, la misma no sería íntegra como requiere el artículo 1101 y concordantes del Código Civil . Efectivamente al tratarse de la reparación de unos vicios o defectos constructivos, el importe de la indemnización debe fijarse teniendo en cuenta el importe total que el perjudicado debe abonar para la reparación de los vicios y defectos constructivos, sin que en este caso se pueda plantear el posible enriquecimiento injusto de la comunidad de propietarios; en cuanto dicha comunidad, carente de personalidad jurídica, no es sujeto pasivo del impuesto y por tanto no puede compensar en declaración tributaria lo abonado.”

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla, es partidaria clara de la aplicación de Ley 35/15 en su exigencia de reclamación previa al asegurador y la oferta o respuesta motivada, en procesos iniciados en 2016 respecto de supuestos anteriores e incluso referente a daños materiales, así lo recoge en el Auto nº 17/2017, de 26 de Enero:

“SEGUNDO: Es preciso completar el antecedente referido de la fundamentación jurídica del auto recurrido con la observancia de que la normativa que se invoca en el mismo lo es con la redacción que le dio la Ley 35/2015. Sostiene, en primer lugar, el apelante que dicha reforma no le afecta porque el siniestro es del año 2015, por tanto anterior a la entrada en vigor de tal Ley, que lo fue el uno de enero de 2016. No es así, por cuanto que la Disposición Transitoria de dicha Ley 35/15 establece que “El sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circula-



ción que establece esta Ley se j aplicara* únicamente a los accidentes de circulación que se produzcan tras su entrada en vigor. 2. Para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley subsistirá* y será# de aplicación el sistema recogido en el Anexo 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. En consecuencia ha de entenderse que en todo lo demás regirá la nueva normativa a partir de su entrada en vigor, como es el caso de autos en que la demanda se interpone ya dentro del año 2016; debe tenerse además presente que la norma por cuyo incumplimiento la resolución recurrida inadmite a trámite la demanda y acuerda el archivo de las actuaciones es de orden procesal en lo que aquí interesa, en cuanto establece un sistema de previa reclamación, para el que no se dispone ningún régimen tran-

sitorio, por tener además una vertiente procesal, siendo así que las normas de tal naturaleza se aplican a los procedimientos iniciados bajo su vigencia, como es el supuesto de autos. El art. 7 del RD Legislativo 8/2004, reformado por esta Ley 35/15, contempla toda una regulación de una reclamación previa a la aseguradora, que además prevé la interrupción del plazo de prescripción hasta que recaiga por parte del asegurador una oferta o respuesta motivada fehacientemente notificada, y en su apartado 8 prevé que en caso de disconformidad con la misma se podrá acudir al procedimiento de mediación del art. 14 o bien directamente a la vía jurisdiccional. No obstante ello, la parte apelante considera que no es de aplicación el art. 403 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que no permite admitir a trámite las demandas a las que no se acompañen, como el supuesto presente, los documentos que acrediten la presentación de la reclamación al asegurador y la oferta o respuesta motivada. Y por tanto no se trata de la posi-

ble subsanación de tal omisión, pues el propio apelante considera que no era necesaria esa reclamación previa, pues considera que no es de aplicación a los daños materiales causados con anterioridad a la entrada en vigor, como el supuesto de autos, aunque después argumenta que tampoco para los posteriores, y para ello invoca la Disposición Transitoria Única, pero esta norma no modifica ni afecta a lo que es objeto de controversia, a saber la reclamación previa, porque hace referencia a la aplicación de las indemnizaciones contempladas en la normativa anterior, algo que no es ahora objeto de discusión. Porque lo que viene a sostener el apelante es que todo el sistema de reclamación que se contempla en el referido art. 7 reformado, y ya citado, lo es solo en relación con los daños y perjuicios personales, pero que no afecta a los daños materiales como el de autos. No es así, por cuanto que el art. 7 reformado dispone que "el asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de sus-

cripción obligatoria, habrá# de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes", e incluso añade a continuación "así como los gastos y perjuicios a los que tenga derecho según la normativa aplicable". Por consiguiente no puede entenderse que el sistema de previa reclamación lo sea solo para

no conductor, en que responderá por los daños a las personas y a los bienes en razón de la vinculación que proporciona el art. 1903 del código civil. El hecho de que el art. 7, que en gran parte reitera el apelante, contenga una regulación más amplia para los supuestos de daños a las personas viene motivado por la especial comple-

resuelto el auto recurrido son conformes a derecho y ha de ser, por ello, confirmado, previa desestimación de la apelación."

