

nº 56

Cuarto Trimestre. Año 2015



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**Responsabilidad
civil y prescripción:
el *dies a quo*, en
especial en las
lesiones corporales**

**El derecho de
repetición del
asegurador.
Supuestos
generales
previstos en el
TRLRCSVM y en
el contrato de
seguro**

**Responsabilidad
civil y deportes de
montaña**

asociacionabogadosrcs.org



Manual para la aplicación
del Sistema de valoración
de daños de la Ley 35/2015

Director
Javier López y García de la Serrana

Autores
María del Carmen García Garrica
Lucía Gálvez Serrano
Antonio Olivares Espigares
José María Hernández-Carrillo Fuentes
José Pérez Tirado
María del Carmen Ruiz-Matas Roldán
Morberto Galiano San Salvador
Antonio Mir Ruiz
José Manuel Villar Calabuig
José Antonio Badillo Arias
Mariano Medina Crespo
Javier López y García de la Serrana



**Exhaustivo y pormenorizado
análisis doctrinal**

Manual para la aplicación del Sistema de valoración de daños de la Ley 35/2015

Varios autores dirigidos por:
Javier López y García de la Serrana
Secretario general en Asociación Española de
Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

Como indica el título, esta publicación es un estudio práctico y completo del nuevo Sistema de Valoración de Daños Personales causados en Accidentes de Circulación, que viene a sustituir al sobradamente conocido como "Baremo de Tráfico". Se empieza con la revisión de los principios rectores y criterios generales de la responsabilidad civil automovilística, continuando con el análisis desglosado de cada uno de los perjuicios cuantificables según este nuevo Baremo, esto es, el personal, el particular y el patrimonial, que a su vez se integran en cada tipo de indemnización regulada en esta Ley, es decir, por muerte, por secuelas y por lesiones temporales.

La aplicación de este nuevo Sistema de valoración será obligatoria para siniestros circulatorios a partir del 1 de enero de 2016, pero, además, servirá de referencia en otros ámbitos, como la responsabilidad patrimonial, los accidentes de trabajo, las lesiones en penal, etc. Es, pues, una obra imprescindible para todo profesional que pretenda estar al día en la valoración de los distintos tipos de daños resarcibles.

Edición: **Noviembre de 2015**
Páginas: **390**
Formato: **21 x 27 cm**
Encuadernación: **Tapa dura**

~~Precio: **55€**~~

**Precio para
ASOCIADOS:**

49,50€



Realice ahora su PEDIDO

■ **En la Tienda On•Line** (www.sepin.es/tienda):

- Buscando por nombre
- Buscando por Referencia: 1508

■ **En el servicio de Atención al Cliente:**


- 91 352 75 51
- sac@sepín.es





nº56

Cuarto Trimestre. Año 2015



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 56

EDITORIAL

“La mejor medida social de 2015 está en el nuevo Baremo de accidentes”

Por *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- Responsabilidad civil y prescripción: el dies a quo, en especial en las lesiones corporales

Miguel Castellano Ruiz 9

- El derecho de repetición del asegurador. Supuestos generales previstos en el TRLRCSVM y en el contrato de seguro

Carmen Reyes Vargas 41

- Responsabilidad civil y deportes de montaña

Iván Alarcón Moreno 67

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 13 de octubre de 2015.

RESPONSABILIDAD CIVIL: La acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año 81

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 20 de octubre de 2015.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Se estima la prescripción de la acción ejercitada en reclamación de los daños ocasionados por las víctimas de la talidomida, al considerarse que nos encontramos en un supuesto de cosa juzgada temporal, teniendo que haber iniciado la parte perjudicada la reclamación en el momento en que los daños fueron determinados, sin perjuicio de iniciar un nuevo procedimiento en el supuesto de daños sobrevenidos 91

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 23 de noviembre de 2015.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Seguro de accidentes: Falta de intencionalidad del asegurado. Condena a una aseguradora a abonar el importe pactado en una póliza de accidentes al padre de un ladrón que murió desangrado tras un robo, pues el riesgo cubierto no es la actividad desarrollada –que no podría asegurarse en ningún caso– sino la muerte por accidente, siendo lo relevante determinar si el asegurado incumplió o no su deber de mitigar el daño. 107

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 30 de noviembre de 2015.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Para el inicio del cómputo de la prescripción de la acción destinada a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, se habrá de estar a la firmeza de la declaración administrativa de incapacidad, momento desde el que el perjudicado conoce con exactitud las consecuencias de sus secuelas115

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 29 de octubre de 2015.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Lucro cesante en supuesto de muerte que aplica el nuevo Baremo de la ley 35/2015 a un siniestro de 2013 en accidente de circulación121
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Secc. 1ª, de 6 de noviembre de 2015.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Posibilidad de reclamación de sucesivos recambios de prótesis que se precisen utilizar como consecuencia de accidentes de circulación, en atención a que se trata de un daño futuro sobre el que cabe reclamar y su factible evaluación económica a través de un cálculo actuarial. Se toma como referencia interpretadora la reciente Ley 35/2015 de reforma del Sistema de Valoración de Daños, que viene a ratificar esta postura al establecer expresamente el directo resarcimiento al lesionado del importe de las prótesis y órtesis que precise a lo largo de la vida131

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José Mª Hernández-Carrillo Fuentes139

ENTREVISTA A...

Genaro Sánchez Capilla

Por Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán153

NOTICIAS

- ➔ XV Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Valladolid, 12-14 noviembre 2015.
Acta Asamblea General157
- ➔ XV Congreso Nacional Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Valladolid, 12-14 noviembre 2015159

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 Totoricagüena, 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 mejor medida social de 2015 está en el nuevo Baremo de accidentes”

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

social. Por ello, a pesar de los defectos y carencias que se le puedan achacar al nuevo Baremo aprobado por la Ley 35/15, sobre todo desde el punto de vista del principio de reparación íntegra del daño que sigue sin ser una realidad, tras un estudio pormenorizado del mismo, -de sus 112 artículos y numerosas tablas que se incorporan- se evidencia la bondad innegable de éste frente al anterior, pues con una mínima comparativa se ponen de manifiesto más que nunca las grandes carencias y la grave desprotección a la que se veían sometidas con el Baremo anterior las víctimas de accidentes de circulación.

El titular no es mío, pues se corresponde con el que la periodista **MARIÁN MARTÍNEZ** dio a la entrevista que tuvo a bien realizarme el diario regional asturiano “La Nueva España”, a raíz de las magníficas jornadas organizadas en Oviedo por el compañero **PEDRO PAULINO SÁNCHEZ**, pero traslada a la perfección lo que pienso y por eso lo dije, porque creo que no ha habido en todo 2015 mayor medida social que el nuevo Baremo de accidentes: “Se preocupa de los menores de 14 años, de los discapacitados sin culpa civil, del lucro cesante de los hijos que se quedan sin alguno de sus padres y sobre todo de los grandes lesionados, como nunca nadie antes lo hizo...”.

Y es que la reforma del anterior Baremo se hacía ya precisa y necesaria, era algo reconocido incluso por nuestros legisladores de forma clara en la Proposición no de Ley presentada por la práctica totalidad de los grupos políticos, el 2 de diciembre de 2014, solicitando al Gobierno la aprobación de un nuevo Baremo. El desfase que representaba el Baremo de la Ley 30/95 en cuanto a reparación del daño patrimonial y del que se hacía eco la práctica jurídica, era ya inasumible. Pero no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también de un punto de vista

Precisamente, la búsqueda de esa protección de los más necesitados -los perjudicados por el fallecimiento en accidentes de circulación o los grandes lesionados-, ha motivado las principales novedades de este Baremo. Otra de las grandes novedades “sociales” de este Baremo se introduce respecto a los menores de 14 años no conductores, así como a aquellas personas con menoscabo físico o psíquico que les impide tener culpa civil, los cuales resultarán indemnizados en todo caso y por la totalidad de lo que les corresponda conforme a las lesiones sufridas, sin que les sea de aplicación el régimen de la concurrencia de culpas o de la culpa exclusiva. Si bien, es necesario precisar que esta extraordinaria medida sólo se realiza respecto de las secuelas y lesiones temporales sufridas, no en supuestos de fallecimiento de la víctima.

Con respecto a los perjudicados por fallecimiento, la principal novedad-en cuanto al daño mora- es que la nueva regulación considera que todos los perjudicados sufren siempre un perjuicio resarcible y de la misma cuantía con independencia de que concurren o no con otras categorías de perjudicados. Por tanto, cada uno de ellos tiene derecho, de modo autónomo, a la

indemnización correspondiente a su categoría. Asimismo, se incorporan nuevas categorías de perjudicados olvidados en el anterior Baremo, como son los hermanos mayores (sin convivencia) y los allegados. Pero además, el sistema se particulariza mediante el reconocimiento de un conjunto de "perjuicios particulares", en especial los de "perjudicado único" o de "víctima única", que se refieren a la situación personal del perjudicado o a la especial repercusión que en él tiene la situación de la víctima.

En el apartado de los grandes lesionados, sin duda, debemos resaltar entre las mejoras más importantes el resarcimiento de los gastos previsible de asistencia sanitaria futura, que se abonan directamente a los servicios públicos de salud, el abono directo al perjudicado de prótesis y ortesis, que ahora también incluye las reposiciones necesarias de las mismas; los gastos de rehabilitación domiciliaria y ambulatoria; los relacionados con la pérdida de autonomía personal, tales como las ayudas técnicas, la adecuación de vivienda o el llamado "perjuicio patrimonial por incremento de costes de movilidad", que incluye el anterior gasto de adecuación del vehículo, y va más allá. Por último, debemos destacar el resarcimiento de los gastos de ayuda de tercera persona, que se miden en función del número de horas de asistencia necesaria y que son objeto de una detallada regulación.

Pero sin duda, uno de los aspectos más importantes de la reforma es el tratamiento de los daños patrimoniales, como tercer eje del sistema totalmente separado de los daños morales, haciéndose eco por fin el sistema valorador del principio de vertebración del daño. Este tratamiento clarifica y regula con detalle las partidas resarcitorias en concepto de gastos diferenciando el daño emergente, tanto en los supuestos de muerte como en los de secuelas -donde tiene una gran relevancia-, del lucro cesante, prácticamente desconocido hasta ahora por los Tribunales. La reforma establece para calcular dicho lucro cesante un modelo actuarial, que parte de dos factores, el multiplicando y el multiplicador, cuyo producto determinará la indemnización correspondiente, que contempla los ingresos netos de la víctima, pero también valora el trabajo no remunerado -como tareas del hogar- o la pérdida futura de trabajo de menores y estudiantes, que todavía no han accedido al mercado laboral.

Por último, debemos hacer mención a la categoría de indemnizaciones por lesiones temporales, reforma bastante criticada por algún



sector de la doctrina, al verse afectado por una pequeña disminución de la indemnización por el perjuicio personal básico y el perjuicio personal particular moderado (equiparables a los anteriormente denominados días no improductivos y días improductivos, respectivamente). Si bien, desde mi punto de vista, estas "rebajas" se van a ver compensadas con creces por algunas novedades considerables, como son la introducción de dos nuevos conceptos resarcitorios, el perjuicio personal particular muy grave (equiparable al ingreso en la UCI) y la indemnización por el daño moral que representan las intervenciones quirúrgicas (de 400 a 1.600 euros cada una). Además, la indemnización por perjuicio personal particular grave aumenta hasta los 75 euros diarios, teniendo igualmente presente que este perjuicio no se vincula exclusivamente a la estancia hospitalaria, pues puedes estar en tu casa "guardando cama" y considerarse como perjuicio temporal grave, siempre que no puedas realizar una parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria o la



mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal, que son 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 la determinación de los conceptos de perjuicio por pérdida temporal de calidad de vida es algo mucho más abierto que la rigidez de los anteriormente denominados “días impeditivos y hospitalarios”, lo que en definitiva va en beneficio de la víctima.

Por otro lado, la aprobación del nuevo Baremo también va a afectar a otros sectores, como los de la responsabilidad civil médica, la patrimonial de las Administraciones Públicas y por supuesto la responsabilidad civil del empresario, dado el efecto expansivo que el anterior Baremo tenía en la responsabilidad por accidentes laborales y que igualmente ocurrirá con el nuevo. Por ello, ante la aplicación analógica que se hace del baremo de tráfico a otros órdenes jurisdiccionales y principalmente en

el ámbito laboral, consideramos imprescindible que todas las empresas procedan a revisar la cobertura contratada en su Seguro de Responsabilidad Patronal. Esta medida de carácter preventivo tiene como finalidad evitar que las mismas tengan que hacerse cargo –en aquellos supuestos en los que se hubiera contratado una escasa cobertura– del exceso de indemnización por encima del importe asegurado, que corresponderá abonar como consecuencia de la aplicación del nuevo baremo para cuantificar los accidentes laborales. De hecho la mayoría de las pólizas de responsabilidad patronal tienen un límite de cobertura por víctima muy inferior a las indemnizaciones que pueden otorgarse a partir de ahora, siendo necesario que las empresas tomen conciencia del grave perjuicio al que se pueden ver avocadas si no actualizan la cobertura de sus seguros.

Asimismo, el nuevo baremo tiene una peculiaridad respecto a la reparación del lucro cesante en relación con el anterior, y es que según los artículos 86.1 b) y 132.4 del nuevo texto de la LRCSCVM, aprobado por la Ley 35/2015, manifiesta que para el cálculo de dicha indemnización se tienen presentes las pensiones públicas a las que se tenga derecho, lo que significa que ya no procede, como hasta ahora se venía haciendo, la compensación de la indemnización con las prestaciones de la Seguridad Social, al haber sido ya tenidas en cuenta para hacer el cálculo actuarial del multiplicador usado para determinar la cuantía indemnizatoria de lucro cesante. En este sentido se pronuncia el magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.M.**, en su artículo “Efecto expansivo del nuevo Baremo de Tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales. Su repercusión en el tratamiento resarcitorio del lucro cesante”, publicado en el número 54 de esta revista, donde finaliza diciendo: “En este sentido es importantísimo captar que el nuevo baremo regula de forma completamente novedosa el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte y por las lesiones permanentes incapacitantes, pues además establece que las cantidades con que tiene que resarcirse el lucro cesante se calculan con parámetros actuariales entre los que se encuentra, según recoge el propio texto, el descuento de las cantidades percibidas como prestación social. Y esto significa que los importes tabulares ya no pueden compensarse con el importe capitalizado de las pensiones porque ello supondría un doble descuento. Esto se traduce en que la utilización del nuevo baremo conlleva el reconocimiento de cantidades por lucro cesante que hasta ahora la jurisdicción social no reconocía en virtud de

la doctrina de la *compensatio lucri cun danno*, siendo la consecuencia de la aplicación del nuevo baremo que este resarcimiento del lucro cesante va a completar el lucro cesante satisfecho por las prestaciones sociales”.

Para entender aún mejor la problemática a la que se enfrenta el empresariado español, basta hacer la comparación en un supuesto de accidente laboral de tipo medio (ni muy grave, ni muy leve) de un trabajador (técnico de 37 años), con unos ingresos de 54.700 € (incluidas las pagas extra, trienios y complementos), que estuvo 10 días ingresado en el Hospital y 114 días recibiendo tratamiento rehabilitador hasta estabilización lesional, al que le quedan como secuelas la amputación de dos dedos, quemaduras y unas algias postraumáticas, valorado en 51 puntos funcionales y 12 puntos de secuelas estéticas, que constituyen una incapacidad total. Veríamos que conforme al baremo anterior la indemnización ascendería a 212.029,14 euros, a razón de 7.377,14 € por lesiones temporales (718,40 por 10 días hospitalarios y 6.658,74 por 114 días impeditivos) y 204.652 € por secuelas (103.837 por secuelas funcionales, 11.253 por secuelas estéticas y 89.562 por incapacidad total, cuantía esta última que según la STS Sala 4ª de 23 de junio de 2014 resarciría en su totalidad el daño moral por el perjuicio de actividad, luego nada se compensaría de este importe con las prestaciones de la S.S.), sin que cupiera incrementar dichas cantidades en el factor corrector por perjuicios económicos pues este sí que se compensaría con las prestaciones de la S.S. Mientras que con el baremo actual la indemnización ascendería a 424.299,00 euros, a razón de 6.678 por lesiones temporales (750 por 10 días hospitalarios y 5.828 por 114 días impeditivos) y 168.502 € por secuelas (106.312 € por secuelas funcionales, 12.190 € por secuelas estéticas y 50.000 € por perjuicio moral pérdida calidad vida moderado), incrementado en 249.029 € de lucro cesante por incapacidad total, sin que quepa compensar prestación alguna de la S.S. al haber sido ya tenidas en cuenta para hacer el cálculo actuarial del lucro cesante.

De la anterior comparativa se desprende que **la indemnización conforme al nuevo baremo dobla a la del anterior en supuestos de incapacidad total**. Pero si al trabajador le hubiera quedado una incapacidad absoluta y un mayor número de secuelas que requieran ayuda de tercera persona, la indemnización podría incluso triplicarse. Ante esta nueva circunstancia que representa el Baremo de la Ley 35/2015 y su notorio incremento de las indemnizaciones

en supuestos de incapacidades laborales, vemos necesario advertir a los empresarios de la necesidad de revisar al alza las coberturas de sus seguros de responsabilidad patronal a fin de evitar que una eventualidad de este tipo pueda suponer un grave problema patrimonial a la empresa, que pueda desembocar incluso en la necesaria liquidación de la misma, pues la mayoría de las pólizas de responsabilidad patronal tienen actualmente un sublímite por siniestro de 300.000 euros, pero otro por víctima de 150.000 euros, que es el que hacía que en no pocas ocasiones el empresario se viera en la obligación de aportar el resto hasta cubrir la indemnización completa, aportación que será mucho mayor a partir de ahora si no se actualizan seriamente las coberturas de este tipo de seguros.

Cierto es, por tanto, que el nuevo Baremo llevará aparejada una subida de primas, tanto las de RC automovilística –aunque algunas aseguradoras lo desmienten, al menos por ahora– como las del resto de actividades susceptible de generar una responsabilidad civil. Pero esta subida en las primas, que en algunos supuestos de RC general o patronal puede paliarse relativamente mediante el uso de la franquicia, es siempre inferior en importancia a la bondad que se consigue indemnizado adecuadamente a quien más lo necesita. Y es que el objetivo de cualquier sistema para la valoración de los daños y perjuicios personales causados en accidentes de circulación, que se encuentran sometidos a un régimen de seguro obligatorio, debe ser siempre buscar un equilibrio entre la indemnización que se abona y el coste que ello representa para la sociedad en relación a la cuantía de la primas necesarias para hacer sostenible este sistema, pues si el importe de las indemnizaciones es superior al montante total de primas satisfechas, el sistema será insostenible para el sector asegurador y por tanto perjudicial a corto plazo para la sociedad en general, pero si por el contrario el diferencial está a favor de lo recaudado por primas el sistema sería sostenible, aunque si dicho diferencial pasa a ser relevante tendremos también el problema de la vulneración de principio de reparación íntegra del daño, cuyo único límite en un sistema de seguro obligatorio debería ser –según tiene declarado el Tribunal Constitucional– la sostenibilidad del propio sistema de aseguramiento, de lo que se deriva la conveniencia e importancia, entre otros motivos, de la comisión de seguimiento del nuevo Baremo prevista en la Disposición Adicional primera de la Ley 35/2015.

Enero 2016

Responsabilidad civil y prescripción: el *dies a quo*, en especial en las lesiones corporales*

Miguel Castellano Ruiz
Abogado

Sumario

- 1. Introducción: la prescripción extintiva entre la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva**
- 2. Carencias y disfunciones de la regulación actual**
 - a) Regulación en el Código civil
 - b) En leyes especiales
 - c) Tendencias en la normativa europea e internacional
 - d) Los proyectos de reforma del CC en tramitación
- 3. Prescripción, clases de responsabilidad y ámbito jurisdiccional**
- 4. La regla general sobre el *dies a quo*: el artículo 1969**
- 5. La regla especial en el ámbito de la RC: el artículo 1968.II**
- 6. El *dies a quo* en el caso de daños corporales**
 - a) El alta médica como criterio general
 - b) Las secuelas de estabilización aparente
 - c) Los daños continuados
 - d) La incidencia del proceso penal en la determinación del *dies a quo*
- 7. El *dies ad quem*: terminación del plazo**
- 8. Excurso sobre derechos fundamentales: un voto particular**
- 9. Consideración final**

Bibliografía

* Este artículo está basado en parte de mi Trabajo Fin de Máster presentado en la 2ª Edición del Máster en Responsabilidad Civil organizado por la Fundación de Estudios y Practicas Jurídicas de Granada, habiendo obtenido la Mención Especial como mejor Trabajo Fin de Máster.

«La razón, cántaro de doble asa, que se puede agarrar por la derecha y la izquierda y que proporciona fundamento para distintas acciones»

Michel de Montaigne (1533-1592)

1. Introducción: la prescripción extintiva entre la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva

El número 50 de la Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro en el apartado de Jurisprudencia se comentan seis sentencias del Tribunal Supremo de las cuales las tres primeras tienen como asunto principal la prescripción¹. Es ejemplo de la incidencia que esta institución tiene en la práctica judicial en general y en la responsabilidad civil en particular, sobre todo en las llamadas prescripciones cortas como la que se da en la responsabilidad civil extracontractual, en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y en la responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo, así como la ex-delito cuando no se sustancia en la Jurisdicción penal.

REGLERO CAMPOS LF² en el Tratado que coordina, justifica el dedicar un capítulo completo a la prescripción en la reclamación de daños extracontractuales, debido a la singularidad del régimen prescriptivo español, que concreta en tres circunstancias: la brevedad del plazo que otorga el art. 1968.2 CC, la posibilidad de ejercitar la acción civil en la jurisdicción penal y la parquedad del régimen jurídico que regula el instituto, lo que provoca que con relativa frecuencia sea la prescripción de estas acciones el '*thema debati*' principal de no pocas sentencias. Amén de otras circunstancias que se expondrán, basta con un somero recorrido por la jurisprudencia para constatar esta realidad.

Desde la CE-78 el derecho al libre acceso a la Jurisdicción constituye un auténtico derecho fundamental mediante cuyo ejercicio surge la obligación del Juez de resolver acerca de la pretensión de tutela del derecho subjetivo presuntamente vulnerado. Este derecho fundamental, técnicamente denominado «derecho de acción» en la doctrina procesal³ y bautizado por la CE como «derecho a la tutela judicial efectiva» insertado en el art. 24.1 de la misma

¹ Ejemplar nº 50 -Segundo Trimestre. Año 2014. Director **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**.

² **REGLERO CAMPOS LF**, y otros «Tratado de Responsabilidad Civil. 2006», pág.519

³ **GIMENO SENDRA V.** «Introducción al Derecho Procesal V. 2012 Colex 7ª Ed. Pág. 40





dentro de los derechos fundamentales siguiendo la estela del art.6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, vendría a suponer una de las asas con las que «agarrar» la institución de la prescripción extintiva, siendo la otra la de la «seguridad jurídica», preconizada en el art. 9.3 CE, apareciendo así ambas instituciones como contrapuestas (aparentemente), pues una llevará a los Tribunales a considerar restrictivamente la aceptación de la prescripción, es decir, a considerar si ha habido interrupción o la fijación del inicio de su cómputo (*dies a quo*) entre otros elementos, con flexibilidad tanto en las circunstancias de hecho o de derecho de cada caso, o bien a «agarrar el cántaro» desde el lado de la seguridad jurídica y por tanto considerar la aplicación de su régimen jurídico de una forma menos flexible.

Hay que destacar que la irrupción del derecho fundamental del art 24.1 de la CE de 1978 prácticamente coincide en el tiempo con la adhesión de España al Convenio Europeo de Derechos Humanos ratificado por España en Instrumento de 26-9-1979⁴ llegando a intervenir el TEDH corrigiendo la doctrina sentada por el TC español sobre la prescripción como veremos más adelante.

No obstante la seguridad jurídica como certidumbre en las relaciones jurídicas, no tiene por qué contraponerse al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, «*si se tiene en cuenta que las normas que rigen los plazos procesales son de orden público, que la parte interesada es dueña de ejercitar el acto de postulación cualquier día siempre que se encuentre dentro del mismo, y que la modificación de las reglas determinantes de su cómputo incide en el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9 C.E.)*», y que cuando el Tribunal no determina correctamente, por ejemplo, el *dies a quo* «*ocasiona un grave atentado, no sólo a la seguridad jurídica, sino al propio derecho a la tutela*»⁵ amén de que el propio art. 24.1 CE además de su vertiente al “proceso debido” contempla asimismo el principio de seguridad jurídica.

Sobre estas mimbres surgen las dudas que a lo largo del desarrollo del Máster me han sur-

⁴ Además del art.6.1 del Convenio, el art. 24.1 CE hay que ponerlo en relación con el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵ STC 160/1997. VOTO PARTICULAR que formulan los Magistrados, don **Vicente Gimeno Sendra**, don **Enrique Ruiz Vadillo** y don **MANUEL JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA** a la Sentencia 160/1997, recaída en el recurso de amparo núm. 704/95.

gido, sobre el *dies a quo* de la prescripción de las acciones que se ejercitan en responsabilidad civil en especial en el ámbito de los daños personales.

ELIAS DÍAZ⁶ se pregunta: ¿Y el Derecho, qué fines queremos alcanzar con las normas jurídicas, inventando leyes, legisladores, gobiernos y aparatos judiciales? Que las cosas colectivas –se dirá– anden un poco mejor arregladas, mejor organizadas y que haya –primer nivel– suficiente seguridad, certeza en relación con lo que uno puede hacer o con lo que no le pueden a uno hacer impunemente. Pero no, desde luego, cualquier seguridad, cualquier orden, sino una seguridad –segundo nivel– que sea justa, es decir, que proteja nuestra libertad, la de todos, también la igualdad y los derechos, muy especialmente los derechos fundamentales (...), de este modo con **ELIAS DÍAZ** podemos concluir que una seguridad que sea justa debe proteger muy especialmente los derechos fundamentales, rango que alcanza el contenido en el art. 24.1 de la CE. Y por tanto que la invocación de la seguridad jurídica por los Tribunales como fundamento de la apreciación de la prescripción extintiva no sólo debe hacerse con carácter restrictivo sino valorando además en cada caso las circunstancias personales de la víctima que pueden ser de absoluta relevancia como la condición social y personal y la capacidad económica para hacer frente al daño y que influyen de modo inmediato en la posibilidad del ejercicio de la acción, y con esto no quiero decir que los Tribunales deban atemperar interpretaciones extremas favorables a una u otra posición, sino que es ineludible que en los numerosos casos en que hay dudas razonables en el establecimiento del «*dies a quo*» o de si ha habido interrupción del plazo prescriptivo el Tribunal de instancia debe aplicar un «*in dubio pro damnato*» que lleve a una tutela judicial efectiva y real, pues la seguridad jurídica siendo importante no ha de conseguirse a toda costa.

Así pues la clave está en si con la regulación normativa actual sobre la prescripción extintiva –en cada materia–, el derecho español puede hacer frente a las “dudas razonables” que el instituto de la prescripción comporta en su aplicación, es decir, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, el modo en que debe interpretarse en el Código Civil el art. 1968.2 en relación al 1969 (*dies a quo*), en especial en los daños corporales, continuados y diferidos. Más adelante veremos que la doctrina coincide, más allá de los nombres, en que la re-

gulación es incompleta e inadecuada, ergo las “dudas razonables” se dan las más de las veces en su aplicación práctica y estas dudas deben resolverse según una doctrina con la mayor efectividad de la tutela judicial; a ello obliga la CE-1978 y el CEDH, ambos coincidentes en su aplicación desde 1979, por lo que la visión doctrinal y jurisprudencial deberían tener un antes y un después desde la entrada en vigor de estas Normas, cosa que no sucede en un sector de la doctrina científica y Jurisprudencial, en la que llama la atención que no se cite ni una sola vez el art. 24.1 CE, y si con frecuencia en nombre del “rigor técnico” y la certidumbre el principio de seguridad jurídica, pudiendo dar la impresión de ser incompatible con la tutela judicial efectiva.

2. Carencias y disfunciones de la regulación actual

MARÍN LOPEZ⁷ señala las carencias y disfunciones que en esta materia de la prescripción tiene nuestro Ordenamiento, que concreta en:

- La falta de regulación de la suspensión de la prescripción.
- El papel de la autonomía de la voluntad.
- La legitimación de terceros para invocar la prescripción, supuestos y alcance.
- Los efectos de la misma.
- Establecimiento de un «plazo máximo» de ejercicio, (plazos de preclusión).
- Regulación de la Caducidad, que la distinga con claridad del régimen jurídico de la prescripción y evite dudas de cuando un plazo es de uno u otro instituto.

De este modo, cuanto más breve sea un plazo, y por tanto más favorezca al deudor, más favorables al acreedor-perjudicado por el daño deben ser las reglas relativas a la fijación del inicio del computo, la interrupción e incluso la suspensión del mismo, lo que redundará en el equilibrio de las posiciones e intereses en conflicto.

a) Regulación en el Código Civil

La regulación de la Prescripción extintiva cumple 126 años sin modificación alguna desde la entrada en vigor del Código Civil el 16 de agosto de 1889, dedicándole el Título XVIII en su Capítulo I a las disposiciones generales y el Capítulo III a la prescripción de las acciones.

⁷ **MARÍN LÓPEZ MJ** en obra colectiva “La Prescripción Extintiva” 2014 -Tirant Lo Blanch. Págs 28 y ss. Ponencia del autor “El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el *dies a quo* del plazo de prescripción.” En XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

⁶ **ELIAS DÍAZ** en “Curso de Filosofía del Derecho” -1998, pág.60

En cuanto al Capítulo I (art. 1930 a 1939) que regula las disposiciones generales tanto de la usucapión como de la prescripción extintiva, su valor normativo es escaso, encontrándose su régimen jurídico en su mayoría en el art. 1961 y siguientes para la extintiva⁸ lo cual no quiere decir que el TS no haya extraído algunas reglas comunes a la prescripción adquisitiva y extintiva que **PASQUAU** señala en la necesidad de invocación de parte en fase de alegaciones, la interpretación restrictiva de sus requisitos y por tanto favorable a las causas de interrupción del art. 1973.

MARÍN LÓPEZ M.J.⁹ afirma que toda la doctrina coincide en que la regulación de la prescripción actual en el Código Civil es obsoleta, confusa, incompleta e inadecuada, y por ello precisa de una completa reforma precisando por tanto que su regulación sea clara, sencilla y coherente, consiguiendo un adecuado equilibrio entre las partes, por ser una institución que afecta a todo el Ordenamiento Jurídico, pues es en el Código Civil donde se contiene el régimen general de la prescripción, y como es sabido con el valor de derecho supletorio propio del Derecho común (art. 4.3 y 1938 del Código).

REGLERO¹⁰ nos dice que ha tenido que ser el propio Tribunal Constitucional quien haya declarado que la prescripción responde al principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.3 CE (STC 147/1986 de 25 de noviembre) y que la idea del «silencio de la relación jurídica» se encuentra en sentencias del TS como la de 31-12-2002 (Rj 2003, 640) asociada a la presunción de abandono del derecho por su titular, que comporta a su vez la interpretación restrictiva de la prescripción y con el criterio amplio y extensivo de las causas de interrupción, tesis ampliamente expuesta en la STS de 6-11-1987 (R 8343).

La interpretación restrictiva y su consecuencia: la laxitud con que los Tribunales tratan las causas interruptivas, es doctrina que se enuncia por primera vez en la STS de 17-12-1979, R. 4363, y la de 20-10-1988, R.7591, sentencia esta última que expone una construcción teórica mínimamente fundamentada nueve años

después de la primera de 1979, lo que pone de manifiesto la dificultad de la impregnación de los principios constitucionales en la jurisprudencia del TS, que en un principio no fue lo suficientemente acompañada a la doctrina del TC y que casi treinta años después no es argumento válido, ya no se trata de acompañamientos, sino de dos visiones diferentes de un mismo asunto; ahora se puede hablar de dos formas de entender la prescripción, al menos en lo referente al dies a quo en los daños personales, los que mantienen una visión rigorista, la que sostiene como argumento el “escaso rigor técnico” y la seguridad jurídica de otra que sostiene una lectura más acorde con la protección de los derechos fundamentales.

Entre los segundos, los que tienen como argumento la tutela judicial efectiva se acoge no sólo el transcurso del tiempo, sino también el animus del afectado de tal manera que cuando aparezca clara su voluntad conservativa suficientemente manifestada, debe entenderse interrumpido el plazo, añadiendo, en contrapartida, (clausula de estilo) que «*la nueva jurisprudencia en modo alguno ha derogado, por vía de interpretación el instituto que nos ocupa pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico, que también veda a los Tribunales estimar interrumpida la prescripción cuando en autos se carece de datos fácticos que así lo revelen...*» (STS 22-2 1991, R. 1588) es decir, sin tirar la casa por la ventana.

Este *animus* conservativo suele tener su expresión en las causas de interrupción de la prescripción que concreta el art. 1973 del CC (121.11 en el CC de Cataluña), mostrando una mayor intensidad en la denominada reclamación extrajudicial del acreedor que en la acción civil la jurisprudencia lo acoge con mayor flexibilidad que en la acción de responsabilidad patrimonial donde la Sala Tercera del TS es más rigurosa en los requisitos, pues en base al art. 142.1 de la Ley 30/1992 y art. 6 del RD 429/1993 no basta una mera solicitud de interrupción de la prescripción efectuada dentro del plazo toda vez que «*a la mera solicitud de la interrupción de la prescripción actuada en el presente caso no cabe ni siquiera intuir, vislumbrar ni conocer el/ los requisito/s subjetivo/s, objetivo/s y de tiempo y lugar del caso o si así se prefiere los supuestos lesivos en su ubicación física o jurídica, la entidad y alcance del daño producido con su relación causal y su cuantificación si fuere posible, en definitiva huérfano ese escrito de todo dato preciso para identificar la reclamación y pretensión, la conclusión a la que se llega es a que el mero escrito pretendidamente interrup-*

⁸ **PASQUAU LIAÑO M.** en “Jurisprudencia Civil Comentada” – Tomo III, 2ª Ed, Granada-2009- pág. 4048. Dirección **PASQUAU LIAÑO M.**, Coordinación **ALBIEZ DOHRMANN** y **LÓPEZ FRÍAS**.

⁹ “La Prescripción... cit. Pág. 28

¹⁰ **REGLERO CAMPOS LF.** en “Jurisprudencia Civil Comentada” –Tomo III, 2ª Edición, Artículos 1961 a 1975. Pág. 4075 y ss, Dirección **PASQUAU LIAÑO M.**, Coordinación **ALBIEZ DOHRMANN** y **LÓPEZ FRÍAS**.

tor de la prescripción en forma alguna alcanza la relevancia de un supuesto procedente de interrupción de la prescripción en los términos de los supuestos legales precitados y que más allá de un «animus» conservativo se ha desplegado una actuación dilatoria que no puede alterar la necesidad de estar a una reclamación en sus términos para lograr la interrupción de la prescripción pretendida». STS 20-7-2015, Rc 1369/2013.

Su naturaleza, la jurisprudencia la concreta como excepción perentoria que debe ser alegada por quien desea beneficiarse de ella en el momento procesal oportuno, en fase de alegaciones, sin que pueda ser acogida de oficio (pues supondría dejar a la parte demandante en indefensión) y ello salvando dos supuestos en que la prescripción debe actuarse necesariamente por vía de acción, que son las vías especiales de la Ley Hipotecaria del procedimiento judicial sumario y el procedimiento extrajudicial. En igual sentido el régimen de la hipoteca mobiliaria. (STS 25-2-2010 RJ 2010, 1406). Así la prescripción, a diferencia de otras instituciones, debe ser invocada por la parte a la que beneficia y no puede ser examinada de oficio –SSTS de fechas 7 de mayo de 1981, 10 de noviembre de 2004 y 26 de noviembre de 2002–. En este sentido, su apreciación obedece a causas subjetivas o individuales que, por sí mismo, no se expanden o afectan a otros sujetos en la medida en que la estimación o no de dicho instituto responde a circunstancias particularizadas de examen individual en cada caso, más allá de que una determinada apreciación fáctica concreta en el análisis de esta cuestión. (STS 20-05-2015, Rc 2167/2012).

Existe unanimidad en la jurisprudencia en lo inaceptable de su alegación en el acto de la vista de la Apelación, y mucho menos en Casación, ya que constituye cuestión nueva que implicaría indefensión para la contraparte. Es decir, no cabe suscitarla como cuestión nueva en fase de recurso. (STS 19-12-2005 RJ 2006, 293).

Debe ser alegada por todos los demandados que quieran valerse de ella, sin que les sirva la alegación efectuada por alguno de ellos. (STS 31-10-1995 R. 7654 y 1-2-2007 RJ 2007, 788). Igualmente la excepción de prescripción debe oponerse en todas las instancias, es decir si se desestima en primera instancia, debe alegarse nuevamente en apelación, so pena de quedar firme y no poder alegarse en casación, salvo que la parte no haya podido alegarla oportunamente por haber sufrido indefensión (STS 21-2-1989, R. 1238).





El que opone la excepción le corresponde la carga de la prueba del hecho que da lugar al inicio del cómputo del plazo prescriptivo. Si esto no queda acreditado implica que la acción no se considera prescrita (juega a favor del acreedor) en cambio la prueba de la interrupción corresponde al demandante actor que la alega.

b) En leyes especiales

El legislador por cuestiones de política legislativa establece según su criterio donde hay prescripción o donde caducidad o donde imprescriptibilidad, como sucede, por ejemplo, en el art 1965 del CC con la acción para pedir la herencia entre coherederos, entre comuneros la división de la cosa común y la de deslinde entre colindantes, entre otros supuestos, rige pues el principio de especialidad.

Son numerosas las normas sectoriales que establecen su propia regulación respecto a la prescripción, si bien limitándose en ocasiones a establecer determinados plazos para la misma diferentes al anual que establece el CC para la responsabilidad extracontractual.

De este modo hay normas como el art. 124 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea que establece un plazo de prescripción de seis meses en la reclamación de los daños corporales sufridos por los viajeros.

La reciente Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima que desde su entrada en vigor (25-9-2014), deroga (disposición derogatoria única), entre otras normas, tanto la Ley de Transporte Marítimo de 1949 (letra d), como el libro III y los arts. 19.3 , 951 a 954 del Código Comercio de 1885 (letra c) y que regula en su art. 285 nuevos plazos de protesta y en su art. 286 además de establecer el plazo de prescripción anual, establece reglas propias del dies a quo en su nº 2 y 3 “(2. *En las acciones para indemnización de pérdidas, averías o retrasos sufridos por las mercancías, el plazo se contará desde la entrega de estas al destinatario o desde el día en que hubieran debido entregarse.* (3. *De la misma forma se computará el plazo para la reclamación de fletes, demoras y otros gastos del transporte. Sin embargo, en el fletamento por tiempo, el plazo se contará desde el día en que el flete u otros gastos fueran exigibles conforme a la póliza.*

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación en su art. 18 dice que las acciones para exigir la responsabilidad por daños materiales dimanantes de los vicios o de-

fectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan dichos daños, siempre que tales defectos se reclamen dentro de los plazos de garantía de 1, 3 y 10 años que establece el art. 17, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual, que como sabemos seguirán el plazo de quince años del art. 1964 CC.

Por su parte el art.143 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, determina que la acción de reparación de los daños y perjuicios causados por productos defectuosos prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio. La acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización, añadiendo que la interrupción de la prescripción se regirá por lo establecido en el Código Civil.

En el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, la acción para reclamar los daños y perjuicios prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.

Igual plazo de cinco años establece en su art. 71 la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y el art. 45 la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

El art. 23 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro en el que las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si el seguro es de personas.

La Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos establece en su art. 15 un plazo de tres años de prescripción de la acción, dentro de plazos de 30 años de garantía en los daños a las personas y de 10 años en el resto de daños, plazos de garantía que además son de preclusión.

En otros supuestos el legislador introduce un doble plazo como en el art. 311 de la Ley Hi-





potecaria, un año y 15 años¹¹ y en otros establece plazos de caducidad como en el art. 43 del CC, el plazo de cuatro años del art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo o el plazo de tres meses del art. 293.1 a) de la LOPJ para interponer demanda de responsabilidad por error judicial al amparo del art. 121 de la CE. Dice **CARLOS LASARTE**, que en materia de responsabilidad civil se observa una cierta tendencia del legislador a convertir los plazos de ejercicio de la acción de reclamación en plazos de caducidad quizá para evitar la continua reviviscencia de su ejercicio¹².

Por tanto la legislación especial además de fijar los plazos de prescripción que el legislador ha creído convenientes introduce en determinados casos reglas propias de inicio de su cómputo al igual que ocurre con la regla especial del art. 1968.2 para la responsabilidad civil extracontractual, tal como hemos visto en productos defectuosos “a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio” o en la LOE “a contar desde que se produzcan dichos daños, siempre que tales defectos se reclamen dentro de los plazos de garantía de 1, 3 y 10 años que establece el art. 17” o en daños nucleares “dentro de plazos de 30 años de garantía en los daños a las personas y de 10 años en el resto de daños” o la modificación que se tramita en las Cortes, que para las acciones personales incluye una nueva redacción del art. 1964 fijando la regla del *dies a quo* “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” tal como se verá más abajo. En definitiva, si la norma especial no incluye regla sobre *dies a quo* entra en juego la regla general del art. 1969 CC “cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”.

c) Tendencias en la normativa europea internacional.

Además de las modificaciones nacionales operadas en diversos Estados, se han elaborado normas internacionales que abordan la prescripción como los PECL (Principles of European

¹¹ Este último actúa como plazo de preclusión, entendiendo éste como la regla por la que si no se ejercita el derecho dentro del término legal que le ha sido fijado, se extingue ese derecho en su perjuicio, es decir, el tiempo de duración máximo de la prescripción (long-stop).

¹² **LASARTE ÁLVAREZ C.** en “Derecho de Obligaciones” 11ª Edición. Pág 414.

Contract Law) en su Capítulo 14, que ha servido de modelo para los textos nacionales e internacionales (además de ser citados por nuestros Tribunales en la interpretación de nuestras normas); la Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) que aborda la prescripción de algunos aspectos de las reclamaciones en la compraventa internacional de mercaderías; El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) que entre los varios trabajos que reflejan su labor merecen ser destacados los “Principios de contratos comerciales internacionales”, cuya primera edición se publicó en 1994. Su más reciente versión corresponde al año 2010 que dedica el Capítulo 10 a la prescripción; también hay una Propuesta de Reglamento europeo que aborda un Derecho Común Europeo de la Compraventa (CESL) o Proyecto de un Marco Común de Referencia en sus siglas (DCFR) y que regula la prescripción como un instrumento opcional; y como hemos dicho en España, el Código Civil de Cataluña que regula para esa Comunidad la prescripción y la caducidad.

Siguiendo el reciente trabajo del profesor **MARÍN LÓPEZ**¹³ que afirma que por la calidad de su regulación, coherencia interna y su adecuado tratamiento de los intereses en conflicto han hecho de los PECL el modelo regulatorio de la prescripción en el que se han inspirado después tanto los legisladores nacionales como otros textos internacionales, tal como ocurre con el DCFR cuya regulación sobre la prescripción es prácticamente idéntica.

Así los art. 14:201 PECL y III-7:201 DCFR y 10.2.1 de UNIDROIT establecen un plazo general de tres años; UNCITRAL en su art. 4 lo fija en cuatro años, mientras que los CELS en el art. 179 establecen un plazo general de dos años si bien hay otro intermedio de diez (al igual que en PECL y DCFR) y para el supuesto de lesiones de treinta años.

En Inglaterra los plazos son variadísimos, recorriendo escalas que van desde uno a doce años en la mayoría de supuestos, no obstante la *Law Commission* y la doctrina es partidaria de establecer un plazo general de tres años. Francia tiene un plazo de cinco años (acciones personales y mobiliarias) y de diez en daños corporales. Alemania el art. 195 BGB el plazo general es de tres años y otros de diez y treinta para supuestos tasados entre los que se incluyen las lesiones. Dinamarca tiene plazo general de tres años, Canadá de dos años, Italia de diez años

si bien cuenta con plazos inferiores para determinados supuestos. Holanda tiene un plazo general de veinte años si bien en las acciones de reclamación de daños lo establece en cinco. En Bélgica el plazo es de cinco para los daños extracontractuales. Suiza pretende revisar su plazo general a tres años al igual que Rusia que tiene este mismo plazo. En nuestro país el Código Civil de Cataluña el plazo general de prescripción es de diez años si bien existe otro de tres años para determinados supuestos como la responsabilidad civil extracontractual.