"No sucede lo mismo, sin embargo, con la justificación que ofrece la resolución judicial, a la negativa del funcionario Instructor, de entregar el expediente al abogado designado

Sería inexcusable su cita, casi tanto como la lectura completa - que no haremos aquí - de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, de 30 de Enero de 2017, dictada en recurso de amparo nº 7301/2014, en la que el Tribunal otorga amparo, y estima la improcedencia neta de la negativa del funcionario instructor es permitir al Letrado el acceso pleno a las diligencias previo a la entrevista con su defendido:

los daños personales y no también los materiales, y además añade que "con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, deberán comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda". Por su parte, el art. 1 del Real Decreto Legislativo 8/04 dispone que "El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación", diferenciándose solo el régimen jurídico de reclamación según se trate de daños a las personas o en los bienes, pues mientras en el primer supuesto se establece un régimen de responsabilidad cuasi objetiva, solo excepcionado por la culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor extraña a la conducción, en los mismos términos que contempla el art. 556.3 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en el supuesto de los daños a las cosas se remite al régimen de responsabilidad del art. 1902 del código civil. Y en el art. 1.3 del R.D. 8/04 se vuelve a insistir, cuando se trata de propietario

alidad de la regulación de tales supuestos, pero ello no elimina en modo alguno la responsabilidad en estos casos y ámbito por los daños a las cosas. Así, y tras declarar la responsabilidad tanto por los daños a las personas como a los bienes, regula a continuación, sin discriminación alguna para uno u otro supuesto, el régimen de reclamación previa a la vía judicial, la que, como se dijo, produce una interrupción de la prescripción de la acción hasta que recaiga la oferta motivada de indemnización a cargo de la aseguradora. Es más, en el número 2 del art. 7 se contempla el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación hecha por el perjudicado para que el asegurador presente la oferta motivada de indemnización, "tanto si se trata de daños personales como en los bienes". Tal es el supuesto de autos donde se vino a reclamar el importe de los daños causados a unos bienes existentes en la motocicleta, por lo que la reclamación previa a la aseguradora regulada en el citado art. 7 resultaba insoslayable, y las consecuencias procesales de dicha omisión que ha

para que les asistiera. El Auto se limita a señalar que el acceso al expediente no era posible porque el Equipo de Policía Judicial se encontraba "practicando diligencias, sin haber podido finalizar", hasta el punto de añadir que "no existe, como tal, dicho expediente, pues los agentes se encuentran practicando diligencias y confeccionando el atestado", por lo que no resulta de aplicación el art. 7 de la Directiva invocada,

Pues bien, la propia lógica de los hechos narrados en el atestado policial desvirtúan esta afirmación: si la detención se desencadenó a resultados de un operativo policial contra personas señaladas por la comisión de diversos delitos en varias localidades, como pone en evidencia el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, al menos debían existir bajo algún soporte (papel o informático) las denuncias de tales delitos, así como la documentación de los registros efectuados al detenerles, cuya entrega, precisa el Fiscal, "no parece problemática por conllevar una amenaza para la vida o derechos funda-



mentales de otra persona y que hubiera sido aconsejable no entregar por razones de interés público”.