La tendencia de la normativa internacional y la ya existente configuran el plazo de prescripción de tres años como predominante en la responsabilidad civil extracontractual así como las reglas sobre el *dies a quo*, ampliando significativamente ese plazo en el caso de daños corporales. De momento no hay que olvidar que los Principios de Derecho Europeo no son Derecho positivo pero sin perder de vista que el Tribunal Supremo ha declarado que pueden tomarse como referencia y con valor integrador de los preceptos del Código Civil. STS 17-07-2007 Rc. 2727/2000¹⁴.

d) Los proyectos de reforma del Código Civil en tramitación

En la actualidad se tramita en el Congreso y el Senado un Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁵, que contempla también una reforma del Código Civil en varias materias entre las que se encuentra la del instituto de la prescripción, en la que el legislador dice que:

«Esta reforma sirve también para llevar a cabo una primera actualización del régimen de la prescripción que contiene el Código Civil, cuestión de una gran importancia en la vida jurídica y económica de los ciudadanos. A partir de los trabajos de la Comisión General de Codificación, se acorta el plazo general de las acciones personales del artículo 1964, estableciendo un plazo general de cinco años. Además, se modifica el artículo 1973 del Código Civil, sobre el régimen de interrupción de la prescripción, con la finalidad que las reclamaciones extrajudiciales sucesivas puedan demorar el plazo legal de prescripción. Con ello se obtiene un equilibrio entre los intereses del acreedor en la conservación de su

¹³ “La Prescripción... Cit. Págs. 31 y ss.

¹⁴ Sentencia que fue comentada en varias sesiones del Máster aunque no en este aspecto reflejado en su FD Tercero-4º.

¹⁵ Fuente WEB Congreso de los Diputados: Proyecto de Ley de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; actualmente en tramitación en el Senado.

pretensión y la necesidad de asegurar un plazo máximo. La disposición transitoria relativa a esta materia permite la aplicación a las acciones personales nacidas antes de la entrada en vigor de esta ley, de un régimen también más equilibrado, surtiendo efecto el nuevo plazo de cinco años».

Según el texto actual del proyecto quedarían así:

«Artículo 1964.

1. *La acción hipotecaria prescribe a los veinte años.*

2. *Las acciones personales que no tengan 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.*

Artículo 1973.

La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. El plazo de prescripción no se entenderá interrumpido si transcurrido un año desde la reclamación extrajudicial el deudor no hubiese cumplido y el acreedor no hubiese reclamado judicialmente su cumplimiento».

Desconozco si esta primera actualización –si se lleva finalmente al BOE– que acorta el plazo de las acciones personales que no tienen señalado término especial de prescripción (art. 1964CC) de los quince años actuales a cinco y que limita la interrupción de la prescripción a una sola vez mediante la reforma del art. 1973 CC, tendrá seguimiento en otras actualizaciones que aumenten el plazo general de uno a tres años entre otras modificaciones de su régimen jurídico tal como han hecho tantos países, y sin salir del nuestro en Cataluña, no obstante hay que resaltar que se añade al texto del art. 1964 una regla sobre el inicio del cómputo (que en el vigente no existe) “*desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación*” que coincide con la mayoría de reglas que sobre este aspecto se contienen en la legislación especial, incluyendo la del art. 1969 CC “*desde el día en que pudieron ejercitarse*” (las acciones); parece que el legislador quiere de este modo reforzar la doctrina que actualmente se aplica vía art. 1969 de la *actio nata*, en las acciones personales que no tienen señalado término especial, las contractuales entre otras, sin entrar a pronunciarse en el debate doctrinal y jurisprudencial existente actualmente, pero limitando el arbitrio de los Tribunales a este respecto, con las peculiaridades que la doctrina jurisprudencial aplica en su interpre-

tación y que más adelante veremos. Parece una oportunidad perdida, tal como está el proyecto, el no aumentar a tres años la acción de reclamación de daños extracontractuales teniendo en cuenta además que la Propuesta de Código Mercantil de 2013 establece este plazo para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles y la clara preeminencia del mismo en las normas internacionales y europeas.

Por último, por su importancia dentro de la responsabilidad civil, cabe hacer una breve referencia a la reforma que se ha producido del CP operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo que ha entrado en vigor el 1 de julio pasado y que supone un importante cambio en la responsabilidad civil tal como se expone en su exposición de motivos: «*No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad*». (...) «*La reforma se completa con una revisión de la regulación del juicio de faltas que contiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que continuará siendo aplicable a los delitos leves. En el caso de las infracciones de menor gravedad (los delitos leves) existen habitualmente conductas que resultan típicas pero que no tienen una gravedad que justifique la apertura de un proceso y la imposición de una sanción de naturaleza penal, y en cuya sanción penal tampoco existe un verdadero interés público. Para estos casos se introduce, con una orientación que es habitual en el Derecho comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos*». La reforma es de calado respecto al futuro de la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación, en la responsabilidad profesional y otros campos en el que dejará de conocer la jurisdicción penal en aquellas conductas que resultando típicas no tienen la gravedad necesaria para tipificarse como delito según el llamado “criterio de oportunidad”.

El estudio exhaustivo de autores europeos como ZIMMERMANN¹⁶ y las normas internacionales

¹⁶ Redactor del capítulo de los PECL dedicado a la prescripción (Cap. 14 de la Parte III)

que hemos citado, amén de la doctrina nacional, incluyendo la regulación catalana, dan sobradas muestras a nuestro legislador de por donde se puede conseguir subsanar la deficiente y dispersa regulación de nuestro ordenamiento jurídico, para no andar con parches como la modificación que se propone en el proyecto de Ley citado, no por irrazonable, sino por incompleta, contando que como en el caso de Reino Unido las reformas no se lleven a cabo finalmente por cuestiones puramente económicas (son mayores los costes que los beneficios, concluyó el legislador) o se critiquen duramente como en USA, países, no es casualidad, que alumbraron la teoría del “análisis económico del derecho”.

LÓPEZ HERRERA E.¹⁷ dice que bajo esta teoría el daño es visto como un costo que alguien debe asumir, y según cuál sea esa regla, quien lo soportará será la víctima, el victimario, ambos si hay culpa concurrente, o un tercero como puede ser el seguro, el Estado o el principal o garante (compete al legislador su valoración), exponiendo el citado autor el siguiente ejemplo «en el diario La Gaceta del 2.5.04 podemos ver una información que dice que en Tucumán las enfermedades respiratorias triplican a la media nacional por la contaminación ambiental. Esto significa que el ahorro que realizan los productores, o los dueños de automóviles y colectivos, por la falta de medidas para no polucionar, la terminan pagando individualmente las personas alérgicas cada vez que se enferman, las obras sociales que cubren estas dolencias, el estado a través de los hospitales, etc. En realidad no hay ningún ahorro porque lo que no se gastó en prevención se gasta en curación de enfermedades (cuando la víctima puede ir al hospital y siempre y cuando su padecimiento sea tratable). La responsabilidad civil puede ser una herramienta -no la única ni necesariamente la mejor- para corregir este tipo de situaciones.»

La posición del legislador viene precisada por el Tribunal Constitucional cuando advierte que en todo caso su decisión debe ser respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva «*La inconstitucionalidad apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) el dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de..., dentro de cánones respetuosos con*

el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)». (en STC 38/2005 de 26 de mayo).

Hay autores¹⁸ que sostienen que a los detractores del análisis económico del Derecho no les cabe otro remedio que aceptar que lo que se pretende alcanzar es un justo sistema distributivo o bien continuar estrictamente con los postulados de la codificación, según los cuales los únicos criterios de imputación a tener en cuenta en responsabilidad civil son el dolo y la culpa o negligencia, en un sistema resarcitorio entre particulares; pero una vez que se da entrada a la intervención del Estado, fondos de garantía y aseguradoras, se pierde su originaria finalidad y por tanto deben replantearse las funciones de la responsabilidad civil y entre ellas los aspectos de la prescripción, uno de los problemas de derecho material más importante que venimos comentando como el *dies a quo* en los daños personales.

3. Prescripción, clases de responsabilidad y ámbito jurisdiccional

GÓMEZ LIGÜERRE C.¹⁹ expone que «el desarrollo científico y tecnológico ha arrumbado con las bases razonables de la regla de la prescripción anual, como, por otra parte, lo ha hecho también con la idea tradicional de que causación del daño es un hecho o acto y no un proceso que, a lo mejor, se desarrolla a lo largo de diez, veinte, treinta o cuarenta años...» No cabe duda de la intensa relación que se da entre los elementos individuales que conforman la prescripción y en consecuencia la interdependencia que su regulación provoca en el conjunto de su régimen jurídico; así la regulación de una determinada forma del *dies a quo* afectará a la duración, corta o larga del periodo prescriptivo y de igual modo la forma en que se disciplinen las causas de interrupción, fechas límite, causas de suspensión (actualmente no contempladas) etc.

Ya en el derecho romano (del que proviene el plazo anual contemplado en la *actio iniurii* recogido después por nuestro derecho histórico) se tenía en cuenta la existencia de obstáculos invencibles en las prescripciones cortas mediante la figura del *utile tempus*, y en la prescripción larga con el *continuum tempus*²⁰, figuras que tenían por cometido precisamente

¹⁷ **LÓPEZ HERRERA E.** en “Introducción a la Responsabilidad Civil” en: www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/IntroduccionResponsabilidadCivil.pdf, consulta el 24-7-2015.

¹⁸ **DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ Y ARANA DE LA FUENTE** en “El Desbordamiento del Derecho de Daños” Aranzadi-2009, pág. 25

¹⁹ **GÓMEZ LIGÜERRE G.** “El remedio indemnizatorio en el derecho español” Cap. 12, en *InDret* 3ª Edición - 2014. **SALVADOR CODERCH P.** Editor y Fundador.

²⁰ **REGLERO** en Op. “Tratado de Responsabilidad...cit. pág. 534

aliviar el rigor del régimen prescriptivo, que al igual que el principio del “*alterum non laedere*” el no causar daño a los demás, principio rector del derecho de daños, y una de las tres reglas básicas del derecho romano, quizá, *la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana*²¹, antecedentes que nos muestran la solera e importancia de la institución de la prescripción, que en lo que aquí interesa, el *dies a quo* de la extintiva, ha tenido diferentes recorridos e interpretaciones en función no solo de su distinta regulación en función del tipo de responsabilidad de que se tratase, sino también de la jurisdicción llamada a conocer.

La prescripción se clasifica por la doctrina procesal²² como una excepción material excluyente, que sólo puede ser tenida en cuenta por el juzgador si existe alegación expresa del demandado (en el momento procesal oportuno) al que corresponde su prueba. Como tal excepción material, tiende a la desestimación de la pretensión, una vez que se ha entrado en el fondo del asunto, lo que se hará necesariamente en sentencia, a diferencia de las excepciones procesales que tienden a que el Tribunal no entre en el fondo del asunto. Así cuando la resolución que se obtiene de un Tribunal no es de fondo el Tribunal Constitucional dado que no es una tercera instancia, no revisa con carácter general la legalidad aplicada (que corresponde a la instancia) pero teniendo en cuenta que tal resolución afecta al contenido del derecho fundamental, esto puede dar lugar a que se pueda incurrir en inconstitucionalidad que dé lugar a la estimación en amparo, cuando es arbitraria, irrazonable o irrazonada o en una interpretación distinta al sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales (STC 69/1984).

El TC también ha establecido que la apreciación de la prescripción por el juzgador tiene lugar tras el desarrollo completo del proceso judicial, concluido por todos sus trámites, debe considerarse que lo que ha existido es una desestimación de la pretensión de fondo y no una denegación del acceso a la justicia, lo que no quiere decir que no se haya podido dar una posible existencia de una vulneración constitucional en la apreciación del régimen jurídico que conforma el instituto en su aplicación al caso concreto.

Por ello la seguridad jurídica, fundamento último de la prescripción, no puede ser uti-

lizada como argumento sin más, es decir, sin apoyo en una norma legal que ampare sin lugar a dudas la exclusión del contenido normal del derecho fundamental, que es el de obtener una sentencia de fondo (STC 102/1984 que cita además el principio de proporcionalidad). En este sentido **DE OTTO I.**²³ apunta, cómo la necesidad de que las reglas de aplicación en el Estado democrático de Derecho respeten el principio de igualdad ante la Ley y la unidad del Derecho; así la intervención del Juez que actúa con total libertad en la aplicación de la Norma lesiona la seguridad jurídica al hacer imprevisible el contenido de sus resoluciones, lo que manifiesta el difícil equilibrio que su responsabilidad representa, cuando, como es el caso de la apreciación de la excepción de la prescripción, corresponde a la soberanía de la instancia de acuerdo a las reglas de la sana crítica determinar el *dies a quo* y en función del plazo correspondiente si una acción está prescrita o no, pero “sometiendo la aplicación del derecho a reglas que la hagan uniforme en el tiempo y en el espacio, de modo que la decisión judicial resulte predecible e igual en todos los casos y en todo el territorio”.

El Tribunal Supremo utiliza una *clausula de estilo* en parecidos términos, ya que como sabemos corresponde a la instancia resolver sobre su procedencia y su prueba, sin que pueda ser apreciada de oficio por ser una excepción perentoria y plenamente renunciabile, a diferencia de la caducidad, de ahí que sea inadmisibles plantearla en casación como cuestión nueva, hecho que provocaría indefensión. Sirva de ejemplo la STS de 11-12-2012, (Rc 1028/2010) que a pesar de ello entra a conocer cuando entiende que el aspecto jurídico del instituto no ha sido debidamente tratado en la instancia, «*Una vez situada la cuestión jurídica en el plano de la prescripción extintiva de las acciones personales, sin término especial establecido, artículos 1964 y 1969 del Código Civil, como corresponde a la pretensión indemnizatoria del presente caso, hay que empezar señalando que en la materia objeto de examen esta Sala ha declarado que el instituto de la prescripción, aunque presenta un indudable aspecto fáctico, también proyecta un plano eminentemente jurídico que permite la revisión de la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y la doctrina jurisprudencial que resulte aplicable (entre otras, SSTS 27 septiembre de 2005, 3 mayo de 2007; 19 octubre de 2009 y 16 marzo de 2010)*».

²¹ **DE ANGEL YAGÜEZ R.** “Tratado de Responsabilidad Civil”, Civitas-1993

²² **MONTERO AROCA J.** y Otros. “Derecho Jurisdiccional II- Proceso Civil”. 2012 pág. 340 y ss

²³ **DE OTTO I.** en “Derecho Constitucional-Sistema de Fuentes”-Ariel Derecho, 1987. Pág. 290

En definitiva, una vez que el legislador establece en una norma un plazo de prescripción, en aquellos aspectos no regulados por la propia norma, entrarán en juego supletoriamente las normas del instituto que regula el Código Civil.

Así dentro del proceloso abanico de la responsabilidad civil, además de la contractual (esfera obligacional del contrato), la ex-delito que el art. 1092 del CC remite al Código Penal, y la extracontractual que el art. 1093 remite al art. 1902-1910 del propio CC, el propio Código advierte en su art. 1090 que las obligaciones..., y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro.

De estos tipos básicos, la distinción de responsabilidad contractual-extracontractual es la que mayor confusión genera al no presentar en determinados casos una línea de separación clara, algo que se da además de en el ámbito civil, en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo y en general en todos los ámbitos de la responsabilidad civil en que existan dudas sobre el tipo de responsabilidad y su encaje en el supuesto de hecho determinado, al punto de que autores como **REGLERO**²⁴ opinan que la práctica demuestra que el problema de derecho material de mayor calado de cuantos se suscitan en la dualidad de acciones (contractual-extracontractual) se refiere al plazo de prescripción.

A pesar de las diferencias de régimen jurídico de la responsabilidad contractual y extracontractual y por ello, la calificación jurídica que realice el demandante no resulta irrelevante pero el mismo tiene la opción en caso de duda de dejar esta labor en manos del Tribunal porque una vez realizada la calificación en la demanda, el Tribunal se debe atener a la causa petendi para no provocar indefensión y que se pueda alegar incongruencia de la sentencia, sin que en base al principio «*iura novit curia*» se autorice al órgano jurisdiccional a variar los fundamentos jurídicos invocados por las partes. Así se ve en la STS 18-10-1995 Rc: 1245/1992 en un supuesto en que se reclamó en base al art. 1902 estando prescrita la acción, modificando el Tribunal de instancia el tipo de responsabilidad extracontractual por la contractual con la consecuencia de no estar así prescrita la acción «*La acción de responsabilidad fundada en la culpa contractual tiene un régimen jurídico distinto del de la basada en la extracontractual; distintos son, en efecto, los*

²⁴ "Tratado de Responsabilidad..., cit. Pág 127





plazos de prescripción de las acciones, el régimen de la carga de la prueba de la culpa, y la posible existencia de cláusulas limitativas o, incluso, exonerativas de responsabilidad, impensables en la responsabilidad extracontractual. De ahí que no es lo mismo condenar al demandado por una u otra culpa, según el criterio del órgano judicial, salvo que el actor se haya limitado a exponer los hechos y su petición de indemnización, dejando a aquél la tarea de selección de la norma aplicable».

Así cada tipo de responsabilidad civil en su campo de aplicación podrá regular el instituto de la prescripción de la forma que considere conveniente, y en lo que no hubiere previsto se aplicará la regulación del Código Civil; de ahí que tanto en la responsabilidad nacida del contrato (art. 1101 y siguientes) y la extracontractual (1902 y siguientes) y la nacida del delito se aplique supletoriamente (art. 4.3 CC) en el ámbito del resto de jurisdicciones, allí donde las normas sustantivas y adjetivas no regulen o lo hagan insuficientemente; y esto se corresponde igualmente con la regulación de la prescripción extintiva que regula el Código Civil.

La aplicación de uno u otro tipo de responsabilidad no es irrelevante por la diferencia sustancial de sus respectivos regímenes jurídicos tal como ha quedado apuntado. **RODRÍGUEZ MARÍN C.**²⁵ sitúa estas diferencias principalmente en el del plazo de las acciones personales del art. 1964 (actualmente de quince años) o el general de un año del 1968.2 además de el diferente régimen de solidaridad o aspectos tan importantes como el quantum indemnizatorio y criterio de imputación, subjetiva u objetiva; siguiendo a esta autora “en cualquier caso la premisa fundamental es que el daño sea reparado... por lo que estas distintas opciones podrán ser incluso utilizadas no sólo alternativamente sino cumulativamente, siendo el juez el que proceda a la calificación de la misma evitándose de este modo indefensión para el perjudicado.” A ello coadyuva la facultad moderadora que le otorga el art. 1103CC, el principio *iura novit curia* del art. 1.7 CC, con la limitación del art. 218 LEC referida básicamente a la *causa petendi* para no provocar indefensión, concluye la profesora citada.

Esta importante diferencia de tiempo y régimen jurídico aplicable así como la dificultad de la distinción en el tipo de responsabilidad en

²⁵ **RODRÍGUEZ MARÍN C.** en “La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos” **ORTI VALLEJO** y **GARCÍA GARNICA** directores; **ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA** coordinador. Segunda edición-2015. Capítulo 7. Pág. 439 y ss

algunos supuestos hace de esto una cuestión controvertida en casos en los que se difumina o confunde la responsabilidad contractual y la extracontractual, debiendo acudir la jurisprudencia a la teoría de “*unidad de la culpa civil*”, a la “*teoría del concurso de normas*” o “*teoría de la sustanciación*” para resolver supuestos que aglutinan ambas responsabilidades, en las que confluyen, con palabras de esta autora, el incumplimiento contractual y el deber general de no dañar a otro (*alterum non laedere*), ya que el hecho de la existencia de un contrato no tiene por qué excluir la vía extracontractual, sobre todo en los supuestos en que los bienes lesionados son la vida, la integridad física y la propiedad, citando a autores como **FERNÁNDEZ COSTALES**²⁶ partidarios de una “*teoría unitaria*” de la responsabilidad civil en base al carácter complementario de las obligaciones que nacen del contrato y las del art 1902 CC y ss. según doctrina del TS.

El campo de la responsabilidad medico-sanitaria, pionera en cuanto supuso el primer aluvión de demandas en nuestros Tribunales sobre responsabilidad civil, donde se dan relaciones cruzadas de responsabilidad contractual con el centro sanitario privado, concertado o públicos, las aseguradoras del Centro y la relación con el personal sanitario que suele tener naturaleza extracontractual en el ámbito de la medicina curativa, pero también en los daños por exposiciones a sustancias tóxicas (amianto, talidomida, silicosis etc..) contagios con hemoderivados (Sida y Hepatitis) e infecciones hospitalarias, radiaciones ionizantes, alimentos con ingredientes transgénicos entre otras amenazas en que la nocividad para el ser humano esté todavía por determinar por la ciencia y que podrán ser en un futuro no lejano fuente de daños continuos y diferidos.

GARCÍA GARNICA²⁷ respecto a la competencia judicial y por tanto el régimen jurídico aplicable en el ámbito de la medicina asistencial o curativa, especifica que en ante un hecho lesivo constitutivo de delito (tras la reforma del CP desaparecen **las faltas**) en el área de la medicina pública, la Administración será responsable subsidiaria, aún cuando se reserve la acción para ejercitarla en el orden civil (art 109 CP y 1092 CC), y cuando esto acaezca en el ámbito de la medicina privada y no sea penalmente re-

levante, será competente la jurisdicción y normativa civil. Podemos añadir que el perjudicado dispone también de la *acción directa* del art 76 LCS de la Ley 50/1980, que representa una excepción del principio de relatividad de los contratos del art. 1257 CC, como opción de resarcimiento e indemnización del daño soportado, siempre que demande sólo a la aseguradora (art 9.4 LOPJ); véase como ejemplo la STS de 2-02-2015 (RC 3417/2012, que se comenta más abajo por otro motivo, en que se demanda a la aseguradora del Instituto Catalán de Salud por un hecho lesivo (contagio por hemoderivados) ocurrido en un hospital público vía acción directa, donde el servicio público de salud se personó (adhesiva) como coadyuvante al no haber sido codemandado.

Continua la profesora **GARCÍA GARNICA** diciendo que “en cualquier caso, lo importante es poner de manifiesto que el hecho de que según nos encontremos en el ámbito de la medicina pública o de la medicina privada sea competente uno u otro orden judicial y difiera la normativa aplicable, no resulta en absoluto baladí a efectos prácticos. No sólo porque la pluralidad de regímenes aplicables compromete *per se* la seguridad jurídica, sino sobre todo porque unas y otras normas discrepan en cuestiones tan esenciales en el régimen jurídico de la responsabilidad civil como son, de un lado la determinación del plazo de prescripción de la acción para reclamar la reparación de los daños causados y, de otro, la determinación del criterio de imputación de éstos”.

En la STS de 17 de julio de 2012, (RC n.º 479/2010), vemos un concurso de acciones determinado según que la acción se dirija contra el médico, a auxiliar o contra la entidad aseguradora: «[...] se produjo un concurso de acciones: por responsabilidad en el cumplimiento del contrato concluido con la aseguradora y extracontractual respecto a los profesionales con quienes la recurrente no contrató. La primera prescribe a los 5 años, conforme al artículo 23 de la LCS, en cuanto resulta del contrato de seguro, norma especial de aplicación, según el artículo 1969 CC, a cuyo tenor «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse». La segunda, prescribe al año, como todas las obligaciones que se fundamenta en la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 de Código Civil».

También conviene traer a este respecto la SAP de Madrid de 5-7-2011 (Sec. 21.ª, 331/2011,

²⁶ Cita en nota 24, pág. 441 de Op citada supra

²⁷ **GARCÍA GARNICA Mc**, en “La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos” **ORTI VALLEJO** y **GARCÍA GARNICA** directores; **ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA** coordinador. Segunda edición-2015. Capítulo 6, Pág. 357 y ss

de 5 de julio) en un caso igualmente de responsabilidad civil derivada de negligencia médica, «*La Ley de Enjuiciamiento Civil dispone como principio que debe ser atendido por los tribunales el de justicia rogada, artículo 216 LEC y el de congruencia, artículo 218 LEC, que no deben ser confundidos en ningún caso, los cuales no han sido infringidos por aplicación del principio «iura novit curia». La sentencia **al calificar la acción atendiendo a los hechos alegados por el demandante** de «contractual» no infringe el principio de justicia rogada, sino que de hacerlo sería el de congruencia siempre y cuando la causa de pedir hubiera sido alterada por el tribunal, artículo 218 LEC; pero ni uno ni otro han sido infringidos porque ha resuelto atendiendo a lo que fue alegado -hechos- y a lo solicitado, aun siendo cierto que al fundamentar su pretensión indemnizatoria lo hizo de forma insuficiente, haciendo referencia únicamente a la responsabilidad extracontractual, regulada en el artículo 1902 CC, al dirigir su demanda contra D. Florencio, con quien no había suscrito ningún contrato; ahora bien, **del relato de hechos que es lo que determinada la causa de pedir, queda evidenciado que no solo estaba ejercitando la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC sino la contractual.** (...) y el Tribunal Supremo ha asumido dentro de nuestro sistema procesal la «teoría de la sustanciación» conforme a la cual aquella causa de pedir viene constituida por los hechos (fundamentación fáctica de las partes), y más concretamente por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la petición (entre otras, STS 10 de mayo de 1995, y 20 de julio de 1994) **correspondiendo al tribunal calificar la acción o acciones ejercitadas, siempre y cuando la misma «se extraiga de los propios hechos** alegados y conformados, en cuanto hayan podido ser objeto de discusión sin sustracción alguna del tema en el debate» (negrita mía).*

En igual sentido surge la controversia en la aplicación de los plazos que las distintas normativas regulan, cuando son más amplios, frente al general de un año de la responsabilidad extracontractual, pues la sujeción a una u otra norma implicará la aplicación de los plazos en ellas previsto, tal como sucede con el art. 949 del Código de Comercio, art. 23 de la Ley de Contrato de Seguro, y en general todos los plazos más largos que hemos visto en las leyes especiales; también puede suceder lo contrario si los plazos de la norma de encaje son más cortos que el general de un año, en cuyo caso se buscará la aplicación del general de un año, tal como sucede cuando la norma establece plazos de meses o de días como ocurre con los

plazos de protesta en la recepción de mercancías (uno, tres y diez días en transporte marítimo según el caso -art. 285 Ley 14/2014-, entre otros); en general la jurisprudencia suele aplicar el principio de «favor lesi» lo que no obsta para que se aplique al caso concreto la norma y la prueba que las partes lleven al convencimiento del Tribunal. En España un caso específico se da en Cataluña con el plazo de tres años de su Código Civil y los plazos más cortos de la legislación nacional, habiendo tenido ocasión el TS de pronunciarse sobre la controversia en la aplicación de uno u otro plazo prescriptivo en ese territorio; sirvan como ejemplo las STS de 6-9-2013 Rc 2173/2012 y últimamente la STS 4-2-2015 Rc 1471/2012.

Otro aspecto a considerar ha venido dado por el conflicto de jurisdicciones, básicamente entre la Civil con la Contencioso-administrativa y la Laboral, es decir, en la esfera de la reclamación de responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial y la reclamación de cantidad derivada de responsabilidad civil en el ámbito de los accidentes laborales y enfermedades profesionales y otro tanto respecto a la confluencia de la jurisdicción penal y la civil en la misma esfera que estamos comentando. Tanto en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como en el laboral, la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa así como la entrada en vigor de la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, han venido a poner orden y paz en este asunto que tanta controversia doctrinal y jurisprudencial ha generado, a lo que también ha contribuido sin duda la eliminación de las tasas judiciales para las personas físicas hecho que coadyuvaba en este sentido por razones de gratuidad de la Jurisdicción determinada.

4. La regla general sobre el *dies a quo*: el art. 1969 CC

“El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse”.

Conviene, antes de exponer las circunstancias de este art. 1969, comenzar afirmando la relevancia constitucional de la forma de computar el inicio del plazo, si se hace desde que la pretensión es objetivamente ejercitable, ignorando la posibilidad real de su ejercicio y el conocimiento de los hechos que la fundamentan, pues aquí si puede colisionar la norma con el

derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso, protegido por el art. 24.1 CE y art. 6.1 del CEDH²⁸.

El carácter de regla general en el cómputo de “toda clase de acciones” se desprende directamente de su literalidad si bien siempre que no haya disposición especial que determine otra cosa tal como vimos anteriormente, siendo el criterio seguido en lo relativo a la posibilidad de ejercicio de la acción de carácter objetivo o legal y no subjetivo²⁹. Y es que el art. 1969 plantea la duda de la fijación del momento en que la acción pudo ser ejercitada. Explica **REGLERO** que según esta doctrina el hecho de que el titular del derecho se encontrara ausente, incomunicado o físicamente imposibilitado para dirigirse contra el demandado no tiene relevancia, así como el impedimento debido a fuerza mayor o el desconocimiento del titular del derecho respecto a la posibilidad de su ejercicio, y por tanto aunque se admita alguna excepción por imposibilidad subjetiva debido a su carácter excepcional no podrá aplicarse por analogía.

En este mismo campo de la aplicación del art.1969, se encuentra la regla del art. 1932 CC «*Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluso las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley...*»: La doctrina se encuentra dividida respecto a su incidencia en la vieja regla «*contra non valente...*» (la prescripción no corre contra el que no la puede hacer valer). Me parece especialmente importante porque en estas interpretaciones divididas de la doctrina volvemos a encontrarnos con el «*cántaro de doble asa*», así para unos significa un criterio general y objetivo contra todos, que impide la aplicación de la regla «*contra non valente...*» siendo por tanto inoponible cualquier excepción contra la prescripción.

Para otros autores el art. 1932 CC al no decir nada sobre el inicio del cómputo del plazo, ello significa que es de aplicación en este punto el art. 1969 CC (siempre que no sea de aplicación otro precepto que sí regule el *dies a quo* para el caso concreto) y por tanto dar una solución conforme a la regla del mismo, es decir, atendiendo a las circunstancias subjetivas de cada caso. Para estos últimos autores no entenderlo así puede suponer vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, autores

entre los que se encuentra **MARÍN LÓPEZ**³⁰, para quien “no es cierto que el art. 1932 suponga la derogación de la regla *contra non valente...* El que la prescripción sólo empiece a correr cuando el titular del derecho tenga posibilidades, no sólo jurídicas, sino reales y efectivas de ejercitar el derecho, según la interpretación más adecuada del art. 1969 CC, es una plasmación exacta de la máxima que algunos autores consideran derogada” añadiendo como el propio **ZIMMERMANN** ha destacado la importancia de esta regla en un modelo equilibrado de la prescripción.

Hay pues multitud de casos en que los criterios de inicio del *dies a quo* son de carácter objetivo (limitándose a reproducir la regla del 1969), otros subjetivos y otros donde aparecen simultáneamente unos y otros, tal como sucede con, entre otros, el art. 1524 CC que permite el ejercicio del retracto legal en el plazo de nueve días desde la inscripción en el Registro y en su defecto desde que hubiera tenido conocimiento de la venta.

Parece claro que una aplicación rigurosa conforme al criterio objetivo para establecer el inicio del plazo tendría su fundamento en *una seguridad jurídica no justa*, en palabras de **ELÍAS DÍAZ**³¹ especialmente para el ejercicio de los derechos por las víctimas de lesiones corporales, y aunque el art. 1969 CC no contempla expresamente el criterio del conocimiento, una interpretación acorde a la tutela judicial efectiva debe conducir a los Tribunales a admitir el criterio subjetivo del conocimiento en determinados casos entre los que no puede faltar el que corresponde a las víctimas de lesiones a su salud integral.

Así lo expresa la STS de 11-12-2012 (Rc 1028/2010) en su FD Tercero.-1 «... *la determinación del momento inicial del cómputo de la prescripción para las acciones que no tengan disposición especial al respecto, artículo 1969 del Código Civil, dado que la regla dispensada «desde que pudieron ejercitarse», presenta una clara expresión práctica que debe valorarse o configurarse jurídicamente. Pues bien, en este contexto la proyección de la buena fe resulta decisiva para valorar el iter del fenómeno prescriptivo, desde la lesión del derecho subjetivo, como posible inicio del cómputo para el ejercicio de la acción, hasta la posibilidad de su ejercicio, conforme a unos criterios de ética social en las relaciones jurídicas y unos parámetros de*

²⁸ En este sentido las SSTC 160/1997 y 38/2005 entre otras.

²⁹ **REGLERO** en “Jurisprudencia Civil...” cit. Pág. 4167

³⁰ “La Prescripción...” Cit. Págs 70 y ss

³¹ “Curso de Filosofía...” cit. Pág. 60

diligencia básica y de razonable confianza en la apariencia creada. Desde esta perspectiva se comprende mejor que en los supuestos en los que interviene la mala fe o el dolo de una de las partes de la relación jurídica, en clara conexión con el ilícito civil, por ejemplo en el fraude de acreedores o en la doble venta orquestada, la posibilidad del ejercicio de la acción y, con ella, el cómputo para su ejercicio, no deba ser otro que el momento en que la víctima tuvo conocimiento de la lesión de su derecho o debió tenerlo por exigencia de una diligencia básica o por hechos claros e inequívocos al respecto. Conclusión que, en lo pertinente al alcance informador del principio de buena fe, resulta extrapolable también al ámbito de la indemnización civil derivada del ilícito penal».

Esta doctrina jurisprudencial se ha reiterado posteriormente en otras sentencias del TS como la de 25-4-2013 y entre las más recientes la de 19-1-2015 (R. 3317/2012) «*La prescripción extintiva se fundamenta no en principios de estricta justicia, sino más bien en la inactividad o abandono en el ejercicio del propio derecho o en el principio de seguridad jurídica, así como en la conveniencia de su interpretación flexible, especialmente respecto de las causas interruptivas de la misma, resultando innegable la función informadora que debe desplegar el principio general de buena fe en la interpretación y aplicación del mencionado instituto (entre otras, sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2012)*».

Existen pues varias interpretaciones doctrinales respecto a la duda que deja el art. 1969 respecto a la fijación del momento en que la acción pudo ser ejercitada o *dies a quo*: la estricta de la *actio nata*, vista como la posibilidad objetiva y legal de ejercicio de la acción, una segunda fase en que se toma en consideración la posibilidad real de ejercicio de la acción y tímidamente el conocimiento por el acreedor de la lesión de su derecho, y últimamente en consonancia con una mayor protección de los derechos fundamentales, asumiendo con carácter general el criterio del conocimiento, que ha de ser real y efectivo, no el potencial, supeditado a una mínima diligencia básica, que como cuestión de hecho que es corresponde valorar a la instancia.

Los requisitos de los que depende el *dies a quo* para la acción de daños al igual que para cualquier otro tipo de acción son³²:

- Que la acción haya nacido y sea viable jurídicamente en una concreta fecha.
- Que el acreedor conozca razonablemente o pueda conocer los hechos que determinan su nacimiento y la identidad del responsable contra quién dirigirla.
- Que la posibilidad de ejercitar la acción sea real y efectiva.

La carga de la prueba de estos requisitos recae en quien alegue la prescripción, es decir, en el deudor, por lo que el TS dice que las dudas sobre el *dies a quo* no deben resolverse en contra del titular del derecho que se reclama, entrando en juego las reglas del art. 217 LEC y la valoración que de la prueba haga el Tribunal.

5. La regla especial en el ámbito de la responsabilidad civil: el art. 1968.II CC

“Prescriben por el transcurso de un año:... 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado”.

Nos encontramos ante una de las disposiciones especiales que el propio art. 1969 exceptúa “cuando no haya disposición especial que otra cosa determine” de la regla general establecida por el mismo”, y que fundamenta tanto el plazo como el *dies a quo* de la responsabilidad extracontractual derivada del art. 1902 CC, siendo más que centenaria la jurisprudencia que extendió su ámbito de aplicación además del art. 1902 a los ocho artículos restantes del capítulo II del título XVI del libro IV del CC. Estamos claramente ante una regla de carácter subjetivo frente al criterio objetivo que se da en la regla general del art. 1969 CC.

REGLERO³³ advierte que son muy escasos los supuestos en que el TS ha estimado la excepción de prescripción en base a una calificación jurídica del supuesto que resultara perjudicial para el actor.

Dice **MARÍN LÓPEZ**³⁴ que el art. 1968.2 ha jugado un papel decisivo en el auge del criterio del conocimiento en la época en la que el art. 1969 CC se interpretaba en clave objetiva, habiéndose constituido éste (1968.2) en un islole en el que fundar el criterio subjetivo del

³² Se toma como base de los enunciados en **MARÍN LÓPEZ** Op “La Prescripción...” Cit. Pág. 96 y 205

³³ Op. “Jurisprudencia Civil...” Cit. Pág. 4138 y ss

³⁴ Op. “La Prescripción...” Cit. Pág. 204

conocimiento que regía para todos los daños no contractuales. Se despejaba así la duda de la fijación del momento en que la acción pudo ser ejercitada, que encontrábamos en la regla general del 1969. Un paso adelante ha consistido en la aplicación de la doctrina de la “unidad de la culpa” mediante la cual completamos la duda que nos dejaba el art. 1969 con la regla del 1968.2 y viceversa, aplicándose tanto en daños contractuales como extracontractuales tal como se ve en la STS 4-10-2012 RJ 9026, y STS 4-10-2012 Rc 692/2010 (Roj 6203) ambas sobre un asunto de responsabilidad extracontractual, refiriendo que a falta de disposición especial el dies a quo se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, siendo la consecuencia que también a los daños extracontractuales es de aplicación el art. 1969 CC diciendo ésta última que *«La prescripción del tipo de acción ejercitada en este procedimiento, conforme al artículo 1968 CC es de un año. Es un plazo de carácter civil, en el que se regula la prescripción de las acciones por las que se exija una responsabilidad al amparo del artículo 1902 CC y que a falta de disposición especial que otra cosa determine se contará desde el día en que pudieron ejercitarse -artículo 1969-(...) este plazo comienza en el momento en que la demandante pudo hacer efectivo su derecho frente a los demandados, lo que significa que no es suficiente la realización de la conducta, sino que resulta necesario el conocimiento del daño realmente producido a la persona afectada».*

La vigencia de esta doctrina jurisprudencial sobre la regla especial de dies a quo del art. 1968.2 podemos verla también en la muy reciente STS de 8-6-2015 (Rc 2027/2014, P. Seijas Quintana) *«el inicio del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual viene determinado por el conocimiento por el perjudicado de la existencia del hecho determinante de la responsabilidad («desde que lo supo el agraviado»).* El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir) (SSTS, entre las más recientes, de 24 de mayo de 2010, rec. num. 644/2006; 12 de diciembre de 2011, rec. num. 2017/2008, y 9 de enero de 2013, rec. num. 1574/2009), de manera que el plazo de prescripción no comienza a correr en contra de la parte que se propone ejercitar la acción mientras no disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar (es decir, hasta el efectivo conocimiento por el perjudicado del alcance o grado del daño corporal sufrido)».





En definitiva, el art. 1968.2 establece como regla especial, el *dies a quo* “desde que lo supo el agraviado”, es decir, introduce el criterio del «conocimiento» pero sólo para las acciones de responsabilidad civil extracontractual, lo que no obsta para que haya jugado un importante papel en la introducción de esta regla en la interpretación del art. 1969 CC al margen y por tanto con anterioridad al derecho fundamental del 24.1 CE y el CEDH, lo que quiere decir, que una vez vigentes la CE-1978 y el CEDH (ratificado por España en 1979) el criterio del “*conocimiento efectivo*” viene dado no tanto por la regla inspiradora del 1968.2 CC para la responsabilidad extracontractual sino por los principios constitucionales, y ello por la importancia que en nuestro ordenamiento jurídico tiene el art. 1969 CC como regla general supletoria de toda suerte de responsabilidades (contractual, extracontractual y exdelito) y en todas las jurisdicciones, pues como sabemos a falta de norma específica se aplica supletoriamente el derecho común del art. 1969.

6. El *dies a quo* en el caso de daños corporales

Atendiendo al valor especial que la integridad física y moral tienen como objeto de tutela jurídica, al constituirse en derecho fundamental en el art. 15 CE, (así en el DCFR III-7:307)³⁵ toda agresión ilegítima a la misma es un hecho antijurídico que determina además de la sanción penal que pueda corresponder, la obligación de resarcimiento de los daños producidos, siendo por ello especialmente relevante en las acciones de resarcimiento ante estos daños la fijación del inicio del cómputo de la prescripción, pues como es obvio sólo conociendo el día de arranque sabremos si la pretensión ha prescrito o no; se justifica en los textos internacionales la mayor duración del plazo de prescripción en los daños corporales, además de por el valor superior que tutelan, en que con frecuencia se producen tras un periodo de latencia considerable que además puede ser difícil de detectar antes de manifestarse e incluso que un plazo corto puede provocar la presentación de reclamaciones antes de tiempo, es decir, cuando las pruebas científicas son insuficientes.

a) El alta médica como criterio general

No hay controversia actualmente en la jurisprudencia, para el caso de lesiones o daños cor-

³⁵ PEÑA LÓPEZ F. “El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el Código Civil: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación” en *InDret* Octubre-2011. Pág. 11 y ss.

porales, en cuanto a la fijación del *dies a quo* del plazo prescriptivo del art. 1968.2º en el sentido de que hay que estar al momento en que se conocen de modo definitivo los efectos del quebranto padecido, generalmente referido al alta médica; otra cuestión diferente que si suscita controversia es lo que ha de entenderse por alta médica y su aplicación al caso concreto³⁶. El alta médica pretende ante todo buscar un punto de seguridad jurídica, fijando un hecho objetivo para el inicio del plazo prescriptivo, que en modo alguno puede dejarse abierto a la voluntad unilateral del dañado (STS 18-6-2012 RJ 6849)³⁷. En principio pues el alta médica constituye la regla general en daños corporales, entendiendo que a partir de ésta se encuentra el perjudicado en condiciones de valorar en su conjunto las consecuencias dañosas incluyendo el *quantum* indemnizatorio, aunque lo fundamental es conocer el alcance del daño pues si del alta médica no se puede inferir este dato, ésta será irrelevante como regla para el *dies a quo*, es decir, que el alta médica será relevante como *dies a quo* siempre que no queden secuelas, y de haberlas, éstas estén consolidadas no necesitando tratamiento curativo pues con el tratamiento paliativo se entiende que se encuentran estabilizadas. Es en este momento cuando se determina en toda su dimensión el daño personal salvo que el perjudicado por el evento dañoso haya fallecido a consecuencia de éste, momento que constituirá entonces el arranque del plazo de prescripción.

Respecto a la carga de la prueba es importante advertir que si existiendo alta médica el perjudicado entiende que la consolidación de sus lesiones aún no se ha producido, a él le corresponde acreditar tal circunstancia frente a la posible excepción de prescripción que tome como *dies a quo* la fecha del alta médica.

b) Las secuelas de estabilización aparente

El criterio del alta médica queda irrelevante para la jurisprudencia del TS cuando quedando secuelas estas manifiestan su estabilización en un momento posterior a la fecha de alta administrativa, si bien en ésta cabría diferenciar el alta por mejoría y el alta por curación aunque la situación se complica cuando el perjudicado está

inserto en el mercado laboral y del daño recibido se deriva una incapacidad para el mismo en sus diferentes grados que como es sabido puede llegar hasta la gran invalidez con necesidad de terceras personas para los actos más elementales de la vida; no es pues irrelevante las calificaciones que la Autoridad administrativa pueda hacer respecto a la valoración completa del daño sufrido por el perjudicado. Así el TS en jurisprudencia consolidada ha creído oportuno fijar como *dies a quo* en estos casos la de la estabilización real de las secuelas, en unos casos, o bien la de la resolución administrativa de incapacidad cuando de las secuelas se deriva algún perjuicio para la actividad laboral del dañado, en otros.

La fecha de la resolución administrativa firme³⁸ que determina el efecto de las lesiones sobre la capacidad laboral de la víctima será la relevante cuando esa resolución sea posterior a la estabilización definitiva de las secuelas. Pero si la estabilización de las secuelas (manifestada en, su caso, a través del alta definitiva) se produce con posterioridad a la resolución firme, habrá que atender a la posterior fecha de estabilización (STS 5-7-2011 RJ 2011, 5004). La heterogeneidad del concepto “alta médica” hace que no siempre de la misma se acredite el alcance de las lesiones sufridas ni su estabilización, algo que se ve en la práctica judicial cuando en el procedimiento concurren distintas periciales que se contradicen o cuando de las mismas se acredita la inexactitud de la resolución administrativa; será el Tribunal entonces quien tendrá la última palabra en la valoración y alcance del daño con incidencia directa en el *dies a quo*. La STS 2-4-2014 RC 1/2012³⁹ «En la alternativa de fijar el día inicial para el cómputo del plazo de un año establecido en los arts. 1968 y 1969 CC para la prescripción de las acciones por culpa extracontractual, bien el correspondiente a la fecha en que al actor se le reconoció y declaró por primera vez la situación de incapacidad permanente para el desempeño de sus funciones... bien el correspondiente a un informe pericial privado que se acompañó a la solicitud de reconocimiento de jubilación por incapacidad, el criterio decisor, como dice el demandante, es el primero y no el segundo. Lo contrario supone incurrir en un error patente

³⁶ En el ámbito laboral el trabajador que no esté de acuerdo con el alta médica, puede recurrirla. La impugnación no anula la efectividad del Alta extendida, teniendo la consideración, a todos los efectos, de reclamación previa para el supuesto de que el asegurado quiera interponer luego demanda ante el Juzgado de lo social. (En **MÉJICA GARCÍA** y **BOBES GARCÍA** “Las Bajas Laborales. Consideraciones médico-legales y respuesta de los Tribunales” 2013. Pág. 44).

³⁷ “La Prescripción...Cit. Pág. 213.

³⁸ **GARCÍA SANZ FJ.** en “PRACTICUM DAÑOS -2015” Coordinadores **A. SOLER PRESAS** y **P. DEL OLMO GARCÍA**; Thomson Reuters Aranzadi. Pág 141

³⁹ Comentada por **MARTINEZ TELLO** en la Revista de la AEAERCS nº 50 Pág. 69 y ss, que indica, por error, como perteneciente a la Sala Social, cuando es de la Sala Primera, en un procedimiento de error judicial de la sentencia que declaró la prescripción por error patente de la misma.

al prescindir de la jurisprudencia de esta Sala que desautoriza por completo aquella otra solución. (...) La sentencia de 21 de enero de 2014, de error judicial, reitera que «es jurisprudencia constante de esta Sala que en los casos de lesiones con secuelas el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no comienza a correr hasta la estabilización de las secuelas, e incluso puede retrasarse más aún cuando, seguido expediente para determinar la repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del perjudicado, este no se conforma con la resolución administrativa correspondiente (SSTS 11-2-2011 en recurso núm. 1418/07, 5-7-2011 en recurso num. 2174/07 y 19-11-2011 en recurso núm. 1331/07, con cita en todas ellas de muchas otras anteriores)⁴⁰».

No obstante el TS hace otra precisión respecto al momento en que ha de considerarse consolidadas las secuelas que denomina “secuelas de estabilización aparente”, con el efecto de admitir la modificación de una secuela que previamente había sido fijada médicamente por entenderse que no cabía modificación alguna.

Así se ve en la STS 19-1-2015 RC 3317/2012, en sus FD Tercero y Cuarto «Como dice la sentencia de 3 de abril de 2006 “en los casos de lesiones corporales y días consiguientes la determinación del evento indemnizable no se configura hasta que no se establezcan con carácter definitivo las secuelas causadas por el suceso lesivo, de manera que el «*dies a quo*» para el cómputo del plazo anual comienza a partir de la fecha en que se tiene constancia del alta médi-

ca definitiva o, en su caso, a partir del momento de fijación de la incapacidad o defectos permanentes originados por aquel”. En general, la fecha del alta médica determina el comienzo del plazo para ejercitar la acción civil destinada a reclamar los daños y perjuicios. Así es porque en esa fecha se establece la curación de las lesiones (médicamente se entiende que han curado) y se fijan las secuelas que pueden quedar. Hay secuelas que quedan fijadas sin transcurso de tiempo. Otras necesitan tratamiento, terminado el cual, si se entiende inmodificable la mejoría, se consideran médicamente estables. A partir de ese momento el perjudicado estará en condiciones de poder reclamar con conocimiento de todos los datos. Ahora bien, esta regla admite excepciones. Puede ocurrir que la secuela quede médicamente fijada en un momento determinado por entender que no cabe ya su modificación. Pero pasado un tiempo -de imposible concreción- es posible que esa modificación tenga lugar. Se trata de un distinto examen médico de la secuela. Examen con quizá posterior intervención quirúrgica, no solo paliativa. Es en ese momento, no en el anterior, cuando comienza el plazo de reclamación. (...) Solo, pues, tras la operación practicada...puede afirmarse con fiabilidad que las secuelas podían considerarse estabilizadas. Hasta entonces hubo una estabilidad que la realidad demostró que únicamente era aparente».

c) Los daños continuados

Aunque el concepto de daños continuados no ofrece dudas en los daños corporales (los daños materiales se escapan al ámbito de este trabajo) no ocurre igual en otros conceptos complementarios utilizados tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial, siendo «lo relevante, con independencia de la terminología, determinar el momento en el que las manifestaciones esenciales de la enfermedad y las secuelas que ésta indefectiblemente acarrea pueden reputarse como efectivamente constatadas, de modo que los afectados puedan ya ejercitar su derecho a reclamar al considerarse completados los elementos fácticos y jurídicos que permiten deducir la acción» tal como expresa la reciente STS, Sala Tercera 6-5-2015 RC 2099/2013⁴¹.

Si hay coincidencia en utilizar el concepto de “daño permanente” en contraste con el

⁴⁰ MARÍN LÓPEZ, “La Prescripción...Cit. Pág. 210 y ss” critica estas dos formas de proceder (que parten de la irrelevancia del alta médica, es decir, las secuelas y la resolución administrativa de incapacidad) de la jurisprudencia, con cita de autores en la misma línea como REGLERO, YZQUIERDO TOLSADA y FERRER RIBA, en base a la consideración del alta médica como documento no controvertido y aceptado pacíficamente por su destinatario, al afirmar “que si se produce el alta médica es porque se supone que ya han quedado definitivamente acreditados los daños” respecto a las secuelas, y respecto a la resolución administrativa que “el alta médica ya describe con absoluta exactitud las lesiones que de modo definitivo padece el perjudicado”. Me parece que MARÍN da al alta médica una relevancia que no tiene, no sólo por la disparidad de criterios que pueden llevar a la firma de este documento, sino por la simple consideración de que la ciencia médica no es exacta y el perjudicado puede acudir a otro médico que pueda hacer distinta valoración, por ello no considero acertada la doctrina de la sentencia citada del TS de 3-12-2007 Rc 4215/2000 cuando dice que «el Sr. Federico tiene un conocimiento cabal y exacto de su enfermedad por el informe del Doctor...» (otra vez la palabra exacto en una ciencia inexacta) y sí más plausible la jurisprudencia consolidada citada en esta página pues «Lo contrario supone incurrir en un error patente al prescindir de la jurisprudencia de esta Sala que desautoriza por completo aquella otra solución»

⁴¹ Otros autores como OSSORIO SERRANO JM se refiere a “daños duraderos” en lesiones corporales, reservando el de daños continuados para los daños materiales. Vid.”Lecciones de Derecho de Daños” 2011. Pág. 232 y ss.

continuado, que siguiendo la misma STS citada explica que «entre *daños continuados*, que no permiten conocer en el momento en que se producen los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el *dies a quo* será aquél en que ese conocimiento se alcance; y *daños permanentes*, que aluden a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance».

De la práctica jurisprudencial cabe extraer con carácter general⁴² que en caso de daños continuados el cómputo del plazo de prescripción no se inicia sino hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida; por el contrario cuando sí es posible diferenciar la serie de cada una de esas etapas tendrá su propio plazo de prescripción, a contar desde que se conoce el definitivo resultado dañoso de cada una de ellas⁴³.

También se alude en la doctrina a “daños diferidos” o tardíos⁴⁴ aquellos que se manifiestan con posterioridad al hecho causal, es decir, con posterioridad al evento dañoso o inicio de la actividad antijurídica. Un caso de daños diferidos nos lo muestra la STS de 2-02-2015 (RC 3417/2012), en el que el cómputo inicial del plazo se sitúa en el momento en que se supo efectivamente que la demandante padecía SIDA y no desde que se supo que estaba infectada por VIH. En 1986, un bebé con ocho meses de vida, fue ingresada en la UCI de un Hospital público y se le realizaron dos transfusiones de plasma y una de concentrado de hematies. A consecuencia de estas trasfusiones en 1997 se detectó que estaba infectada por VIH y en 2008 fue diagnosticada de SIDA. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de Primera Instancia, en lo que aquí interesa, sobre la no apreciación de prescripción alegada por la aseguradora del servicio de salud regional, que es a quien se demandó civilmente vía acción directa, estable-

ciendo la Audiencia que el cómputo inicial del plazo se sitúa en el momento en que se supo efectivamente que, veintitrés años después la ya mujer, padecía SIDA y no desde que se supo que se le había infectado por VIH teniendo ocho meses, ya que al menos desde 1983 existían recomendaciones sobre la materia y en 1984 se comercializaba una prueba para la detección de anticuerpos del VIH, rechazando así los “riesgos del progreso” alegada por la aseguradora.

Por lo demás, en los daños tardíos o diferidos pueden presentar problemas en la relación de causalidad en el supuesto de que los daños tardíos estén consolidados y aún no se conozca la causa de los mismos. En tal caso el plazo de prescripción no comenzará.

Otro supuesto que puede inducir a error en su calificación se da en la “agravación de las lesiones” que supone un nuevo plazo y que se aleja también del tratamiento mucho más favorable y lógico de una “estabilización aparente”, aparente precisamente porque no se ha producido realmente la estabilización de la secuela o del «trastorno o lesión que queda tras la curación de una enfermedad o un traumatismo, y que es consecuencia de ellos» según la RAE. Por esto mismo se diferencian de los daños diferidos, que son los que se manifiestan con posterioridad al hecho causal (no hay lesión latente), no comenzando el cómputo de la prescripción de la acción de reclamación de los daños hasta el momento que se constata su etiología y los efectos de las lesiones.

La Sala Tercera del TS en sentencia de 26-7-2013 RC 6397/2011⁴⁵, hace un estudio de daños permanentes y continuados refiriendo «esta distinción no es tanto conceptual o teórica como práctica. Se hace a los solos efectos de decidir si una acción está prescrita o no, para lo que se atiende al momento a partir del cual pudieron valorarse la totalidad de los perjuicios causados por un determinado evento lesivo. Por eso, para clasificar un daño en una u otra categoría, se atiende al momento en que pueden valorarse o cuantificarse esos perjuicios. Así se

⁴² Op. “ Jurisprudencia Civil...Cit. Pág. 4148 y ss

⁴³ GARCÍA SANZ F.J. en “PRACTICUM DAÑOS -2015” Cit. Pág 140

⁴⁴ Entre otros REGLERO en “Jurisprudencia civil...Cit. Pág 4149. También MARÍN LÓPEZ y PEÑA LÓPEZ. Op. Cit.

⁴⁵ Para daños permanentes se pueden consultar además las SSTS de 28-10-2009 (Rc 170/2005), 30-11-2011 (RJ 2012, 1641), y 29-01-2014 (RJ 2014, 796). Para daños continuados además de las expuestas la STS 30-12-2010 (RJ 2012, 1033) de la sala Tercera. Aunque prevalece la denominación de daños permanentes a veces se les denomina también duros, a los Continuados de Producción sucesiva y, en fin, a los Diferidos o Tardíos también Sobrevenidos. Como dicen algunas SSTS “más allá de los nombres...” lo que se hace es analizar cuando se debe fijar el dies a quo ante la alegación de prescripción, en qué momento los perjudicados pudieron ejercitar las acciones.

dice con toda claridad, por ejemplo, en la sentencia de 15 de febrero de 2.011, dictada en el recurso de casación 1.638/2.009, con cita de otras. Dice esta sentencia -pronunciándose sobre las lesiones físicas a las que normalmente se aplica aquella distinción- que son «daños continuados» aquellos que no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto y en los que, por tanto, el «dies a quo» del plazo para recurrir será aquél en que ese conocimiento se alcance; y que son «daños permanentes» los que se refieren, por el contrario, a lesiones irreversibles e incurables, aunque no intratables, cuyas consecuencias resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo, así, cuantificables, de suerte que los tratamientos paliativos ulteriores, encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o a evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance».

Se puede observar en la jurisprudencia como el *dies a quo* en daños corporales ha evolucionado desde la más antigua en que sólo se consideraba el momento de la producción del hecho dañoso, con independencia de que sus efectos se prolongaran más o menos en el tiempo hasta el acogimiento de la doctrina del “definitivo resultado” a principios de la década de los sesenta del pasado siglo⁴⁶ resultado que se dará cuando la extensión y alcance de los daños quedan determinados sin probabilidad de que se manifiesten daños adicionales, en donde lo relevante no es que la actividad dañosa haya concluido o no, sino que los daños se muestren de manera definitiva.

Los dos siguientes pasos han consistido en “matizar” el definitivo resultado en dos vertientes:

- Primera: el *dies a quo* se produce con el definitivo resultado, siempre “no sea posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida” o “la porción individualizable del daño”, tal como vimos antes. (STS 14-7-2010 RJ 5152 entre otras).

- Segunda: Cuando se decide que no ha habido lugar a fraccionamiento sino “secuelas de estabilización aparente” «Puede ocurrir que la secuela quede médicamente fijada en un momento determinado por entender que no cabe ya su modificación. Pero pasado un tiempo -de imposible concreción- es posible que esa modificación tenga lugar. Se trata de un distinto exa-

men médico de la secuela. Examen con quizá posterior intervención quirúrgica, no solo paliativa. Es en ese momento, no en el anterior, cuando comienza el plazo de reclamación» tal como vimos en la STS 19-1-2015 (R. 3317/2012).

d) La incidencia del proceso penal en la determinación del *dies a quo*.

Cuando el daño del que deriva la pretensión indemnizatoria tiene como origen una acción u omisión tipificada en el CP la competencia se atribuye a la jurisdicción penal (art. 109.1 CP así como en 142 y 742 LECrim) permitiendo el art. 110 LECrim la figura del actor civil si el perjudicado no reserva o renuncia el ejercicio de la acción civil. En igual sentido el art. 1092 CC.

El ordenamiento favorece claramente el ejercicio conjunto de ambas acciones (la penal y la civil) en el procedimiento penal debido a que al ministerio fiscal se otorga el papel de sustituto procesal del perjudicado en concurrencia con el acusador particular (art. 108 LECrim y art. 3 Ley 50/1981); se establece la presunción de ejercicio simultáneo de ambas acciones (art.112 LECrim); en caso de ejercicio separado se confiere preferencia a la acción penal sobre la civil que sólo podrá actuarse tras la finalización del proceso penal⁴⁷.

Si previamente a la interposición de la acción civil se ha seguido procedimiento penal por los mismos hechos el *dies a quo* se sitúa en el momento que el mismo concluye por resolución firme que haya tenido conocimiento la víctima, sin haber resuelto la responsabilidad civil, bien por haberse reservado la acción civil o por haber concluido con sobreseimiento o sentencia absolutoria (art 111 y 114 LECrim). En los casos en que la notificación no se produce en la debida forma esto no es óbice para el inicio del *dies a quo* sí en los autos queda constancia de que el interesado conoció por otras vías el contenido de la resolución firme de terminación del procedimiento penal (STS 16-6-2010 RC 939/2006 y 7-10-2013 RJ 2013, 7056 entre otras). En el proceso civil posterior se tomará como fecha de inicio de la prescripción el de la resolución del proceso penal firme siempre que verse sobre los mismos hechos y presupuestos, en cuyo caso no es necesaria la identidad personal entre el juicio penal y el civil, para evitar con ello que puedan efectuarse pronunciamientos distintos en órganos jurisdiccionales diferentes (STS 1-2-2007 RJ 2007, 788).

⁴⁶ MARÍN LÓPEZ en Op. “La Prescripción...” Cit. Pág. 215, sitúa este cambio de rumbo en la STS 5-12-1960 (RJ 3787).

⁴⁷ MELÓN MUÑOZ A. director, “Memento Práctico Procesal Penal-2014”. Pág. 213

La STS 13-1-2015 (RC 3118/2012) lo resume diciendo «... *De ahí que constituya también constante doctrina de esta Sala que, en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil... Por tanto, seguido un pleito penal por los mismos hechos, este subsiste, como impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil en el orden correspondiente, hasta que no alcance firmeza la sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento libre o provisional y, por tanto, de archivo, una vez notificada al perjudicado, esté o no personado en las actuaciones».*

Nótese que la sentencia además de reafirmar jurisprudencia constante y consolidada sobre la notificación correcta de la sentencia penal firme, se pronuncia sobre la incidencia de la personación en el procedimiento penal, pues el *dies a quo* del plazo prescriptivo de la acción civil por responsabilidad extracontractual arranca también para el no personado en el mismo.

También se han generado dudas sobre si el inicio de un proceso penal suspende o interrumpe el plazo de prescripción, rechazándose por la jurisprudencia que el plazo se pueda “suspender” pues ésta sólo tiene cabida cuando alguna norma específica así lo establezca; en este sentido la STS 3-11-2010 (RC 2117/2006 P. XIOL RIOS) en su FD cuarto «*Interrupción del cómputo del plazo de prescripción. Deben rechazarse las alegaciones de los recurrentes referidas a la suspensión -y no interrupción- del plazo de prescripción. Conforme reiterada jurisprudencia, si el tiempo de prescripción de la acción civil ya hubiera iniciado su cómputo en el momento en el que se promueve la acción penal, como sucede en el presente litigio, ésta interrumpe el cómputo (SSTS de 26 de junio de 1969, 9 de marzo y 3 de octubre de 2006). La suspensión del plazo de prescripción solo se produce cuando alguna norma específica así lo ha establecido (STS de 12 de junio de 1997, RC n.º 2121/1993), lo que no sucede en el presente caso».*

Así pues el proceso penal interrumpe pero no suspende el plazo de prescripción.

No obstante siendo doctrina general del TS la de la “notificación correcta de la resolución firme” éste ha declarado que determinadas actuaciones o hechos posteriores a esa notificación no producen efectos interruptivos del plazo prescriptivo iniciado tal como la providencia posterior de archivo de los autos y la declaración de insolvencia del interesado. Desde la perspectiva contraria hay que tener presente que el criterio de fijación del *dies a quo* sustentado en la notificación tiene excepciones en cuya virtud el cómputo debe iniciarse en un momento posterior: cuando la terminación del proceso se produce sin que se haya dado el alta médica al perjudicado o bien en accidentes de circulación en los que deba emitirse el auto ejecutivo o auto de cuantía máxima previsto en el art. 13 del RDL 8/2004, de 29 de octubre⁴⁸ Respecto al auto ejecutivo, el TS aclara que si este no se dicta por el Juez (por las razones que fueren) el *dies a quo* del plazo de prescripción debe computarse conforme a la regla general de la notificación de la resolución judicial firme, por lo que no se puede argumentar una pretendida obligación del Juez a su dictado con el argumento de que éste sea imprescindible para conocer el daño y su valor económico pues las cantidades que figuran en el mismo son la cantidad líquida máxima que puede reclamarse y por tanto en ningún caso vinculantes, quedando abierta para el perjudicado el juicio declarativo correspondiente en caso de disconformidad. En definitiva, si una vez notificada la sentencia absolutoria o auto de archivo firme el perjudicado espera más de un año en la confianza de que el auto de cuantía máxima interrumpirá el plazo de prescripción y este no se dicta, la acción habrá prescrito porque en este caso el *dies a quo* será el de la notificación de la sentencia o auto dichos. Se recoge en STS 2-4-2014 (RC 608/2012) que cita a la STS 23-3-2006 (RC 3181/1999)⁴⁹.

7. El *dies ad quem*⁵⁰: terminación del plazo

El plazo de prescripción es de naturaleza civil (sustantivo) aunque venga señalado por una norma contenida en normas de otra naturaleza (procesal, administrativa, laboral, tributaria, etc...) por lo que para su cómputo se siguen las

⁴⁸ REGLERO en Op “Jurisprudencia Civil...” Cit. Pág. 4161

⁴⁹ MAGRO SERVET “Guía Práctica sobre Responsabilidad Civil”-2015, Pág. 310 y ss

⁵⁰ Siendo consciente de que este epígrafe se aparta del objeto del trabajo me permito la digresión por el interés procesal del mismo y su relación “extensiva” con el *dies a quo*.

formalista que responde a un criterio restrictivo del acceso al proceso, lo que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Aunque reconoce que, en principio, el cómputo de los plazos procesales es una cuestión de legalidad ordinaria (SSTC 245/1993 y 274/1993), ello no obsta a que este Tribunal deba examinar si la aplicación e interpretación de la misma realizada por los órganos judiciales ha lesionado los derechos fundamentales y, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva. A este respecto, la redacción del art. 1.969 del C.C. no deja lugar a la duda cuando afirma que el plazo para el ejercicio de las acciones se contará “desde el día en que pudieron ejercitarse”, y no se puede ejercitar un derecho si se desconoce su existencia».

La mayoría del Pleno después de examinar los tres requisitos de relevancia constitucional desde la perspectiva de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) concluyó que no había habido vulneración del derecho fundamental.

El voto particular, ya citado, que formulan los tres magistrados disidentes (**VICENTE GIMENO SENDRA, ENRIQUE RUIZ VADILLO y MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA**) en el que conviene detenerse, es de una extraordinaria contundencia y discrepancia que se detalla en que (negrita mía) «la novedosa tesis de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, conforme a la cual el cómputo del *dies a quo* del plazo de prescripción de un año del art. 40.3 LRJAE a partir del día de la publicación de la Sentencia cumple con las exigencias del derecho a la tutela; **en nuestra opinión, constituye una interpretación irrazonable del art. 1.969 del CC que comporta una violación de dicho derecho fundamental.** (...) A diferencia del sentir de la mayoría de este Tribunal, nosotros entendemos que, a los efectos de determinar el cómputo de cualquier plazo procesal (y, a diferencia de la caducidad, lo es siempre el de prescripción), hay que partir del día de la notificación de la Sentencia, momento a partir del cual las partes pueden reaccionar contra ella mediante los medios de impugnación previstos por el ordenamiento.

Al hacer coincidir la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. dicho *dies a quo* con el de la publicación de la Sentencia, **ocasiona un grave atentado, no sólo a la seguridad jurídica, sino al propio derecho a la tutela**, ya que, siendo así que la publicación precede siempre a la notificación y nunca al revés, de secundar este criterio, la determinación del cómputo de los plazos procesales queda al arbitrio del pro-

pio órgano jurisdiccional que dicta la resolución, **sin garantía alguna del justiciable.**

Nos encontramos, pues, ante una peligrosa doctrina (por todo lo que de inseguridad jurídica genera para las partes) que, de ser extendida al cómputo de los plazos para la interposición de los medios de impugnación, puede hacer frustrar el también derecho fundamental a los recursos.(...) resulta igualmente manifiesto que esta doctrina, eufemísticamente denominada de la *actio non nata* (de la *actio necata*, más bien diríamos nosotros), surge en dicha Sala del T.S. en el año 1990 y es aplicada retroactivamente a la publicación de una Sentencia, de 4 de Julio de 1987, fecha en la que regía la para nosotros correcta doctrina procesal, según la cual los efectos de la cosa juzgada han de surgir desde el día de la notificación de la Sentencia a las partes (...). Lo que aquí se discute no es, como cree la Sentencia de la mayoría, si el plazo de un año del antiguo art. 40.3 LRJAE es lo suficientemente generoso para evitar situaciones de indefensión, sino la corrección de la interpretación efectuada por el órgano judicial del **dies a quo** para el cómputo de dicho plazo, interpretación que, cuando menos, ha de ser calificada como irrazonable. Si se tiene en cuenta que las normas que rigen los plazos procesales son de orden público, que la parte interesada es dueña de ejercitar el acto de postulación cualquier día siempre que se encuentre dentro del mismo, **y que la modificación de las reglas determinantes de su cómputo incide en el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9 CE)**, forzoso se hace concluir en que no nos encontramos ante un mero problema de interpretación de la legalidad ordinaria (cuyo monopolio corresponde al TS), sino ante una interpretación irrazonable de un requisito procesal que ha impedido un examen jurisdiccional del fondo de la pretensión resarcitoria, lo que, a nuestro parecer, conculca ese derecho de configuración legal que es el de tutela judicial efectiva, **que no se satisface con cualquier resolución formalmente razonada, sino con aquella que dé respuesta a la relación jurídico material debatida** o, como dispone el propio art. 24.1, que proteja “los derechos e intereses legítimos”.

El voto particular se resume perfectamente en su último párrafo diciendo «Una pseudo-publicación, como mero componente de una liturgia forense esotérica, en la que las partes están ausentes, no puede ser el acto requerido por nuestra Constitución para posibilitar el derecho a la tutela judicial efectiva o a los recursos».

El TEDH, con cita expresa de este voto particular en el apartado nº 34 de la sentencia citada, entendió que la interpretación de la sentencia del TC era una interpretación no razonable de un requisito de procedimiento que impidió el examen de la cuestión de fondo relativa a la reclamación sobre responsabilidad patrimonial, es decir, el TEDH confirma su doctrina anterior de que la prescripción pueda funcionar de tal modo que vulnere o imposibilite la esencia del derecho de acceso, contraviniéndolo, es decir, sin que el ciudadano perjudicado haya tenido la posibilidad efectiva de su ejercicio, algo que **MARÍN LÓPEZ**⁵³ relaciona directamente con la forma en que se ha de entender e interpretar el art. 1969 CC diciendo que « para que el derecho de acceso al proceso quede a salvo, “el día en que pudieron ejercitarse” las acciones del art. 1969 es el día en que el titular del derecho está en condiciones objetivas y subjetivas de poder ejercitarlo, esto es, el día en que el titular de la pretensión conoce (o debe haber conocido los hechos que fundamentan la acción y la identidad del reclamado, y existe una posibilidad real de ejercicio (no hay fuerza mayor que lo impida)».

El Tribunal Supremo acogió esta doctrina desde sus sentencias de 21-3-2000 y 18-4-2000, doctrina que se puede considerar consolidada.

No obstante conviene tener presente y no confundir con la “publicación” de la sentencia en el correspondiente periódico oficial cuando ello es requerido, como es el caso de la declaración de nulidad por los Tribunales de una norma de carácter general con incidencia por tanto “erga omnes” y por tanto también para aquellos perjudicados por la anulación de la norma que no han sido parte en el procedimiento judicial que la ha llevado a efecto. A este respecto la STS 20-7-2015 Rc 1369/2013 de la Sala Tercera (Sección sexta) determina precisamente como inicio del “dies a quo” en la acción de responsabilidad patrimonial en estos casos el día de la publicación de la sentencia en el periódico oficial correspondiente diciendo “... la Sala de instancia es consciente de que la recurrente no fue parte en el recurso contencioso administrativo nº 277/2.004 , en el que recae, adquiriendo firmeza, la sentencia de 8 de octubre de 2007. Precisamente porque no fue parte y no le fue notificada la sentencia difiere el inicio del plazo prescriptivo al día de su publicación en el Diario Oficial de Cataluña en el entendimiento de que con la publicación

tiene constancia del fallo y de los efectos lesivos que tal fallo origina. Por ello mal puede aceptarse el argumento de que los artículos 142.4 de la Ley 30/1.992 y 4.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 429/1.993 no son de aplicación al caso.(...) Recordemos que los artículos 72.2 y 107.2 de la Ley Jurisdiccional supeditan la eficacia «erga omnes» de las sentencias firmes anulatorias de una disposición general a la publicación de su fallo y de los preceptos anulados...”.

9. Consideración final

Dentro de la responsabilidad civil, en los daños corporales, al tener los bienes lesionados un valor especial (la vida y la integridad física) deben ser objeto de una tutela judicial especialmente efectiva de acuerdo al art. 24.1 CE.

Es verdad que bastantes problemas sobre el *dies a quo* acabarían si el legislador introdujera plazos de preclusión o de duración máxima del ejercicio de la acción, o de suspensión hasta, asunto más complicado, en el caso de daños corporales, pero lo cierto es que a esta fecha no los tenemos. Otro tanto, en este sentido sucedería si el legislador regulara la suspensión de la prescripción más allá de situaciones excepcionales, ante la imposibilidad real del ejercicio de la acción, tal como pide **MARÍN LÓPEZ MJ**, en que lo adecuado sería que el legislador, en una segunda fase (ya que en esta primera reforma que se contempla en el Proyecto de Ley de reforma de la LEC, no dice nada al respecto) modificara el art. 1969 CC para dar cabida al criterio subjetivo del conocimiento del perjudicado como un requisito del *dies a quo* por la vía de configurar este “conocimiento” como una causa de suspensión del plazo de prescripción, porque tal como dice el interprete constitucional (por si acaso sirve de inspiración al legislador) “no corresponde al Tribunal Constitucional determinar cuál sea la interpretación preferible cuando son posibles -dentro de la Constitución- distintas interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria, y entre ellas pueda identificarse alguna que acaso hubiera respondido más plenamente a los valores incorporados a los derechos fundamentales u otros preceptos constitucionales” (STC 37/2012, FJ 12).

Parece que todo el mundo está de acuerdo en la necesaria adaptación de la regulación actual de la responsabilidad civil a la realidad social y económica del siglo XXI (todos menos quien debe hacerlo, el Legislador) a pesar de que algunos de esos cambios pueden ver la

⁵³ “La Prescripción...” Cit. Pág. 135

luz próximamente como el nuevo Baremo que indemniza los daños de accidentes de circulación, aprobado recientemente en el Senado, y que incorpora en su extenso articulado una regulación sobre el lucro cesante acorde a lo que las Salas Primera y Cuarta venían pidiendo en sus últimas sentencias, manifestación a su vez de lo que las diferentes Asociaciones y juristas tenían expresado.

Por otro lado, no faltan autores que opinan que mientras el derecho positivo sea el que es, el principio de seguridad jurídica y el imprescindible rigor técnico abocan a una necesaria labor de contención de los Tribunales en la interpretación “*favor lesi*” en el ámbito de lo que **DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ Y ARANA DE LA FUENTE** llaman el “Desbordamiento del Derecho de Daños”.

En mi opinión, el regate largo, debe de venir por una interpretación acorde con los postulados del art. 24.1 CE tal como hace la STS citada de las secuelas de estabilización aparente.

Respecto al *dies a quo* en los daños personales de momento le toca al Tribunal Supremo resolver la papeleta, cosa que digo por el caso de los afectados por la talidomida, y la SAP de Madrid de 13-10-2014, Sección 14 (RC 85/2014) muy comentada por los autores, que en su fallo revocó la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por AVITE, ASOCIACIÓN VÍCTIMAS DE LA TALIDOMIDA EN ESPAÑA, contra GRÜNENTHAL PHARMA, S.A., absolviendo a la demandada al entender la Sala que las acciones ejercitadas por AVITE habían de entenderse prescritas.

El TS, pues la sentencia se recurrió en casación, ha debido considerar que el asunto no debe estar claro en principio (el informe del Fiscal no considera que haya habido prescripción) pues la sección de la Sala Primera llamada a resolver ha resuelto a finales de junio pasado avocar el conocimiento del recurso al Pleno de la Sala que ha fijado el próximo día 23 de septiembre para ello, sin duda la importancia del asunto lo merece: el *dies a quo* en los daños corporales.

Es claro que esta sentencia de la AP de Madrid acoge la doctrina jurisprudencial que tiende a apreciar la prescripción desde el “asa” de la seguridad jurídica, cueste lo que cueste y el claro contraste, ¿contradicción? que se da con la sentencia del Juzgado que resolvió en apelación: El Juzgado apreció que «Lo re-



levante en este caso es la determinación del momento inicial para que la prescripción inicie sus efectos. No existe duda cuando las consecuencias dañosas se producen y agotan de modo unívoco e inmediato pero en los casos en los que la aparición o consumación del daño se dilata a lo largo del tiempo o en los que solo es posible conocer con exactitud su dimen-



sión cuando ha pasado tiempo, la cuestión es más imprecisa y a la resolución de estos casos obedece la doctrina de los daños continuados destacada por la parte demandante. (...) Esto implica que, a pesar del tiempo transcurrido desde los hechos, en la actualidad no se tiene un conocimiento cierto, cabal, seguro, exacto y absolutamente definitivo sobre el alcance de

las lesiones y secuelas producidas por la talidomida, es decir, los daños derivados de su ingesta no están plena y absolutamente determinados ni consolidados, por lo que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial descrita anteriormente, la acción rectora del procedimiento no puede considerarse prescrita». JPI N° 90 DE MADRID Procedimiento: Ordinario. Autos n° 217/12. SENTENCIA 19-11-2013.

La AP de Madrid resolvió que «Aunque por las partes se incide especialmente en la distinción entre daños continuados (parte actora-apelada) y daños permanentes (parte demandada-apelante), esta Sala entiende que más importante es determinar cuándo, en qué momento, por los perjudicados pudieron ejercitarse las acciones (teoría de la viabilidad) (...) se matiza que esto es así «cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida». Esta Sala entiende que nos encontramos en un supuesto en el que debe aplicarse esta doctrina jurisprudencial, (...) se trata de secuelas que ya podían ser determinadas en el momento del nacimiento, pues es en ese momento cuando se determina el alcance invalidante de las mismas (SSTS 22-7-08 y 3-12-07, con cita en ambas de otras muchas) y se trata de defectos permanentes (STS 2 abril 2014 recurso 608/2012)».

PARRA LUCAN⁵⁴, en base al criterio general del art. 1969 en juego con la “mala fe” de la demandada, opina que «hay argumentos para defender que solo a partir del reconocimiento de la condición de talidomídico puede considerarse que comenzó la posibilidad real de ejercer la acción de responsabilidad (art. 1969 CC) y, entonces, por todos los daños. Este enfoque me parece preferible porque se ajusta a la falta de información y a la imposibilidad de las víctimas de haber iniciado un pleito con anterioridad. En todo caso, dada la conducta deliberadamente ocultista de la demandada, debería ser ella quien acreditara, para cada víctima concreta, que el *dies a quo* comenzó en un momento anterior».

Es posible que jurídicamente estos dos criterios mantenidos en las sentencias y, en general, en la propia jurisprudencia del TS no sean contradictorios, pero sí lo son los resultados que provocan. De ahí la necesidad de que resuelva el Pleno de la Sala.

⁵⁴ En “La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida” Revista CESCO de Derecho y Consumo n° 8 de 2013. Pág. 13 del Artículo, disponible texto completo en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/410>

BIBLIOGRAFÍA

- COBO OLVERA T., El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Ed. Bosch-2014.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ R., en Tratado de Responsabilidad Civil, Civitas, 1993.
- DE MONTAIGNE MICHEL, «Ensayos completos- Cátedra 5ª Ed. 2010»
- DE OTTO I., en Derecho Constitucional-Sistema de Fuentes. Ariel Derecho, 1987.
- DIEZ-PICAZO Y ARANA DE LA FUENTE, “El Desbordamiento del Derecho de Daños” 2009.
- DILME ROS, “Ley de Ordenación de la Edificación” 2011.
- ELÍAS DÍAZ, “Curso de Filosofía del Derecho”, 1998.
- EDGARDO LÓPEZ HERRERA, en “Introducción a la Responsabilidad Civil” en: www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf
- GARCÍA GARNICA MC., en “La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos” ORTÍ VALLEJO y GARCÍA GARNICA directores; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA coordinador. 2ª Ed., 2015. Cap. 6.
- GARCÍA SANZ FJ., en PRACTICUM DAÑOS -2015, Coordinadores A. SOLER PRESAS y P. DEL OLMO GARCÍA; Thomson Reuters Aranzadi.
- GIMENO SENDRA V., «Introducción al Derecho Procesal-V.- Colex 7ª Ed»
- GÓMEZ LIGÜERRE G., “El remedio indemnizatorio en el derecho español” Cap. 12, en InDret 3ª Edición, 2014. SALVADOR CODERCH P. Editor y Fundador
- LACRUZ, REBULLIDA, ECHEVERRÍA Y RIVERO, Elementos de Derecho Civil II, V. Primero, 1985.
- LASARTE ÁLVAREZ C., en “Derecho de Obligaciones” 11ª Edición.
- MAGRO SERVET V., “Guía Práctica sobre Responsabilidad Civil” La Ley, 2015.
- MARÍN LÓPEZ MJ. Y OTROS, “La Prescripción Extintiva” en Ponencia “El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el dies a quo del plazo de prescripción”, 2014.
- MARTINEZ NIETO, coordinador, “Derecho de la Circulación”, 2014.
- MÉJICA GARCÍA y BOBES GARCÍA, “Las Bajas Laborales para Profesionales Sanitarios-Consideraciones médico-legales y respuesta de los Tribunales, 2013
- MELÓN MUÑOZ, director, “Memento Práctico Procesal Penal -2014”
- MONTERO AROCA J. Y OTROS, Derecho Jurisdiccional II-Proceso Civil. 20 Edición... Tirant lo Blanch.
- OSSORIO SERRANO JM., “Lecciones de Derecho de Daños”, 2011.
- PARRA LUCÁN MA., “La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida” en: <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/410>
- PASCUAU LIAÑO M., en “Jurisprudencia Civil Comentada”, Tomo III, 2ª Edición, Artículos 1930 a 1939. Dirección PASCUAU LIAÑO M., Coordinación ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS.
- PEÑA LÓPEZ F., “El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación” en InDret Octubre, 2011.
- REGLERO CAMPOS L.F., “Tratado de Responsabilidad Civil” Aranzadi, 2006.
- REGLERO CAMPOS L.F., en “Jurisprudencia Civil Comentada”-Tomo III, 2ª Edición, Artículos 1961 a 1975. Dirección PASCUAU LIAÑO M., Coordinación ALBIEZ DOHRMANN y LÓPEZ FRÍAS.
- RODRIGUEZ MARÍN C., en “La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos” ORTÍ VALLEJO y GARCÍA GARNICA directores; ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA coordinador. Segunda edición, 2015. Capítulo 7.
- ROMERO RÓDENAS, “El accidente de Trabajo en la Práctica Judicial”, 2015
- SÁNCHEZ CALERO Y OTROS, Curso de Derecho Civil II, 5ª edición. Coordinador Sánchez Calero, 2008.

REVISTAS

- REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL. Nº 50, 2014. J. López y García de la Serrana Dr.
- EL REMEDIO INDEMNIZATORIO EN EL DERECHO ESPAÑOL DE DAÑOS. 2014. Pablo Salvador Coderch, editor.
- REVISTA CESCO DE DERECHO DE CONSUMO Nº 8-2013. Universidad de Castilla-La Mancha.

El derecho de repetición del asegurador. Supuestos generales previstos en el TRLRCSVM y en el contrato de seguro*



Carmen Reyes Vargas

Abogada

Departamento de Seguros de HispaCOlex

Sumario

I. Introducción

II. Naturaleza jurídica y aspectos generales del derecho de repetición

- II.1 Concepto, naturaleza y regulación básica
- II.2 Diferenciación del derecho de repetición de otras figuras análogas: el derecho de subrogación y la acción de reembolso

III. El derecho de repetición en el ámbito del seguro de circulación de vehículos a motor

- III.1 Consideraciones generales
- III.2 Análisis de las causas de repetición del asegurador
 - III.2.1 Acción de repetición por daños causados dolosamente
 - A) En el ámbito del seguro de responsabilidad civil. Aspectos generales
 - B) La oponibilidad del dolo en el ámbito de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor. El principio de inasegurabilidad del dolo en el ámbito del tránsito motorizado
 - C) La oponibilidad del dolo al tercero perjudicado cuando concurre la existencia de un seguro voluntario
 - III.2.2. Acción de repetición por la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas, tóxicos o estupefacientes
 - III.2.3. Acción de repetición frente al tercero responsable
 - III.2.4 Acción de repetición contra el tomador del seguro o asegurado por causas previstas en la ley 50/1980, de contrato de seguro. Redacción según el antiguo y el nuevo apartado c) del artículo 10 de la LRCSCVM. Mención especial al derecho de repetición para los supuestos de conducción por menores de 25 años
 - III.2.5 En cualquier otro supuesto en que proceda la repetición con arreglo a las leyes

IV. El plazo de prescripción

V. Conclusiones

* Este trabajo se ha realizado con la supervisión y dirección de mi maestro y tutor, Javier López García de la Serrana, a quien agradezco su paciencia, gran profesionalidad, dedicación y sobre todo, la confianza que siempre ha depositado en mí.

I. Introducción

A través de este trabajo intentaremos ofrecer una guía práctica que nos permita identificar, así como comprender el alcance y las vicisitudes que en el día a día nos encontramos a la hora de ejercitar o defendernos frente al ejercicio de la acción directa de la aseguradora. En primer lugar, analizaremos en términos generales el derecho de repetición derivado de la acción directa –origen y causa directa de la acción de repetición–, diferenciándola de dos figuras jurídicas que a pesar de tener una naturaleza jurídica muy similar, a la vez representan dos acciones de origen y con unas consecuencias prácticas muy diferentes.

Pero sin duda, el principal objetivo de este estudio es intentar determinar de forma clara y concisa aspectos claves que hay que tener en consideración en la práctica jurídica sobre el derecho de repetición en el ámbito del Seguro de Responsabilidad Civil en la Circulación de Vehículos a motor, como son: los principales supuestos que dan derecho a la aseguradora a ejercitar la acción de repetición, así como cualquiera otro que pudiera derivarse de la interpretación de las leyes. En este sentido, haremos especial mención a las últimas novedades jurisprudenciales sobre todo en tres supuestos: daños causados dolosamente, conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de consumo de estupefacientes, y por aquellas causas previstas en el propio contrato de seguro.

II.- Naturaleza jurídica y aspectos generales del derecho de repetición

II.1 Concepto, naturaleza y regulación básica

Para entender el significado, alcance y naturaleza de la acción de repetición en el ámbito del seguro de Responsabilidad Civil, hemos de partir de otra acción regulada en el artículo 76 de la LCS, y que supone el origen y la causa del derecho de repetición. Hablamos de la acción directa reconocida al perjudicado para dirigir su pretensión resarcitoria contra la Compañía aseguradora o frente al Consorcio de Compensación de Seguros, en su caso, cuya finalidad no es otra que otorgar al perjudicado una protección máxima de sus intereses y derechos, lo que justifica la ruptura del principio que limita los efectos del contrato de seguro a los propios contratantes¹.

En virtud de la acción directa del perjudicado, la aseguradora deberá hacerse cargo del

siniestro, sin que pueda oponerle al perjudicado las excepciones personales que tuviera frente al asegurado, ostentando así un derecho autónomo, sustantivo y personal.

Si bien, lo anterior no supone que el derecho del perjudicado sea absoluto ni inmune a cualquier excepción que pudiera alegar el asegurador, sino que la propia Ley establece la posibilidad de que éste se oponga a la reclamación del asegurado, regulando, aunque sea de forma parcial, aquellas excepciones oponibles frente al tercero perjudicado: la culpa exclusiva de la víctima –que supone la posibilidad de oponerse frente a la reclamación del asegurado ante la ausencia de uno los presupuestos básicos de la responsabilidad extracontractual, esto es, la ausencia de responsabilidad del asegurado, siendo el único causante de los daños el propio perjudicado–, y las excepciones personales que tiene contra éste, destacando el pago hecho por el asegurador, o por el propio asegurado².

Cabría añadir otras causas de oposición objetivas como son: la inexistencia de contrato de seguro, la inexistencia del siniestro, la nulidad del contrato o la prescripción de la acción.

Pero además de estas excepciones a las que podría denominarse propias, la doctrina, en virtud de las interpretaciones jurisprudenciales al respecto ha considerado otras impropias oponibles por la aseguradora, refiriéndose principalmente a las derivadas de la propia extensión objetiva del contrato de seguro, siendo de gran relevancia el trabajo realizado por Juan Jose Hurtado Yelo³, en el que concluye al respecto, tras un análisis de la jurisprudencia al respecto que “sí son oponibles por la compañía

² En este sentido ver comentario de **LÓPEZ GARCÍA DE LA SE-RRANA, J.** a la STS, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2015, publicado en la Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, editada por INESE (abril de 2015), bajo el título “Excepciones oponibles frente a la acción directa del tercero perjudicado: Extinción del derecho por pago del asegurado”. Concluye el autor “(...) Y es que si bien es cierto que, que dicho precepto declara la inmunidad del tercero perjudicado a las excepciones que existan entre asegurador y asegurado, dicha prohibición cesará en beneficio de aquellas excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación, lo que se traduce en este caso, en la posibilidad de oponer al reclamante la extinción del derecho, al haber sido indemnizado por el asegurado de forma extrajudicial pese a tratarse de un pacto confidencial, puesto de que debe primar la consecuencia jurídica que del mismo se deriva”.

³ **HURTADO YELO, J.J.:** “La defensa de la Compañía de Seguros ante la reclamación del perjudicado. Las denominadas excepciones impropias”, publicado en la Revista de Derecho de la Circulación el 1 de septiembre de 2013.

¹ STS de 3 julio de 1981 (RJ 1981, 3135)

frente la acción directa, las denominadas “excepciones impropias”, por las que la compañía de seguros no está obligada a satisfacer daños que exceden de los riesgos pactados en el contrato de seguro. Se trata de excepciones que exceden del régimen previsto en el art. 76 LCS, sino que derivan de la propia naturaleza y contenido del contrato de seguro”.