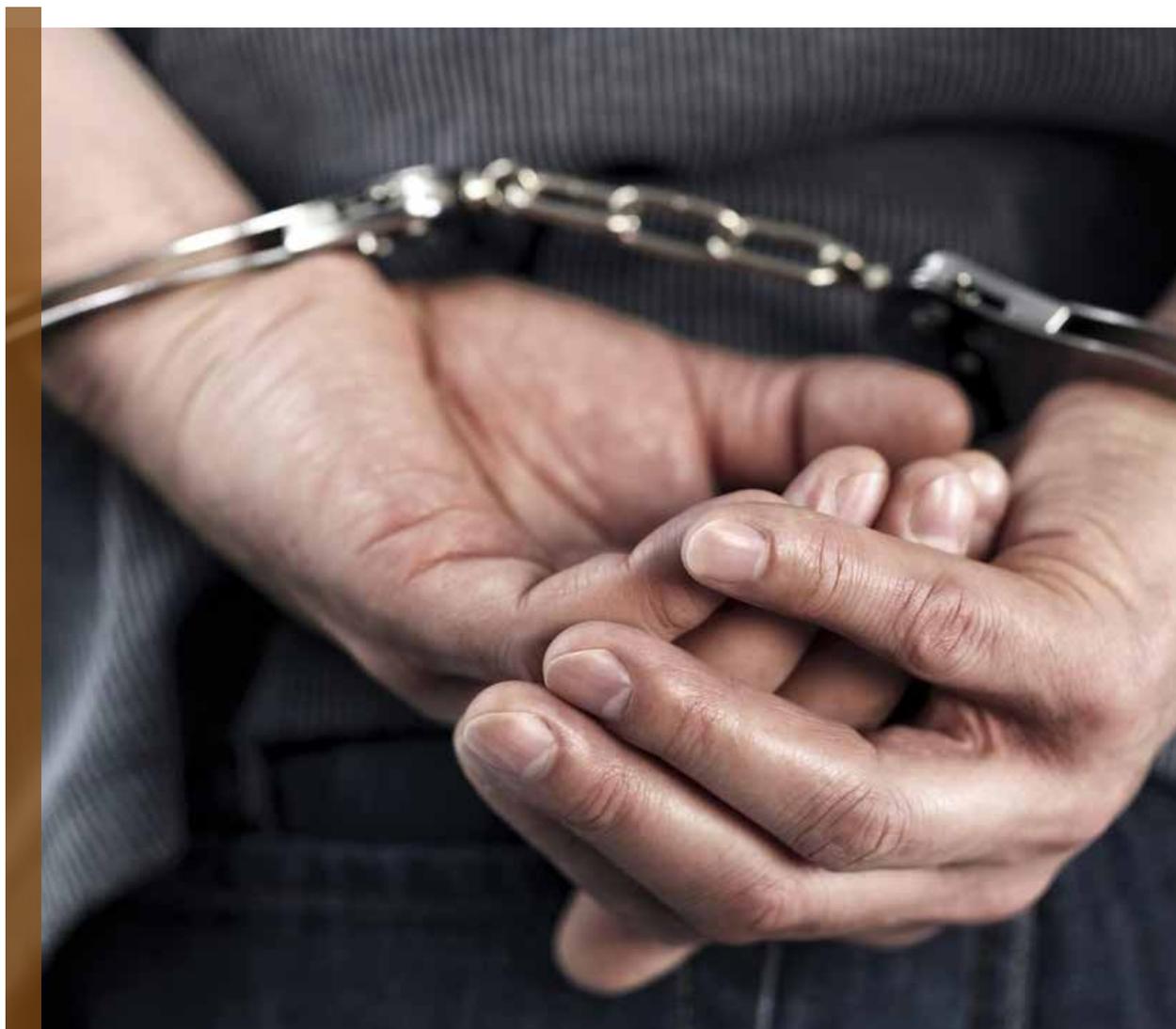
No había motivo amparable en la Directiva 2012/13/UE para dilatar esa entrega: ese retraso sólo, se contempla por el apartado núm. 3 del art. 7, hasta el momento anterior en que se presenta la acusación ante el tribunal, cuando se trata del derecho de acceso para la defensa ante el órgano judicial. Pero como bien precisa dicho apartado, ello procede: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el

apartado l”.

Esto es, sin perjuicio de que en los casos de detención o privación de libertad del apartado 1, el acceso de los elementos fundamentales para impugnar, la medida, en este caso la detención no admite dilaciones. En concreto, en este caso, para poder ser consultados con tiempo suficiente para poder asesorar el abogado a los detenidos, antes de su interrogatorio.

La negativa sin justificación alguna del Instructor a la entrega del material del que ya disponía, trajo consigo así

la “vulneración del derecho a la asistencia de letrado (art. 17.3 CE), el cual incluye en su contenido el derecho del detenido y su letrado a acceder a los elementos fundamentales (entonces, art. 7.1 de la Directiva 2012/13/UE) para impugnar su situación privativa de libertad. Al desestimar posteriormente la solicitud de habeas corpus de los recurrentes, pese a partir de la premisa correcta de la aplicación directa de la Directiva tantas veces citada, el Auto de 13 de julio de 2014 dejó de reparar la lesión de aquel derecho fundamental.”