Sentado lo anterior, podemos concluir que el derecho de repetición de la aseguradora frente al asegurado vendrá determinado principalmente –sin perjuicio de las previstas en la Ley– por las obligaciones asumidas por este en virtud de las excepciones no oponibles frente al tercero perjudicado, como son los daños causados dolosamente por el perjudicado, la inexistencia o agravación en la declaración del riesgo del asegurado, el impago de la prima, la falta o retraso de la comunicación del siniestro, entre otras.

En definitiva, en virtud de la acción directa, el perjudicado deberá ser indemnizado por parte de la aseguradora, incluso cuando el asegurado estando en la misma posición no hubiera estado legitimado a ello, por lo que el derecho de ejercitar la acción directa no nace del contrato de seguro sino que es autónomo. Ahora bien, la existencia de dicho contrato con el perjudicado es presupuesto básico para ejercitar dicha acción. Este derecho autónomo o propio es o la esencia del derecho de repetición, y aquello que en la práctica jurídica nos hará diferenciarlo de otras figuras análogas como veremos expondremos a continuación.

II.2 Diferenciación del derecho repetición de otras figuras análogas: el derecho de subrogación y la acción de reembolso

Como ya adelantábamos en el epígrafe anterior, para poder entender la naturaleza jurídica y el verdadero significado de la acción de repetición, hemos de diferenciarlo de otras figuras muy similares, que nacen del mismo hecho –el pago de la indemnización por parte del asegurador–, pero que derivan de presupuestos diferentes y conllevan distintas consecuencias jurídicas.

En concreto, la acción de subrogación regulada en el artículo 43 de la LCS, a diferencia de la de repetición –que representa una acción independiente y autónoma de origen legal–, es una acción netamente indemnizatoria, de origen contractual, y en aplicación específica de los mecanismos ordinarios de la subrogación, lo que significa que automáticamente, y salvo

que se produzcan los efectos de la confusión, el asegurador se sitúa en idéntica posición que su asegurado, pudiendo ejercitar la misma acción que correspondía a éste, y debiendo soportar las mismas excepciones que pudieran oponérsele⁴.

Es decir, cuando la aseguradora reclama al responsable la indemnización abonada a su asegurado, en virtud del contrato de seguro suscrito entre ambos, esta acción de subrogación reviste la misma naturaleza y régimen que la que tenía con el asegurado, gozando por lo tanto el asegurador de los mismos privilegios, garantías y derechos accesorios que gozaba el asegurado. Diferenciándose por tanto, de la acción de repetición, la cual representa una acción que viene concedida de forma legal, y es totalmente autónoma e independiente de la que pudiera tener el perjudicado.

Esta distinción es de gran relevancia en la práctica, dado que las consecuencias jurídicas de aplicar una y otra son muy distintas, sobre todo en cuanto al plazo de prescripción se refiere. Y es que como veremos en el apartado dedicado al efecto, mientras que a la acción de subrogación le será aplicable el plazo de prescripción derivado de la naturaleza del crédito subrogado, la acción de repetición está sujeta a un plazo con una regulación específica.

Por último, es preciso diferenciar esta acción de repetición de la acción de reembolso prevista para el seguro de caución regulado en el artículo 68 de la LCS, en virtud del cual, el asegurador se obliga frente al asegurado a indemnizarlo a título de resarcimiento para el supuesto de que el tomador incumpla con sus obligaciones legales o contractuales, dentro de los límites establecidos en la Ley. En dicho precepto se prevé igualmente en su último inciso que “todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

En virtud de ese inciso, el tomador asume la obligación de reembolsar al asegurador lo pagado por éste, en términos similares a la acción que corresponde al fiador frente al obligado principal, por lo que se trata de un derecho propio atribuido ope legis, pero que no está limitado por las excepciones personales que el tomador pudiera oponer frente al asegurado.

⁴ LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.: El Derecho de Repetición del Asegurador, publicado en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, Año 2006, Número 5.

III. El derecho de repetición en el ámbito del seguro de circulación de vehículos a motor

III.1. Consideraciones Generales

La facultad de repetición de las aseguradoras aparece regulada en el artículo 10 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor⁵, dicho precepto establece que el asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir: a) contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; b) contra el tercero responsable de los daños; c) contra el tomador del seguro o asegurado, por las causas previstas en el Ley del Contrato de Seguro, y, conforme a lo previsto en el contrato, en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir; y d) en cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes.

Hemos de señalar que hasta la redacción actual del referido artículo 10 se han producido dos modificaciones importantes, la primera respecto de la redacción anterior del artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1301/1986⁶, en la que se introducen las siguientes novedades que han tenido una gran repercusión en la práctica jurídica y han sido objeto de estudio y de un gran debate por la Jurisprudencia:

1. La incorporación con el apartado a) del artículo 10 del TRLRCSVM de un supuesto de repetición específico: la acción de regreso contra el conductor del vehículo causante, su propietario y su asegurado, en caso de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o

drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

2. La incorporación de un plazo específico de prescripción de un año, así como la fijación del criterio para iniciar el cómputo del plazo “contado a partir de la fecha en que se hizo el pago del perjudicado”, que representa además una de las grandes diferencias con la acción de subrogación del artículo 43 de la LCS.

Otra de las grandes novedades que representa la redacción actual del artículo 10 del TRLRCSVM, fue introducida por el apartado nueve del artículo primero de la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modificaba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, en la que se modifica el apartado c) del artículo 10, suprimiendo la posibilidad de repetir contra el asegurado por “causas derivadas del contrato de seguro”. Dicho inciso permitía que a través del SOA se incluyeran otras causas de exclusión de cobertura, si bien, no podrían ser opuestas al perjudicado, y tampoco funcionaban como cláusulas legales de exclusión, de modo que estaban sometidas al régimen del art. 3 LCS⁷.

Esta reforma limita en definitiva la posibilidad de repetir frente al asegurado por las causas previstas en el propio contrato, salvo en los casos de carencia del permiso de conducir del conductor causante del siniestro.

III.2 Análisis de las causas de repetición del asegurador

III.2.1 Acción de repetición por daños causados dolosamente.

A) En el ámbito del Seguro de Responsabilidad Civil. Aspectos generales

Hemos de partir del contenido del artículo 19 de la LCS, por el que se establece que “el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”. Dicho precepto habrá de conjugarse con la regla especial del artículo 76 de la LCS, ya analizado. En este sentido, la doctrina de la Sala

⁵ Real Decreto Legislativo 8/2004, que da cumplimiento al mandato conferido al Gobierno por la disposición final primera de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre (RCL 2003 2600), de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de Seguros Privados.

⁶ Artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, por el que se adapta el Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor al Ordenamiento Jurídico Comunitario: “El asegurador, una vez efectuado el pago, podrá repetir: a) Contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, en el caso de que el daño fuese debido a la conducta dolosa de éstos o a otros motivos de exclusión imputables a ellos. b) Contra el “tercero responsable de los daños. c) Contra el tomador o asegurado por causas derivadas del contrato de seguro. d) En cualquier otro supuesto en que también proceda la repetición con arreglo a las leyes”.

⁷ “El seguro del automóvil”, actualizado por ABEL VEIGA COPO, capítulo incluido en la tercera edición del libro Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro, editado por Aranzadi en 2013.

de lo Penal del Tribunal Supremo⁸ (STS núm. 1137/1998, de 4 de diciembre, 17 de octubre de 2000, 22 de junio de 2001, 11 de marzo de 2002, 127/2004, de 2 de febrero, 384/2004, de 22 de marzo, y 22 de junio de 2005, entre otras), resultando trascendente la STS, Sala de lo Penal, Sentencia 588/2014 de 25 de julio de 2014, Rec. 2287/2013, ha establecido que lo que viene a excluir el artículo 19 de la LCS es que el asegurador esté obligado a indemnizar al asegurado por un siniestro ocasionado por él de mala fe, pero no impide que el asegurador garantice la responsabilidad civil correspondiente frente a los terceros perjudicados.

Es por ello que, para hacer compatible esta garantía con el principio de inasegurabilidad del propio dolo, la norma legal introduce este razonable equilibrio de intereses: el asegurador responde en todo caso frente al tercero perjudicado, pero con el derecho a repetir del asegurado en caso de dolo. No tendría sentido establecer legalmente la posibilidad de repetir frente al asegurado, si no fuera precisamente porque en dichos supuestos, el asegurador tiene la obligación de indemnizar al perjudicado⁹.

En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas sentencias sobre la responsabilidad de la aseguradora frente al perjudicado, incluso en supuestos dolosos. Debemos de destacar en este sentido la **Sentencia dictada por la Sala de lo Penal del TS, 365/3013, de 20 de marzo** en la que se recoge la siguiente doctrina:

“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que

⁸ STS núm. 1137/1998, de 4 de diciembre, 17 de octubre de 2000, 22 de junio de 2001, 11 de marzo de 2002, 127/2004, de 2 de febrero, 384/2004, de 22 de marzo, y 22 de junio de 2005, entre otras.

⁹ STS, Sala de lo Penal, Sentencia 588/2014 de 25 de julio de 2014, Rec. 2287/2013. Por la que se analizan las consecuencias para la aseguradora de la responsabilidad civil profesional de una procuradora quien es condenada por un delito de apropiación indebida en el ejercicio de sus funciones. Establece la Sala que en el presente caso no puede aplicarse el principio de inasegurabilidad del dolo -por no tratarse de un hecho derivado de la circulación-, así como la preeminencia de la norma especial recogida en el artículo 76 de la LCS sobre la regla general de artículo 19 LCS, -por la que expresamente se regula la obligación de la aseguradora de responder frente al tercero perjudicado cuando se trata de un seguro de responsabilidad civil, a pesar de que se trate de un hecho doloso, sin perjuicio de la acción de repetición de la aseguradora con el asegurado-. Esta resolución cuenta con un voto particular muy interesante de. Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

Se desprenden inequívocamente tres premisas:

- i) El tercero perjudicado tiene acción directa frente a la aseguradora también cuando hay una actuación dolosa.*
- ii) La aseguradora no puede oponer frente a la pretensión del perjudicado la exceptio doli.*
- iii) Sí tiene derecho para repetir contra el asegurado”.*

B) La oponibilidad del dolo en el ámbito de la responsabilidad civil en la Circulación de Vehículos a Motor. El principio de inasegurabilidad del dolo en el ámbito del tránsito motorizado.

Una vez analizado la doctrina sentada por nuestro Alto Tribunal respecto a la asegurabilidad del dolo en el ámbito de la responsabilidad civil general, y sobre la preeminencia de la regla especial del artículo 76 LCS frente a la regla general del artículo 19 LCS, ahora nos centramos en la cuestión regulada en el ámbito del tránsito motorizado habida cuenta que el artículo 1.4 del TRL-RCSCVM y 2.3 del Reglamento dejan fuera del ámbito de cobertura del seguro obligatorio la utilización del vehículo como instrumento para cometer un delito. Por lo que resulta preciso poder conciliar el derecho de repetición con la exclusión de la utilización del vehículo a motor como instrumento para la comisión de delitos dolosos.

En este sentido, podemos decir que hay un antes y un después a partir del **Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 24 de abril de 2007 y de la STS, de la Sala de lo Penal de 8 de mayo de 2007.**

Durante muchos años ésta fue una cuestión que mantuvo dividida a la doctrina, habida cuenta la contradicción entre lo previsto en el artículo 19 y el 76 de la Ley de Contrato de Seguro, a lo que habría que añadir la inseguridad que planteaba el concepto de *“hecho de la circulación”*. Ante ese problema, resultó fundamental el Pleno

no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 14 de diciembre de 1994, en el que se resolvió que “*hecho de la circulación*”, no implicaba una distinción entre “*accidente doloso, culpable o fortuito*”, por lo que el dolo del asegurado no debía de exonerar de responsabilidad a la aseguradora. Asimismo, la STS de 12 de noviembre de 1994 establecía que “*una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas y otra muy distinta es que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del conductor*”, por lo que en estos casos “*el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcir del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable*”, lo que conllevaría en última instancia a que la posible insolvencia del asegurado lo afrontaría el asegurado desde la perspectiva de las primas de seguro.

Existe una resolución judicial de estos años que resulta especialmente relevante, tanto por lo particular del supuesto que plantea y la solución adoptada por la Sala de lo Penal, así como por el voto particular. Nos referimos a la sentencia de 29 de mayo de 1997¹⁰, por la que nuestro Alto Tribunal casando la resolución de la Audiencia Provincial de Córdoba, condena a la aseguradora bajo la siguiente premisa “*la no cobertura del dolo es precisamente lo que le da derecho a repetir: es una falta de cobertura -se ha dicho- que sólo juega inter partes, pero que no juega frente al perjudicado. No es que el dolo se pueda asegurar, sino que la no asegurabilidad de los comportamientos dolosos solamente despliega sus efectos entre las partes del seguro*”¹¹.

¹⁰ En esta sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1997 (El derecho 3181), aborda el supuesto siguiente: el imputado toma su vehículo y se dirige a una verbena, y a la salida, lo pone en marcha con las luces de posición para pasar inadvertido, y arremete contra la víctima -con quien le unía una fuerte enemistad- que caminaba por el borde de la carretera, y contra su ocupante, resultando el primero de ellos fallecido y el segundo con grandes lesiones. La Audiencia Provincial de Córdoba condenó al procesado como autor de un delito de asesinato consumado y otro frustrado, y al pago en concepto de responsabilidad civil de treinta millones de pesetas. La sentencia, sin embargo, absuelve a la aseguradora. La perjudicada recurre en casación ante la Sala Segunda del TS, denunciando la infracción del artículo 76 de la LCS, entendiendo que la Aseguradora debía hacerse cargo del pago. En efecto, la Sala resuelve casando la sentencia de la Audiencia, contando con el Voto Particular de dos de los cinco Magistrados que la componían

¹¹ VER artículo de **IZQUIERDO TOLSADA, M.**, sobre “*Daños causados intencionadamente y seguro de responsabilidad civil: las modificaciones legislativas y la anunciada desobediencia del tribunal supremo*”, publicado en la Revista cuatrimestral de ICADE, mayo-agosto 2007, ISSN: 02 12-7377.



En definitiva, esta sentencia suponía la declaración de responsabilidad de la aseguradora frente al tercero, incluso en el supuesto de acto doloso cometido por su asegurado, en la forma de dolo directo.

Como decíamos, fue de gran trascendencia para la doctrina, ya que supuso en gran parte una división de opiniones, sobre si habría que diferenciar el dolo directo, dolo eventual o culpa lata, a la hora de ejercitar la acción directa contra la aseguradora, siendo de especial relevancia al



respecto el Voto Particular de los Excelentísimos señores **SOTO NIETO**¹², y por adhesión, **MANZANARES SAMANIEGO**, quienes dando otra interpretación so-

¹² Ver numerosos trabajos realizados por el autor sobre los hechos dolosos y la cobertura en el seguro de responsabilidad civil, entre los que cabe destacar “Daños dolosamente causados en la circulación de vehículos de motor. Polémica sobre su cobertura”, ponencia que fue expuesta en el Congreso Constituyente de la Asociación Española Especializada en Responsabilidad Civil y Seguro, así como en el artículo Daños originados por actuación dolosa del asegurado, publicado en el Diario La Ley, ISSN 1989-6913, entre muchos otros

bre las consecuencias del derecho de repetición de la aseguradora, defienden que: el perjudicado o sus herederos han sido convenientemente indemnizados por el asegurador, pero después se descubre que el daño fue causado dolosamente. Y es ahora cuando puede el asegurador recuperar lo pagado: no es propiamente un acción derivada de lo indebido (si así fuera, a quien se exigiría la devolución es a quien cobró), sino del propio contrato de seguro: el asegurador ha tenido que pagar por aquello que no se encuentra cubierto por la póliza, y después se inician, por ejemplo, unas diligencias penales y se descubre que el individuo utilizó el vehículo, no para trasladarse, sino para matar (...).

A raíz de esta sentencia, y de algunas otras que seguían la misma sintonía, y a pesar del Voto Particular y de las posiciones contradictorias de la doctrina al respecto, hubo cierta unanimidad en la jurisprudencia a la hora de condenar como responsables civiles a las compañías aseguradoras, aún cuando se trata de un delito cometido con el uso de un vehículo a motor.

Impulsados por el compromiso internacional alcanzado de armonizar la normativa de los Estados miembros en la materia, a partir del año 2000, se fueron introduciendo una serie de reformas legales¹³, en concreto, el art. 1.4 de la LRCSCVM, reformado por la Ley 14/2000, el art. 1.1 de la Ley 30/1995, los artículos 3 y 9 del Reglamento del Seguro Obligatorio, y del RD Legislativo de 29 de octubre de 2004. En concreto, nos quedamos con la reforma más relevante contemplada en el artículo 1.1 del RD 8/2004, de 29 de octubre (introducida por la Ley 14/2000) que darían lugar a dejar fuera de la cobertura aseguradora los hechos dolosos ocasionados por los conductores de vehículos a motor.

No obstante, no fue hasta abril de 2007, y tras un cúmulo de sentencias¹⁴ que promulga-

¹³ Nos referimos al art. 1.4 de la LRCSCVM, reformado por la Ley 14/2000, el art. 1.1 de la Ley 30/1995, los artículos 3 y 9 del Reglamento del Seguro Obligatorio, y del RD Legislativo de 29 de octubre de 2004. En concreto, nos quedamos con la reforma más relevante contemplada en el artículo 1.1 del RD 8/2004, de 29 de octubre (introducida por la Ley 14/2000) que establece: “1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación (...). 4. Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes”.

¹⁴ VER artículo de **BADILLO ARIAS, J.A.**, sobre ‘El dolo y la culpa en el contrato de seguro’, publicado en la Revista de la Aso-

ban la doctrina de los plenos no jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1994 y de 6 de marzo de 1997 y a pesar de lo que algunos autores han denominado “la desobediencia del Tribunal Supremo”¹⁵, cuando se estimó procedente celebrar un nuevo pleno que acogiera toda esa novedad normativa. El resultado de dicho Pleno de 14 de abril de 2007 fue recogido en la Sentencia de fecha 427/2007, de 8 de mayo de 2007¹⁶, de la Sala de lo Penal de TS, donde se establece lo siguiente:

“No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor”, con lo que se viene a eliminar la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera “una acción totalmente extraña a la circulación” como se había mantenido hasta el momento por la jurisprudencia de esta Sala.

Esta sentencia, viene a clarificar en gran parte la cuestión sobre la asegurabilidad del dolo, por lo menos en el ámbito del seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor, dejando fuera del ámbito de cobertura los daños directos intencionados (dolo directo de primer grado), cuando se haya utilizado el vehículo como instrumento para cometer el delito, eliminando aquella exigencia de que el hecho constituyera una acción totalmente ajena y extraña al tránsito motorizado. Esto es, a raíz de este acuerdo, se han dictado posteriormente numerosas sentencias, que utilizando argumentos similares a la indicada tras el acuerdo de la Sala, consideran, en general, que no responde el seguro concertado cuando el vehículo es el ins-

trumento directamente buscado para causar el daño personal o material.

ciación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, donde se realiza un amplio estudio de la línea jurisprudencial desde los referidos acuerdos no jurisdiccionales del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1994 y 6 de marzo de 1997, hasta el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de fecha 24 de abril de 2007.

¹⁵ IZQUIERDO TOLSADA, “Daños causados intencionadamente y seguro de responsabilidad civil: las modificaciones legislativas (...)”, ya citado.

¹⁶ El hecho enjuiciado en esta sentencia es el siguiente: En la gasolinera donde se encontraban el acusado había amenazado con una martillo a la víctima (un taxista), tras mantener una discusión, puso en marcha su furgoneta y a gran velocidad condujo marcha atrás atropellando al taxista, produciéndole unas graves lesiones. La Sala decide en virtud de esta nueva línea jurisprudencial que se trata de un supuesto excluir de la cobertura del Seguro Obligatorio de Automóvil al tratarse de un hecho delictivo cometido con dolo directo, y usando para ello directamente el vehículo.

trumento directamente buscado para causar el daño personal o material.

C) La oponibilidad del dolo al tercero perjudicado cuando concurre la existencia de un seguro voluntario

Como hemos visto, el cambio legislativo y jurisprudencial a partir del Acuerdo no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, supone que ni el dolo eventual ni la culpa lata puedan ser oponibles al tercero perjudicado, excluyendo en todo caso de cobertura las lesiones ocasionados dolosamente (dolo directo), o lo que es lo mismo, se excluirá la cobertura frente al tercero perjudicado cuando el vehículo haya sido utilizado como instrumento para causar, con dolo directo, el daño.

Cuando parecía que la controversia estaba más o menos solventada entró en juego el seguro voluntario, y el conflicto sobre si las conclusiones alcanzadas por el acuerdo, eran extrapolables al mismo. En este sentido, la jurisprudencia volvió a dar un cambio a raíz de la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 338/2011 de 16 Abr. 2011, Rec. 10972/2010**, en la que se abre nuevamente la polémica, al establecer que a la hora de aplicar el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2007, lo decisivo es la determinación del concepto de “hecho de la circulación”, que a estos efectos “no es identificable con todo suceso relacionado con la circulación de un vehículo, o con una acción realizada aprovechando que el vehículo es un objeto que circula”. Y apostilla que “quedarán incluidos los casos en los que, circulando un vehículo se cree un peligro no autorizado que después llega a concretarse en un daño o lesión, pero no será considerado hecho de la circulación el empleo del vehículo como instrumento, con dolo directo, encaminado a la causación del daño”. Y también incide en que ese nuevo acuerdo eliminó la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera “una acción totalmente extraña a la circulación” como se había mantenido hasta el momento por la jurisprudencia de esta Sala”.

Parecía que lo anterior era suficiente para excluir la responsabilidad de la aseguradora, ya que se estaba ante un supuesto en que el vehículo es utilizado como instrumento para causar con dolo directo las lesiones que sufrieron los peatones atropellados, en concreto, el supuesto de hecho analizaba la actuación del acusado cuando circulando con su vehículo por la vía pública, decidió introducirse por una calle peatonal, a cuya entrada había dos maceteros,

y dirigir a continuación el automóvil contra los peatones que transitaban por la vía pública, a los que fue embistiendo con dolo directo de lesionarlos y dolo cuando menos eventual de causarles la muerte. No obstante, continúa la sentencia concluye lo siguiente:

“Tratándose de riesgos cubiertos por seguro voluntario frente a terceros perjudicados, esta Sala tiene establecido que ni se excluye la responsabilidad por actos dolosos del asegurado, dentro de los límites de cobertura pactados, ni el asegurador puede hacer uso de las excepciones que le corresponderían frente a este último”.

Parece desprenderse de este criterio judicial, que a pesar de haber establecido que se excluirá de responsabilidad a la aseguradora cuando el hecho se haya consumado utilizando el vehículo como instrumento para cometer el delito, al no constituir por tanto un hecho de la circulación, se viene a establecer precisamente lo contrario, esto es, que a pesar de no constituir un hecho de la circulación, si debe ser asumido cuando existe un seguro voluntario.

Esta línea jurisprudencial, ha originado muchas opiniones contradictorias, la primera de ellas dentro de la misma Sala, ya que la misma cuenta con dos votos particulares, aunque sólo el realizado por el Excmo. Sr **JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN** resulta de gran relevancia según mi entender. Parte de la idea de que la cuestión es más sencilla ya que únicamente habría de circunscribirse a determinar si nos hallamos o no ante un *“hecho de la circulación”*. Entiende además, que la contradicción de la sentencia es aún mayor considerando que *“tradicionalmente no se cuestionaba la existencia de razones fundadas para excluir de responsabilidad a una de las clases de aseguramiento, la voluntaria, sorprende, cuando menos, el que tras excluirse también la otra (la obligatoria), precisamente por considerar que la conducta lesiva dolosa no es “hecho de la circulación” (riesgo asegurado), se advierte que la que desde siempre se excluyó ahora sí que debe generar responsabilidad para la correspondiente Aseguradora”*. Y continúa el Voto diciendo que: *“Máxime cuando, desde un principio dijimos, todo se resume a determinar si el hecho productor de daño es, o no, un siniestro amparado dentro de la cobertura del seguro del automóvil, tanto de carácter Obligatorio como Voluntario, es decir, si se trata de un “hecho de la circulación”*.

En definitiva, lo que se plantea es que si la conducta dolosa (al menos en su forma de dolo

directo) no ha de ser considerada *“hecho de la circulación”*, ese carácter lo ostenta a todos los efectos, quedando siempre fuera del Seguro del Automóvil, cualquiera que fuera su clase.

Para concluir este estudio, vamos a hacer referencia a una última sentencia, que a pesar de no enjuiciarse un supuesto de seguro de automóvil, sino un seguro de responsabilidad profesional, entendemos que es de gran relevancia nuevamente por la conflictividad generada por su Voto Particular. Nos referimos a la **Sentencia de la Sala de lo Penal, núm. 588/2014 de 25 julio**, en la que se discute si el seguro de responsabilidad civil de la procuradora condenada por apropiación indebida debe resarcir al perjudicado, a pesar de tratarse de un hecho doloso. En este caso la Sala desestima el recurso de la aseguradora al entender, en primer lugar, que el Acuerdo invocado por ésta de fecha 17 de abril de 2007 del Pleno, no es aplicable al caso enjuiciado pues no se trata de un supuesto de responsabilidad civil derivada de un hecho de la circulación, sino ante un supuesto de responsabilidad civil profesional. Y en segundo lugar, considera que el hecho enjuiciado sí que forma parte del objeto del seguro de responsabilidad civil: *“El sentido del seguro de responsabilidad civil profesional, máxime cuando se contrata por el propio Colegio Profesional al que pertenece el asegurado, es precisamente dotar a las actividades desempeñadas por los profesionales de la Procura de una garantía eficiente de responsabilidad frente a terceros, de modo que quienes contraten a estos profesionales, y les confíen sus intereses patrimoniales, cuenten con la seguridad de que serán económicamente resarcidos en caso de pérdidas derivadas directamente de una mala praxis profesional, negligente o voluntaria.*

Por ello se incluyen expresamente en la cobertura objetiva del contrato tanto la responsabilidad civil derivada de daños negligentes (errores) como voluntarios (faltas), responsabilidad que en ambos casos puede ser reclamada directamente al asegurador por el perjudicado (art 76 LCS (RCL 1980, 2295)), sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que el daño o perjuicio causado al tercero sea debido a conducta dolosa del asegurado, acción directa que es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado”.

Esta sentencia cuenta nuevamente con un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. **JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN**, sobre el que nos gustaría llamar la atención.

Mediante dicho voto particular se lanza por el ponente la siguiente cuestión en términos generales: **¿El principio general de la inasegurabilidad del dolo debería restringirse al resarcimiento del propio asegurado por las consecuencias derivadas de su actuar?** Pero igualmente, y centrándose en el caso enjuiciado, y a pesar de no tratarse de un supuesto de seguro obligatorio de automóvil, lanza nuevamente la misma cuestión que en los casos anteriores: ¿la actividad productora del perjuicio se encuentra cubierta por la correspondiente póliza o si, por el contrario, es tan ajena a la misma como lo serían unos daños causados por inundación para un seguro de incendios? **Concluye de esta forma el Voto Particular**, centrando por tanto el debate en el riesgo asumido por la póliza que en el propio debate de la asegurabilidad del dolo: *“Y afirmar que la apropiación indebida cometida por la recurrente es un riesgo asumido por la Aseguradora de la póliza de responsabilidad civil contratada por el Colegio de Procuradores, me parece un exceso contrario a Derecho, dicho sea con todos los respetos para la opinión de mis compañeros que, además, constituyen mayoría.*

Ello máxime cuando, al tratarse de un seguro voluntario, las cláusulas contractuales, fuente de obligación para la parte, excluyen expresamente los hechos dolosos del ámbito de lo asegurado, sin que puedan existir a mi juicio razones de índole “socializador” o metajurídico que permitan extender a supuestos distintos las concretas obligaciones voluntariamente contraídas por las partes, ni aún en sus efectos frente a terceros. En tal sentido, como ya hemos tenido oportunidad de reiterar en ocasiones anteriores, la acción directa y prohibición de excepcionar frente al perjudicado por el evento, contenidas en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295), requieren como elemento previo inexcusable el que el siniestro en el que los perjuicios se han producido se encuentre amparado por el contrato”.

Y es que efectivamente, si hemos establecido que la jurisprudencia y la doctrina vienen acogiendo unas denominadas excepciones impropias como pueden ser las derivadas de la propia naturaleza del contrato de seguro, y en concreto, aquellas que exceden de los riesgos pactados, podría resultar contradictorio, como sostiene el ponente, que en el presente caso de responsabilidad civil profesional, o cualquier otro, y sobre todo muy especialmente cuando nos referíamos al ámbito del tránsito motorizado, la aseguradora deba responder por unos riesgos que no estén comprendidos en el contrato de seguro.

III.2.2. Acción de repetición por la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas, tóxicos o estupefacientes

El asegurador podrá repetir, una vez satisfecha la indemnización en virtud del apartado a) del Artículo 10.1 del TRLRCSM contra el *“conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuere debido...a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”.*

Esta incorporación se introduce tras muchos años de una gran discusión y controversia entre la doctrina y la jurisprudencia menor, entre las que se encontraban tres tesis:

- a) Los daños causados por conductor en estado embriaguez se encuentran fuera de la cobertura del SOA, y por tanto, eran oponibles frente a los terceros perjudicados.
- b) La exclusión de cobertura tiene validez entre asegurador y asegurado, pero no es oponible frente al tercero perjudicado
- c) Para que la exclusión sea efectiva, la embriaguez del conductor había de ser causa directa o determinante en la producción del evento dañoso.

Resultó determinante para el cambio legislativo, la STJCE (Sala 5ª), de 28 de marzo de 1996, que interpretando la Directiva 72/166/CEE determinó que no podrá excluirse estos daños de la cobertura del seguro obligatorio, consagrando igualmente el derecho de repetición del asegurador contra el asegurado por la recuperación de tales sumas abonadas. Esto sirvió al legislador español para redactar el artículo 7 de la LRCSCVM (actual art. 10) y establecer el derecho de repetición a favor de la aseguradora en estos supuestos, extendiendo también dicha facultad a los supuestos de conducción bajo la influencia de drogas, tóxicos o estupefacientes.

Pues bien, aunque a partir de entonces resultó bastante claro el derecho de repetición de la aseguradora en estos supuestos contra el conductor del vehículo asegurado, causante del siniestro, hay dos supuestos que han generado en los últimos años bastantes dudas, y que serán objeto de estudio en este epígrafe. Nos referimos al derecho de repetición frente al propietario del vehículo y el asegurado no conductores, así como los efectos de dicha exclusión en el ámbito del seguro voluntario.

Empezaremos por el último supuesto, es decir, la **posibilidad de repetir en el ámbito del seguro voluntario**, es decir, está claro que en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 y 10 de la LRCSCVM la aseguradora podrá repetir lo abonado con cargo al Seguro Obligatorio, tratándose por tanto de una facultad ex lege, si bien, en el ámbito del seguro voluntario han existido en los últimos años en la jurisprudencia menor dos posiciones opuestas. La primera corriente jurisprudencial consideraba que siempre que haya un seguro voluntario, la facultad de la aseguradora nace del contrato, y por tanto, al tratarse de un cláusula limitativa de derechos, para ser oponible frente al perjudicado, tiene que venir expresamente aceptada de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 de la LCS. La segunda doctrina jurisprudencial entiende que esta facultad de repetición en el ámbito del seguro voluntario también nace “ex lege”, como en el seguro obligatorio.

Si bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha zanjado la cuestión mediante las sentencias de fechas 12 de febrero de 2009, 25 de marzo de 2009, y principalmente la de 5 de noviembre de 2010, que se decantan por considerar que la acción de repetición en el ámbito de del seguro voluntario, no lo es “ex lege”, sino que lo es derivada del contrato.

Previamente a entrar a estudiar dicha jurisprudencia vamos a plantearnos una cuestión intermedia, considerando y aceptando que se trata de una facultad derivada del contrato, por lo que para poder hacer efectivo dicho derecho de repetición habrá de excluirse en el contrato la cobertura de los hechos ocasionados bajo los efectos del alcohol y otras sustancias tóxicas, la siguiente cuestión a analizar es si dicha exclusión debe tener consideración de clausula delimitadora o limitativa de derechos.

En este sentido, durante muchos años la doctrina y la jurisprudencia se ha decantado, considerando las consecuencias tan lamentables y graves que ocasiona dicha actuación en las carreteras, en considerar que dicha exclusión no puede suponer en ningún caso una limitación de los derechos del asegurado. A esto se refiere **JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**¹⁷ cuando establece que no existe derecho subjetivo alguno que, derivado del contrato de seguro, permita conductor en estado de embriaguez, y que pueda ser limitado por la redacción más o menos afortunada de una cláusula contractual.

Lo que existe es un deber jurídico de no hacerlo en esas condiciones, protegido por la norma del art. 379 del CP, por la exclusión legal de cobertura y consiguiente derecho legal de repetición del art. 10 del la LRLRCSCVM, y por las cláusulas contractuales de exclusión de cobertura dentro del seguro voluntario, que no son más que la sanción contractual por incumplimiento, ocasionado por actos culpable e imputables al asegurado que infringen prohibiciones contractuales.

No obstante, lo anterior, esta no es la línea seguida por el Tribunal Supremo, en concreto, cabe destacar como decíamos anteriormente, la sentencia de la Sala de lo Civil, nº 698/2010 de 5 Nov. 2010 en la que se establece que en el caso de seguro voluntario, será preciso para poder ejercitar el derecho de repetición del asegurador, que se haya pactado dicha exclusión expresamente con los requisitos establecidos en el artículo 3 de LCS, al entender que se trata de una cláusula limitativa: *“Por tanto, al no haber sido debidamente excluido del aseguramiento voluntario el riesgo de conducción alcohólica o bajo la influencia de drogas, y desconocerse por el asegurado tanto su, pretendida de contrario, falta de cobertura, como que el asegurador se reservaba el derecho a repetir contra él, las consecuencias de todo ello deben recaer en la aseguradora, con la consiguiente desestimación de la demanda reconvenzional”*.

En el mismo sentido se ha seguido pronunciando la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, destacando la dictada por Excmo. Ponente Sr. Arroyo Fiestas, quien además de confirmar la doctrina anterior, **se pronuncia sobre otro aspecto que ha sido igualmente objeto de discusión, Sentencia del TS nº 876/2011 de 15 Dic. 2011 (más reciente la Sentencia del TS nº 663/2015, de 17 de noviembre de 2015), eso es, si debe de asimilarse la conducción bajo los efectos del alcohol a la mala fe del artículo 19 de la LCS, estableciéndose lo siguiente al respecto:**

“Esta Sala viene declarando que no puede equipararse embriaguez en la conducción y mala fe, pues no toda situación de riesgo es equiparable al dolo y de hecho en vía penal se suele calificar como homicidio imprudente, como ocurrió en este caso.

En la STS de 7 de julio de 2006 (LA LEY 110227/2006), rec. núm. 4218/1999 y 22 de Diciembre del 2008 (LA LEY 235218/2008) rec. 1555/2003 , se resuelve una cuestión similar a la aquí planteada declarando que admitir que,

¹⁷ **LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.**, en su artículo “El derecho de Repetición del Asegurador”.

por principio, todo resultado derivado de una conducta tipificada como delictiva, aunque se trate de figuras de riesgo, no puede ser objeto de aseguramiento (dado que la exclusión de los supuestos de mala fe del asegurado responde a razones de moralidad del contrato ligadas a la licitud de su causa) no es compatible, desde el punto de vista lógico-formal, con el principio de libre autonomía de la voluntad que rige en esta materia contractual.

Sobre la segunda cuestión planteada, esto es, sobre la posibilidad que tiene la aseguradora de dirigirse frente al propietario del vehículo y el asegurado no conductor, parece que no puede haber duda atendiendo al tenor literal del precepto, salvo en los supuestos en los que el accidente se haya producido estando el vehículo “fuera de control” del propietario (esto es, hurto y hurto de uso), en cuyo caso únicamente podrá dirigirse contra el conductor del vehículo. Si bien, existe una opinión doctrinal y jurisprudencial al respecto que considera que no siempre podrá imputarse al propietario y asegurado, sino únicamente cuando el estado de embriaguez les sea imputable o cuando hubieran permitido la circulación conociendo su estado. En definitiva, como concluye al respecto **VEIGA COPO**¹⁸, el derecho de repetición del asegurador contra el propietario del vehículo y el asegurado está sometido a una imputación culpable en los términos expresados.

En este sentido, se ha pronunciado recientemente nuestro Alto Tribunal en la Sentencia de la Sala de lo Civil de 16 de febrero de 2011¹⁹, que confirmando la doctrina anteriormente, y en virtud de la misma, condena tanto al padre propietario del vehículo y tomador de la póliza como al hijo, conductor del vehículo, al considerar que había consentimiento expreso del padre en circular con el referido vehículo en dichas circunstancias, o por lo menos no hizo nada para evitarlo.

¹⁸ **VEIGA COPO**, en el capítulo “El seguro del automóvil”, ya cit.. En relación con la SAP de Cuenca de 13 de febrero 1997, en la que se hizo extensible ese derecho con el propietario del vehículo, padre del conductor sobre la referencia del art. 1903 CC”.

¹⁹ STS de lo Civil, 86/2011 de 16 Feb. 2011, Rec. 1299/2006, ponente Excmo. Sr. **J. A. Xiol Ríos**, donde se analiza una acción de repetición ejercitada por la aseguradora frente conductor del vehículo asegurado, quien había sido condenado como autor responsable de un delito contra la seguridad del tráfico en concurso con dos faltas de lesiones por imprudencia graves tras declararse penalmente probado que conducía el vehículo con conocimiento y autorización de su padre, propietario y tomador de la póliza, y bajo los efectos de una ingestión alcohólica precedente que le mermaba su aptitud para el manejo del mismo.



Pero esta sentencia además, entra a responder otra cuestión: ¿la firma del asegurado de las cláusulas limitativas afecta al conductor responsable y viceversa? Parece que del contenido literal de esta sentencia podría deducirse que sí. Y ello, por cuanto que en este asunto la causa de oposición del padre (tomador y propietario del vehículo), era que él no había firmado el clausulado, sino que fue su hijo el que como conductor habitual firmó la póliza. De esta manera, lo hecho por el hijo vincula al padre, que a través del primero fue en todo momento conocedor de la cláusula incorporada al contrato por la que se excluía el riesgo de conducción bajo la influencia del alcohol, y ninguna controversia suscitó al respecto antes de suceder el siniestro, por lo que si hasta el momento se había aprovechado de las ventajas de tener asegurado un vehículo de su propiedad más allá de los límites del seguro obligatorio, no podrá negarse a soportar las consecuencias de lo que no es sino obligaciones derivadas del contenido de la póliza y del propio aseguramiento voluntario.



III.2.3. Acción de repetición frente al tercero responsable

Establece el artículo 10.1.b) que una vez satisfecha la indemnización, el asegurador podrá repetir “contra el tercero responsable de los daños”. Por tanto, deberemos de considerar a estos efectos qué debe de considerarse por “tercero”, habiéndose considerado como tal, tanto por la doctrina general y la jurisprudencia “toda persona cuya responsabilidad civil no se encuentre amparada por el seguro obligatorio del vehículo causante de los daños, incluyendo su aseguradora²⁰. Por tanto, la acción de repetición por esta causa no podrá ser dirigida contra el conductor ni contra el propietario, ni contra el tomador del seguro y el asegurado, a pesar de que sean responsables del accidente.

²⁰ STS, Sala de lo Civil de 11 de octubre de 1999 (RJ 1999,7423). En este caso se estima la acción de repetición de la aseguradora frente al empleado, frente al taller y su aseguradora, al haberse producido el siniestro cuando el empleado del taller probaba el vehículo

En virtud de lo anterior, debemos considerar tercero a estos efectos a otros conductores que hayan intervenido de forma decisiva en la causación del siniestro, pudiendo repetir frente a los mismos y su aseguradora en la proporción que hayan participado cada uno de ellos, según lo previsto en el artículo 19.2, párr. 1º del Reglamento del SOA.

III.2.4. Acción de repetición contra el tomador del seguro o asegurado por causas previstas en la Ley 50/1980, de contrato de seguro. Redacción según el antiguo y el nuevo apartado c) del artículo 10 de la LRCSCVM. Mención especial a al derecho de repetición para los supuestos de conducción por menores de 25 años

Establece el apartado c) del artículo 10 de la LRCVCSM que igualmente el asegurador podrá repetir “*Contra el tomador del seguro o asegurado, por las causas previstas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y, conforme a lo previsto en el contrato, en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir*”²¹.

Este apartado lo vamos a estudiar desde dos perspectivas, en primer lugar, analizaremos las consecuencias jurídicas de este precepto considerando la redacción antigua del mismo, anterior a la reforma introducida por la Ley 21/2007 y posteriormente, teniendo en cuenta la referida modificación, así como la jurisprudencia más reciente que ha analizado dicha cuestión.

Como decimos, la letra c) del artículo 10 hacía referencia a la posibilidad del asegurador de repetir contra el tomador y asegurado “*por las causas previstas en la Ley 50/1980, de contrato de seguro y en el propio contrato de seguro*”, por lo que daba lugar a que las pólizas contengan otras causas de exclusión de cobertura distintas a las anteriormente mencionada, y que si bien, quedaban sometidas al régimen del artículo 3 de la LCS, suponía que el asegurador pudiera introducir como posible causa de repetición aquellas causas que estimara conveniente en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, como podrían ser: la conducción del vehículo careciendo del permiso de conducir, o con el permiso caducado, por

²¹ Redacción introducida por el apartado nueve del artículo primero de la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el R.D. Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el R.D. Legislativo 6/2004, de 29 de octubre

aquellos menores de cierta edad o que no tuvieran una mínima experiencia con el carnet de conducir, la circulación con el vehículo a motor sin disponer de las obligaciones legales de orden técnicas (ITV), etc.

Estas prácticas aseguradoras son las que hicieron necesaria desde el punto de vista del legislador abolir este tipo de cláusulas que, aunque entraban en contradicción con lo dispuesto en el artículo 19 de la LCS, que permite repetir cuando haya mediado dolo del asegurado, creaban una gran inseguridad jurídica y cierta confusión en los Tribunales. De esta forma, con la reforma introducida se pretendía eliminar la posibilidad de que el asegurador pudiera repetir frente al asegurado por otra causa distinta a las expresamente pactadas en el artículo 10 de la LRCSCVM.

No obstante, debemos de decir que durante un tiempo esto no ha sido así, por cuanto que a pesar de dicha reforma y de haber eliminado expresamente la posibilidad de repetir frente al asegurado por aquellos supuestos previstos en el propio contrato, dichas cláusulas seguían introduciéndose en la mayoría de pólizas, sobre todo, las relativas a la facultad de ejercitar la acción de repetición en el caso que de el vehículo fuera conducido por un menor de cierta edad (normalmente 25-26 años), o por aquel que no tuviera un mínimo de experiencia (normalmente 2 años de carnet de conducir). Pero es que para mayor abundamiento, durante muchos años este tipo de acciones han prosperado en los Tribunales²².

²² Entre otras: ST Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19ª, Sentencia 98/2009 de 25 Feb. 2009, Rec. 475/2008, por la que se estima "la repetición por los gastos de la actora-apelante a consecuencia del siniestro, al reconocerse su legitimación activa para ejercer la correspondiente acción no sólo contra el tomador de la póliza, sino también contra el conductor y responsable de los daños, que es a la vez asegurado. No puede cuestionarse tal facultad de la aseguradora por el hecho alegado por el codemandado-apelante de que no hiciese reserva al respecto al efectuar el pago, puesto que el ejercicio del derecho de repetición deriva, como se ha razonado, tanto de la ley como del propio contrato de seguro, a partir del hecho acreditado del abono de la cantidad reclamada", así como la ST Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia 371/2012 de 27 Jun. 2012, Rec. 364/2012, por la que se resuelve un supuesto en el que expresamente se había pactado la posibilidad de aplicar por parte de la aseguradora la regla proporcional o bien, el derecho de repetición, estimando en este caso el recurso de apelación al entender que: "En el caso no se ha aportado el cuestionario, pero la póliza, como ha quedado dicho, expresaba claramente la identificación del conductor y mencionaba en el mismo apartado la circunstancia de la exigencia de comunicación previa del manejo del vehículo por otro conductor. Nos parece hecho notorio que la conducción por un menor de 25 años o por personas con menos de 1 año de carné supone un incremento del riesgo que ha de incidir en la determinación de la prima".





En este sentido, podemos decir que ha marcado un antes y un después la ST de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 20 de noviembre de 2014, ponente el Excmo. Sr. **ANTONIO SALAS CARCELLER**, supuesto en el que nos encontramos nuevamente con una demanda interpuesta por una aseguradora reclamando las cantidades abonadas en virtud de la póliza de responsabilidad civil frente a un tercero perjudicado, en atención a la cláusula prevista en la póliza por la que quedaba excluida la cobertura para conductores menores de veintiséis años que no aparecieran declarados en la misma. Dicha demanda fue desestimada en primera instancia, al considerar el Juzgador “a quo” que la citada cláusula debía de considerarse abusiva, no obstante, la Audiencia Provincial estimar el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora, al considerar que en modo alguno podría considerarse como abusiva, por cuanto que estaba redactada de forma clara y resultaba perfectamente lícita, además de venir expresamente resaltada y aceptada en las condiciones particulares de la póliza.

No obstante, la Sala Primera del Tribunal Supremo zanja la cuestión acogiendo expresamente al tenor literal del apartado c) del artículo de la LRCRSVM, tras la reforma mencionada, al estimar resolver lo siguiente: *“Pues bien, como consecuencia, el artículo 10 en su apartado c), autoriza la repetición «contra el tomador del seguro o asegurado, por las causas previstas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LA LEY 1957/1980), y, conforme a lo previsto en el contrato, en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir». Es decir que, legalmente, se limita la posibilidad de pacto sobre repetición al supuesto de conducción del vehículo por quien carezca de permiso de conducir, de modo que fuera de tal caso sólo cabe la repetición en los supuestos previstos por la ley, no alcanzando los supuestos legalmente previstos al caso de conducción por persona no autorizada según el contrato que sea menor de veintiséis años, como aquí sucede”*.

Pues bien, aunque finalmente se haya zanjado esta cuestión estableciendo que dichas cláusulas aún cuando estén expresamente aceptadas por el asegurado no podrán ser alegadas y tenidas en cuenta a la hora de poder repetir contra aquel en virtud del tenor literal del artículo 10 c) del Texto Refundido, consideramos que acudiendo igualmente al tenor literal del referido artículo, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Hubiera corrido la misma suerte la reclamación del asegurador, si se hubiera plan-

teado en virtud del artículo 10, 11 y 12 de la LCS (dependiendo del supuesto), relativo a la inexactitud de la declaración del riesgo realizada por el asegurado, o por una agravación del mismo no declarada?

No debemos olvidar que el apartado c) del artículo 10 establece que el asegurador podrá repetir por las causas previstas en la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro. Por lo que como consecuencia de la derivación a las normas de la LCS en las que se estipula la posibilidad o facultad del asegurador a resolver o rescindir el contrato o en aquellos supuestos en los que expresamente se libere de pago al asegurador, consideramos que cabría la **posibilidad de establecer la posibilidad de repetir frente al asegurado, en los siguientes supuestos.**

En concreto, nos referimos a los siguientes supuestos:

- a) El artículo 10 de la LCS de contrato de seguro libera de pago al asegurador cuando el asegurado no haya cumplido con su obligación de declarar todas las circunstancias conocidas que pudieran influir en la valoración del riesgo, siempre que dicha omisión se haya realizado mediando dolo o culpa grave del asegurado, en caso contrario, se deberá de aplicar la regla proporcional.

Es decir, nos encontramos con dos posibles acciones de repetición del asegurador de la cantidad abonada al perjudicado, cuando haya habido inexactitud del riesgo declarado por éste (el caso más típico sería el relativo al ya analizado sobre los menores de cierta de edad o sin experiencia), diferenciando si ha mediado dolo o culpa grave por parte del asegurador en la ocultación del riesgo, pudiendo repetir frente al asegurado íntegramente el importe abonado, o en el caso contrario, se podrá reclamar la cantidad que proporcionalmente hubiera incrementado la prima la aseguradora si hubiera conocido el verdadero riesgo asegurado (lo que se denomina la regla de la equidad).

- b) Igualmente se podría desprender de los artículos 11 y 12 de la LCS, con relación a los supuestos de agravación del riesgo no declarado de conformidad con lo previsto legalmente.

- c) En los supuestos de impago de primas, a lo que dedicaremos el siguiente apartado.
- d) Cuando el asegurado incumpla lo que se denomina, el deber de salvamento previsto en el artículo 17 de la LCS, diferenciando en este caso al igual que en los apartados anteriores, si ese incumplimiento se hizo con la manifiesta intención de perjudicar al asegurador, éste quedaría liberado de la prestación derivada del siniestro, por lo que cabría repetir el 100 por 100 de la indemnización abonada. O bien, si no pudiera acreditarse dicha intencionalidad, podrá reclamar una parte de lo abonado.

En definitiva, partiendo de la existencia de otras circunstancias que legalmente dan lugar a la posibilidad de eximir, aunque sea parcialmente, a la aseguradora de tener que abonar la prestación del asegurador, debemos de considerar por tanto, en virtud de la posibilidad que otorga el apartado c) del referido artículo 10 en relación con lo previsto en la Ley de Contrato de Seguro (y no, como se venía haciendo hasta ahora, en virtud de lo pactado en el contrato), la posibilidad de repetir (aunque sea de forma parcial), las cantidades abonadas al tercero perjudicado. No obstante, es difícil encontrar sentencias en este sentido después de la ST de 20 de noviembre de la Sala de lo Civil, la cual por su trascendencia, ha tenido un efecto disuasorio para las compañías aseguradoras a interponer reclamaciones judiciales por estos supuestos.

III.2.5. En cualquier otro supuesto en que proceda la repetición con arreglo a las leyes.

Aunque este precepto hace referencia en general, a aquellos supuestos que puedan preverse legalmente, en definitiva, nos vamos referir a los supuestos previstos en el RCSCVM y la Ley de Contrato de Seguro, centrándonos por tanto, en aquellos casos que como hemos visto en el apartado anterior, el asegurador quedaría exonerado frente al tomador y el asegurado, si bien, no sería una excepción que pueda oponer al tercero perjudicado, viéndose obligado a hacerse cargo de un siniestro para el que la Ley expresamente ha previsto su liberación, lo conllevaría a preguntarnos sobre si en este caso, la aseguradora está amparada para ejercitar la acción de repetición contra su asegurado.

Sin duda, uno de los supuestos más estudiado por su alta conflictividad ha sido el supuesto del impago de la prima, o bien del im-

pago de las primas sucesivas, si bien, haremos especial mención al realizado por **JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**, en su estudio sobre “El derecho de repetición del asegurado”, en el que se viene a diferenciar las consecuencias para el asegurado, una vez el asegurador haya pagado la indemnización, para el supuesto de que haya procedido al impago de la primera prima, o bien, se produzca el impago a las primas sucesivas. No obstante, en ambos supuestos veremos cómo dicha doctrina habrá de ser actualizada por las últimas novedades jurisprudenciales sobre dicha materia.

a) Consecuencias para el asegurador del impago de la primera prima.

Con respecto al primer supuesto, establece el artículo 15 de la LCS la facultad del asegurador de resolver el contrato si la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, por lo que el contrato de seguro no habría desplegado sus efectos quedando liberada en cualquier caso la aseguradora en el supuesto de que hubiera acaecido un siniestro. No obstante, existe una corriente jurisprudencial, que hasta hace pocas semanas podría considerarse minoritaria que entiende que el impago de la primera prima no supone un efecto extintivo, sino suspensivo mientras que el asegurador se decida sobre si exigir el pago de la prima o resolver el contrato, quedando por tanto en el trascurso de este tiempo obligado al pago frente al tercero perjudicado.

La cuestión parecía aclararse con lo dispuesto en el inciso último del apartado primero del artículo 15 de la LCS, por el que se establece que si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación. En base a lo anterior, como decimos la doctrina mayoritaria interpretaba que en estos casos de impago de primera prima la póliza no llegaba a producir efectos.

No obstante, lo anterior ha sido puesto en entredicho por el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de la Sala Primera, de fecha 10 de septiembre de 2015, Ponente Excmo. **SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL**, en el que se resuelve la reclamación interpuesta por el que el Consorcio de Compensación de Seguros, tras abonar la indemnización al perjudicado, dado que el vehículo causante inicialmente parecía que estaba sin asegurar. Ejercita el CCS la acción de repetición contra la aseguradora con quien finalmente tenía suscrita una póliza de responsabilidad civil el vehículo causante, por la cantidad de 369.062,34 euros abonada al perju-

dicado con motivo del accidente acaecido en fecha 1 de agosto de 2007. Y ello, al considerar que debía de hacerse cargo de la indemnización por cuanto que no acreditó comunicación alguna remitida al tomador, antes del referido accidente, resolviendo el contrato. La aseguradora demandada, contestó la demanda alegando que nunca llegó a cobrar la primera prima del seguro por falta de fondos en la cuenta indicada por el tomador, antes de que ocurriera el siniestro, lo que comunicó al FIVA (Fichero informativo de vehículos asegurados) -cuyo órgano responsable del fichero es el propio CSS-, dando de baja la póliza, con efectos retroactivos a la comunicación de inicio de vigencia, el 4 de junio de 2007, fecha anterior a la del siniestro. Por ello entendió que no procedería el reembolso de la indemnización, de acuerdo con el art. 15 LCS que no exige comunicación alguna de la resolución de la póliza al tomador del seguro.

A pesar de haber sido estimado la demanda por el Juzgado de primera instancia, ésta fue revocada en segunda instancia al considerar la Audiencia que aunque el contrato carezca de efectos *inter partes*, para que dicha falta de pago pueda ser oponible frente a terceros es preciso acreditar la resolución del contrato mediante escrito dirigido al tomador por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio.

De esta forma llega la cuestión a la Sala Primera del Tribunal Supremo, que resuelve la cuestión desde mi entender de una forma algo cuestionable, no sólo por la solución adoptada, la cual nos genera algunas dudas importantes, sino también por la forma, ya que no profundiza en la materia como hubiera sido necesario y recomendable, habida cuenta la repercusión que va a tener esta sentencia puesto que la misma crea la siguiente doctrina:

“Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato”.

Para llegar a esta conclusión la Sala hace un repaso de la última legislación en materia

de seguro de responsabilidad civil de automóviles, partiendo de la remisión que realiza el RD 8/2004, de 29 de octubre, en su artículo 2.6 a las “normas reglamentarias”, siendo de aplicación al presente supuesto, el Reglamento aprobado por el RD 7/2001, de 12 de enero, que viene a sustituir el anterior aprobado por el RD 2641/1986 y que, regula en su artículo 20.2 la solicitud y la proposición del seguro de suscripción obligatoria, disponiendo lo siguiente: *“la proposición del seguro de suscripción obligatoria hecha por la entidad aseguradora o su agente vinculará a la aseguradora por el plazo de quince días. Una vez aceptada la proposición por el tomador, se entenderá perfeccionado el contrato, quedando siempre a salvo, en caso de impago de la primera prima por culpa del tomador, el derecho del asegurador a resolver el contrato, mediante escrito dirigido al tomador por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho, o exigir el pago de la prima en los términos del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro”*.

Pues bien, parece por tanto, que esta sentencia viene a zanjar esta cuestión estableciendo como doctrina que en caso de impago de la primera prima, la aseguradora sólo quedará liberada de indemnizar al “perjudicado”²³ cuando antes de la ocurrencia del siniestro haya comunicado de forma fehaciente al asegurado la resolución del contrato.

Sin embargo, no podemos terminar este estudio sin plantear una serie de dudas que de la lectura de esta sentencia se suscitan –pudiendo afirmar que son más y de mayor entidad que las que tenía antes de la misma–: ¿la nueva doctrina supone la aplicación del régimen del artículo 15.2 de la LCS sobre el plazo de un mes “de gracia” para el asegurado y la suspensión de los efectos de la póliza por otros 5 meses más frente al perjudicado, al supuesto de impago de la primera prima?, ¿Cuándo se refiere a la obligación de indemnizar al perjudicado, debemos de considerar como tal al perjudicado en sentido amplio (incluyendo al asegurado), o sólo al tercero perjudicado?, ¿la obligación de pago en estos supuestos otorgaría la posibilidad de repetir luego frente al asegurado, al igual que en el supuesto de prima sucesiva, o por el contrario, el pago del asegurador supone la activación definitiva de los efectos de la póliza?, ¿Cuánto tiempo debe esperar el asegurador para instar la resolución del contrato una vez impagada la

²³ Hablamos de “perjudicado”, ya que este concepto puede englobar a cualquier perjudicado, incluido el asegurado, o puede referirse exclusivamente al tercero perjudicado.





primera prima?, ¿los efectos de la póliza frente a terceros se extenderían hasta que hubiera transcurrido el plazo de seis meses para el caso de la aseguradora no comunicara la resolución del contrato?, etc.

Como digo, son demasiadas dudas las que plantea esta sentencia que la doctrina y la jurisprudencia menor deberán de ir resolviendo caso a caso, si bien, en un intento de solventar la cuestión que aquí nos ocupa, esto es, si una vez abonada la indemnización por el asegurador, podrá éste repetir frente a su asegurado –y que la sentencia no entra a valorar– si hacemos una interpretación conjunta de la sentencia en mi opinión podría concluirse que la respuesta es positiva. En concreto, resulta de gran relevancia para decantarnos por esta postura el siguiente párrafo de la sentencia:

“Hasta tanto no se acredite haber efectuado tal comunicación, frente a terceros, el impago de la primera prima o prima única es inoponible frente a quien ejercita la acción directa del artículo 76 de la LCS por subrogación, como es el supuesto contemplado en el presente caso”.

En virtud del mismo, parece que efectivamente cuando habla de perjudicado se está refiriendo a tercero perjudicado. Y si a este dato le unimos la referencia que hace sobre la compatibilidad de esta nueva doctrina con la jurisprudencia²⁴ de esta misma Sala que había establecido la negativa de indemnizar al propio asegurado en el supuesto de impago de la primera prima, se puede interpretar que en el supuesto de impago de primera prima supondrá la suspensión de los efectos de la póliza lo que supondría que frente al asegurado no tendría efectos, lo que supondría la facultad de la aseguradora de repetir frente a éste, una vez que se haya visto obligado a indemnizar al perjudicado –lo que sucederá siempre y cuando no se haya comunicado de forma fehaciente la resolución del contrato–.

b) Consecuencias para la aseguradora, para el asegurado y para el tercer perjudicado en caso de impago de una prima sucesiva

²⁴ Se refiere a la STS de 17 de octubre de 2008 en la que se aborda un caso distinto, pues la reclamación en aquel litigio se basa en una acción de repetición de la aseguradora frente al asegurado, pero no entre el perjudicado y la aseguradora. En el presente caso, el perjudicado por subrogación es el Consorcio de Compensación de Seguros. En el mismo sentido las SSTs de 4 de septiembre de 2008, y la STS de 25 de marzo de 2005 que trata nuevamente de la negativa a indemnizar al asegurado por impago de la primera prima, pero no frente al perjudicado o a la entidad subrogada

Una vez zanjada la cuestión sobre las consecuencias jurídicas del impago de la primera prima, nos centraremos en el apartado segundo del artículo 15 de la LCS, donde sin duda alguna la póliza habría producido plenos efectos y por tanto, ya ha nacido la cobertura del asegurador frente a su asegurado. Lo regulado por este precepto supone según dice **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA** que “el incumplimiento del pago de la misma dé como consecuencia –según el art. 15.2–, que la cobertura del asegurador quede suspendida un mes después del día de su vencimiento”. El llamado “periodo de tolerancia de un mes”, provoca que si durante el mismo se produce el siniestro, el asegurador está obligado al pago de la indemnización que corresponda, en cuanto que durante todo ese tiempo se extiende su cobertura. La cuestión se centra en saber si el mes comienza a contarse, el día del vencimiento de la prima que está señalado en la póliza, o bien, en el día del cumplimiento de la obligación del tomador”.

Es decir, la suspensión de los efectos de la póliza se prevé por cuanto que la aseguradora podrá optar en reclamar el pago de la prima pendiente (que en caso de producirse supondría la plena vigencia de la póliza), o bien, resolver el contrato. Ahora bien, si en el transcurso de esos seis meses no utilizara ninguna de esas alternativas, el contrato quedará extinguido desde el transcurso de seis meses desde el vencimiento.

Este asunto ha sido tratado de forma muy reciente por la Sala Primera del Tribunal Supremo, donde se recogen de forma muy exhaustiva y esclarecedora todas estas cuestiones, así como se resuelve de forma contundente el momento a partir del cual se empezará a contar el plazo de gracia de un mes, así como el de suspensión por cinco meses. Este dato resulta de gran trascendencia para el ejercicio tanto de la acción directa del tercero perjudicado frente a la aseguradora, como para la posterior acción de repetición de esta.

Nos referimos a la STS 2982/2015, de 30 de junio de 2015, ponente Excmo. Sr. **IGNACIO SANCHO GARGALLO**, por la que se resuelve un supuesto de prima sucesiva impagada, habiéndose acordado entre las partes que el pago de la prima anual se fraccionaría en dos recibos. En la anualidad comprendida entre el 14 de marzo de 2005 y el 14 de marzo de 2006, el tomador dejó de pagar el primer recibo, el cual fue devuelto a mediados de marzo de 2005. En diciembre de 2005 se produjo un siniestro cuando los empleados de la entidad codemandada causaron

daños en las instalaciones de un tercero. En virtud de lo anterior, se interpuso demanda de éste frente a la aseguradora y su aseguradora, siendo los principales motivos de oposición de aquella los siguientes:

1. Si el inicio del plazo de suspensión de los efectos de la póliza por el impago debe producirse a partir del impago de la primera prima, o por el contrario, si comienza desde el impago del primer fraccionamiento.
2. Cuáles son los efectos de la suspensión de la prima durante los seis meses desde su impago frente al tercero perjudicado.

Pues bien, de la sentencia podemos extraer una serie de conclusiones que resultan de gran relevancia para comprender el verdadero alcance y consecuencia que estos supuestos representan a las obligaciones y derechos de la aseguradora.

1. Producido el impago de una prima sucesiva, ya sea fraccionada o no, la cobertura respecto al propio asegurado queda ampliada por el plazo de gracia fijado en la Ley de un mes. Transcurrido dicho mes, los efectos de la póliza quedarán en suspenso entre las partes hasta que transcurran seis meses desde el vencimiento, por lo que cualquier siniestro ocurrido en ese periodo (cinco meses) no estará cubierto por la aseguradora. No obstante, la suspensión de los efectos de la póliza no operará durante ese plazo frente al tercero perjudicado que ejercite la acción directa en virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de la LCS.
2. Transcurrido el plazo de los seis meses desde que se haya producido el impago sin que la aseguradora haya reclamado el abono de la prima, ya sea fraccionada o no, se produce de forma automática la extinción del contrato, por lo que los efectos de la póliza no serán aplicables frente al asegurado ni frente al tercero perjudicado.
3. Para el supuesto como el analizado en el presente caso, en el que se había fijado una prima fraccionada (apartado 2 del artículo 15 de la LCS), el impago se entenderá producido desde que se deje de atender un fraccionamiento, por lo

que los efectos de la suspensión se producen desde el primer impago sin que haya que esperar a que se produzca el impago de la última fracción.

En definitiva, el contrato de seguro quedará extinguido y no podrán ejercitarse las acciones pertinentes frente a la aseguradora en virtud de la acción directa del perjudicado tras el transcurso de los 6 meses desde que se haya producido el impago de la prima única, o desde que se produzca el impago del primer o sucesivos fraccionamientos en el caso de que se haya acordado el fraccionamiento de la prima²⁵.

c) Consecuencias del impago del segundo fraccionamiento de una prima sucesiva

En este tercer caso se nos plantea qué posibilidades tiene la aseguradora para rechazar el pago, o bien, abonarlo con la posibilidad de repetir, como consecuencia de un siniestro acaecido tras el impago de un fraccionamiento de una prima sucesiva. Este supuesto ha sido el último de los analizados por el Tribunal Supremo en fecha de 10 de septiembre de 2015, ponente Excmo. **IGNACIO SANCHO GARGALLO**, donde se analiza el siguiente supuesto:

“A la fecha del vencimiento de la primera fracción de la prima correspondiente a la segunda anualidad (19 de febrero de 2009), no había saldo en la cuenta para poder atender el pago de la prima, no haciéndose efectivo el cargo de la prima hasta la fecha de 10 de marzo de 2009, cuando entra nuevamente dinero en la cuenta tras el ingreso de una nómina. Sin embargo, el segundo fraccionamiento de esta segunda prima no es atendido nuevamente en la fecha de su vencimiento (19 de agosto de 2009), al existir un saldo insuficiente en la cuenta designada, por lo que el recibo de la prima fue devuelto. Si bien, este recibo no se intentó cargar de nuevo en la cuenta, con posterioridad, siendo la siguiente noticia recibida por el tomador en fecha 5 de septiembre de 2009, en la que se le advierte de la falta de pago. Si bien, no consta que se volviera a girar ningún recibo correspondiente al seguro de vida contratado en febrero de 2008, desde que se produjera el impago de la segunda fracción de la segunda

anualidad, ni se intercambiaron más comunicaciones entre aseguradora y asegurado. El 20 de enero de 2011, falleció uno de los tomadores, iniciando su esposa reclamación frente a la entidad aseguradora, la cual se opuso al pago del capital asegurado de 115.000 euros, por entender que la póliza de seguro de vida había quedado resuelta previamente por falta de pago”.

Este asunto lo resuelve el Tribunal Supremo a favor de la aseguradora argumentando, que al existir un impago de prima por culpa del tomador (habida cuenta la devolución del recibo), y aplicando la doctrina fijada en la sentencia de 30 de junio de 2015, sobre los efectos del impago de una prima sucesiva, alegando que transcurridos los seis meses desde este impago de la segunda prima, sin que el asegurador hubiera reclamado su pago, el contrato de seguro quedó extinguido de forma automática y por efecto de la propia disposición legal, sin que fuera preciso instar la resolución por alguna de las partes.

Sin embargo, en mi opinión el Tribunal Supremo Sin embargo ha pasado un dato muy relevante, y es que tras el impago de la segunda fracción de la segunda anualidad, no se volvió a pasar el siguiente recibo de la tercera anualidad, lo que supone que no podemos considerar, tal y como hace la sentencia que estemos ante un impago de una prima sucesiva, sino ante un impago de fracción de prima. Y es que hemos de tener en cuenta tal y como viene estableciendo la jurisprudencia, incluida la de la Sala Primera del Tribunal Supremo –por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2008–, **así como la doctrina mayoritaria, que tanto la cobertura como la prima son indivisibles, por lo que habiéndose procedido al pago del primer fraccionamiento como ocurre en el presente caso, la póliza está vigente por el período pactado, pudiendo la aseguradora en todo caso reclamar aquel fraccionamiento impagado, pero no puede suponer la resolución del contrato de seguro.** Por tanto, el contrato no estaría resuelto “ipso iure” por el trascurso de los seis meses desde el impago del segundo fraccionamiento, tal y como establece el Tribunal Supremo, dado que en el presente caso no resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 15 de la LCS sobre la suspensión de la cobertura por seis meses, al no tratarse de un impago de una prima sucesiva, sino del impago del segundo fraccionamiento de una prima sucesiva.

IV. El plazo de prescripción

Como ya anunciamos en su momento, esta ha sido otras de las cuestiones que más polémica

²⁵ **LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**. En su artículo publicado en la Revista de RC, Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro Año 51/nº 8/ Septiembre 2015 que publica INESE, bajo el título Interpretación del artículo 15.2º de la LCS. El impago del primer fraccionamiento de una prima sucesiva supone la extinción del contrato de seguro transcurridos seis meses desde el impago, y la falta de aseguramiento frente al tercero perjudicado

ca desataba en torno al derecho de repetición, si bien, podemos decir que la misma fue solventada con la redacción actual del artículo 10 del TRLRCSVM por cuanto que se establece que: *“la acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha e la que hizo el pago al perjudicado”*. La claridad de este precepto, no puede dejar lugar a dudas sobre el plazo ni el momento del cómputo de la prescripción de este tipo de acción.

Si bien, y a pesar de lo anterior, siguen produciéndose en la práctica problemas a la hora de aplicar lo anterior, por la confusión que suele traer la distinción entre esta acción y la de subrogación del artículo 43 de la LCS, por lo que consideramos conveniente realizar algunas precisiones al respecto.

Como ya aclaramos en el apartado segundo de este trabajo, no cabe confundir la acción de repetición, que es aquella que se desencadena cuando el asegurador paga al tercero perjudicado, con la denominada acción subrogatoria del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, que es la acción que se otorga al asegurador que paga a su asegurado el importe del daño sufrido, para con posterioridad dirigirse a los terceros causantes del daño, a fin de recobrar lo pagado.

De este modo cuando se ejercita por el asegurador la acción de subrogación prevista en el artículo 43 de la L.C.S éste estaría ejercitando la acción que correspondería ejercitar al asegurado contra el culpable del daño, revistiendo por lo tanto la acción del asegurador la misma naturaleza y régimen que la que tenía el asegurado, gozando por lo tanto el asegurado una vez adquirido el crédito de los mismos privilegios, garantías y derechos accesorios que gozaba el asegurado, por lo que el principio de identidad de tal crédito frente al tercero que es objeto de subrogación debe de tener como consecuencia que el régimen de prescripción del crédito subrogado depende de la naturaleza del mismo, que no nace del contrato de seguro sino del hecho que origina la responsabilidad del tercero frente al asegurado, de manera que el plazo de prescripción del crédito dependerá de esa naturaleza del crédito, que en el ámbito del Seguro de Responsabilidad Civil de la Circulación de Vehículos a Motor, será el correspondiente al plazo previsto para la responsabilidad extracontractual.

De esta forma, aparece otra de las diferencias con el plazo de prescripción correspon-





diente a la acción de repetición, y en es que, en el caso de la acción de subrogación, el derecho no viene a sufrir variaciones por el hecho de que el asegurador pase a ostentar la titularidad de ese crédito, sin que la subrogación suponga la interrupción en el plazo de prescripción, puesto que en caso contrario la subrogación vendría a perjudicar al tercero responsable, de manera que el cómputo del plazo de prescripción comienza a ejercitarse desde el día en que el asegurado pudo ejercitar su acción contra el responsable y no desde el día del pago de la indemnización por el asegurado, como ocurre en la acción de repetición.

V. Conclusiones

Podemos determinar que los supuestos básicos en los que la aseguradora puede ejercitar su derecho –sin perjuicio, claro está, de aquellas excepciones que pudiera oponer frente al tercero perjudicado– vienen regulados en el actual artículo 10 del TRLRCSCVM, en el que a pesar de recogerse unos supuestos tasados, podríamos considerar que el apartado d) del referido artículo nos abre una vía bastante amplia al remitirse a cualquier otro supuesto en el que pueda proceder tal repetición conforme a las leyes, y en el apartado c), se refiere expresamente a las causas previstas en la Ley de Contrato de Seguro.

En cuanto al primer supuesto, esto es, los daños causados dolosamente, ha venido marcado por la gran controversia suscitada por la conjugación entre el principio de inasegurabilidad del dolo del artículo 19 de la LCS y la acción directa del artículo 76 de la LCS tanto en la jurisprudencia menor como en dentro del Tribunal Supremo, sobre todo en la Sala Segunda. Aunque durante muchos años se haya declarado la responsabilidad de la aseguradora frente al tercero perjudicado, incluso en el supuesto de acto doloso cometido por el asegurado en la forma de dolo directo, tras el último Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala de 14 de abril de 2007, así como de las últimas sentencias que recogen dicho acuerdo, podemos concluir por lo menos en el ámbito del seguro de responsabilidad civil de vehículo a motor, que la aseguradora no tendrá que asumir los daños directos intencionados, cuando se haya utilizado el vehículo como instrumento para cometer el delito por el hecho dañoso.

Si bien, me gustaría realizar una reflexión en la línea que se viene realizando por algunos de los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con la cual coincido plenamente,

en cuanto a la extrapolación de esta doctrina al ámbito del seguro voluntario, por la que se recoge lo contrario al considerar que *“el seguro voluntario puede cubrir todo lo no cubierto por el seguro obligatorio”*, y es que considero que para concluir si la aseguradora deberá o no hacer frente a un hecho doloso cometido dentro del tránsito motorizado, precisamente lo que habrá de determinar primero es si el hecho productor del daño es o no un siniestro amparado dentro de la cobertura.

Esta distinción entre seguro obligatorio y voluntario también resulta esencial como hemos visto a la hora de que la aseguradora puede ejercitar la acción de repetición frente al asegurado por la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas, tóxicos y estupefacientes. Y es que mientras que en el primer caso la acción de repetición parece clara, en el segundo caso la misma será condicionada al hecho de que el asegurado hubiera aceptado la cláusula de exclusión con los requisitos del artículo 3 de la LCS.

Por último, debemos hacer mención a dos supuestos específicos que han sido recientemente tratados por la jurisprudencia. En primer lugar, parece que se ha zanjado la cuestión suscitada sobre si la aseguradora podría repetir frente al asegurado, en virtud del apartado c) del artículo 10 del Texto Refundido, en el supuesto de un accidente ocasionado por un conductor menor de 25 años no declarado en la póliza o que no cumpliera una mínima experiencia. Supuesto de repetición que ha sido expresamente excluido por nuestro Tribunal Supremo, al considerar que la modificación realizada en el referido apartado c) por la Ley 21/2007 por la que se elimina la posibilidad de repetir por las causas previstas en el propio contrato de seguro.

Ahora bien, considero que la solución debería de ser otra en el caso de que esta cuestión se plantee al amparo del inciso primer del apartado c) del referido artículo 10, esto es, por las causas previstas en la Ley 57/1980. Y es que a lo largo del referido texto legal, se recogen algunos supuestos que en caso de producirse, liberan al asegurador de su obligación de indemnizar, y que si bien no pueden operar como excepción frente al perjudicado, podrá ser causa de repetición, al menos de forma parcial, frente al asegurado.

En segundo lugar, y para concluir, hay que destacar los supuestos de repetición introducidos por el apartado d) del artículo 10 del Texto



Refundido, donde la doctrina ha situado principalmente el supuesto de impago de primas (aunque en mi opinión también podría situarse en el apartado c). En esta materia, ha habido tres sentencias recentísimas del Tribunal Supremo que suponen un gran avance en cuanto a la interpretación de los apartado 1 y 2 del artículo



15 de la LCS, así como un tercer supuesto que podemos denominar como impago del segundo fraccionamiento de una prima sucesiva.

Empezaremos por el apartado segundo, es decir, ¿puede repetir la aseguradora frente al asegurado en el supuesto de que aquella

haya tenido que indemnizar al tercero perjudicado a pesar de haberse producido el impago de la prima sucesiva? En este sentido, establece nuestro Alto Tribunal que la aseguradora debe hacerse cargo del siniestro (únicamente frente al tercero perjudicado) durante los 6 primeros meses desde el vencimiento de la prima, dan-

do lugar al derecho de repetición siempre que el siniestro se haya producido entre el segundo y sexto mes, y siempre que la aseguradora no haya optado por reclamar el abono de la prima.

Mas dudas nos suscita los otros dos supuestos, en concreto las dos sentencias del Tribunal Supremo de fecha 10 de septiembre de 2015. La primera de ellas, que analiza el supuesto de impago de primera prima, se establece que para que la aseguradora quede liberada de indemnizar al perjudicado en caso de que se produzca el impago de la primera prima, es necesario que la aseguradora haya comunicado de forma fehaciente la resolución del contrato. Y es que a diferencia de la anterior, la sentencia no resuelve expresamente la cuestión de la posibilidad de repetir de la aseguradora. Si bien, en mi opinión, y aunque esta sentencia me suscita algunas dudas muy importantes, considero que de una lectura íntegra de la misma se podría interpretar que en el supuesto de impago de prime-

ra prima supondría la suspensión de los efectos de la póliza a partir del segundo mes, por lo que al no tener efectos de la póliza para el mismo, facultaría a la aseguradora a reclamar frente al asegurado en caso de que se hubiera visto obligado a indemnizar al perjudicado.

Por último, la segunda sentencia de 10 de septiembre de 2015, ponente Excmo. Sr. Sancho Gargallo, que resuelve un supuesto de impago de segunda fraccionamiento de prima sucesiva en atención a lo establecido por la sentencia de 30 de junio del Alto Tribunal, considero que la solución adoptada debía de haber sido otra, habida cuenta que tanto la cobertura como la prima son indivisibles, por lo que habiéndose procedido al pago del primer fraccionamiento, la póliza está vigente por el período pactado, pudiendo la aseguradora en todo caso reclamar aquel fraccionamiento impagado, pero no puede suponer la resolución del contrato de seguro.

Anexo. Bibliografía consultada

- **BADILLO ARIAS, J.A.**, sobre :El dolo y la culpa en el contrato de seguro., publicado en la Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.
- **LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.** comentario a la STS, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 2015, publicado en la Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, editada por INESE (abril de 2015), bajo el título “Excepciones oponibles frente a la acción directa del tercero perjudicado: Extinción del derecho por pago del asegurado”.
- **LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.:** El Derecho de Repetición del Asegurador, publicado en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, Año 2006, Número 5.
- **LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.:** Artículo publicado en la Revista de RC, Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro Año 51/nº 8/ Septiembre 2015 que publica INESE, bajo el título Interpretación del artículo 15.2º de la LCS. El impago del primer fraccionamiento de una prima sucesiva supone la extinción del contrato de seguro transcurridos seis meses desde el impago, y la falta de aseguramiento frente al tercero perjudicado.
- **HURTADO YELO, J.J.:** “La defensa de la Compañía de Seguros ante la reclamación del perjudicado. Las denominadas excepciones impropias”, publicado en la Revista de Derecho de la Circulación el 1 de septiembre de 2013.
- **IZQUIERDO TOLSADA, M.**, sobre “Daños causados intencionadamente y seguro de responsabilidad civil: las modificaciones legislativas y la anunciada desobediencia del tribunal supremo”, publicado en la Revista cuatrimestral de ICADE, mayo-agosto 2007, ISSN: 02 12-7377.
- **SOTO NIETO:** Ver numerosos trabajos realizados por el autor sobre los hechos dolosos y la cobertura en el seguro de responsabilidad civil, entre los que cabe destacar “Daños dolosamente causados en la circulación de vehículos de motor. Polémica sobre su cobertura”, ponencia que fue expuesta en el Congreso Constituyente de la Asociación Española Especializada en Responsabilidad Civil y Seguro, así como en el artículo Daños originados por actuación dolosa del asegurado, publicado en el Diario La Ley, ISSN 1989-6913, entre muchos otros.
- “El seguro del automóvil”, actualizado por **ABEL VEIGA COPO**, capítulo incluido en la tercera edición del libro Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro, editado por Aranzadi en 2013.
- **VEIGA COPO**, en el Capítulo dedicado a “El seguro del automóvil” en la tercera edición del libro “Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro.



Responsabilidad civil y deportes de montaña

Iván Alarcón Moreno
Abogado

1. Introducción

En la actualidad, los deportes de montaña y en general el ocio ligado a la naturaleza, juega un papel trascendentalmente beneficioso en las sociedades modernas. El ritmo de vida urbano en entornos artificiales provoca un estrés que muchos ciudadanos disipan a través del contacto con la naturaleza y el ejercicio de deportes de montaña, con los que, a su vez, ganarán en salud.

Los deportes de montaña engloban aquellas actividades que se practican en un medio natural con especiales características climáticas y físicas. Estas actividades se pueden realizar de modo competitivo a nivel profesional o como una mera actividad de recreación. Asi-

mismo, dada su creciente popularidad, se trata de una disciplina con cada vez más adeptos, lo que ha provocado que empresas denominadas de turismo activo las incluyan entre sus ofertas.

Esta disciplina abarca una amplia variedad de deportes que normalmente se efectúan en grupo. Sin embargo, con el fin de acotar el ámbito de este trabajo, nos ceñiremos solamente a algunos de ellos: el senderismo es una actividad deportiva no competitiva que se realiza sobre caminos balizados; de manera similar, se encuentra el excursionismo con algunas diferencias como su finalidad lúdica; la escalada consiste en realizar ascensos sobre paredes de fuerte pendiente valiéndose de la fuerza física propia; mientras que el barranquismo se basa en la progresión por cañones o barrancos, cauces de torrentes o ríos de montaña, a pie y/o nadando; y por último, el esquí se efectúa mediante el deslizamiento por la nieve, por medio de dos tablas sujetas a la suela de las botas del esquiador (*snowboard* si el deportista lleva una sola tabla).

La peculiaridad que entrañan estos deportes es que intrínsecamente presentan un considerable riesgo, aun tomándose todas las precauciones y diligencias debidas, a diferencia de deportes practicados en recinto determinado. Ello consecuentemente supone que se produzcan un mayor número de incidentes, y por lo tanto demandas. Debido a la escasa legislación en materia de responsabilidad civil en este ámbito, es primordial el papel de los Tribunales al establecer los parámetros a seguir y a quién atribuir la responsabilidad.

En virtud de lo anterior, este estudio tendrá un enfoque eminentemente práctico, mediante el análisis de la jurisprudencia y la escasa doctrina existente al respecto, con una breve reseña a la legislación general aplicable. Todo ello con el objetivo de conocer cuáles son los criterios a seguir en la atribución de la responsabilidad; en qué basan los jueces sus pronunciamientos y así poder determinar si el modo en que se regula y resuelve la responsabilidad civil en el ámbito deportivo es óptimo y efectivo.

Los factores que intervienen en un accidente en la montaña son muy diversos: las circunstancias de lugar y tiempo, la actividad de la propia víctima, el estado del material o las instalaciones, la actuación de terceros, o la actuación del monitor o guía. Dichos elementos, provocan a su vez una gran disparidad de criterios de resolución, en los que ahondamos a continuación.

2. La asunción del riesgo

La asunción del riesgo es un concepto determinante en los deportes de riesgo, se trata del principal supuesto en el que la víctima debe soportar los costes del accidente bajo determinadas circunstancias. Su determinación reside en la consideración de que en la práctica de mayoría de los deportes existe un riesgo probable, y que este es asumido de forma voluntaria por sus practicantes.

En lo concerniente a la delimitación de esta asunción del riesgo, **BUSTO LAGO**¹ establece como requisitos:

- a) Participación real en la actividad en el curso de la cual se han causado los daños.
- b) Riesgo patente y de suficiente entidad como para exigir al dañado un acto de asunción o rechazo.
- c) Libertad de asumir el riesgo, es decir, el dañado debía conocer los riesgos y haberlos aceptado.
- d) Sólo se asumen los riesgos normales de la actividad.

A modo ejemplificativo de estos elementos, la SAP de Huesca de 18 de febrero de 1997 (AC 1997\355) motivó un fallo en el que se absolvió a la estación de Candanchú de responsabilidad por los daños sufridos por la caída del actor esquiando por una pista negra. Respecto al primero de los requisitos estableció que: “en el caso presente hay que tener en consideración que el deporte del esquí implica un riesgo que debe ser asumido por la persona que lo practica y que puede dar lugar a situaciones de verdadero peligro, simplemente con su práctica, sin que sea preciso para sufrir daños corporales o materiales la acción de un tercero”. Por otro lado, en lo referente al resto de los requisitos de la asunción del riesgo, estableció que se trataba de una pista de calificación negra que se encontraba en condiciones óptimas y debidamente señalizada para un uso exclusivo de expertos, por lo que sus riesgos eran constatables. En conclusión, la AP estimó que el actor había asumido el riesgo de la caída y de los consiguientes daños, y más aún, si tenemos en cuenta que se trataba de un esquiador experimentado.

¹ **J. M. BUSTO LAGO**, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 343.

En la misma línea, podemos citar la SAP de Madrid de 16 de abril de 2008 (JUR 2008\179453), respecto a un accidente acaecido en el salto a una poza. Esclarece que se informó al accidentado de los riesgos debidamente, con un equipo adecuado, en un salto sin complicaciones en el que anteriormente habían saltado otros practicantes y además se daba la alternativa de descender con una cuerda. Por otra parte, para subrayar aún más la libre asunción de este riesgo, aclara el Tribunal que “no parece que la información del monitor de no ser arriesgado el salto, aunque o porque, lo hubiese hecho antes un niño, sea bastante para inducir a un adulto a tomar la decisión de lanzarse al agua: no hemos visto que el actor sea una persona apocada, pusilánime, maleable, y susceptible de ser convencida fácilmente”.

En efecto, los anteriores supuestos ilustran un punto trascendental en esta materia: la obligación de informar de los riesgos inherentes a la disciplina practicada², que recae directamente en la empresa o entidad organizadora (o por delegación en el organizador o guía). Dicha información puede abarcar diversos datos que, en ocasiones incluso, incluyen la obligación de comunicar el estado de la nieve o las condiciones atmosféricas.

Gran parte de la doctrina relaciona este tipo de riesgos con los derivados de las intervenciones quirúrgicas, aplicando lo establecido para el consentimiento informado de la Ley 41/2002, deduciendo que el practicante da un consentimiento tácito mediante la práctica de una actividad deportiva cuyas características generales conoce. Dicha asimilación es sobre todo aplicable a los deportes de montaña, dado que existe un riesgo mayor que en el resto de deportes³, estos riesgos son desconocidos por la mayoría de sus practicantes con especial mención a menores y principiantes. Por ello en algunas reglamentaciones de turismo activo la firma de un documento en el que se informa de estos peligros es una obligación⁴.

² Véase las normativas autonómicas sobre turismo activo como:

- Castilla La Mancha: Decreto 77/2005 de Ordenación de las Empresas de Turismo Activo.

- Cataluña: Orden de 10 de abril de 1991, por el cual se regulan las actividades deportivas de recreo y turísticas de aventura.

- Galicia: Decreto 116/1999, por el que se reglamenta la actuación de las empresas relacionadas con la organización de actividades de turismo activo de Galicia.

³ **J. MALDONADO RAMOS**, “Responsabilidad por la práctica de deportes de riesgo”, Revista Jurídica del Deporte, nº 11, 2004, p. 239.

⁴ Véase el anexo VI del Decreto 77/2005 de ordenación de empresas de turismo activo de Castilla La Mancha

En lo concerniente al alcance de la asunción del riesgo, es de interés la SAN de 17 de octubre de 2007 (JUR 2007\329382) que condenó a la Administración por la caída de una excursionista, que transitaba una de las rutas del parque natural Picos de Europa. El recorrido donde se produjo el incidente se encontraba perfectamente señalado, empedrado y habilitado para el tránsito, asimismo la propia organización del parque la calificaba de nivel de dificultad bajo. Consecuentemente, dichas circunstancias produjeron que la víctima no se esperara encontrar una grieta en el camino y por lo tanto, se accidentara en esta. Por lo expuesto, podemos evidenciar que no concurre una asunción del riesgo, debido a que el peligro que asumía la accidentada era mucho menor que el que realmente sufrió con la caída en una grieta en el entorno de un camino habitado y calificado de una dificultad baja.

En definitiva, para determinar los riesgos de la disciplina concreta habrá que atender a la normativa reguladora, los usos en su práctica y las resoluciones judiciales que resuelven las reclamaciones. Así, en todos estos deportes el peligro común y más notable es el entorno, que se manifiesta como inestable y angosto, dichos riesgos son atribuibles al practicante, pues sería una labor imposible el acolchar estos lugares naturales y además, perderían todo su encanto. Asimismo, bajo mi perspectiva, debe fomentarse la información escrita de estos riesgos, que se especifique exactamente a que peligros se somete el usuario.

3. La responsabilidad del monitor o guía

La figura del monitor o guía está muy presente en los accidentes en la montaña, hasta tal punto, que es el grupo de casos con más sentencias condenatorias. Este hecho se explica de manera congruente en virtud de la nueva tendencia de los tribunales hacia un criterio de responsabilidad cuasi-objetiva en este ámbito.

Como mencionamos en el anterior epígrafe, el deportista asume los riesgos normales e inherentes de la práctica. No obstante, dicha asunción no incluye la negligencia de un tercero como puede ser un organizador o un guía a los que se les exige un nivel de diligencia superior a lo habitual⁵. Es decir, el incremento de dicho riesgo asumido es lo que realmente repercute

⁵ **F. PERTÍÑEZ VILCHEZ**, “La responsabilidad civil del prestador de servicios deportivos”, en AA.VV (Dir. **A. ORTÍ VALLEJO**): La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 521.

en la determinación de la responsabilidad del monitor o guía⁶. Dicha negligencia no tiene por qué ser grave, en virtud de la teoría del riesgo, puede ser también de carácter levisimo e incluso una falta de la diligencia que cabría esperar.

Para establecer hasta qué punto debe llegar la diligencia del organizador o guía deben tenerse en consideración sus funciones. Tomando como referencia el art. 18 de la Ley 1/2015, de 23 de marzo, del ejercicio físico y del deporte de La Rioja podemos concretar que: “será competencia de los guías en el medio natural la organización de itinerarios y guía de grupos por entornos naturales de baja y media montaña, terreno nevado, cavidades, vías ferratas, barrancos, medio acuático e instalaciones de ocio y aventura, progresando a pie, con cuerdas, en bicicleta, en embarcaciones y a caballo, así como dinamizar actividades de tiempo libre, adaptando todo ello a los participantes, respetando el medioambiente y garantizando la calidad y la seguridad”. A este concepto debe sumarse la importante obligación de transmitir la información relativa a los riesgos, y que todas las funciones deben atender a las circunstancias concretas de cada caso.