SERGIO ÁLVAREZ CAMIÑA



por M^o Carmen Ruiz-Matas Roldán

Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Complutense de Madrid. Funcionario del Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado y del Cuerpo Superior de Inspectores de Hacienda del Estado. Es titular de la acreditación Chartered Financial Analyst. Miembro del CFA Institute y del Instituto Español de Analistas Financieros. Auditor de Cuentas inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas. Desde 1993 hasta 2001 fue Inspector en la Subdirección General de Inspección de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP), desempeñando funciones de supervisión directa de entidades aseguradoras y fondos de pensiones. De 2001 a 2011 fue Subdirector General de Seguros y Política Legislativa de la DGSFP. En junio de 2011 fue nombrado Director General del Consorcio de Compensación de Seguros, cargo que desempeñó hasta su nombramiento como Director General de Seguros y Fondos de Pensiones en febrero de 2017. Ha sido vocal de diversos órganos consultivos; entre ellos, de la Junta Consultiva de Seguros y Fondos (2001-2017); del Comité de Seguros y Pensiones de Jubilación de la Comisión Europea (2001-2011); y del High Level Advisory Board on Financial Management of Large-scale Catastrophes de la OCDE (2011-2016). Miembro de la Comisión de Riesgos por Cuenta del Estado del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (2014-2017). Vocal del Consejo de Administración del Consorcio de Compensación de Seguros desde 2003 hasta 2011. En representación del Consorcio de Compensación de Seguros, ha sido miembro del Consejo de Administración de Grupo Compañía Española de Crédito y Caución, S.L. y de Agroseguro, S.A.

Contamos en esta ocasión con la colaboración de don Sergio Alvarez Camiña, Director de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, quien desde el desempeño de su cargo puede ofrecernos una información sumamente interesante para la materia que nos ocupa.

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.

Por supuesto que conozco la actividad desarrollada por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Antes de mi nombramiento como Director General de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, he estado desempeñando mi cargo durante más de cinco años como Director General del Consorcio de Compensación de Seguros, órgano de especial vinculación con el seguro de automóviles entre sus funciones. Con anterioridad, tuve ocasión de conocer la Asociación como Subdirector General de Seguros y Política Legislativa.

Desde hace algo más de un mes he asumido un nuevo reto, dirigir la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que tiene como principal objetivo, en el ámbito de sus actuaciones, la protección de los derechos de tomadores, asegurados, beneficiarios y partícipes de planes de pensiones, así como promover la transparencia y el desarrollo adecuado de la actividad aseguradora y de planes y fondos de pensiones. Creo que compartimos, por lo tanto, la finalidad de velar y promover por el cumplimiento de la normativa reguladora, centrándose, en su caso, en materia de responsabilidad civil y seguro y desde la perspectiva del ejercicio de la abogacía. Su actividad merece todo mi respeto y ha sido de gran intensidad y especial utilidad en relación con la reforma del Baremo. Todo lo que redunde en beneficio del sector es positivo e iniciativas de este tipo, que traten de mejorar el conocimiento sobre el seguro y la responsabilidad civil, tienen nuestro respaldo.

¿Cuáles son sus objetivos prioritarios a cargo de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones?

La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones tiene como principal objetivo, como ya he señalado, la protección de los consumidores de seguros. Para ello tenemos encomendadas labores de ordenación, supervisión y regulación del mercado asegurador y de planes

y fondos de pensiones. Continuaremos desarrollando las funciones con la profesionalidad que a lo largo del tiempo ha caracterizado a este órgano y así ha sido reconocido en diversos foros, tanto por el sector como por diferentes órganos europeos e internacionales. Seguiremos velando por los intereses de los tomadores, asegurados y beneficiarios realizando una supervisión, ya centrada en Solvencia II, a fin de que las entidades que operen en el mercado lo hagan con un nivel de solvencia adecuado a su perfil específico de riesgo.

¿Cuáles son los proyectos más inmediatos de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones?