Sobre la base de esta delimitación y a modo ejemplificativo de conducta diligente, podemos citar la SAP de Cuenca de 15 de julio de 2010 (JUR 2010\310333) respecto a un accidente producido en un curso de alpinismo. Propugna la resolución que se adoptaron las correspondientes medidas de seguridad, dado que el día anterior se efectuaron ejercicios de autodetención y que no se descuidó a la accidentada, sino que esta no siguió las directrices. Por lo tanto, se estableció que el monitor obró con toda la diligencia que cabía esperar. Tampoco se obvia el hecho de que el instructor contaba con un título oficial y homologado, que funcionó como presunción de su profesionalidad⁷.

Por otro lado, la SAP de Tarragona de 1 de octubre de 2013 (JUR 2013\358688) versó sobre una caída en actividad de barranquismo en la que no se apreció una mala actuación. Resaltable es el hecho de que se afirme que “la falta de titulación del monitor no determina su falta de cualificación”. Así pues, en consonancia con lo manifestado en los casos anteriores, po-

demos concluir que la titulación obra como una presunción de dicha profesionalidad, no obstante, se debe resaltar que con su ausencia no se presume la falta de diligencia.

En la línea de las buenas prácticas del monitor, la SAP de Huesca de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003\19935) resolvió sobre el incidente acaecido en el salto a una poza por el impacto con una roca. Factor clave en el momento de valorar la diligencia es el hecho de que previamente saltaran a la poza otros participantes de la actividad resultando ilesos⁸. El tribunal estimó que se tomaron todas las medidas de seguridad oportunas y que no tenía por qué revisar la poza tras cada salto, estableciendo así, un límite de la diligencia esperada como son los acontecimientos imprevisibles, y por ende, que la contratación de un guía no supone la contratación de “un seguro a todo riesgo”.

Es notable que el uso de técnicas adecuadas por parte del monitor o guía es primordial a la hora de determinar su diligencia. En un supuesto contrario, la SAP de Asturias de 8 de octubre de 2012 (JUR 2013\46308) dictó sentencia condenatoria por el uso de una técnica incorrecta de parte de los monitores en un descenso de rappel que desembocó en el accidente de la actora. La razón de dicho incidente reside en que era preceptivo el uso de una cuerda de seguridad “dada la morfología y dimensiones del barranco” y se trata de una “técnica idónea para personas inexpertas y noveles”. En virtud de estas manifestaciones, podemos concluir que el guía o monitor no solo debe atender a una técnica y material adecuados en función del deporte realizado, sino que además estas deben adaptarse a características como los usuarios y el entorno.

Asimismo, la dirección de la actividad debe estar a cargo del monitor o guía en todo momento. Dicha diligencia es avalada por el Auto de sobreseimiento de la AP de Granada de 16 de marzo de 2005 (JUR 2005\165542) respecto al fallecimiento de tres excursionistas holandeses por hipotermia en una excursión. A pesar de no estar adecuadamente abrigados según fueron advertidos, la guía turística denotó falta de experiencia cuando depositó la decisión del camino de vuelta en los viajeros teniendo en cuenta el mal tiempo y el resto de circunstancias. De manera parecida, la SAP de Las Palmas de 24 de noviembre de 2003 (AC 2003\1899) condenó a una monitora de esquí por situar a

⁶ Vid. **F. PERTIÑEZ VÍLCHEZ**, op. cit., pp. 523-531; y **M. MEDINA ALCOZ**, “La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos”, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 238 y 239.

⁷ Véase similar en este aspecto la SAP de Huesca de 19 de octubre de 2004 (JUR 2004\303035)

⁸ Véase similar en este aspecto la SAP de Lleida de 25 de mayo de 2012 (JUR 2012\237536)

un grupo de principiantes en la salida de una pista negra cruzándose en su trayectoria con un grupo de esquiadores expertos.

Es de suma relevancia que el concepto que tratamos, en ocasiones, sea extrapolable a sujetos distintos al guía o monitor cuando estos no medien en la práctica del deporte. En este sentido, **PÉREZ SÁNCHEZ** realiza la siguiente diferenciación⁹:

- Guía benévolo. Persona que asume la función de guía sin título que le acredite para ello y sin relación contractual con el resto de participantes, es decir, sin percibir remuneración económica alguna.
- Garante. Persona que tenga más experiencia en la actividad que se desarrolla, aunque no quiera asumir responsabilidad alguna.

La SAP de Vizcaya de 15 de marzo de 1999 (AC 1999\881) sentó unas bases jurisprudenciales importantes en este sentido, dictando condena para el escalador que enseñaba a su amigo que falleció en el incidente. Una ausencia de medidas de seguridad adecuadas y la escasa longitud de la cuerda fueron las que desencadenaron dicho suceso. Constatable es el hecho de que no se estaba ante dos personas en igualdad de condiciones, dados los conocimientos del condenado sobre los de la víctima inexperta, que difícilmente puede cuestionar lo adecuado del proceder de su amigo. En conclusión, la posición de garante determinada por una mayor experiencia frente al resto de participantes en una actividad, supone la asimilación de una función similar a la de guía o monitor en el ámbito jurisprudencial.

No obstante, esta institución se aplica con mucha cautela, así lo confirma la AP de Ávila con el archivo del reciente incidente en la Sierra de Gredos¹⁰. En principio, se le atribuía responsabilidad el fallecimiento de una montañera, al presidente del club de montaña, que de manera altruista se encargaba de la marcha excursionista.

El Tribunal determinó que el presidente no se encontraba en posición de “garante” sobre los miembros del grupo y que no se ha demostrado que actuara de forma imprudente o ne-

gligente. Se añadió que “el imputado no tiene ningún título oficial que le autorice a ejercer las funciones de guía, no firmó ningún contrato, ni percibió ninguna cantidad como pago”. Igualmente, quedo demostrado que se trataba “de un grupo de personas que comparten una misma afición y que se organizan para hacer salidas siendo lógico que las personas con más experiencia o mejores medios sean quienes, de modo natural, adopten las decisiones”, por lo que las decisiones se tomaban de manera consensuada durante la excursión.

4. La responsabilidad por hecho ajeno: la culpa *in vigilando* y la culpa *in eligendo*

La responsabilidad civil por hecho ajeno, en virtud del art. 1903 del CC, es una obligación que se impone cuando entre el autor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir fundamentadamente que si hubo daño este debe atribuirse, más que al autor material, a una falta de vigilancia (culpa *in vigilando*) o en una desacertada elección (culpa *in eligendo*) del sujeto obligado. Entre los sujetos que pueden verse afectados por este precepto se encuentran: la Administración, los padres, los tutores, los dueños o directores de un establecimiento o empresa y los titulares de Centros docentes.

En esta materia hay que destacar el art. 55.1 de la LD desarrollado por la LO 2/2006 de 3 de mayo de educación, que en cierta medida regula los títulos de enseñanza deportiva. Asimismo, es relevante al respecto que gran parte de las Comunidades Autónomas, al regular el turismo activo, persigan el objetivo de establecer cierto control de las empresas que prestan estos servicios y también el de asegurar que las mismas tengan los profesionales y los materiales adecuados para la práctica de cada modalidad¹¹. Esta regulación no es baladí, dado que el cumplimiento de dichos requisitos para el ejercicio de profesor o monitor en actividades deportivas supone una garantía como fue mencionado anteriormente, de conocimientos en el ámbito deportivo específico factor que jugará a favor de la empresa organizadora o el centro docente, pues se establece cierta presunción de que fueron diligentes en la organización de la actividad.

A pesar de que las sentencias en este ámbito son comúnmente las mismas que en las que se estima negligencia (o falta de diligencia) del

⁹ Vid. <https://derechoymontana.wordpress.com/2013/02/10/la-responsabilidad-del-montanero-el-guia-benevolo-y-el-lider-de-cordada/> (consultado a 01/06/15)

¹⁰ <https://desnivel.com/excursionismo/archivada-la-causa-contra-el-responsable-de-la-marcha-en-que-fallecio-una-excursionista-en-gredos> (consultado a 21/08/15)

¹¹ **L. GÁZQUEZ SERRANO** y **M. M. MÉNDEZ SERRANO**, “Responsabilidad civil en los deportes de riesgo”, *Revista española de Derecho deportivo*, enero-junio 2001, p.13.

monitor o profesor, nos ceñiremos a citar las más ejemplificativas. La SAP de Madrid de 14 de septiembre de 2010 (AC 2010\1993) mostraba el accidente de un menor por un calzado inadecuado. En dicha resolución no solo se condenó a los monitores de la excursión, sino también al centro docente por culpa *in eligendo*, justificando que “el colegio al organizar actividades y los monitores al dirigirlos se hacen responsables de los menores que están a su cargo durante la realización de las actividades deportivas programadas, por lo que deben de responder de la producción del daño en los menores a su cargo” al no probarse la diligencia debida. De forma similar, condenó civilmente a un centro docente por la actuación de un profesor en el accidente de uno de sus alumnos.

Más notoria fue la STS de 30 de octubre de 1992 (RJ 1992/8186) que versó respecto a otra caída de un menor por el alto grado de dificultad de la ruta. Se estimó que concurrió negligencia de los monitores al no desistir la actividad, y además culpa *in eligendo* de la entidad por la actuación de sus dependientes y la elección de un tramo inadecuado a la capacidad de los menores.

La responsabilidad de un centro docente y de una entidad de turismo activo puede concurrir en un mismo supuesto. Una muestra de ello, es la SAP de Asturias de 8 de octubre de 2012 (JUR 2013\46308) que estableció la deficiencia de la técnica usada por uno de los monitores, derivó a su vez en la responsabilidad de la empresa de turismo activo motivada “por la existencia de una relación jerárquica de dependencia entre el causante del daño y la empresa”, y a su vez, la responsabilidad del colegio por una falta de la debida diligencia en la elección de la empresa que iba a acometer las actividades.

Por último, también es factible la concurrencia de ambas modalidades de culpa en un supuesto, la SAP de Las Palmas de 24 de noviembre de 2003 (AC 2003\1899) condenó a la empresa de turismo por culpa *in eligendo* e *in vigilando* al designar a una monitora que colocó de forma negligente al grupo en el final de una pista negra, hecho del que la entidad tenía conocimiento previo dado que era un lugar donde habitualmente llevaban a iniciados a practicar.

5. Responsabilidad por material o instalaciones defectuosas

5.1 La responsabilidad de las entidades gestoras de las estaciones de esquí

Los tribunales, en lo respectivo a la responsabilidad de las entidades que explotan las esta-

ciones de esquí, exigen que se tomen medidas para evitar las lesiones que pueden ocasionar las colisiones con los elementos artificialmente introducidos en la montaña. Dicha consideración casa con la mencionada al principio de este trabajo: nos encontramos ante un medio inestable y cambiante, por lo que a la entidad explotadora se le exigirá un mínimo de prevención que nunca será asimilable a cubrir todos los accidentes acaecidos dentro de la estación.

Caso reciente y notorio de responsabilidad fue el de la SAP de Granada de 28 de noviembre de 2014 (JUR 2015\83934), en el que un menor se accidentó en la colisión con un cañón de nieve. En primer lugar, el Tribunal resaltó un aspecto de suma importancia, y es que, haciendo hincapié en la existencia del nexo causal, las lesiones fueron debidas al choque con el cañón de nieve y no fruto de la caída que se produjo antes. Por otra parte, la ausencia de protección y su situación en medio de la pista, fueron determinantes para la estimación de la responsabilidad de la estación, y más teniendo en cuenta que otros cañones de nieve sí que se encontraban protegidos¹².

No solo se valora la existencia de una protección, en ocasiones también se plantea lo adecuado que ha sido ese acolchamiento. En este sentido, la SAP de Granada de 8 de junio de 2005 (JUR 2006\38831) y la SAP de Granada de 6 de marzo de 2002 (JUR 2002\127493) coincidieron en determinar que la protección era adecuada, ya que en caso contrario, las lesiones que se habrían producido hubieran sido, sin lugar a dudas, de mayor gravedad.

Por otra parte, la buena señalización también es relevante al momento de valorar el accidente. Al respecto se pronunció la STS de 20 de marzo de 1996 (RJ 1996\2244), en la colisión de una esquiadora que perdió el control y chocó contra un poste, cuyo ajuste a las medidas de seguridad adecuadas quedó acreditado cuando se aportó un escrito de la Federación de Deportes de Invierno. Se esclareció que el balizamiento y señalización de Sierra Nevada era comparable al de cualquier estación europea por lo que se desestimó la pretendida responsabilidad de la estación de Sierra Nevada.

Respecto a la delimitación de la pista, es de suma importancia la SAP de Huesca de 18 de febrero de 2002 (AC 2002\793) que absolviendo a la estación de esquí de un accidente por sali-

¹² Véase similar en ese aspecto la SAP de Lleida de 9 de febrero de 2007 (AC 2007\1517)

da de la pista concluyó que no es necesario un balizamiento continuo e ininterrumpido de los recorridos de la pista, sino que para dicha señalización es suficiente el uso de palos verticales.

El lugar de emplazamiento de señalizaciones y elementos en la pista de esquí es otro factor a valorar. La SAP de Huesca de 6 de noviembre de 2001 (AC 2002\829) siguiendo la línea jurisprudencial de la STS de 27 de abril de 1998 (RJ 1998\3262), entendió de la pretensión de una esquiadora que alegó negligencia de la estación de esquí en la colocación de un tubo de señal con el que colisionó. El tribunal estimó que el tubo se encontraba perfectamente visible, asimismo este no se encontraba en medio de la pista sino en uno de sus laterales, concretamente a seis metros de la zona habilitada para esquiar.

El criterio fundamental para estimar la responsabilidad de la entidad que explota la estación de esquí es determinar si dicho accidente era previsible, una consideración que ya ha sido analizada en otras modalidades como la responsabilidad del guía o monitor. A modo ilustrativo puede citarse la STS de 15 de febrero de 2007 (RJ 2007\1452), en el accidente de un esquiador cuando se salió de la pista e impactó con un tronco situado a ocho metros de la misma. El TS, ratificando lo declarado por la AP, estimó que la pista estaba señalizada de forma correcta; y que dadas las características, como su acaecimiento en una pista negra reservada para esquiadores expertos, en un tramo recto, con poca pendiente y de considerable anchura, la previsión de un accidente de tal magnitud era imposible.

En esta línea, en el caso resuelto la SAP de Granada de 22 de septiembre de 2006 (JUR 2007\184464) una esquiadora perdió el control de sus esquís en una pista de escaso riesgo, hasta estrellarse contra un paravientos situado fuera de la pista. Dicho incidente se resolvió estimando la absolución de la estación de esquí, dada la imposibilidad de prever su causación.

No solo por una mala señalización o acolchamiento puede incurrir en responsabilidad una estación de esquí, mención especial merecen los remontes mecánicos como los telesillas o telearrastres. En este sentido, lo que suelen valorar los Tribunales es si el funcionamiento del remonte mecánico ha sido normal y los encargados han sido diligentes. La STS de 27 de junio de 2006 (RJ 2006\5400) desestimó la responsabilidad de la estación por el accidente de un esquiador con un telearrastre pues al no

acreditarse su funcionamiento anormal; asimismo pese a no haber empleados que ayudaran a salir, se señaló que es una práctica habitual que los esquiadores suban y bajen del mismo por sí solos. De manera similar, la SAP de Girona de 23 de diciembre de 2005 (JUR 2006\55742) resolvía respecto a un esquiador que fue golpeado por el telesilla, al no determinarse un funcionamiento anormal de la misma. Se estimó que la causa fue tardar mucho en bajar del telesilla por ayudar a bajar a su hija.

5.2 La responsabilidad por material defectuoso

De gran importancia es el material utilizado en estas disciplinas deportivas, su defecto podría conllevar un accidente de entidad mayor que en otros ámbitos deportivos. A pesar de ello, es extraño el hecho de que hasta ahora no haya derivado ninguna condena en el ámbito por parte de los Tribunales españoles.

No obstante, su planteamiento ha sido realizado en la SAP de Pontevedra de 7 de mayo de 2002 (AC 2002\1209), que enjuiciaba la responsabilidad por el fallecimiento de un miembro voluntario de protección civil, como consecuencia de la rotura de un clavo de sujeción en la práctica de rappel. La demanda fue planteada contra la Administración junto al fabricante del clavo, que fue absuelto pues se estimó una ausencia de defecto de fabricación, dado que la rotura del clavo estuvo motivada por una mala utilización, al no haberse introducido hasta el fondo.

Podemos extraer que los Tribunales deben valorar en primer lugar el origen de la rotura del material, que muchas veces se presume incorrectamente como un defecto en el mismo. Este aspecto es de suma importancia, teniendo en cuenta la compleja utilización del material en el ámbito que nos concierne, ya que requiere de considerable experiencia. Por ejemplo, no todo el mundo conoce cómo se usan correctamente los mosquetones; cómo realizar un “ocho” con la cuerda; cómo fijar clavos en las paredes de una montaña o incluso cómo ponerse unos esquís.

Por supuesto, en este área también es aplicable la normativa general por productos defectuosos, y por tanto sus causas de exoneración del art. 140 del TRLGDCU. La última de estas causas (art. 140.6) es la concurrente en la sentencia anteriormente expuesta: el usuario hizo un mal uso del material al no clavar hasta el final el clavo. En este sentido, Pérez Sánchez ilustra sobre algunos supuestos comunes de

mal uso: “la utilización de un grigri como un mecanismo de escalada en solitario a través de la realización de un taladro en el cuerpo metálico de éste, para obligarlo a trabajar en determinadas posiciones”¹³.

En Derecho comparado, son ilustrativas las sentencias francesas de accidentes en vías ferratas como la del Tribunal de Grande Instance d’Albertville de 13 de marzo de 2000, que estimó responsabilidad del fabricante por una deficiente explicación del material, en concreto, respecto a la resistencia del mosquetón trabajando en diferentes posiciones. De manera similar, el Tribunal de Grande Instance de Grenoble de 24 de abril de 2012 condenó al fabricante al poner en circulación un disipador defectuoso.

Bajo mi perspectiva, es milagroso el hecho de que aún no se hayan producido accidentes en la montaña por la existencia de un material defectuoso en España, pues no es extraña la salida a la venta de productos defectuosos en virtud de listados de material posteriormente retirado del mercado¹⁴. Es destacable el caso de las cintas exprés y mosquetones de escalada de la marca *Rocky* comercializados en tiendas de *Decathlon*, que fueron posteriormente retirados de mercado y ofrecían a sus poseedores un descambio o reembolso¹⁵. Un defecto que, sin duda, hubiera provocado un accidente, dado que se trataba de un mal funcionamiento del engarce del remache, lo que produciría que la cuerda se saliera fácilmente, y que por tanto, nos encontraríamos ante un caso obvio de responsabilidad por producto defectuoso.

6. Breve referencia a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas

Especial mención merece la responsabilidad de las administraciones públicas en este ámbito, que responderán por su organización de eventos o por el funcionamiento de las instalaciones de las que son titulares. Las bases legales de esta consideración se fundan en el art. 139.1 de la ley 30/92 de 26 de noviembre: “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en

¹³ <https://derechomontana.wordpress.com/2013/09/09/responsabilidad-por-defectos-en-el-material/> (consultado a 21/07/15)

¹⁴ <http://gatosconcasco.desnivel.com/blogs/2012/12/17/requerimientos-de-material-defectuoso/> (consultado a 21/07/15)

¹⁵ <http://www.troglobios.org/2013/12/mosquetones-y-cintas-express.html> (consultado a 21/07/15)



cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.

Cuando en estos accidentes interviene la figura de la administración pública, se acude generalmente a la vía contencioso-administrativa, entrando en juego así unos trámites procedimentales distintos. Una de las particularidades es que la responsabilidad de la administración es de carácter objetivo y directo, es decir, no se requiere culpa en el autor del daño y debe mediar una clara relación causal.

En cuanto a su determinación, reiterada jurisprudencia de forma pacífica ha señalado



como requisitos de la responsabilidad de la administración pública los siguientes:

1. Que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar.
2. Que el daño sea real efectivo y susceptible de evaluación económica.
3. Que el daño sea imputable a la Administración y se produzca como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendidos éstos en el más amplio sentido de actuación, actividad administrativa o gestión pública, en una relación de causa a efecto entre aquel funcio-

namiento y la lesión, sin que sea debida a casos de fuerza mayor.

La SAN de 17 de octubre de 2007 (JUR 2007\329382) es un ejemplo de la concurrencia de dichos elementos. En el accidente de la excursionista en el Parque Picos de Europa con una grieta los dos primeros requisitos eran constatables en virtud de lo establecido con anterioridad respecto a la asunción del riesgo. No obstante, la controversia surgía a la hora de imputar dicho daño al funcionamiento normal o anormal del parque natural. En este caso, el Tribunal estimó que la administración incurrió en responsabilidad por omisión del deber de mantenimiento, vigilancia, señalización y precaución, dado que un mayor cuidado en la conservación del camino o incluso una mínima señalización hubiera evitado esa situación de peligro.

Asimismo en otro parque natural titularidad de la administración, la SAN de 20 de octubre de 2004 (RJCA 2005\646) desestimó la pretensión de una familia accidentada por la caída de un nevero, que alegaba que dicho peligro no se encontraba debidamente señalizado. Se concluyó que en las entradas del parque se advertía de esos riesgos, y que dado lo cambiante que es el fenómeno de los neveros su señalización individual era imposible, es más, la señalización y cierre en dicho lugar se había efectuado pero se terminó retirando porque podría inducir a confusión, dado que los visitantes creerían que solo ese nevero podría ser peligroso.

En cuanto a la responsabilidad de la administración como organizador de actividades, la STS de 26 de octubre de 2002 (RJ 2002\10299) sobre un caso de fallecimiento en el Tibet de un médico que formaba parte de una expedición militar, estimó una falta de previsión de la administración pues el fallecido no se encontraba bajo la cobertura del seguro y aun así, asumió los riesgos como cualquier otro miembro de la expedición, asimismo se incorporó de manera voluntaria pero no se le negó la participación

Por último, la SAP de Pontevedra de 7 de mayo de 2002 (AC 2002\1209) nos ilustra respecto a los deberes de vigilancia de una administración local que organiza un simulacro de rescate con rappel. Se estimó que la administración de Lalín debía responder, pues como responsable de la organización, funcionamiento y prestación en condiciones de los Servicios Básicos la Protección Civil autorizó dicha actividad con total ausencia de control y vigilancia, dado que dicho incidente podría haberse evitado con la supervisión de la actividad.

7. Causas de exoneración de la responsabilidad

7.1. La culpa exclusiva de la víctima y la concurrencia de culpas

La culpa exclusiva de la víctima es un concepto íntimamente ligado a la asunción del riesgo. Su principal diferencia reside en que en el primero su actuación ha sido negligente y en el segundo diligente, pero ha asumido los riesgos inherentes. En cuanto a los deportes de montaña, la actuación de la víctima será negligente cuando esta se desenvuelve haciendo caso omiso a las normas sobre protección y seguridad establecidas.

En esta línea, la SAP de Guadalajara de 26 de marzo de 2003 (JUR 2003\137425), nos ilustra la situación de una actividad de rappel en el que a la actora, que ya conocía anteriormente la disciplina, se le suministra el material oportuno con la debida información. No obstante, obra de manera negligente cuando durante el desarrollo de la actividad se desvía de las instrucciones recibidas y de las normas sobre la correcta práctica del rappel, poniendo así en peligro su integridad física adoptando posturas inadecuadas, juntando los pies y perdiendo el equilibrio. Asimismo los monitores, demostrando una impecable diligencia, reaccionan ante el peligro referido tirando de la cuerda para bloquear el descenso y evitar consecuencias más graves. En definitiva, nos encontramos ante un notorio supuesto de culpa exclusiva de la víctima por desobediencia de las normas de protección y seguridad.

Por otra parte, en el ámbito de los accidentes de esquí, se deben tener en cuenta factores como la adecuación de la velocidad a las características de la pista. La SAP de Granada de 8 de junio de 2005 (JUR 2006\38831) estimó la culpa exclusiva de la víctima en Sierra Nevada, pues se acreditó que la causa del accidente fue la velocidad elevada del esquiador por la pista, hecho que provocó que perdiera el control y se golpeará contra un poste. Igualmente, se establece que tampoco existía ningún defecto de señalización, balizamiento o protección del mismo.

Caso similar también acaecido en Sierra Nevada, es el de la SAP de Granada de 6 de marzo de 2002 (JUR 2002\127493) en el que un esquiador experto descendía en una pista de notoria dificultad y sufrió un accidente al chocar contra un poste. El Tribunal estimó que el accidente fue consecuencia de que el esquiador

descendía a una velocidad claramente inadecuada, lo que le hizo perder el control de los esquís e impactar con un poste que se encontraba adecuadamente protegido, ya que en caso contrario las lesiones hubieran sido mayores.

Fundamental es mencionar la SAP de Madrid de 16 de abril de 2008 (JUR 2008\179453), sobre un accidente acontecido en un salto a una poza. El tribunal señala que al ciudadano también le es exigible cierto sentido de la prudencia y de la autoprotección para evitarse daños, matizando en este aspecto que “nadie mejor que él conoce su estado y forma física, y sus posibilidades”, dada su considerable estatura y peso. Asimismo concluye en virtud de lo profunda que era la poza, que lo más probable es que dicho incidente se produjera por una mala posición de caída, o una mala maniobra de salida intentado inmediatamente buscar la superficie.

En lo referente a la concurrencia de culpas, esta se produce cuando interviene la culpa del agente, y a su vez, la de la propia víctima. La jurisprudencia ha denotado cierta tendencia al uso de esta figura y cada Tribunal según su propio saber y entender, en atención al caso concreto, pondera el porcentaje a aplicar, produciendo así, una reducción de la cuantía indemnizatoria.

Explica dicho supuesto la SAP de Pontevedra de 7 de mayo de 2002 (AC 2002\1209), que juzgaba sobre la caída de un operario de protección civil en el descenso de una cascada. Se estimó un 40% de culpa de la propia víctima, ya que manifestó una conducta negligente, pues llevó a cabo el rappel de manera incorrecta, sin adoptar las correspondientes medidas de seguridad; y por otra parte, un 60% de responsabilidad se imputó a la administración organizadora del simulacro por una culpa *in vigilando* como responsable de la actividad, dado que con una adecuada supervisión de la actividad dicho incidente podría haberse evitado.

En este ámbito, **NASARRE**¹⁶ señala que la Unión internacional de Asociaciones de Guías de Montaña (UIAGM) propone una responsabilidad compartida entre el guía y el cliente cuando este último tiene una apreciable capacidad técnica que le faculta para adoptar decisiones. Se estima, por tanto, que el guía es quien debe coordinar el grupo, pero se conserva parte de la responsabilidad en el cliente. Respecto a este planteamiento, se debe aclarar que aún no se

¹⁶ J. M^a. NASARRE, op. cit., p. 108.

ha producido una valoración de esta índole de manera precedente por parte de los Tribunales, pero bajo mi punto de vista, debería ser tenida en cuenta, dado que la concurrencia entre la culpa del guía y la culpa de la víctima, quien es conocedor de la disciplina, requiere de una ponderación.

Como se apreciará en el posterior epígrafe sobre los actos de terceros, las colisiones entre esquiadores son muy comunes en la práctica. Constatable en estos supuestos, es el posible origen de una concurrencia de culpas; y la SAP de Castellón de 24 de noviembre de 2010 (JUR 2011\79484) es un ejemplo de ello. El Tribunal tuvo que valorar una colisión entre dos esquiadores, en la que uno de ellos se encontraba descendiendo por la pista mientras que el otro se encontraba parado en medio de la misma. La resolución en esta controversia estimó que la preferencia en la pista la ostenta el que se encuentra más abajo, dado que el que se encuentra arriba posee una mejor visión de la pista que incluye a los que se encuentran esquiando delante. No obstante, se determinó una concurrencia de culpas, dado que la víctima omitió la cautela que le era exigible por situarse en medio de la pista y no en uno de los laterales mientras se encontraba parado. En definitiva, se otorga una responsabilidad del 30% a la víctima y un 70% al demandado.

También en el ámbito del esquí, la STS de 26 de junio de 2001 (RJ 2001\5082) respecto a un accidente por colisión con una caseta de ventilación, imputó una responsabilidad del 30% a la víctima por descender a gran velocidad en una pista de principiantes, y un 70% a la estación, por no haber adoptado las medidas adecuadas para reducir el peligro de la colisión, como es el acolchar dicho elemento.

7.2. La fuerza mayor y el caso fortuito

La fuerza mayor y el caso fortuito son conceptos de una considerable similitud, hasta el punto de que el legislador les suele dar el mismo tratamiento, como establece el art. 1105 del CC “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables”.

Para resolver esta ambigüedad, la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones delimitándolos. La fuerza mayor es considerada como aquella que es imprevisible, inevitable, irresistible, tratándose de un evento

externo. Por otra parte, el caso fortuito es considerado como un peldaño anterior a la fuerza mayor, como aquel suceso imposible de prever, pero que de haberse previsto se podría haber evitado.

En primer lugar es necesario precisar que la fuerza mayor será considerada una causa de exoneración en cualquier caso. A modo ilustrativo, la SAN de 20 de octubre de 2004 (RJCA 2005\646) en el accidente de una familia en el parque de Nacional de Ordesa y Monte Perdido por la caída de un nevero. El Tribunal apreció que dicho fenómeno natural era un proceso característico del parque pero que no aparece todos los años, y cuando lo hace, se desarrolla de un modo cambiante e uniforme retrocediendo por el calor. Por lo que concluyó la inexistencia de relación causal exonerando así a la administración, dado que el accidente fue producto de una fuerza mayor, motivada por la naturaleza extraordinaria, catastrófica y desacostumbrada del fenómeno natural.

En este ámbito, el de la responsabilidad patrimonial de la administración, es necesario resaltar la especial consideración de la fuerza mayor como causa de exoneración a diferencia del caso fortuito. Caso contrario, es el que ocurre en el resto de ámbitos de la jurisprudencia donde su consideración sí es habitualmente exoneradora. La SAP de Huesca de 26 de noviembre de 2002 (JUR 2003\19935) mostraba el salto a una poza y el consecuente impacto con una roca del demandante a pesar de que los anteriores participantes resultaron ilesos, encuadrando así el suceso bajo caso fortuito asumible dentro de la asunción del riesgo de la víctima.

De manera similar, la SAP de Girona de 2 de febrero de 1996 (AC 1996\440) estimó la caída de una esquiadora que dada la inexistencia de un incremento de dicho riesgo por parte de la entidad demandada se barajó como la concurrencia de un caso fortuito: “bien pudo ocurrir por una simple caída fortuita dentro de pista con la mala fortuna de golpearse en la cabeza”.

Esta institución jurídica incluso es enunciada en supuestos de culpa exclusiva de la víctima. La SAP de Barcelona de 15 de octubre de 2014 (JUR 2015\40322), resolvió respecto al accidente de una excursionista por el impacto de una piedra “del tamaño de un puño” proveniente de lo alto de la montaña. En la que se estableció una culpa exclusiva de la actora, pero de manera subsidiaria se pronunció respecto al acaecimiento de un hecho subsumible bajo la figura de caso fortuito: “Aún de ser cierto que

el suceso acaeció tal como dijo la reclamante en la prueba de interrogatorio y reitera su testigo de que la piedra dio en el suelo y luego rebotó y pegó a la Sra. Mari Trini en la boca no podríamos más que estar en presencia de un mero accidente subsumible dentro del caso fortuito”.

En conclusión, podemos determinar que la culpa exclusiva de la víctima, la asunción del riesgo y el caso fortuito son instituciones con una estrecha relación en la práctica en los accidentes deportivos de montaña. Por este motivo encontraremos referencias entre los mismos en las sentencias citadas en los correspondientes epígrafes.

Por otra parte, la controversia se manifiesta cuando algunos autores opinan que en esta figura sería perfectamente aplicable la teoría del riesgo, es decir, el organizador, guía o monitor responderían en todo caso, ya sea por un comportamiento negligente (o bien no prestar la máxima diligencia) o incluso por el acaecimiento de un caso fortuito¹⁷.

Aunque es una teoría perfectamente válida, bajo mi perspectiva en este ámbito es inaplicable o al menos de aplicación muy excepcional. En dicha hipótesis, la existencia de la figura de la asunción del riesgo carecería de razón y nos encontraríamos ante un “seguro a todo riesgo”, ciñéndonos así, a la exclusión de responsabilidad solo en el caso de una culpa exclusiva de la víctima. En este sentido, también sobra decir que la mayoría de la jurisprudencia rechaza esta tendencia como hemos desarrollado anteriormente.

7.3. Especial referencia a los actos de terceros

La intervención de un tercero como causa de producción en un accidente, es un factor que en numerosas ocasiones es valorado por los Tribunales. El suceso más común en este ámbito son los accidentes entre esquiadores, que en caso de no apreciarse ningún tipo de responsabilidad (o bien por falta de prueba) los Tribunales suelen darle la consideración de caso fortuito.

De este modo, en la SAP de Valencia de 10 de Noviembre de 2008 (JUR 2009\62311) un esquiador perdió el control y acabó deslizándose por la pista, alcanzó así una velocidad con-

siderable que finalizó en el impacto con otro esquiador. Se concluye que no existió ningún tipo de negligencia y que por lo tanto “su calificación no podría ser otra que la de un mero accidente subsumible dentro del caso fortuito”. De manera similar, la SAP de Madrid de 20 de julio de 2005 (AC 2005\1285) versó respecto a accidente entre la actora que estaba en una pista azul y el demandado que provenía de una pista negra. El Tribunal concluyó que se trataba de un lance fortuito inherente a la práctica del referido deporte, en día de máxima ocupación de las pistas, negando así, que la demandante fuera arrollada por el demandado, sino más bien lo contrario, siendo la colisión de frente.

Asimismo, la SAP de Alicante de 11 de marzo de 1999 (AC 1999\4898) desestimó la pretensión de un accidentado por la colisión con otra esquiadora estableciendo que esta se había caído antes de golpear al demandante, al pasar sobre una capa de hielo, y no carecía de experiencia en la práctica del esquí. Por otra parte, es resaltable en este sentido el hecho de que no se estima responsabilidad de la estación, dado que no existió ningún defecto de mantenimiento ni señalización en las pistas. En este aspecto, destaca Piñeiro Salguero¹⁸ la poca viabilidad de demandar solo a la entidad que explota la estación de esquí en los supuestos de colisión entre esquiadores, cuando esta no ha sido por los motivos anteriormente enunciados¹⁹.

8. Los seguros en los deportes de montaña

Dado el riesgo intrínseco existente en estos deportes, es de suma probabilidad la producción de un incidente de gravedad que concluya en una demanda ante los Tribunales. Ante esta realidad, las compañías aseguradoras no han tardado en ofertar una amplia gama de seguros que se dedican a cubrir los incidentes de estos deportes de riesgo. Asimismo, en ciertos ámbitos deportivos dicho aseguramiento es una obligación ineludible.

En esta sede es fundamental delimitar cuál es el ámbito de cobertura de la póliza del seguro, pues en ocasiones puede ser discutida en sede judicial. Así, la SAP de Asturias de 16 de febrero de 2004 (JUR 2004\82891) resolvió sobre esta problemática, en un caso de reclamación a la aseguradora por un accidente durante la prác-

¹⁷ Vid. entre otros, **R. VERDERA SERVER**, “Una aproximación a los riesgos del deporte”, InDret 1/2003 (www.indret.com) pp. 8 y 9; **M. MEDINA ALCOZ**, op. cit., pp. 238 y 239; y **F. PERTINEZ VÍLCHEZ**, op. cit., pp. 523 a 531.

¹⁸ **J. PIÑEIRO SALGUERO**, “Responsabilidad Civil y Deporte”, Tesis Doctoral Universidad Pompeu Fabra, 2008, p. 234.

¹⁹ Véase a modo de ejemplo SAP de Lleida de 10 de marzo de 1999 (AC 1999\698) o la SAP de Huesca de 8 de julio de 1999 (AC 1999\1583).

tica de alpinismo. La controversia residía en determinar si dicho incidente se encuadraba dentro del ámbito de cobertura del seguro, que excluía expresamente una serie de actividades, entre las que se incluía el alpinismo de alta montaña así como cualquier actividad que supusiera un riesgo similar. A pesar de no encuadrarse dentro de lo entendido como “alta montaña”, el Tribunal determinó que el accidente acaecido no entraba dentro de la póliza, dado que, entre otros factores, se trataba de un supuesto excepcional al no realizarse por la generalidad de las personas.

En ocasiones, las propias estaciones de esquí ofrecen un seguro como un plus del “forfait” (como Grandvalira, Andorra, o Baqueira); mientras que Sierra Nevada lo incluye de forma obligatoria en el precio. No se trata en este caso de seguros en el ámbito de responsabilidad civil, sino que cubren el rescate y la atención médica.

La generalidad de las regulaciones de turismo activo autonómicas establece la obligación de las empresas de turismo activo a suscribir un seguro de responsabilidad civil, así como el deber de informar de la existencia de estas pólizas. Igualmente se estipula que dichos seguros deben cumplir con una cobertura mínima por siniestro, que incluso, se combina con coberturas de responsabilidad civil.

Las diferencias entre las reglamentaciones de turismo activo son constatables, sin embargo, existe cierta uniformidad en la cuantía de la cobertura mínima. En Andalucía el decreto 20/2002, de 29 de enero, establece un mínimo de 600.000 euros por siniestro, para cubrir tanto el accidente o la asistencia, como los posibles riesgos imputables a la empresa por la organización y prestación de la actividad de turismo activo. De igual manera, en Murcia, Valencia, Aragón y Navarra se impone un mínimo de 600.000 euros. Respecto a la última de las Comunidades Autónomas citadas, hay que destacar que se expresa que el seguro de asistencia o accidente deberá incluir también los gastos de rescate.

Asimismo, en Galicia también se establece una cuantía mínima que asciende a 150.253,02 euros, mientras que, otras Comunidades Autónomas establecen ciertas diferenciaciones. Así, en Asturias se constituye una cobertura mínima de 300.507 euros en responsabilidad civil y de 30.050 euros en caso de asistencia o accidente; en Castilla La Mancha se imponen 150.250 euros por víctima y 601.000 por siniestro; y en Castilla y León se diferencian 600.000 € por siniestro y de 150.000 € por víctima.

Por último, en Cataluña la reglamentación, es aún más minuciosa, dado que establece por un lado que se tenga una póliza de seguros de accidentes personales “que cubra los gastos de curaciones, rescate y traslado hasta 6.000 euros por víctima y un capital mínimo por víctima de 3.000 euros en caso de muerte y 6.000 euros en caso de invalidez”; y por otro, se impone la contratación de una póliza de seguros de responsabilidad civil con “unos límites mínimos de 150.253,03 euros por víctima y 601.012,10 euros por siniestro”.

En estas obligaciones no se indaga demasiado en el ámbito que debe estar cubierto en materia de responsabilidad civil, simplemente se establece la obligación de cubrir los riesgos imputables a la empresa de turismo activo. Así, en la SAP de Las Palmas de 24 de noviembre de 2003 (AC 2003\1899), la aseguradora de la empresa de turismo activo alegó que el incidente no se encontraba dentro del ámbito de cobertura. Dicha pretensión estaba basada en la interpretación de una cláusula que simplemente expresaba la cobertura de “la responsabilidad civil del monitor o guía”, interpretando la aseguradora que para que dicha cobertura surtiera efecto era precisa su aceptación respecto al monitor concreto. El Tribunal estimó que en la póliza no se expresaba nada respecto a que el monitor deba ser aceptado por la entidad aseguradora, por lo que, ante tal oscuridad o vaguedad, en virtud del art. 1288 del CC, no puede prevalecer la interpretación restrictiva de la aseguradora.

En conclusión, la mayoría de las Comunidades Autónomas se han aventurado en la regulación de las empresas de turismo activo. Mientras que en otras comunidades como Madrid, País Vasco, Extremadura, Baleares, Ceuta y Melilla no existe ninguna regulación del turismo activo, y en Canarias está en proceso.

De manera más o menos acertada, estas regulaciones han marcado una serie de pautas que no gozan de uniformidad en el ámbito estatal, lo que podría provocar la migración de empresas de turismo activo a aquellas comunidades que ofrezcan las condiciones más favorables. Provocando la competencia en un ámbito que no debe tomarse a la ligera dados los riesgos, que hemos corroborado, que entraña.

Bajo mi perspectiva, muchos incidentes podrían eludirse mediante la promulgación de una normativa estatal. A pesar de tratarse de una materia que es competencia de las Comunidades Autónomas, es una controversia que supera la consideración de turismo, el riesgo que su-



pone no es asimilable a este sector y no debería comercializarse a la ligera. La exigencia de que se establezcan una serie de requerimientos es fundamental e ineludible: una titulación específica para impartir estas actividades; la contratación seguro de responsabilidad civil concretando los ámbitos de cobertura que debe presentar; la obligación de informar en todo momento al participante; entre otros requisitos mínimos.

9. Bibliografía

- J. M. BUSTO LAGO, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Tecnos, 1998.
- L. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- L. GÁZQUEZ SERRRANO Y M. M. MÉNDEZ SERRANO, "Responsabilidad civil en los deportes de riesgo", *Revista española de Derecho deportivo*, enero-junio 2001.
- J. MALDONADO RAMOS, "Responsabilidad por la práctica de deportes de riesgo", *Revista Jurídica del Deporte*, nº 11, 2004.
- M. MEDINA ALCOZ, "La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos", Madrid, Dykinson, 2004.
- J. M^a. NASARRE SARMIENTO, *Responsabilidad civil en deportes de montaña y actividades en la naturaleza*, Madrid. Editorial Desnivel, 2013.
- F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, "La responsabilidad civil del prestador de servicios deportivos", en AA.VV (Dir. A. ORTÍ VALLEJO): *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006.
- J. PIÑEIRO SALGUERO, "Responsabilidad Civil y Deporte", Tesis Doctoral Universidad Pompeu Fabra, 2008.
- L. PUIG FERRIOL, "Concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual", en AA.VV (dir. J.A. MORENO MARTÍNEZ): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007.
- E. ROCA TRÍAS, "El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español", *InDret* 4/2009 (www.indret.com).
- J. SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, Madrid, Montecorvo, 2001.
- R. VERDERA SERVER, "Una aproximación a los riesgos del deporte", *InDret* 1/2003 (www.indret.com).
- M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

La acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 13 de octubre de 2015.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Fundamentos de Derecho

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO.- Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. La representación procesal de don Lorenzo, invocando los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, ejercitó acción de responsabilidad contractual, ex artículo 1101 del Código Civil, frente a la compañía aseguradora DKV a fin de ser indemnizado por el fallecimiento de su hijo, el niño Vidal, consecuencia de la negligencia médica del facultativo del servicio de urgencias del Hospital Modelo de La Coruña.

2. El actor era mutualista o beneficiario de Muface y en su condición de tal optó por recibir la prestación de asistencia sanitaria de una de las entidades privadas que se le ofrecían, que en el caso fue DKV Seguros.

3. La aseguradora demandada, sin perjuicio de oponerse al fondo de la cuestión, alegó con carácter previo la excepción de prescripción en atención a que la acción que se ejercitaba tendría como fundamento la responsabilidad extracontractual, y cuando medió reclamación por primera vez habría transcurrido más de un año desde el fallecimiento del niño que tuvo lugar el 21 de abril de 2007.

4. El Juzgado de Primera instancia número 12 de Zaragoza dictó sentencia el 3 de diciembre de 2012 estimando la excepción de prescripción opuesta por la demandada con la siguiente motivación:

(i) El régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos es un régimen que tiene como uno de los mecanismos de cobertura el Mutualismo Administrativo gestionado por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado regulado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, previendo el artículo 17.1 las modalidades de asistencia necesaria, entre las que se encuentra el régimen de conciertos con otras entidades o establecimientos públicos o privados.

(ii) Estos conciertos, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público, tienen la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público.

(iii) Quiere ello decir que entre el mutualista y la entidad sanitaria no media relación contractual.

(iv) La relación contractual de naturaleza administrativa se establece entre la mutualidad y la entidad. (v) Por ello la acción en virtud de la cual un mutualista o beneficiarios reclama frente a la entidad tiene naturaleza extracontractual, bien al amparo del artículo 1902, por la responsabilidad por hecho propio, bien al amparo del artículo 1903 por el hecho ajeno.



(vi) Siendo esa la acción ejercitada, sujeta al plazo de prescripción de un año, y habiendo transcurrido con exceso el mismo al formularse la primera reclamación, es por lo que se estima la excepción alegada de contrario.

5. Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la parte actora, correspondiendo su conocimiento a la Sección número 5 de la Audiencia Provincial de Zaragoza que dictó sentencia el 13 marzo 2013 desestimatoria del mismo.



6. La sentencia citada sostiene:

(i) Que las sentencias invocadas por la parte apelante (STS de 12 de febrero de 1990, 2 noviembre 1999 y 19 de junio de 2001, como de las AP de 20 de septiembre de 2002 de la Sección 14ª de Barcelona y de 21 de enero de 2008 de la Sección 5ª de Zaragoza) no son pertinentes al caso.

(ii) No se trata de un contrato de seguro de prestación de asistencia médica entre un particular y una aseguradora, sino de la relación en-

tre un afiliado a una mutualidad de naturaleza pública -Muface- y la entidad privada concertada con ésta para la prestación de asistencia sanitaria.

(iii) Con tal antecedente se concluye que, aunque la actora tenía la facultad de elegir anualmente entidad de prestación de asistencia sanitaria, de entre las concertadas, e incluso de elegir entre los centros y cuadros médicos de la entidad elegida, ello no le confiere a la relación naturaleza contractual ni con la entidad ni con el médico.

(iv) Con cita de la legislación que recoge la sentencia de primera instancia, concluye que el título del afiliado a la mutualidad proviene de una relación de derecho público, cual es su afiliación a la mutualidad dada su condición de funcionario del Estado; por lo que su relación con el facultativo que le atiende o con la entidad que presta la asistencia a través de éste no puede asimilarse a la contractual sino a la extracontractual.

7. La representación procesal de la parte actora interpuso contra la sentencia del Tribunal de instancia recurso de casación por interés casacional conforme a lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los términos que más adelante se recogerán, que fue admitido por Auto de 10 de diciembre de 2013, al que se opuso, previo traslado, la parte recurrida.

Recurso de Casación.

SEGUNDO.- Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.

Considera que la sentencia de instancia ha infringido los artículos 25 y 28 de la Ley 26/1984, del 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el artículo 1101 y 1964, ambos del Código Civil, y la disposición adicional 23ª de la Ley 30/2007 del 30 octubre de Contratos del Sector Público.

En el desarrollo argumental del motivo parte de la base de que el recurrente pertenece como afiliado a Muface y eligió a DKV como prestadora de los servicios sanitarios origen de la demandada del presente recurso, planteándose la cuestión de determinar si la relación entre él y la entidad es extracontractual o contractual, siendo ésta última la tesis que sustenta.

A partir del anterior planteamiento solicita la unificación de la doctrina del Tribunal Supre-

mo por existir jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. Por un lado se cita la sentencia recurrida de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de marzo de 2013, que califica la relación como extracontractual, y por otro la sentencia de la misma Sección y Audiencia de 21 de enero de 2008 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de septiembre de 2002.

También cita el recurrente las sentencias dictadas por esta Sala el 12 de febrero de 1990 y 2 de noviembre de 1999.

TERCERO.- Decisión de la Sala.

1. El Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, estableciendo en el artículo 17 la forma de la prestación de la asistencia sanitaria en los siguientes términos:

"1. La asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados. Estos conciertos se establecerán preferentemente con instituciones de la Seguridad Social.

2. La Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado no abonará los gastos que pudieran ocasionarse cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, a no ser en los casos que se establezcan en el Reglamento General del Mutualismo Administrativo".

2. El Reglamento General de Mutualismo Administrativo fue aprobado por el Real Decreto 375/2003, de 28 marzo, siendo relevante a los efectos del recurso los artículos 77 y 151 del mismo.

El artículo 77. 1 dispone, en coincidencia sustancial con el artículo 17 de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, que: "La asistencia sanitaria se facilitará por la Mutualidad General directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados, preferentemente con instituciones de la Seguridad Social. Cuando la asistencia se facilite mediante concierto, los mutualistas podrán elegir, bien en el momento de la afiliación o alta, bien dentro del periodo que se señale al efecto, la entidad o establecimiento público o privado a través del

cual hayan de recibir la prestación de dicha asistencia".

En el número 2 se recoge el alcance de los conciertos: "Los conciertos estipularán los derechos y obligaciones recíprocos de las partes, así como las modalidades, forma, condiciones de la asistencia y las causas por las que ésta se prestara a los beneficiarios con derecho a ella".

Resulta de sumo interés, y se verá cómo la Sala lo tuvo en consideración, el artículo 78 que prevé que si el beneficiario, salvo en los supuestos que enumera, por decisión propia o de sus familiares, utilizase servicios sanitarios distintos de los que le correspondan, será él quien los abonará sin derecho a reintegro.

El artículo 151, relativo a la "contratación", es significativo por cuanto en él queda claro quiénes son las partes contratantes y dispone lo que sigue: "1. El régimen de la contratación de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado se ajustará a lo dispuesto para los organismos autónomos en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y sus normas complementarias, con la particularidad que se prevé en el apartado 3 siguiente, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 5 del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, respecto al régimen de los conciertos para la prestación de los servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica.

2. El Director General de MUFACE es el órgano de contratación del organismo y está facultado para celebrar en su nombre los contratos en el ámbito de su competencia, sin perjuicio, en su caso, de las autorizaciones que resulten procedentes de acuerdo con el artículo 12 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. La prestación de servicios asistenciales por entidades públicas, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas que sean precisos para el cumplimiento de los fines de la acción protectora de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, cualquiera que sea su importe y la modalidad que revistan (convenios, conciertos, pólizas, u otras modalidades análogas), se vendrán de forma directa entre la mutualidad y la entidad correspondiente, con informe previo de la Abogacía del Estado del Ministerio de Administraciones Públicas y de la Intervención delegada en el organismo sobre el proyecto de

convenio, concierto, póliza o documento en el que consten las condiciones de prestación”.

3. La disposición adicional vigésimo tercera de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, hoy vigésima tras la publicación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, relativa a los “Conciertos para la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas” dispone que: “1. Los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público.

2. Los conciertos que la Mutualidad General Judicial celebre para la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, y que sean precisos para el desarrollo de su acción protectora, se convendrán de forma directa entre la Mutualidad y la Entidad correspondiente, previo informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia y de la Intervención Delegada en el Organismo”.

4. A la fecha del supuesto de hecho que se enjuicia el Concierto vigente de MUFACE con Entidades de Seguro para la asistencia sanitaria en territorio nacional a mutualistas y beneficiarios de la Mutualidad para el año 2007 era el contenido en la Resolución de 22 de diciembre de 2006 del Ministerio de Administraciones públicas, en la que se hace constar que el acuerdo es en aplicación de la legislación que antes hemos mencionado.

5. En concreto la naturaleza y régimen del concierto y de las relaciones en él basadas se prevé y recoge en la cláusula 5, distinguiendo: A) Las relaciones entre MUFACE y la Entidad, con motivo del cumplimiento de los derechos y obligaciones que, según la cláusula 1.1 constitu-

yen los respectivos objetos del concierto, y B) Las relaciones entre los beneficiarios y la Entidad con motivo del cumplimiento por la misma de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente.

La relación contractual administrativa se establece entre MUFACE y la Entidad, pero no con los facultativos o centros de ésta.

Se configuran como relaciones autónomas entre las partes las relaciones asistenciales entre los beneficiarios y los facultativos o centros de la Entidad de los que recaben y reciban su asistencia, recogiénose (5.2.3) que tales relaciones tendrán la naturaleza que, con arreglo a derecho, corresponda a su contenido, y que el conocimiento y decisión de las cuestiones que puedan surgir en las mismas serán competencia de la jurisdicción civil o, en su caso, de la penal.

6. Tal distinción ha tenido reflejo en el cambio jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que aparece explicitado en la sentencia de 18 de octubre de 2011, Rc. 443/2009 en los siguientes términos: “... esta misma Sección, en la Sentencia de 2 de julio de 2008, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 395/2006, ha tenido ocasión de estudiar el tema a la luz de elementos normativos recientes, que lo han clarificado.

En efecto, la Sección, en asuntos similares al de autos, vino declarando que, “el daño cuyo resarcimiento se persigue por la actora, no es imputable al funcionamiento de los servicios públicos, habida cuenta de que la actuación administrativa consiste en celebrar conciertos con Entidades o Sociedades para facilitar a los mutualistas y beneficiarios la prestación sanitaria de tal modo que, a tenor de lo dispuesto en los Conciertos suscritos, la responsabilidad que puede surgir por la defectuosa asistencia no es susceptible de ser imputada más allá del círculo en que efectivamente se realiza la prestación, extendiéndose en la forma pretendida por la demandante”, añadiéndose que la Administración “no ha prestado ningún tipo de asistencia sanitaria, ha sido la Entidad concertada elegida por la mutualista la que lo ha hecho a través de sus servicios y en el ámbito de una relación establecida libremente con la recurrente y que ésta no puede desconocer” (de la Sentencia de 25 de enero de 2001-recurso nº 251/2000)”.

“Se destaca en la referida Sentencia de 2 de julio del pasado año, no puede desconocerse la incidencia que, en esta cuestión, tiene la disposición adicional vigésimo tercera de la

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyo apartado 1 dispone que "los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica y que, para el desarrollo de su acción protectora, celebren la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas con entidades públicas, entidades aseguradoras, sociedades médicas, colegios farmacéuticos y otras entidades o empresas, cualquiera que sea su importe y modalidad, tendrán la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos del sector público".

Con esta disposición, el legislador considera expresamente sometidos los conciertos del tipo del que trae causa la asistencia prestada a la parte actora, celebrado entre la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado -el Instituto Social de las Fuerzas Armadas en el recurso número 395/2006- y Asisa, al régimen del contrato de gestión de servicio público, del que el concierto constituye una de sus modalidades de contratación [artículo 253.a) de la nueva Ley y artículo 156.c) de la precedente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas], figurando entre las obligaciones del contratista la de "indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración" [artículo 256.c) de la nueva Ley y artículo 161.c) de su precedente] Esta idea, que ya se deducía de la normativa anterior, se hace ahora explícita, cobrando todo su vigor el sistema de responsabilidad al que se acaba de aludir, de manera que "la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración [...], modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular" del servicio y del fin público que se trata de satisfacer, así como en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a órdenes de la Administración (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006)".



7. Que se configuren como autónomas las relaciones de los beneficiarios con los facultativos o centros de la Entidad que ha celebrado el concierto con la Mutualidad, sin suponer relación de ésta con aquellos, no empece a que se haya de convenir que aquellas relaciones traen causa del contrato de servicio público celebrado entre la Mutualidad y la Entidad, previéndose en su normativa, entre las obligaciones del contratista, la de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración (artículo 280 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), pues se trata de un contrato en el que la Administración contratante (aquí el Mutualismo Administrativo que asume la prestación de asistencia sanitaria con el mismo alcance y contenido que el sistema de la Seguridad Social) encomienda a un contratista la gestión de un servicio de su competencia.

8. Corolario de ello es que entre el mutualista y la entidad sanitaria no media relación contractual. La relación contractual, como contrato de gestión de servicio público, se establece entre la Mutualidad y la entidad sanitaria.



En consecuencia se debe concluir que la relación entre los afiliados o beneficiarios de la Mutuality y la Entidad concertada con esta es de naturaleza extracontractual, en el sentido que más adelante se precisará.

9. Aunque la Sala no haya abordado la cuestión en unos términos tan contundentes como los aquí planteados, existen precedentes de los que se puede inferir la naturaleza extracontractual de la relación entre el mutualista y la entidad que por concierto prestan asistencia sanitaria.

La sentencia de 24 octubre de 2011, Rc. 1692/2008 expone, como la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que hemos citado, que la relación de MUFACE con la Entidad concertada no se extiende a los facultativos o centros de la entidad que presta asistencia; por lo que si lo reclamado es en virtud de responsabilidad de éstos en la prestación del servicio no cabe dirigir la acción contra MUFACE.

Sin embargo se aprecia que la acción ejercitada se fundó en el artículo 1903 del Código Civil, como suponiendo la naturaleza extracontractual de la relación.

Lo mismo se puede predicar de la sentencia de 11 de abril de 2013, Rc. 2017/2010, en la que la negligencia médica se fundamentaba en una doble infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, así como de la de 16 de marzo de 2010, Rc. 1067/2006.

Más esclarecedora, planteándose precisamente la excepción de prescripción de la acción, es la sentencia de 20 de junio de 2006, Rc. 3935/1999, en la que se distingue entre la responsabilidad fundada en la culpa contractual y la basada en la extracontractual, para concluir que en el caso enjuiciado existió un vínculo contractual y por tanto el plazo de prescripción era el de 15 años que previene el artículo 1964, referido a las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción. Tal conclusión se alcanza en atención a que la operación en cuestión no estaba cubierta por el ISFAS, por lo que es evidente que se tuvo que llevar a cabo por una relación contractual entre la paciente y la Policlínica. A sensu contrario, y de estar cubierta por la entidad se infiere que la relación tendría naturaleza extracontractual.

10. La Sala, en sentencia de 24 de mayo de 2001, Rc. 1306/1996, abordó la naturaleza contractual o no, precisamente a efectos del plazo de prescripción de la acción, entre la persona afiliada a la Seguridad Social y el centro hospitalario integrado en el sistema que le presta asistencia médica, afirmando que: "... de un lado, que la inmensa mayoría de las sentencias de esta Sala que estudian la prescripción en casos semejantes al presente lo hacen dando por supuesto que el plazo a considerar es el de un año del art. 1968-2º CC; y de otro, que resulta difícil sostener esa naturaleza contractual o análoga a la contractual desde la configuración constitucional de la Seguridad Social como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes (art. 41 CE), lo que convierte a la Seguridad Social en una función del Estado y a su régimen en un régimen legal y público según la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 65/87 y 37/94, que a su vez citan otras anteriores). Precisamente estas razones justificaron el voto particular discrepante a la citada sentencia de 30-12-99, y con posterioridad a la misma se ha dictado por esta Sala la sentencia de 12-2-00 (recurso 1562/96) considerando "incontestable" la prescripción de un año por constituir en el caso examinado la relación del enfermo con el Servicio Andaluz de Salud una "relación jurídico-pública... distinta en su conformación técnica de la genuina contractual".

Esta doctrina sería extrapolable al supuesto enjuiciado si, como se ha dicho, el Mutualismo Administrativo asume la prestación sanitaria con el mismo alcance y contenido que el sistema de la Seguridad Social, con las singularidades ya expuestas.

Así se infiere del título, exposición de motivos y articulado del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio.

En el desarrollo del mismo se aprobó el Reglamento General del Mutualismo Administrativo de 28 de marzo de 2003 y en su artículo 2, sobre el régimen del Mutualismo administrativo, dispone que "El mutualismo administrativo, mecanismo de cobertura del Régimen especial de la Seguridad Social de los funcionarios Civiles del Estado integrado en el Sistema de la Seguridad Social, previsto en el párrafo b) del artículo 2 del texto refundido, se rige por lo dispuesto en éste, en el presente reglamento y en las demás disposiciones de aplicación y desarrollo". De lo que se colige su naturaleza de Régimen especial de la Seguridad Social.

11. Es cierto que, a efectos de prescripción, tradicionalmente hemos venido distinguiendo en la jurisdicción civil entre acción de naturaleza contractual o extracontractual, sin que tales términos los recoja tal cual el artículo 1964 del Código Civil ni el 1968.2 del mismo Texto Legal; lo que a veces, como en el presente supuesto, ofrece dificultades conceptuales a la hora de calificar la relación que une al que ejercita la acción con la parte demandada.

Por ello, conforme ya se ha motivado, lo que debe destacarse es que la acción del mutualista contra la entidad concertada o contra los centros o facultativos del cuadro médico de la misma no nace de una relación personal contractual entre ambos, sino del compromiso contraído por la entidad con la Mutualidad con la que ha celebrado el concierto como contrato de servicio público, con obligación, merced a la Ley que los regula, de no causar daños a terceros como consecuencia del desarrollo del servicio.

Por tanto, si el daño tiene lugar y el tercero, beneficiario del servicio pero que no ha sido parte en el contrato de naturaleza administrativa, ejercita acción para el resarcimiento de daño sufrido, tal acción tiene su encaje en el artículo 1902 del Código Civil y, por ende, el plazo de prescripción será el de un año previsto en el

artículo 1968.2 del citado Código por la remisión que hace éste al artículo 1902 del mismo Texto Legal.

Consecuencia de todo lo expuesto es la desestimación del motivo, fijando la Sala como doctrina que "la acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año".

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida, además, del depósito constituido para recurrir.

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de DON Lorenzo, presentó recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 52/2013, dimanante del juicio ordinario nº 1235/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza.

2. Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

3. Fijar como doctrina que "la acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquél el daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año".

4. Se impone a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Firmado y Rubricado. Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Sarazá Jimena. Eduardo Baena Ruiz. Pedro José Vela Torres.

El plazo de prescripción de acciones por responsabilidad civil es un tema inagotable, pues son innumerables los supuestos que se plantean en torno al mismo y muchas veces nos encontramos con respuestas de nuestros Juzgados que lo interpretan de forma totalmente distinta. Los problemas de interpretación pueden aparecer en torno al tipo de daños por los que se reclaman y que dan lugar a que el momento de inicio del cómputo para el plazo de prescripción sea distinto en virtud de la naturaleza de dichos daños, tal y como sucede en el supuesto de daños corporales donde el inicio del plazo de prescripción de las acciones para reclamarlo se sitúa en el momento de consolidación de los mismos; o también en el caso de los daños continuados, donde se interpreta que al tratarse de daños que se siguen produciendo a lo largo del tiempo y que incluso pueden agravarse durante el mismo, provocan que el plazo de prescripción no comience hasta el momento en el que los mismos cesen, por lo que la acción continúa viva mientras aquellos se sigan produciendo.

Pero el problema de determinación del plazo de prescripción también puede aparecer en atención a las circunstancias procesales que hayan rodeado al supuesto en cuestión. Así en reclamaciones por daños que se hayan iniciado mediante un proceso penal deberá considerarse que el plazo para la prescripción de la acción civil en reclamación de los mismos no comienza hasta que aquel proceso penal previo se haya archivado y éste archivo haya sido notificado de forma fehaciente al perjudicado denunciante. También en supuestos donde se hayan iniciado previamente unas diligencias preparatorias donde el perjudicado haya solicitado al posible responsable una determinada información para preparar su demanda, se entenderá que dicha actuación procesal paraliza el plazo para interponer acción por los daños y perjuicios sufridos.

Y por último el problema de interpretación sobre el plazo de prescripción de las acciones para reclamar por responsabilidad civil puede venir marcado en atención a la naturaleza de la acción que se pretende entablar, pues son muchos los supuestos en los que dicha naturaleza no está claramente determinada o definida en el precepto legal que la recoge, lo que provoca que surjan distintas interpretaciones en torno a la misma y con ello distintas interpretaciones sobre los requisitos o condicionantes del plazo de prescripción a aplicar en cada una de ellas.

Pues bien, centrándonos ahora en el supuesto que nos ocupa, comprobamos que la argumentación acogida por esta Sentencia comparte fundamento dentro de la abundante Jurisprudencia existente en materia de prescripción de acciones ejercitadas para la reclamación de daños sufridos por actos médicos, cuando las mismas se dirigen frente a los distintos responsables y cuando el perjudicado mantiene con ellos relaciones de distinta naturaleza.

En el que ahora nos ocupa el perjudicado ejercita una acción en reclamación de los daños sufridos por acto médico frente a la entidad de prestación sanitaria con la que su Mu-

En este caso, el perjudicado ejercita una acción en reclamación de los daños sufridos por acto médico frente a la entidad de prestación sanitaria con la que su Mutualidad había concertado la prestación de tales servicios médicos, considerando que dicha actuación ha sido negligente y por tanto la culpable de los daños y perjuicios sufridos por el mismo. El debate jurídico se centra en debatir si el plazo para el ejercicio de tales acciones debe ser el correspondiente a las acciones de naturaleza contractual o extracontractual

COMENTARIO

El Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo centra la atención de la discusión en determinar cuál es la naturaleza de la relación contraída entre el perjudicado y la entidad frente a la que ejercita su acción

tualidad había concertado la prestación de tales servicios médicos, considerando que dicha actuación ha sido negligente y por tanto la culpable de los daños y perjuicios sufridos por el mismo. El debate jurídico se centra en debatir si el plazo para el ejercicio de tales acciones debe ser el correspondiente a las acciones de naturaleza contractual o extracontractual, es decir el plazo de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil o el plazo de un año fijado en el artículo 1698 del Código Civil, para lo cual en primer lugar surge la cuestión de determinar cuál es la naturaleza propia de dicha la acción, a determinar si debe encajarse dentro de las acciones previstas en el artículo 1591 del ya citado Código Civil o en caso contrario en las que recoge el artículo 1902 del mismo Código.

Frente a tal litigio el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo centra la atención de la discusión en determinar cuál es la naturaleza de la relación contraída entre el perjudicado y la entidad frente a la que ejercita su acción y de este modo distingue entre el tipo de relación que le une con su Mutualidad y el que le vincula con aquella. En este sentido la Sentencia en cuestión argumenta cómo la relación que establece la Mutualidad con la entidad que presta los Servicios médicos a sus mutualistas es una relación contractual en la que éstos no intervienen en modo alguno y de la cual no forman parte, motivo por el cual deberemos considerar que la relación existente entre ambos es de carácter extracontractual y el plazo de prescripción de la acción es de un año y no de quince.

Comprobamos cómo aquí la Sentencia distingue tres relaciones distintas con sus correspondientes plazos de prescripción, a saber, la existente entre la Mutualidad y su mutualista, la que nace entre la Mutualidad y la entidad de prestación de servicios médicos y la relación que se establece entre esta última y el mutualista destinatario final de tales prestaciones médicas.

Se trata por tanto de un supuesto sobre el que de forma indirecta la Sala 1ª ya se había pronunciado en otras ocasiones, pero sobre el que esta Sentencia se pronuncia y sienta una Jurisprudencia clara y contundente. Jurisprudencia ésta que podrá ser aplicable a otros supuestos similares donde la acción se dirija frente a la entidad prestadora de servicios médicos frente a la que no se mantiene una relación contractual, a pesar de que el

La Sentencia distingue tres relaciones distintas con sus correspondientes plazos de prescripción, a saber, la existente entre la Mutualidad y su mutualista, la que nace entre la Mutualidad y la entidad de prestación de servicios médicos y la relación que se establece entre esta última y el mutualista destinatario final de tales prestaciones médicas

daño por el que reclama el perjudicado le haya sido prestado por aquella de forma directa y con sus propios medios, pues lo determinante será poder analizar con quién ha contratado el perjudicado y por tanto diferenciar con quien le une una relación contractual y con quién una de carácter extracontractual.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se estima la prescripción de la acción ejercitada en reclamación de los daños ocasionados por las víctimas de la talidomida, al considerarse que nos encontramos en un supuesto de cosa juzgada temporal, teniendo que haber iniciado la parte perjudicada la reclamación en el momento en que los daños fueron determinados, sin perjuicio de iniciar un nuevo procedimiento en el supuesto de daños sobrevenidos

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 20 de octubre de 2015.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE) es una asociación constituida en el año 2003 con la intención de agrupar a las personas afectadas por la talidomida en España. Fue inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones con el num. 171733 de la Sección 1ª el 22 de marzo de 2003. La Asamblea General de 19 de septiembre de 2011 modificó sus Estatutos y la Asamblea celebrada el 12 de marzo de 2011 acordó, por mayoría absoluta, demandar a la farmacéutica Grünenthal Pharma SA, titular de los derechos sobre el principio activo de la talidomida, con la pretensión de que los socios de AVITE fueran reconocidos e

indemnizados como afectados de la talidomida en España. La demanda se formula el día 12 de febrero de 2012 y en ella se ejercita acción para la protección de los derechos de sus asociados con fundamento en la responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, aunque también se citan los artículos 1089, 1091 y 1101 CC, y los RD 2464/1963, de 10 de agosto y 18 de abril, la Orden Ministerial de 5 de abril de 1941 y las leyes de 25 de noviembre de 1944 y 17 de julio de 1947. La legitimación se justifica al amparo de los artículos 6.1.3, 11 y 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, de igual modo, con base en el artículo 221 de la misma ley procesal. Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en virtud del artículo 15.1, 2 Ley de Enjuiciamiento Civil.

En lo que aquí interesa -prescripción de la acción- en la demanda se niega que esta concorra porque:

(i) Los daños que sufren los socios de AVITE "son continuados, progresivos e incluso inciertos" y los afectados "tienen en ocasiones minusvalías oficialmente reconocidas que han ido progresivamente aumentando con el tiempo";

(ii) "los daños podrían suponer un alteración genética de los afectados que podría ser heredada por su descendencia";

(iii) El reconocimiento de afectado por la talidomida no se ha producido hasta el Real Decreto 1006/2010, cuando se reconocieron ayudas públicas a las víctimas españolas, por lo que "mal podrían haber reclamado antes si no se les consideraba víctimas de la droga", y

(iv) "los propios actos de la causante del daño Grünenthal reconociendo su responsabilidad, subsanan el transcurso del tiempo"

La sentencia del Juzgado y de la Audiencia Provincial son contrarias en lo que se refiere a la prescripción de la acción.

La sentencia de primera instancia (19-11-2013) estimó en parte la demanda. Declaró como afectados por la talidomida a los socios de AVITE incluidos en el listado contenido en el auto de 6 de noviembre de 2012, que perciban o pudieran percibir en el futuro las ayudas económicas establecidas en el RD 1006/2010 y que acrediten esta condición en ejecución de sentencia mediante la aportación de la correspondiente resolución administrativa, con excepción de aquellas víctimas que ya estuvieran percibiendo ayudas de la Fundación Contergan, y condenó a la demandada a indemnizar a cada





uno de ellos con la suma de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía que se les haya reconocido por la Administración, más intereses legales desde la interposición de la demanda y costas.

Se rechaza la excepción de prescripción porque que si bien el tiempo transcurrido desde que el daño se produce era muy notable (más de 50 años), debía tomarse en consideración que se trataba de daños continuados, por lo que el cómputo del plazo de prescripción no se iniciaba hasta que no resultara conocida la enfermedad y la relación causal entre esta y la ingesta del citado principio activo (pues hasta que no se tiene cabal y exacto conocimiento de la enfermedad y de sus graves efectos no puede reclamarse). En consecuencia, aunque admite que el principal daño derivado de la ingesta de talidomida era apreciable en el momento del nacimiento y que por el tiempo transcurrido la mayoría de sus secuelas ya debían considerarse consolidadas (muchos de los padecimientos solo son consecuencia del daño principal constituido por las malformaciones en extremidades superiores e inferiores), entiende que no puede prescindirse del valor del informe Heidelberg, de 21 de diciembre de 2012 (traído a las actuaciones por la actora en el acto de la audiencia previa tras ser mencionado en la demanda), que fue encargado por la Fundación Contergan "para conocer la actual situación vital y las necesidades futuras de asistencia de los hombres y mujeres afectados por el Contergan", según el cual los afectados por la talidomida pueden padecer daños que se denominan "daños secundarios, tardíos o de aparición tardía". Se trataría de daños de origen prenatal, que hasta fechas recientes no se han vinculado causalmente a la talidomida, y que están asociados al sistema nervioso, al sistema vascular y a la musculatura y que se concretan en la imposibilidad de extraer sangre, en problemas para medir la tensión arterial, etc. Este informe y sus conclusiones llevan al Juzgado a excluir la prescripción por considerar que a fecha de la demanda aún "no se tiene un conocimiento cierto, cabal, exacto, seguro y absolutamente definitivo sobre el alcance de las lesiones y secuelas producidas por la talidomida".

La sentencia del Juzgado fue apelada únicamente por la demandada Grünenthal Pharma, SA. La sentencia de la Audiencia Provincial (13-10-2014) apreció la prescripción, estimó el recurso de la demandada y revocó la sentencia apelada desestimando íntegramente la demanda, sin costas.

Son de interés al caso los argumentos siguientes de la sentencia:

a) se reitera que el *dies a quo* se sitúa en el momento en que "lo supo el agraviado" (*actio nata*), que ha de relacionarse con la posibilidad de ejercicio efectivo (teoría de la realización), y que esos principios son de difícil aplicación por la existencia de tres tipos de daños: duraderos o permanentes; continuados o de producción sucesiva y daños sobrevenidos;

b) desde el punto de los hechos relevantes (dimensión fáctica de la prescripción), considera acreditado que los efectos de la ingestión de talidomida (fundamentalmente efectos teratogénicos -malformaciones congénitas- en extremidades) fueron concretados por la comunidad científica hace muchos años (desde el año 1962) -lo que motivó su retirada del mercado- y que dichos efectos se consideraban "fácilmente detectables al nacimiento", no produciéndose desde entonces nuevos casos. También que AVITE se fundó el 22-3-2003, habiendo modificado sus estatutos el 19-11-2011; que cinco socios de AVITE fueron reconocidos como pensionistas en Alemania por la Fundación Contengan y que se intentó sin éxito el acuerdo extrajudicial una vez que diversas resoluciones administrativas con base en el RD 1006/2010 reconocieron a los socios de AVITE la condición de beneficiarios de ayudas públicas por su condición de víctima de la talidomida en España;

c) desde el punto de vista jurídico (dimensión jurídica de la prescripción), no discutiéndose que se trata de un supuesto de responsabilidad por culpa extracontractual en el que rige el plazo de prescripción de un año, la controversia se contrae a determinar el *dies a quo*, en función de cada tipo de daños. Y al respecto, señala:

(i) Los daños derivados de la ingestión por la madre son detectables en el momento del nacimiento, de manera que como máximo todos los perjudicados estuvieron en disposición de ejercitar la acción de reclamación cuando alcanzaron su mayoría de edad (en todos los casos, mucho tiempo antes de que se presentara la demanda). Aunque se trate de daños continuados, según tesis de la actora, en los que el cómputo se difiere al momento en que se genera el definitivo resultado, la jurisprudencia matiza que esto es así "cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida", situación concurrente en este caso. En suma, considera que para las lesiones que se evidencian en el mo-





mento del parto, es este el día inicial porque las secuelas quedan definitivamente concretadas en ese momento, como defectos permanentes, sin perjuicio del agravamiento o de la aparición de nuevas secuelas, que implicarían una nueva etapa o estadio distinto del anterior.

(ii) Por tanto, para las lesiones incardinables en el concepto de daños consecutivos, según el informe Heidelberg (los que se desarrollan a lo largo de su vida), no cabe interpretar la doctrina de los daños continuados en el sentido de que en aquellos casos no comience a computarse el plazo de prescripción con la excusa de la posibilidad de que se produzcan en el futuro nuevos padecimientos que traigan causa de la ingesta de talidomida (esto equivaldría a que la acción no prescribiera nunca). Se debe tomar en cuenta el momento en que el perjudicado tuvo un conocimiento razonable del daño y de su evolución. De ahí que los daños consecutivos (escoliosis y artrosis) sí puedan considerarse como sobrevenidos al objeto de considerar que se integran en una nueva etapa no afectada por la prescripción de los daños y secuelas que se concretaron en el nacimiento.

(iii) Aplicando esta doctrina a los hechos probados concluye que ha prescrito la acción para reclamar por todos los daños pues desde hace décadas (desde 1962) se sabían los efectos de la talidomida, su dimensión social y mediática, como ejemplifica la creación de fundaciones de víctimas (Contergan tras resolución del Tribunal de Aquisgrán en 1970), incluyendo AVITE (2003), de manera que sus socios al menos desde su constitución sabían de la relación causal de sus padecimientos y dicho medicamento. También pudieron acudir al Centro de Investigación de Anomalías Congénitas (CIAC) y no lo hicieron. En la tesis más favorable, en el año 2008 ya podrían haber obtenido los correspondientes diagnósticos (ninguno de los diagnósticos realizados durante el periodo 2006-2008 por dicho organismo fue aportado por los demandantes). Por tanto, la acción se encontraba ya prescrita cuando el presidente de AVITE solicitó a la demandada tener reuniones (diciembre de 2010) y también al tiempo en que se presentó la papeleta de conciliación (junio 2011), sin que el hipotético reconocimiento de responsabilidad de los interlocutores de Grünenthal en las reuniones de mayo y junio de 2011 tenga valor para reanudar el plazo de prescripción ya agotado. Tampoco sirve para interrumpir la prescripción el RD 1006/2010, y el reconocimiento de su condición de talidomídicos pues el diagnóstico seguro pudieron haberlo obtenido mucho antes dirigiéndose al CIAC,

además de que tanto dicho reglamento como la Ley 26/2009 tienen carácter social y no pueden surtir efectos en orden a la prescripción. Los daños secundarios o de aparición tardía han de entenderse como una nueva etapa, por lo que, de acreditarse estos en el futuro, solo procedería reconocer la indemnización por estas secuelas y no por las anteriores (daños prenatales y consecutivos) afectadas por la prescripción. De la prueba obrante no se desprende la existencia de este tipo de daños tardíos, sin perjuicio de que en el futuro la investigación científica pueda acreditar su relación de causalidad con la talidomida.

La demandante AVITE ha formulado un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Los dos han sido apoyados por el Ministerio Fiscal.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Se formulan cuatro motivos.

En el primero denuncia la infracción del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 1.1 de la Ley 29/98. Se argumenta una supuesta falta de jurisdicción del orden civil para interpretar la conformidad o disconformidad del RD 1006/2010 con respecto a la Ley 26/2009 que desarrolla.

En el segundo la infracción se refiere al artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 5 y 6 G del RD 1006/2010, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas de personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960/1965, y del artículo 24 CE, en la medida en que dichas infracciones "han supuesto una errónea valoración de la prueba por arbitraria e ilógica" en tanto que la sentencia tiene por prescrita la acción partiendo del hecho de que los reconocimientos diagnósticos del CIAC (Centro de Investigación de Anomalías Congénitas) a los socios de AVITE se llevaron a cabo en el periodo 2006-2008, lo que deduce de un "anexo" del propio CIAC de 2007 y del Dictamen del Consejo de Estado sobre el RD 1006/2010.

En el tercero y en el cuarto denuncia la infracción de los artículos 218 LEC y 24 CE por falta de exhaustividad, y 218.2 y 24.1 por motivación contraria a la lógica y a la razón. Reitera, como en el anterior, que "dicha infracción ha supuesto una errónea valoración de la prueba por arbitraria e ilógica", respecto al plazo de prescripción, de forma suficiente para haber vulne-

rado los artículos 9.3 CE, 24 y 51 CE, dejando sin valorar el informe Heidelberg y documentos de archivo público de Dusseldorf.

TERCERO.- Ciertamente, y así lo ha puesto de manifiesto la parte recurrida, en la formulación de dichas infracciones se advierten incorrecciones formales que aisladamente consideradas podrían justificar su inadmisión. Así, respecto a los dos últimos motivos, no se justifica haber cumplido con el deber de agotar todos los medios posibles para la denuncia o subsanación de la infracción o el defecto procesal -artículo 470.2 LEC, en relación con el artículo 469.2 LEC-; en concreto, no se justifica haber solicitado la aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia. Y en particular en el caso del motivo tercero, la cita del artículo 218 se hace sin especificación del párrafo, lo que esta Sala rechaza en la medida que no cabe confundir incongruencia y falta de motivación, mientras que en el cuarto, aunque sí se invoca acertadamente el párrafo 2º del artículo 218 con respecto al deber de motivación, sin embargo se utiliza un cauce equivocado, al citarse el ordinal 4º en lugar del 2º del artículo 469.1 LEC.

En cualquier caso, prescindiendo de las incorrecciones en que se pudo haber incurrido en la formulación de este recurso, esta Sala dará respuesta a todos ellos dada la vinculación que hay entre los motivos y, especialmente, por la vinculación que existe entre las dimensiones fáctica y jurídica referidas a la existencia o inexistencia de prescripción extintiva en razón a la delimitación del día inicial para el comienzo del cómputo en función de la naturaleza de los daños por los que se reclama; todo ello desde la idea de que no estamos ante una responsabilidad civil derivada de un delito ni ante una legislación como la penal, preventiva de delitos y faltas como instrumento de protección de la persona y de la sociedad, en la que determinados delitos se consideran imprescriptibles por su especial gravedad (artículo 131 CP), sino ante una responsabilidad por culpa -artículo 1902 CC- para la que nuestro derecho fija el breve plazo de un año para el ejercicio de la acción -artículo 1968.2 CC-, al que se sujeta el enjuiciamiento de lo que el Ministerio Fiscal califica de "hecho gravísimo para la conciencia de la humanidad", y ante unos hechos que tienen su origen hace cincuenta años.

Todos ellos se desestiman.

1.- Con carácter general, en el primer motivo, más que una cuestión puramente procesal se suscita una controversia que aparentemente

tiene que ver con el tema de fondo (prescripción) pues lo que se cuestiona es la trascendencia o repercusión que la sentencia otorga al RD 1006/2010 y a las decisiones del INSERSO en materia de prescripción (la tesis de la demandante es que hay que estar al momento en que este organismo, de acuerdo con el citado RD, decidió reconocer a las víctimas su condición de perjudicados por el consumo de talidomida). En el segundo, se combate la valoración de la prueba documental pública como punto de partida para alcanzar conclusiones diferentes de orden fáctico respecto de las que tuvo en cuenta la sentencia recurrida. Y en los dos últimos, aunque se plantean en apariencia cuestiones estrictamente procesales referidas a los defectos de la sentencia (incongruencia, falta de exhaustividad y motivación lógica), en la práctica, y así se expresa en el recurso, se trata de combatir la valoración probatoria de unos documentos que la sentencia valora de forma diferente.

2.- La sentencia de apelación no cuestiona la legalidad del Real Decreto 1006/2010 ni invade atribuciones propias de la jurisdicción contenciosa administrativa, a la que se reserva el control de su legalidad. Se limita a valorarlo en la misma forma que lo hace la recurrente, para estimar el recurso de apelación con argumentos que, en lo sustancial, no vinculan el RD con la prescripción extintiva de la acción, a la que no se refiere, sino con el contexto de distintos periodos temporales en que la demandante pudo formular la demanda.

3.- El hecho de que la sentencia, con encomiable esfuerzo, haya analizado los distintos periodos en que la demandante pudo ejercitar la acción, no puede utilizarse fraccionadamente para tachar de arbitrarias e ilógicas las conclusiones obtenidas. Lo que dice la sentencia es que la acción estaba prescrita en todo caso cuando se publica el RD 1006/2010.

4.- El informe Heidelberg no ha sido ignorado en la sentencia. Al informe se refieren con detalle los Fundamentos Jurídicos decimocuarto y decimosexto, cosa distinta son las conclusiones que obtiene del mismo, y ni este ni los documentos de los archivos de Dusseldorf son relevantes en materia de prescripción de la acción que ha sido ejercitada en la demanda. El hecho que las pensiones se hayan incrementado sustancialmente a los afectados reconocidos por la fundación alemana ConterganStiftung (excluidos del fallo), en ningún caso determina un nuevo cómputo de la prescripción para los daños que se reclaman y que

aceptó la recurrente al no recurrir la sentencia del juzgado, entre otras razones porque no se ha identificado en qué medida este incremento de las pensiones determina un nuevo cómputo de la prescripción o que la acción ya prescrita reviva, como sucede con el supuesto reconocimiento tardío de responsabilidad por la demandada.

Pero aunque así lo fuera, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, no impone a los tribunales la obligación de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes. Lo que exige es que la respuesta judicial esté fundada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, hasta el punto de que solo una motivación que, por arbitraria, deviene inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución (STC 25 de junio 1992 ; STS 11 de noviembre 2011). El motivo, en definitiva, más parece dirigido a denunciar un agravio comparativo entre las indemnizaciones reconocidas por la administración española a los afectados y las que se reconocieron recientemente en Alemania, que a fundamentar con rigor jurídico una verdadera impugnación de la sentencia.

5.- Pretender que es un hecho incontrovertido que no existe un diagnóstico de certeza científica para establecer la etiología del daño por talidomida en la gestación, supone desconocer el conjunto de actos anteriores a la formulación de esta demanda, como los que resultan del proceso de Contengan o de la misma creación de la asociación que ahora demanda, determinantes del conocimiento que los afectados tenían del hecho causal -talidomida- y del causante del daño -la farmacéutica Grünenthal Pharma, SA-, e incluso del alcance definitivo del daño. Cosa distinta es la aparición de daños sobrevenidos entre los que están los que la parte ahora recurrente aceptó de la sentencia de 1ª instancia, que no recurrió.

6.- Finalmente, la sentencia identifica varios momentos temporales desde que se produjo el nacimiento de los afectados por la talidomida a partir de los cuales pudieron estos ejercitar la acción, el último de ellos cuando el CIAC hace las evaluaciones previas al RD, siendo así que todos ellos han transcurrido, y frente a ello todo el esfuerzo argumentativo viene referido al año 2010 en que se dicta el RD 1006/2010 hasta el que, según la recurrente, no pudo ejercitar la acción. Ninguna de estas consideraciones, salvo el referido a este RD, ha sido combatida por la recurrente.

RECURSO DE CASACION

CUARTO.- Todo el recurso viene referido a la apreciación de la prescripción extintiva de la acción, defendiéndose la naturaleza de daños continuados y el cómputo del plazo de prescripción anual a partir del momento en que los perjudicados estuvieron en disposición de conocer el alcance de sus daños, esto es, no antes de la fecha en que se les reconoció legalmente como afectados por el Real Decreto 1006/2010 y, en concreto, no antes de las resoluciones del INSERSO que, en aplicación del mismo, les fueron reconociendo como beneficiarios de ayudas públicas, sin que, a juicio de la recurrente, sea admisible diferenciar etapas o tramos en función del tipo de daños.

El conflicto se plantea en concreto:

a) en primer lugar, porque la sentencia recurrida niega que se tratara de daños continuados cuya prescripción no podía computarse sino desde que se conociera su definitivo resultado, entendiéndose, por el contrario, de una parte, que los daños derivados de la ingestión por la madre eran ya detectables en el momento del nacimiento, con independencia de que sus efectos fueran permanentes -lo que conllevaba que todos los perjudicados estuvieran en disposición de demandar, como máximo, cuando alcanzaron la mayoría de edad sin perjuicio del agravamiento o de la aparición de nuevas secuelas, que implicarían una nueva etapa o estadio distinto del anterior- y de otra, con respecto a los daños sobrevenidos (escoliosis y artrosis), entendiéndose que no era posible diferir sine die el inicio del cómputo con la excusa de no conocer el resultado definitivo cuando sí es posible fraccionar etapas diferentes o hechos diferenciados, dado que tales daños consecutivos se integran en una nueva etapa no afectada por la prescripción de los daños y secuelas que se concretaron en el nacimiento, y, b) porque niega valor interruptor de la prescripción al RD 1006/2010, y al reconocimiento de su condición de talidomídicos considerando que el diagnóstico seguro pudieron haberlo obtenido los perjudicados mucho antes de su entrada en vigor, dirigiéndose al CIAC, además de que tanto dicho Reglamento como la Ley 26/2009 tienen carácter social de ayudas a los afectados cualquiera que sea el responsable de sus padecimientos, y no pueden surtir efectos en orden a la prescripción.

En concreto, la infracción cometida en la sentencia vendría referida -cinco motivos- a





los artículos 1 y 2.1 del RD 1006/2010; al principio general del Derecho según el cual la justicia es tratar desigualmente los casos desiguales; a la aplicación restrictiva de la prescripción de las acciones y del principio in dubio pro actione; a la doctrina de los daños continuados, a los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil y al principio general del derecho actio nondum nata non praescribitur.

Todos ellos se desestiman.

1.- La fijación del día inicial del plazo de prescripción presenta una doble dimensión, fáctica y jurídica, de manera que aunque el juicio fáctico, ligado a la valoración probatoria, corresponde en principio al tribunal de instancia, en ejercicio de sus facultades exclusivas, y no es revisable en casación, por el contrario, la apreciación de la prescripción desde el plano jurídico permite a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables (por todas, STS 2-4-2014, rec nº 608/2012).

Pues bien, con independencia de que a la entrada en vigor del RD 1006/2010 la prescripción ya se había producido, como precisa la sentencia, lo que se pretende es dar a esta disposición legal una dimensión jurídica que no tiene. Una cosa es el reconocimiento oficial de la condición de afectado, o lo que es igual, la confirmación de un estado de salud que ya existía con anterioridad, para beneficiarse de las ayudas públicas, y otra distinta la prescripción, sobre la que nada establece. Lo contrario sería dejar en manos de terceros, públicos o privados, sin intervención de las partes o parte interesada, la determinación del día a partir del cual la acción podía ejercitarse.