El gran proyecto de Solvencia II, ya en vigor desde el 1 de enero de 2016, se encuentra implantado. Las entidades aseguradoras y reaseguradoras, y también la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, han tenido que afrontar importantes cambios en su organización. A día de hoy podemos evaluar el éxito del proceso, que tan difícil se veía durante su tramitación: los resultados de solvencia ofrecidos por el sector son satisfactorios, superando en más del doble el nivel de capital obligatorio requerido por Solvencia II (SCR). En este campo, la supervisión en base a Solvencia II es nuestro principal campo de actuación, abarcando también aspectos como los estudios de revisión del SCR y de las garantías a largo plazo.

Un proyecto normativo, actualmente en tramitación y de gran relevancia en el mercado, es la futura Ley de distribución de seguros y reaseguros privados. Se trata de la norma de transposición de la Directiva (UE) 2016/97, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (Directiva IDD). El principio fundamental que inspira el borrador de anteproyecto de ley es la necesidad de garantizar un mismo nivel de protección a todos los clientes, sea cual sea el canal a través del cual se adquiera un producto de seguro. En este sentido hay que destacar el cambio de denominación de mediación a distribución de seguros y reaseguros, incluyendo la actividad de venta directa realizada por las entidades aseguradoras y reaseguradoras. La norma busca reforzar las obligaciones de información de los distribuidores de seguro, especialmente cuando lo que distribuyan sean productos de seguros de vida con componente de inversión, debido a su especial complejidad.

En el área de planes y fondos de pensiones mantendremos la tarea de fomentar estos ins-

trumentos para favorecer el desarrollo de la previsión social complementaria. En esta área trabajaremos durante 2017 en la transposición de la Directiva de portabilidad, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de los trabajadores entre Estados Miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión, y en la transposición de la Directiva relativa a los fondos de pensiones de empleo, que supone la derogación de la Directiva de 2003 relativa a las actividades y la supervisión de Fondos de Pensiones de Empleo. Esta última directiva mejora la regulación de los fondos de pensiones de empleo en el ámbito de gobierno y transparencia.

Pero probablemente el gran proyecto que debemos afrontar es el de la creación de una Autoridad Independiente de Seguros. El Ministro de Economía, Industria y Competitividad anunció por primera vez el 31 de enero de 2017 una norma de reforma de las Autoridades Administrativas Independientes para reforzar su independencia. Esta norma se ha articulado como el anteproyecto de Ley sobre la racionalización y ordenación de los organismos supervisores de los mercados y para la mejora de su gobernanza. Trabajaremos por regular una Autoridad que cuente con los medios materiales y humanos que la capaciten como órgano supervisor para velar adecuadamente por los intereses de los consumidores de seguros y fondos de pensiones.

¿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 reforma del Baremo era necesaria para poder preservarlo como sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Ha sido una norma muy trabajada. Recordemos que fue en julio de 2011 cuando se creó la Comisión de Expertos para su reforma y que, tras muchos años de trabajo, se logró el difícil consenso de todos, algo que debe remarcar.

Creo que se ha llegado a un consenso justo que responde al principio buscado de la reparación íntegra del daño incluyendo nuevos perjudicados, nuevos conceptos y nuevas situaciones e indemnizaciones.

¿Cree que se ha conseguido el objetivo buscado por todos los agentes que intervienen en el sector?

Creo que el consenso alcanzado con la participación de todos los sectores involucrados ha permitido alcanzar el objetivo de diseñar un sistema valorativo orientado a conseguir la integridad en la reparación del daño. Al mismo tiempo, a iniciativa del Ministerio de Justicia se ha modificado el Título I del texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor para buscar una cuantificación cierta y ágil de la indemnización. Es necesario reducir la litigiosidad y fomentar la rapidez en el pago, eliminando incertidumbres en las cuantías de las indemnizaciones y una consecución rápida de acuerdos entre el perjudicado y la entidad aseguradora del responsable del accidente.

¿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?

El nuevo sistema es de mayor extensión y complejidad que el de 1995, pero se estructura de forma mucho más clara y ordenada.

Separa con nitidez la valoración de los daños extrapatrimoniales o morales de los daños de naturaleza patrimonial, y distingue en estos últimos entre daño emergente y lucro cesante. Regula de forma detallada el lucro cesante para cada uno de los posibles supuestos: víctima trabajadora, desempleada, sin acceso al mercado laboral y con dedicación a las tareas del hogar. Sin duda es un gran avance en relación con la estructura menos detallada del Baremo de 1995, derogado por la nueva Ley, en el que se mezclaban daños morales y patrimoniales y en el que prácticamente no había lucro cesante.

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 ¿está ya en funcionamiento dicha Comisión?

Efectivamente el propio sistema contempla un mecanismo para su adaptación y mejora y para evitar que quede desactualizado u obsoleto con el transcurso del tiempo, mediante la creación de una Comisión de Seguimiento, en la

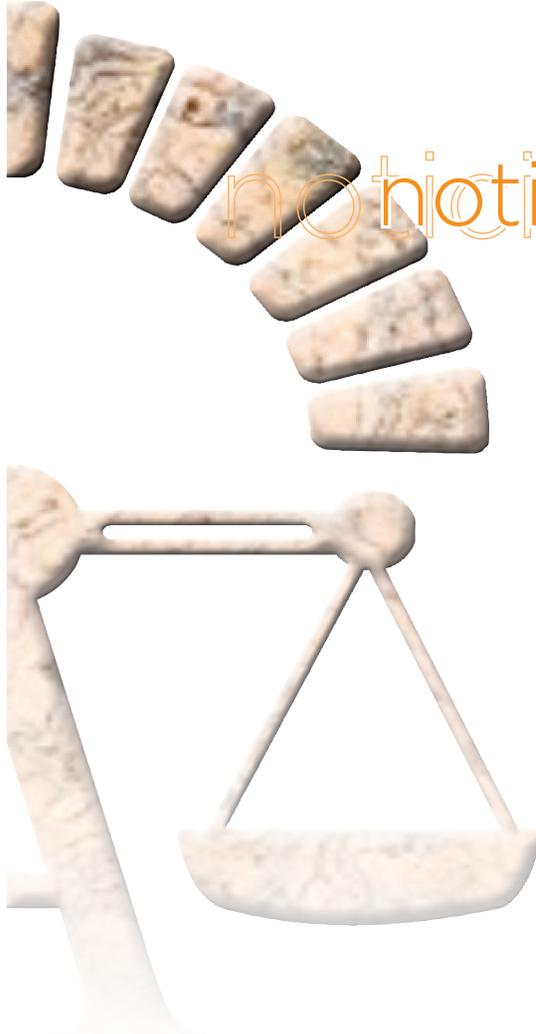
que participarán aseguradoras y asociaciones de víctimas de forma paritaria.

El 27 de octubre de 2016 mediante Orden comunicada de los Ministerios de Economía y Competitividad y de Justicia se creó la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración. Se encuentra en tramitación la resolución por la que se nombra a los miembros de la Comisión

de Seguimiento. Se espera que en las próximas fechas se apruebe y se pueda celebrar la primera reunión de esta Comisión, como continuación de la Comisión de Expertos y de la que esperamos recoger tan buenos resultados como de su antecesora.

Muchas Gracias por su colaboración.





noticias y actividades



RESOLUCIÓN CONJUNTA DEL SECRETARIO GENERAL TÉCNICO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DIRECTOR GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES, DE FECHA 27 DE MARZO DE 2017, POR LA QUE SE NOMBRA A LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL SISTEMA DE VALORACIÓN, DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA 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 CIRCULACIÓN, CREADA POR LA ORDEN COMUNICADA DE LOS MINISTERIOS DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD Y DE JUSTICIA, DE 27 DE OCTUBRE DE 2016.

Acaban de ser nombrados los doce vocales de la Comisión de Seguimiento del nuevo Baremo de Accidentes Tráfico y el secretario general de nuestra Asociación Española de Abogados de RC y Seguro, D. Javier López García de la Serrana, ocupará en la misma el único puesto de "Abogado experto en responsabilidad civil y seguros".

La Resolución conjunta del Ministerio de Justicia y la Dirección General de Seguros, de fecha 27 de Marzo de 2017, designa como vocales de la referida comisión... a:

- En representación de las víctimas de accidentes de tráfico: D. Jose Perez Tirado y D. Óscar Moral Ortega.
- En representación de las entidades aseguradoras: D. Manuel Mascaraque Montagut y D. Luis Bermúdez Odriozola.
- Como Abogado experto en responsabilidad civil y seguros: D. Javier López García de la Serrana.

- Como Actuario de seguros: D. Luis María Sáez de Jáuregui Sanz.

- Como Catedrático de derecho civil: D. Miquel Martin-Casals.

- En representación de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones: D. Francisco Carrasco Bahamonde y D^a Ana García Barona.

- En representación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia: D. Jacobo Fernández Alvarez.

- En representación del Consorcio de Compensación de Seguros: D. Alejandro Izuzquiza Ibáñez de Aldecoa.

- Como vocal de pleno derecho, el Director General de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia.

Los vocales han sido nombrados por un plazo de cuatro años, transcurrido el cual, su nom-

bramiento podrá ser renovado cuantas veces se considere necesario. La primera reunión de la Comisión se celebrará el próximo día 5 de abril de 2017, a las 11:00 hrs. en la sede de la Dirección General de Seguros.

La Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración, además de analizar la puesta en marcha del nuevo Baremo, sus repercusiones jurídicas y económicas y su sistema de actualización, resolverá cuantas consultas y sugerencias se le formulen desde su creación, facilitando -a la Dirección General de Seguros y a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia- información sobre los trabajos desarrollados así como un informe razonado que incluya el análisis mencionado con sugerencias para la mejora del sistema.





MINISTERIO DE JUSTICIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

Resolución conjunta del Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia y del Director General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, por la que se nombra a los miembros de la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera 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 circulación, creada por la Orden comunicada de los Ministerios de Economía y Competitividad y de Justicia, de 27 de octubre de 2016, por la que se crea la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera 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 circulación.

Se designan vocales de la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera 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 circulación, y en base a lo dispuesto en el apartado primero.2 de la Orden comunicada de los Ministerios de Economía y Competitividad y de Justicia, de 27 de octubre de 2016, por la que se crea la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera 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 circulación a:

- En representación de las víctimas de accidentes de tráfico: D. José Pérez Tirado y D. Óscar Moral Ortega.

- En representación de las entidades aseguradoras: D. Manuel Mascaraque Montagut y D. Luis Bermúdez Odriozola.

- Abogado experto en responsabilidad civil y seguros: D. Javier López García de la Serrana.



MINISTERIO DE JUSTICIA
MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

- Actuario de seguros profesor de universidad con título de doctor: D. Luis María Sáez de Jáuregui Sanz.
- Catedrático de derecho civil: D. Miquel Martín Casals.
- En representación de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones: D. Francisco Carrasco Bahamonde y D^a Ana García Barona.
- En representación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia: D. Jacobo Fernández Álvarez.
- En representación del Consorcio de Compensación de Seguros: D. Alejandro Izuzquiza Ibáñez de Aldecoa.

También asistirá como vocal de pleno derecho, el Director General de Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia, en virtud del párrafo tercero de este mismo apartado primero.2.

Corresponderá la presidencia del primer semestre de 2017 al Director General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Madrid, 27 de marzo de 2017.

EL SECRETARIO GENERAL TECNICO
DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Fdo.: José Américo Alonso

EL DIRECTOR GENERAL DE SEGUROS
Y FONDOS DE PENSIONES
DEL MINISTERIO DE ECONOMIA,
INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

Fdo.: Sergio Alvarez Camiña



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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

XXII CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

RCRS

COMISIÓN DE DERECHO
DE LA CIRCULACIÓN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGUROS

R.e.I.C.A.Z.

Z A R A G O Z A

ORGANIZA:



RCRS
COMISIÓN DE DERECHO
DE LA CIRCULACIÓN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGUROS
R.e.I.C.A.Z.
Z A R A G O Z A

4 y 5

20%
de descuento para los miembros
de la Asociación Española
de Abogados de RC y Seguro.

DE MAYO DE 2017

Don Jaime I, 18 - 50001 - Zaragoza
Tel. 976 204 220 - Fax. 976 396 155

GRACE

2017

CNC

XXXIII CONGRESO DE DERECHO
DE LA CIRCULACIÓN

-10%

DESCUENTO
MIEMBROS



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

MADRID
24 y 25 de ABRIL 2017



Organizan:

inese
Wilmington Risk & Compliance



Patrocinan:

 **BCN IURIS**

 **BCN DATA**

MÁS INFORMACIÓN: INESE. Tlf. 91 375 58 00/14. ineseformacion@inese.es www.inese.es