Tampoco es determinante dicho Real Decreto para declarar la concreta situación de incapacidad, que ya existía, y trasladar el plazo de prescripción más allá del alta médica, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, por ser el momento en que se concreta definitivamente el daño y pudo ser conocido en toda su extensión por el perjudicado (SSTS 25 mayo 2010; 9 de enero 2013, entre otras). En primer lugar, porque es un argumento ajeno al recurso y como tal no se puede utilizar, sin la contradicción debida, para fundamentar un plazo distinto. En segundo lugar, "en el presente supuesto -dice la sentencia recurrida- ni se trata de un expediente laboral, ni la disposición adicional 57ª de la Ley 26/2009 ni el Real Decreto que la desarrolla tienen por finalidad

determinar y valorar definitivamente la incapacidad de los afectados por el principio activo de la talidomida, pues se trata de conceder ayudas (a tanto alzado en virtud de un grado de invalidez ya determinado) por razones de solidaridad". En tercer lugar, la sentencia (examinando todas las hipótesis en beneficio de las víctimas para ser indemnizadas), analiza el estado de algunos socios de AVITE cuyos documentos constan en las actuaciones y la fecha en que se les reconoció el grado de minusvalía a partir de la cual considera que ha transcurrido con creces el plazo de prescripción, y es que, lo que en este caso se reclama es una indemnización derivada de las malformaciones que sufren los miembros de la asociación, por lo que la consolidación del daño se produjo desde el mismo momento del nacimiento, en la mayoría de edad o, eventualmente, en el momento de su reconocimiento a efectos de declaración administrativa de incapacidad, como con detalle y acierto analiza la sentencia recurrida.

2.- Dice la sentencia de 8 de octubre de 2001, citando la de 12 de junio de 1980, que "es doctrina constante de esta Sala, que para fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del derecho, ha de estar reconocido como tales en la ley o en la jurisprudencia, que debe ser citada expresamente, como ineludible exigencia para que pueda ser tenido en cuenta". En el mismo sentido, la sentencia de 1 de diciembre de 1989 afirma que "según doctrina de esta Sala que se enuncia en sentencia de 10 de diciembre de 1894, para que la infracción de los principios generales del Derecho puedan dar lugar a un recurso de casación preciso se hace la cita de la Ley o sentencias que lo establecen".

Se dice que ha sido vulnerado el principio que exige tratar desigualmente los casos desiguales. Pero este principio es ajeno al ordenamiento civil. Es cierto que el principio de igualdad permite el tratamiento desigual en determinadas situaciones de hecho desiguales y que los poderes públicos pueden actuar para poner remedio a la situación de determinados grupos sociales en indudable desventaja con respecto a otros, como corresponde a todo Estado Social y Democrático de Derecho. Con esta prioridad se reguló el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España para responder a la necesidad de reconocimiento y apoyo solidario, en línea con la actuación de otros países de nuestro entorno.

Es cierto -STC 90/1995, de 9 de junio, citada en la de esta Sala de 4 de noviembre de

1997- que no toda desigualdad de trato legal respecto de la regulación legal de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la CE, sino tan sólo aquellas desigualdades que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una fundamentación razonable. El artículo 14 CE se vulnera cuando un mismo órgano judicial se aparta, de forma inmotivada, de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales (SSTS, entre otras, de 18 de junio 2011 y 20 de junio 2013).

Y, aunque los hechos a que se refieren las sentencias que se citan en el recurso para justificarlo sean distintos a los que ahora se enjuician, ello no significa que la cuestión jurídica sometida a la consideración de esta Sala no sea la misma y que necesite un tratamiento desigual, ni justifica que la peculiaridad del caso permita evolucionar hacia una interpretación judicial contraria a la legalidad. Lo que se reclama nada tiene que ver con daños futuros o de reciente aparición. Lo que se reclama es una indemnización calculada en función de los puntos de discapacidad reconocidos administrativamente a las personas en cuyo nombre se ejercita la acción, evidentes desde el momento del nacimiento, y que la demandante atribuye a la ingesta de la talidomida durante la gestación. Nada más.

3.- Es doctrina reiterada de esta Sala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS 22 de febrero 1991; STS de 16 de marzo 2010, 17 de julio 2012 y 2 de abril de 2014, entre otras). El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS 16 de marzo 2010; 29 de febrero 2012, entre otras), como se pretende en este caso mediante la invocación de la Ley 26/2009, no solo porque la prescripción ya se había producido cuando se publica, sino porque no responde a una reclamación de

parte ni nada dispone esta norma en materia de prescripción.

Lo que no es posible es convertir la acción en imprescriptible, ni pretenderlo sin atender a los distintos periodos que la sentencia ha tenido en cuenta para establecer el día inicial de la prescripción, a partir de una peculiar interpretación del principio constitucional de seguridad jurídica sobre el día inicial prescindiendo de sus argumentos sobre los informes del CIAC y del INSERSO. Que la talidomida puede ser causa de las malformaciones no es algo nuevo, algo que haya descubierto el RD 1006/2010 después de cincuenta años para procurar la reparación del daño frente a quien lo causó. Lo que aporta la sentencia es lo que ahora niega la parte recurrente: seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 46/1990, de 15 de marzo; STS 14 de diciembre 2005), como una expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (SSTS 36/1991, de 14 de febrero; 96/2002, de 25 de abril). La solución sin duda no está en estos momentos en los tribunales, ni ninguno se cita de algún país nuestro entorno que haya procurado soluciones distintas del orden civil a la que aquí se pretende, lo que no anula una eventual expectativa de que la administración tome conciencia de situaciones como la acontecida, o de cualquier otra especie, y le haga frente, como ya hizo en el año 2009.

4.- Además, la apreciación de la prescripción, como cuestión de fondo, en principio no vulnera el derecho de acceso a la justicia (SSTC nº 42/1997, 77/2002, 103/2003 y 125/2004), si bien su apreciación sí puede tener relevancia constitucional desde la perspectiva de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 160/1997 y ATC 210/2005), cuando no se trata propiamente del cómputo del plazo (cuestión de legalidad ordinaria) sino de la propia existencia de la prescripción como imposibilidad de obtener la tutela de un derecho (SSTC 42/1997, 160/1997 y 12/2005), lo que no ocurre en este caso.

5.- El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS de 27 de febrero de 2004 ; 24 de mayo de 2010 ; 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de

los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.

Aunque la jurisprudencia retrasa el comienzo del plazo de prescripción en supuestos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (STS 14 de junio 2011).

El daño permanente es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente, el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968. 2º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción (SSTS 28 de octubre 2009; 14 de junio 2001).

Es el caso de las enfermedades crónicas (STS de 18 de diciembre de 2014, rec. nº 2339/2012 -amianto-; 5 de mayo de 2010, rec. nº 1323/2006 -tabaquismo- y 15 de octubre de 2008, rec. nº 2721/2003 y 19 de enero de 2011, rec. nº 1331/2007 -contagio VIH-), y de los daños medioambientales (SSTS de 11 de junio de 2011, rec. nº 1905/2009 y 28 de octubre de 2009, rec. nº 170/2005), entre otros.

Pues bien, lo único que se reclamó en la demanda es una indemnización consistente en 20.000 euros por "cada punto porcentual de minusvalía reconocida por la Administración Española", es decir, una indemnización por las malformaciones físicas existentes al tiempo del nacimiento, en función del reconocimiento de minusvalía de carácter administrativo. Supone que las secuelas no se han modificado y que el daño en sí se provocó en dicho momento y no en otro posterior, sin que pueda quedar indeterminado en virtud de una posible evolución de la enfermedad en un sentido o en otro. Por tanto, la sentencia no ha fraccionado el daño,

pues como tal no considera los sobrevenidos en una etapa distinta, y como consecuencia declara prescrita la acción dejando a salvo los daños secundarios o de aparición tardía, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior, lo que en estos momentos no se ha acreditado a través de la correspondiente investigación científica, ni resulta tampoco del informe Heidelberg en que se establece simplemente como posibilidad y sin carácter general.

Los afectados de manera individual, dice la sentencia, "tras los correspondientes informes clínicos en los que se compruebe, se les diagnostique estas secuelas (o nuevos daños) y sus efectos invalidantes, podrían ejercitar (si así lo entendieren) las acciones correspondientes por las mismas (no por las anteriores), pues entonces (tras estos nuevos diagnósticos) sí se iniciaría un nuevo plazo de prescripción (artículos 1968.2 y 1969 CC, al ser en ese momento cuando quedaría concretado el alcance de los nuevos daños (STS 19 enero 2011), pues respecto de los mismos, una vez se acrediten respecto de cada uno de los afectados, sí sería de aplicación el principio "*actio nondum nata non praescribitur*" (la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir)".

Y es que una cosa es que los daños se manifestaran con el nacimiento, que no son daños continuados sino permanentes y evaluables, en los que el plazo de prescripción comienza a correr cuando se produjeron, y se constató su carácter permanente y definitivo, y otra distinta son estos daños tardíos en los que sí cabe que el cómputo se difiera al momento en que sus consecuencias lesivas sean definitivas.

Estamos ante la llamada cosa juzgada temporal, o lo que la doctrina conoce con el nombre de límites temporales de la cosa juzgada, que es admitida por nuestra jurisprudencia, especialmente en aquellos supuestos en que el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de daños nuevos, o una agravación del anteriormente apreciado, siempre que el nuevo daño o la agravación se descubra en fecha posterior. Supone que una sentencia puede servir de complemento a otra cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos, no a hipótesis en que la indemnización pudo preverse con anterioridad (SSTS 19 febrero 1973, 27 enero 1981, 13 mayo 1985, 9 febrero 1988 y 15 marzo 1991), y, en cualquier caso, no podría conllevar que el plazo inicial de prescripción volviera a computarse para todos ellos. En la actualidad, la posibilidad de indem-

nizar por daños sobrevenidos está reconocida en el Anexo. Primero. 8 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor 30/1995.

QUINTO.- La desestimación de los recursos determina la condena en costas de la recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394, en relación con el 398 LEC.

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

FALLAMOS

Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE), contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 85/2014, por la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 14ª-, de fecha 13 de octubre de 2014, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán, José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Sarazá Jimena, Eduardo Baena Ruiz y Pedro José Vela Torres.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se aceptan los argumentos de la sentencia en orden a desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal.

2. El formulante del presente voto particular difiere del parecer de la Sala en cuanto a la alegada excepción de prescripción, cuya existencia acepta la sentencia.

3. La línea argumental de la sentencia se basa en que los recurrentes tuvieron tiempo más que suficiente para instar la demanda.

4. Sin embargo, debe tenerse presente que el inicio del cómputo de la acción ejercitada "dies a quo" comienza tras el reconocimiento administrativo de la incapacidad existente y siempre que ésta esté relacionada con la ingestión de talidomida.

5. La jurisprudencia de esta Sala viene siendo constante en que no basta con la consolidación de las lesiones, sino que la fecha de inicio de la prescripción es necesario ponerla en relación con la declaración administrativa de incapacidad.

6. En este sentido la sentencia de esta Sala de 11 de febrero de 2011, rec. 1418/2007:

Entrando a examinar por tanto el primer motivo del recurso, y dentro de éste su apartado o submotivo 1º, que es el que impugna la apreciación de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual ya que el otro plantea como alternativa la aplicación del plazo de quince años por yuxtaposición en la demanda de una acción alternativa de responsabilidad contractual, las normas que se citan como infringidas son los arts. 1968 y 1969 en relación con los arts. 1973 y 1902, todos del CC, porque en opinión del recurrente el día inicial del plazo de prescripción de la acción no es el tomado en tal concepto por la sentencia recurrida sino el 20 de junio de 1996, fecha de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que, desestimando tres recursos de suplicación, entre ellos el de propio actor hoy recurrente, determinó la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social de 14 de noviembre de 2004 que, estimando la demanda del hoy recurrente contra la empresa, el INSS, la TGSS y la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lo declaró en situación de invalidez permanente en grado de incapacidad permanente total para su profesión de gruísta derivada de accidente laboral, reconociendo así el carácter invalidante de las lesiones psíquicas que la Dirección Provincial no le había reconocido en su resolución de 11 de octubre de 1993, y desestimó su demanda en cuanto pretendía una declaración de invalidez permanente absoluta, pretensión esta última que fue la que el hoy recurrente mantuvo en su recurso de suplicación.

Pues bien, el motivo así planteado debe ser estimado porque, siendo ciertos los hechos en que se funda, es doctrina de esta Sala, contenida en las dos sentencias ya citadas en el fundamento jurídico precedente, y también en

la de 24 de mayo de 2010 (rec.644/06), que "cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador sólo entonces se dispone de un dato -incapacidad- que afecta esencialmente al daño padecido" (SSTS 24 y 25-5-2010); así como que "cuando, como en este caso, el demandante no se hubiera conformado en su día con la resolución administrativa correspondiente sobre el grado de su incapacidad, la jurisprudencia... toma como día inicial del cómputo aquel en que se resuelva definitivamente la reclamación del perjudicado contra la decisión administrativa sobre el grado de su incapacidad, pues sólo entonces podrá detallar en su demanda civil el definitivo quebranto sufrido..." (STS 7-10-09 en rec. 1207/05).

En coherencia con esta doctrina la propia sentencia de 7 de octubre de 2009 fijó el día inicial del cómputo en la fecha de notificación al demandante de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que desestimó su recurso de suplicación; la de 24 de mayo de 2010 en la fecha del auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que declaró la firmeza de la sentencia de suplicación; y la de 25 de mayo de 2010 en la fecha de la sentencia firme que puso fin al procedimiento laboral.

En suma, como puntualiza la sentencia de 7 de octubre de 2009, "[no] se trata, por tanto, de un problema de interrupción de la prescripción de la acción civil por la presentación de una demanda ante el orden social, materia de la STS 14-2-08 (rec.5709/00) citada por la parte recurrida en su escrito de oposición, sino del momento mismo en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción civil en virtud de la definitiva determinación del daño sufrido por el perjudicado"; y como declara la sentencia de 25 de mayo de 2010, "a reclamación de la indemnización por el concepto de invalidez dependía de que de modo definitivo se dilucidara por el orden social la concreta incapacidad que afectaba al interesado, pues, por más que los parámetros de la indemnización puedan ser distintos en cada jurisdicción, o que la social tome en consideración el grado de invalidez a efectos prestacionales, la invalidez, como manifestación del daño para la salud y, por ende, en cuanto concepto susceptible de ser indemnizado también en vía civil por la referida compatibilidad (el Sistema de Valoración introducido por el Anexo de la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8

de noviembre, contempla las lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima dentro de la Tabla IV, como un factor de corrección cuya cuantificación depende de su graduación) debía ser determinada en sus términos más precisos a fin de que el conocimiento exacto del perjuicio sufrido permitiera al interesado reclamar detalladamente su resarcimiento. No puede operar en contra del lesionado la falta de determinación definitiva de esa incapacidad laboral, ni siquiera cuando, como acontece, la impugnación en la jurisdicción social es promovida por otra persona o entidad ajena al trabajador lesionado (en este caso la Mutua), ni por la circunstancia de que finalmente la resolución que la califica de modo firme se limite a ratificar los términos en que quedó determinada por la resolución administrativa inicial, ya que entender lo contrario equivaldría a hacer depender la determinación del plazo de prescripción del éxito o fracaso de la pretensión impugnatoria".

Por todo ello, dictada en este caso la sentencia de la Sala de lo Social el 20 de junio de 1996 y presentada la demanda el 27 de enero de 1997, es claro que no había transcurrido el plazo de un año establecido en el art. 1968-2º CC.

7. De la transcrita doctrina se deduce que hasta que no haya un pronunciamiento administrativo firme sobre la incapacidad o invalidez no se inicia el cómputo de la acción.

8. Ante esta línea doctrinal uniforme (art. 14 de la Constitución) esta Sala, en la resolución del presente recurso, debería haber desestimado la excepción de prescripción pues aún no se habían iniciado los procedimientos administrativos de incapacidad, dado que los mismos en lo que se refiere a la relación de causalidad entre talidomida y lesiones o secuelas se iniciaron a partir del RD 1006/2010.

9. Es cierto que con anterioridad al RD 1006/2010 se plantearon por algunos afectados procedimientos de incapacidad pero, los mismos, solo concretaban la existencia de lesiones y/o secuelas, no la relación de causa a efecto con la talidomida lo cual solo se va a efectuar tras el RD 1006/2010, como establece esta norma en su art. 8.

10. Que el RD 1006/2010 se dicte en relación con las ayudas sociales no priva a esta norma de ser la primera y única que relaciona, en España, la ingesta de talidomida con

los procedimientos de incapacidad a seguir y por ello fija un plazo de presentación, normas sobre la instrucción y reglas sobre la valoración de la discapacidad (arts. 5 a 8 del RD). Es esencial, como establece el art. 6 g) del RD, que se determine la relación de causalidad entre talidomida y las malformaciones, para lo que se exige el informe del Instituto de Salud Carlos III, extremo este que por primera vez se establece en nuestra normativa, lo que permite entender que la acción no estaba prescrita, al no haberse concretado hasta el RD la forma en que el Estado español iba a entender que las malformaciones y la talidomida estaban íntimamente unidas.

11. Por lo expuesto procede declarar que en la sentencia de esta Sala se infringen los arts. 1968 y 1969 del C. Civil, en relación con el art. 14 de la Constitución, en cuanto la Sala se aparta, sin justificación, de la interpretación que venía efectuando, de forma uniforme, de los dos primeros preceptos referidos (sentencia referida de 11 de febrero de 2011 y las que ella cita) en lo relativo al inicio del cómputo de la prescripción, con lo que se infringe el derecho a la igualdad ante la ley de que gozan todos los ciudadanos españoles.

12. Estimándose el recurso de casación, por las razones expuestas, y en aras a preservar el derecho a la doble instancia, procedería la devolución del procedimiento a la Audiencia Provincial para que se pronuncie sobre el resto de las cuestiones esgrimidas.

En opinión del formulante del presente voto particular, procede la estimación del recurso de casación y desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la sentencia de fecha 13 de octubre de 2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, y procedería la devolución del procedimiento a la misma para la resolución del resto de las cuestiones planteadas.



Decía en la memorable conferencia de cierre del congreso de Valencia de nuestra asociación el magistrado Juan Antonio Xiol que la jurisprudencia no es un "*Deus ex machina*" sino el resultado de un proceso de cristalización, proceso en el que en ocasiones –y esto es cosecha del comentarista– se producen nuevas interpretaciones sobre esa partitura que es la Ley, de modo que la música suena distinta a medida que el director de orquesta –entiéndase el Tribunal Supremo– va perfilando su doctrina, casi como si de una big band de jazz se tratase, haciendo en ocasiones variaciones de su doctrina anterior, o como en sentido más irónico el magistrado Antonio del Moral ilustraba en su conferencia en el último congreso de Valladolid con la letra de la Yenka ("izquierda, izquierda; derecha, derecha; adelante, atrás; ¡un, dos, tres!").

Entenderán esta introducción al comentario de la Sentencia de la Talidomida (así conocida, aunque realmente sean tres, de primera instancia, segunda y casación) si la leen al completo, es decir, con su voto particular, que se remite a jurisprudencia anterior de la misma Sala para llegar a conclusiones distintas. Realmente la discusión jurídica empezó mucho antes, con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº. 90 de Madrid, que consideró que los daños de los llamados hijos de la Talidomida (un medicamento comercializado a primeros de los años 60, que produjo graves daños a los fetos que portaban las mujeres que lo tomaron) eran continuados. Luego vino la Audiencia Provincial de Madrid para decir que lo continuado era permanente, pero admitiendo la posibilidad de daños tardíos, a reclamar ulteriormente.

Recurrida en casación la deliberación correspondió al Pleno de la Sala I, lo que revela la trascendencia jurídica y social del caso, y la Ponencia al magistrado José Antonio Seijas, gran conocedor de la materia de la responsabilidad sanitaria. Aun con el absoluto respeto que el Alto Tribunal me merece, así como con la profunda admiración que profeso al ponente, me van a permitir que exprese la decepción que la Sentencia me ha producido, ya no por lógica simpatía hacía la causa de esos niños, hoy adultos, que vinieron al mundo con gravísimas deficiencias por culpa de lo que

Decía el magistrado Juan Antonio Xiol que la jurisprudencia no es un "*Deus ex machina*" sino el resultado de un proceso de cristalización, proceso en el que en ocasiones –y esto es cosecha del comentarista– se producen nuevas interpretaciones sobre esa partitura que es la Ley, de modo que la música suena distinta a medida que el director de orquesta –entiéndase el Tribunal Supremo– va perfilando su doctrina, casi como si de una big band de jazz se tratase, haciendo en ocasiones variaciones de su doctrina anterior, o como en sentido más irónico el magistrado Antonio del Moral ilustraba en su conferencia en el último congreso de Valladolid con la letra de la Yenka

COMENTARIO

hoy llamaríamos un producto defectuoso, sino porque considero que la severidad con la que se ha aplicado el instituto de la prescripción no se concilia con la realidad social del tiempo que nos ocupa, ni con la interpretación restrictiva que merece de acuerdo con la doctrina judicial precedente.

Vayamos al meollo de la sentencia comentada. El Alto Tribunal se centra en tres conceptos doctrinales: daños permanentes, daños continuados y sucesivos y daños tardíos o secundarios, para vincularlos con otra figura, también de creación jurisprudencial, denominada cosa juzgada temporal o límites temporales de la cosa juzgada. Es decir, que existen prescripciones distintas según sea unos u otros los daños, por etapas entonces. Para los daños permanentes el "*dies a quo*", como máximo, sería el momento en que el perjudicado alcanzó la mayoría de edad. El agravamiento o aparición de nuevas secuelas se identificaría como daño continuado o sucesivo, lo que implicaría una nueva etapa o estadio distinto del anterior. Y la aparición de daños tardíos o sobrevenidos se relaciona en la sentencia con la escoliosis y la artrosis debido a la focomelia, que sí se puede reclamar a partir de que sus consecuencias lesivas sean definitivas.

La sentencia considera prescrita la acción de los dos primeros daños, no así del tercero, que el Tribunal Supremo vincula a que se descubra en fecha posterior a través de la correspondiente investigación científica, restando valor en este sentido al informe Heildeberg, de 21 de diciembre de 2012, encargado por la fundación Contergan, creada por Grünenthal, laboratorio titular de la Talidomida, que ya aludía a la posibilidad de daños secundarios o de aparición tardía. Sus conclusiones fueron las que llevaron, precisamente, a la Sentencia de Primera Instancia a concluir que a fecha de presentación de la demanda "no se tiene un conocimiento cierto, cabal, exacto, seguro y absolutamente definitivo sobre el alcance de las lesiones y secuelas producidas por la Talidomida". Frente a una concepción unívoca del daño -por su propia evolución tórpida- el Tribunal Supremo se alza considerando que el daño no es uno, sino tres, con su propio plazo de prescripción cada uno.

No obstante, lo discutible es la trascendencia que tuvo el Real Decreto 1006/2010, a los efectos de determinar el momento en que el perjudicado tuvo conocimiento del daño (último inciso del artículo 1968.2 del Código Civil). Para la Sentencia aquella norma carece de la dimensión jurídica precisa para considerar que determina el conocimiento del daño en toda su extensión, pues sólo reconoce la condición de afectado, ya que el daño estaba consolidado antes, sin efectos, por lo tanto, sobre la concreta situación de incapacidad. El magistrado discrepante, Francisco Javier Arroyo, autor del voto particular, sin discutir que en muchos casos el daño estaba determinado antes por respectivos procedimientos de incapacidad, entiende que lo relevante es que el citado RD determina la relación de causalidad entre las secuelas y la Talidomida. Entre las dos tesis me decanto por la segunda, acorde con una línea jurisprudencial más favorable al perjudicado, aunque la Sala en este caso diese un paso atrás (como en la Yenka).

Pero con la cautela propia de quien hace el comentario desde la barrera y con los no pocos datos que aportan, sobre todo, las dos primeras sentencias de la Talidomida, teniendo presente que la Audiencia Provincial concluye que al menos en el año 2008 los afectados tenían pleno conocimiento de los elementos fácticos y jurídicos para ejercitar sus acciones contra la titular de la patente, bien pudo considerar que la acción deriva de la responsabilidad por producto defectuoso, al amparo de la Disposición transitoria tercera del Real Decreto Legislativo 1/2007 que se refiere a los productos puestos en circulación antes del 8 de julio de 1994, y cuyo plazo de prescripción sería el de 15 años, al no aplicarse el de 3 años, sino el general de la acciones personales (art. 1964 CC). Pues incluso, aun no siendo invocado en la demanda, el principio de congruencia (art. 218.1 LEC) permite al Tribunal resolver conforme a las normas aplicables al caso aunque cuando no fueran citadas por los litigantes. Disculpen mi atrevimiento por introducir una solución no planteada en el debate procesal y que quizás genere en los lectores más reparos que adhesiones. Lógicamente la someto a su consideración más indulgente.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Seguro de accidentes: Falta de intencionalidad del asegurado. Condena a una aseguradora a abonar el importe pactado en una póliza de accidentes al padre de un ladrón que murió desangrado tras un robo, pues el riesgo cubierto no es la actividad desarrollada –que no podría asegurarse en ningún caso– sino la muerte por accidente, siendo lo relevante determinar si el asegurado incumplió o no su deber de mitigar el daño

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 23 de noviembre de 2015.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Fundamentos de Derecho

Resumen de Antecedentes.

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

1. Don José, con ocasión de llevar a cabo un robo con fuerza en las cosas, sufrió un cor-

te en la zona pretibial de la pierna izquierda al pretender huir del lugar descolgándose por una ventana. Tras seguir un trayecto más o menos errático en busca de un escape, se introdujo buscando refugio o escondite en una chimenea de extracción de aire, sita en uno de los tejados, en donde falleció desangrado.

2. Don Benjamín tenía concertado con la entidad "Santa Lucía SA" un «seguro combinado de decesos y accidentes» en el que se incluía como asegurado su hijo don José. Con fundamento en el interés la parte actora que la entidad demandada abone la cantidad de 8000 #, consecuencia de lo pactado para el supuesto del accidente sufrido por su hijo.

3. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por entender, sustancialmente que, conforme a la definición de accidente, que se contiene tanto en la póliza contratada como en el artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro, el sufrido por el fallecido encaja dentro de dicho concepto, toda vez que el artículo 19 LCS sólo excluye aquellos accidentes causados por mala fe del asegurado, lo que, según la jurisprudencia que cita, se entiende cuando el resultado es buscado deliberadamente o, cuando menos, haya sido representado de forma voluntaria y conscientemente asumido. Añadía que una cosa es la intencionalidad del asegurado para producir el riesgo y otra la temeridad manifiesta en su producción, por lo que al no existir intencionalidad en la voluntad del fallecido, la mala fe exigida por el citado artículo 19 LCS no concurre.

4. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la entidad demandada, conociendo del mismo la Sección número 6 de la Audiencia Provincial de Oviedo que dictó sentencia el 3 de febrero de 2014 estimatoria del recurso y desestimatoria, por ende, de la demanda.

5. El Tribunal, al interpretar la intencionalidad del asegurado, afirma que, por no distinguir el precepto legal, se refiere tanto a una intencionalidad directa o dolosa como a otra indirecta o eventual, pues tanto una como otra caben dentro del concepto de intencionalidad, que no es otra cosa que la cualidad que se predica de lo que se hace de forma deliberada o a sabiendas.

6. Avanzando en su motivación distingue entre el siniestro y el resultado: (i) el siniestro sería el accidente sufrido y éste, en efecto, sería involuntario por parte del asegurado; (ii) por contra el resultado, que no es otra cosa que el





fallecimiento del mismo, obedecería a su propia voluntad, al negarse a recibir, libre y conscientemente, asistencia médica.

De ello extrae como consecuencia que existe una ruptura del nexo causal que impide considerar el siniestro como causa del resultado producido "al ser dicho fallecimiento consecuencia necesaria, directa e inmediata, de la falta de asistencia voluntariamente rechazada por el asegurado".

Concluye el Tribunal que el asegurado actuó de forma deliberada o a sabiendas, lo que constituye el concepto de mala fe; quien conociendo sobradamente su lesión permitió con su conducta que se produjese el fatal resultado, lo que supone mala fe o intención de provocarlo.

7. La representación procesal de la parte actora interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, en los términos que luego se recogerán.

8. Ambos recursos fueron admitidos por Auto de la Sala de 18 de marzo de 2015 que, tras el oportuno traslado, fueron impugnados por la parte recurrida.

Recurso extraordinario por infracción procesal. SEGUNDO.- Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.

Al amparo de lo establecido en el número cuarto del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la infracción en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba documental consistente en el informe elaborado por la Brigada Provincial de la Policía Científica de Oviedo unido a los autos de Diligencias Previas número 2684/2011, tramitados ante el Juzgado de Instrucción número 2 de Oviedo. En el desarrollo argumental del motivo la parte recurrente alega que la sentencia considera que el fallecimiento del asegurado no tiene su causa en el accidente sufrido sino en su propia voluntad, al negarse a recibir asistencia médica, alcanzando esta conclusión porque "tal circunstancia no es negada en ningún momento". Sin embargo dicha conclusión es errónea de forma patente por dos motivos. En primer lugar porque no consta acreditada por prueba alguna presente en los autos, ni ha sido admitida por la recurrente. En segundo lugar porque desconoce la prueba documental consistente en el informe elaborado por la Briga-

da Provincial de la Policía Científica de Oviedo, que describe los pasos seguidos por el fallecido en los momentos previos a su muerte y como antes de fallecer pidió auxilio. Esto último se recoge en la "Diligencia de manifestaciones" correspondientes a doña Amanda y doña Elsa.

TERCERO.- Decisión de la Sala. El motivo se estima.

1. Como recuerda la sentencia de 31 de julio de 2015: "Con carácter general debe señalarse que el error en la valoración de la prueba puede ser denunciado únicamente en dos aspectos: la vulneración de una norma legal tasada de valoración o cuando se haya realizado una valoración absurda, arbitraria o ilógica. Las SSTs de 21 de marzo y 8 de abril de 2013, en este sentido, establecen que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469.1.4º LEC, en cuanto que, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE", doctrina que ya declaraba en iguales términos la sentencia de 9 de julio 2015.

2. Para determinar si existe ese error patente en la valoración de la prueba o si la misma adolece de ser ilógica, es preciso fijar en primer lugar qué es lo que se indaga o se pretende tener o no como probado; y ello enlaza con el concepto de accidente como siniestro asegurado en este tipo de contrato, y más en concreto con la intencionalidad del asegurado.

3. La sentencia de 24 de mayo de 2013, Rc. 174/2011, declara como tal cuestión ha recibido cumplida respuesta en la sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 2008, Rc. 1555/2003, que ratificaba lo ya sentado en la sentencia de 7 julio de 2006.

4. Afirma esta última sentencia que "Sólo son susceptibles de ser consideradas como intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable y lo acepta para el caso de que se produzca (como hemos apreciado en la STS de 9 de junio de 2006, que considera un supuesto en que «es razonable pensar en la imposibilidad de que tal colisión no se pro-

dujera»); esto es, los supuestos de dolo directo o eventual sobre el resultado, sin extenderlo a supuestos en que se comete intencionadamente una infracción, pero no se persigue la consecuencia dañosa producida o no se asume o representa como altamente probable".

Precisando más la interpretación del precepto, sostienen ambas sentencias que: "En el ámbito del seguro de accidentes, la aplicación de las disposiciones vigentes lleva a la conclusión de que únicamente pueden ser excluidos los accidentes causados o provocados intencionadamente por el asegurado, en aplicación del único criterio legalmente recogido, tradicional en el ámbito del seguro, en virtud del cual, por razones que tienen su raíz en la ética contractual y en la naturaleza del seguro como contrato esencialmente aleatorio, se excluye la responsabilidad de la aseguradora en caso de dolo por parte de aquél en la causación del siniestro.

Es cierto que en la tramitación del proyecto de ley que dio paso a la LCS, como se ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones, se sustituyó la referencia a la conducta dolosa del asegurado, que figuraba en alguna de las versiones, por la referencia a la actividad intencional de éste. Sin embargo, esta modificación no parece tener otra trascendencia que la de evitar que la referencia al dolo pudiera entenderse restrictivamente (ciñéndola, por ejemplo, al dolo penal o al fraude en la celebración o ejecución del contrato). La asimilación de la expresión «intencionalidad» a dolo, aparte de ser aceptable con arreglo a la teoría general del Derecho, aparece como evidente en el ámbito del seguro de accidentes cuando el artículo 102 II LCS, inmediatamente después de referirse a la intencionalidad del asegurado, prevé la exclusión del beneficiario cuando «cause dolosamente el siniestro».

No puede aceptarse, en suma, la opinión doctrinal que asimila los supuestos de temeridad manifiesta a los supuestos de intencionalidad en la causación del accidente, habida cuenta de que el término intencionalidad, dolo o mala fe, empleado en diversas ocasiones por la LCS, no deja lugar a dudas acerca de que no comprende la negligencia, aunque sea manifiesta, especialmente si se tiene en cuenta que cuando la LCS quiere incluir junto a los de dolo los casos de culpa grave por parte de alguno de los intervinientes en el contrato de seguro lo hace constar expresamente así (vg., arts. 10 II y III, 16 III, 48 II LCS)".

En suma existe doctrina que entiende como relevante la ausencia de la provocación volunta-

ria de la lesión, esto es, que la causa de la lesión ha de ser ajena al propósito o intención del asegurado. 5. El Tribunal de instancia, con criterio metodológico acertado, distingue entre el siniestro y su resultado, para concluir que aquel consistió en un accidente sufrido de forma involuntaria –al tratar de salir por una ventana en el curso de un robo, se hizo un corte con la arista de unos azulejos en la zona pretibial de la pierna izquierda–, mientras que el resultado, consistente en su fallecimiento por shock hipovolémico, obedeció a su propia voluntad, por negarse libre y conscientemente a recibir asistencia médica que le hubiese liberado del fatal desenlace por cuanto murió desangrado. Consecuencia de ello es que por propia decisión del asegurado se produjo una ruptura del nexo causal entre el accidente sufrido y el resultado final.

6. Discrepa la Sala de tal valoración, y de ahí que se estime el motivo, por las siguientes razones: (i) La sentencia de instancia incurre en el error patente al omitir toda referencia a las Diligencias de manifestaciones que contiene el atestado, que no puede olvidarse que se levanta en los primeros momentos de la aparición del cadáver, no siendo razonable que las vecinas que declaran estén inducidas por motivos espúreos;

(ii) Tanto doña Amanda como doña Elsa manifiestan cómo oyeron al varón pedir auxilio y quejarse, a la par que decía que estaba sangrando.

(iii) La propia brigada de policía insinúa la posible intervención de terceros que intentasen sacarlo de la chimenea, aunque sin conseguirlo, pues también consta lo laborioso que resultó su extracción.

(iv) Mucho más razonable y lógico que su voluntaria desidia a recibir asistencia sanitaria, es que el asegurado, con el perfil delincencial que tenía, tras perpetrar el robo con fuerza en las cosas, abortase su consumación por razones que se ignoran, y que su única representación fuese huir para no ser detenido y tener que sufrir las consecuencias penales de su acción. En el curso de la huida sufre el accidente ya descrito, y teniendo en cuenta sus circunstancias personales, resulta más lógico deducir que se representase seguir con la cuida y, puesto a salvo, acudir a ser curado de su herida a algún ambulatorio o centro hospitalario, en vez de inferir que lo que se representase fuese fallecer desangrado y que así lo aceptase. Circunstancia esta última que no se compadece con su conducta de pedir auxilio al comprobar que su hui-

da ya no era posible. (v) No existe, por tanto desconexión y ruptura del nexo causal entre el accidente y el desgraciado resultado final, más propio del atolondrado pensamiento del sujeto que de la provocación voluntaria del mismo.

Recurso de Casación.

CUARTO.- Motivo Único. Enunciación y PlanTEAMIENTO.

Al amparo del artículo 477. 2. 3º de la LEC se denuncia infracción de los artículos 19, 100 y 102 de la Ley 50/1980, de 8 octubre, de Contrato de Seguro, y de la doctrina jurisprudencial de la Sala que los interpreta, contenida, entre otras, en la sentencia número 704/2006, de 7 julio, y en la sentencia número 383/2013, 24 mayo.

QUINTO.- Decisión de la Sala. El motivo se estima.

1. Una vez que se ha estimado el recurso extraordinario por infracción procesal deviene obligado estimar el de casación, no porque el Tribunal de instancia ignore la doctrina de la Sala sino porque ésta ha hecho una valoración diferente del supuesto fáctico sometido a su enjuiciamiento en los términos ya expuestos.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC no procede imponer las costas de los recursos.

En aplicación de los mismos preceptos se imponen las costas del recurso de apelación a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

1. Estimar los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por la procuradora doña Almudena Gil Segura, en nombre y representación de don Benjamín y doña Elvira, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6ª), en el rollo de apelación nº 506/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 594/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo.

2. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de "Santa Lucía S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros", contra la sentencia dictada el día 11 de octubre de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nú-



mero 6 de Oviedo que se confirma y se declara su firmeza.

3. No imponer las costas de los recursos.

4. Condenamos a la parte apelante a las costas del recurso de apelación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pro-

nunciamos, mandamos y firmamos. Firmado y Rubricado. Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Eduardo Baena Ruiz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Bien puede decirse que el caso resuelto por la STS de 23 de noviembre de 2015 (recurso nº 708/2014) es uno de aquellos en que la realidad supera la ficción. Los hechos son los siguientes. Un ladrón sufre, al pretender huir descolgándose por una ventana en el curso de un robo con fuerza en las cosas, un corte con la arista de unos azulejos en la zona pretibial de la pierna izquierda. Tras seguir un trayecto más o menos errático en busca de un escape se introdujo buscando refugio o escondite en una chimenea de extracción de aire, sita en uno de los tejados, en donde falleció desangrado. Sus padres, que tenían concertado un seguro combinado de deceso y accidentes, en el que se incluía como asegurado a la víctima, interpusieron una demanda contra la aseguradora en la que reclamaban 8.000 euros por la muerte por accidente de su hijo. La demanda fue estimada en primera instancia, pero rechazada en apelación por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, de 3 de febrero de 2014 (Ley 10891/2014). Los demandantes promovieron recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante el Tribunal Supremo, que estima el primero por Sentencia de 23 de noviembre de 2015. El Supremo no llega a examinar siquiera el recurso de casación, que se basaba en la infracción de los artículos 19, 100 y 102 LCS y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera que los interpreta.

El artículo 19 LCS excluye de la cobertura del seguro, o incluso de su propia asegurabilidad, el siniestro «causado por mala fe del asegurado». Cuando este precepto proyecta su aplicación al seguro de accidentes, se advierte que el TS tiene establecido en los últimos tiempos un criterio francamente favorable al asegurado o, en su caso, a sus causahabientes o perjudicados. El artículo 100, párrafo primero, LCS entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa «y ajena a la intencionalidad del asegurado», que produzca invalidez temporal o permanente o muerte, y el artículo 102, párrafo primero, LCS advierte que «si el asegurado provoca intencionadamente el accidente, el asegurador se libera del cumplimiento de su obligación».

La interpretación de este conjunto de preceptos en un sentido favorable al asegurado se advierte, entre las más recientes, en las SSTS de 22 de diciembre de 2008 (recurso nº 1555/2003) y 24 de mayo de 2013 (recurso nº 174/2011). En la primera de ellas, donde se discutía la validez de la cláusula de la póliza de accidentes que excluía los producidos en estado de embriaguez del asegurado, el TS, después de considerar que esa cláusula era limitativa de los derechos del asegurado pero que resultaba *in casu* válida por cumplir los requisitos del artículo 3 LCS, concluyó que el accidente no estaba excluido de cobertura porque únicamente se había probado la existencia de una tasa de alcoholemia elevada en el conductor que sufre el accidente, pero no que se hallara en una situación de embriaguez alcohólica habitual. El Supremo no considera que exista ni la mala fe del asegurado del artículo 19 LCS, ni tampoco la intencionalidad de los artículos 100 y 102 LCS. En su criterio, dado que la conducción con exceso de alcoholemia no demuestra por sí misma una intencionalidad en la producción del accidente, ni siquiera la asunción de un resultado altamente probable y representado por el sujeto como tal, sino sólo un acto ilícito administrativo o delictivo según las circunstancias, resulta evidente que la mera demostración de la concurrencia de dicho exceso no es suficiente para fundamentar la falta de cobertura de la póliza de accidentes respecto del sufrido por el conductor. Importa aclarar que este fallo del Supremo se produjo en contra de lo decidido en primera instancia y en apelación, donde la demanda fue rechazada.

El caso zanjado por la STS de 24 de mayo de 2013 era relativamente similar. Muerto el asegurado en accidente de circulación, y habiéndose acreditado que en el momento del siniestro superaba la tasa legal de alcoholemia, el Supremo, en contra de lo decidido por la sala de apelación, estima la demanda con el doble argumento de que, por una parte, la doctrina jurisprudencial ha admitido la asegurabilidad de los accidentes de circulación ocurridos en estado de embriaguez porque la conducción con exceso de alcoholemia no demuestra una intencionalidad del asegurado en la producción del siniestro, y, por otra parte, la cláusula de

COMENTARIO

El Alto Tribunal discrepa de la valoración de la prueba realizada por la Audiencia. Frente a ésta, que consideró que el asegurado actuó de forma deliberada o a sabiendas porque conociendo sobradamente su lesión permitió con su conducta que se produjese el fatal resultado, lo que supone mala fe o intención de provocarlo

exclusión de cobertura de los accidentes producidos en situación de embriaguez es limitativa de los derechos del asegurado y, en el caso examinado, no constaba aceptada de ninguna manera por el asegurado.

La regla jurisprudencial se formula en las sentencias antedichas en estos términos: «únicamente pueden ser excluidos los accidentes causados o provocados intencionadamente por el asegurado, en aplicación del único criterio legalmente recogido, tradicional en el ámbito del seguro, en virtud del cual, por razones que tienen su raíz en la ética contractual y en la naturaleza del seguro como contrato esencialmente aleatorio, se excluye la responsabilidad de la aseguradora en caso de dolo por parte de aquél en la causación del siniestro», y que «no puede aceptarse, en suma, la opinión doctrinal que asimila los supuestos de temeridad manifiesta a los supuestos de intencionalidad en la causación del accidente» dado que «el término intencionalidad, dolo o mala fe, empleado en diversas ocasiones por la LCS, no deja lugar a dudas acerca de que no comprende la negligencia, aunque sea manifiesta, especialmente si se tiene en cuenta que cuando la LCS quiere incluir junto a los de dolo los casos de culpa grave por parte de alguno de los intervinientes en el contrato de seguro lo hace constar expresamente así (v.gr., artículos 10 II y III, 16 III, 48 II LCS)».

Hay que entender que la sentencia en análisis participa de esta doctrina, por más que la anulación de la decisión de apelación proceda de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal (y no del recurso de casación, que ni siquiera se examina por el TS). En efecto, el Alto Tribunal discrepa de la valoración de la prueba realizada por la Audiencia. Frente a ésta, que consideró que el asegurado actuó de forma deliberada o a sabiendas porque conociendo sobradamente su lesión permitió con su conducta que se produjese el fatal resultado, lo que supone mala fe o intención de provocarlo, el TS mantiene lo siguiente: «Mucho más razonable y lógico que su voluntaria desidia a recibir asistencia sanitaria, es que el asegurado, con el perfil delincencial que tenía, tras perpetrar el robo con fuerza en las cosas, abortase su consumación por razones que se ignoran, y que su única representación fuese huir para no ser detenido y tener que sufrir las consecuencias penales de su acción. En el curso de la huida sufre el accidente ya descrito, y teniendo en cuenta sus circunstancias personales, resulta más lógico deducir que se representase seguir con la huida y, puesto a salvo, acudir a ser curado de su herida en algún ambulatorio o centro hospitalario, en vez de inferir que lo que se representase fuese fallecer desangrado y que así lo aceptase. Circunstancia esta última –concluye el TS su razonamiento sobre la valoración de la prueba– que no se compadece con su conducta de pedir auxilio al comprobar que su huida ya no era posible». Por tanto, no existe «desconexión y ruptura del nexo causal entre el accidente y el desgraciado final, más propio del atolondrado pensamiento del sujeto que de la provocación voluntaria del mismo».

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Para el inicio del cómputo de la prescripción de la acción destinada a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, se habrá de estar a la firmeza de la declaración administrativa de incapacidad, momento desde el que el perjudicado conoce con exactitud las consecuencias de sus secuelas

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 30 de noviembre de 2015.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Consta acreditado y no contradicho que el Sr. Antonio, nacido el NUM000 de 1945, peón de albañil, circulaba el día 15 de mayo de 2007 en el turismo de su propiedad para dirigirse a su lugar de trabajo cuando colisionó con otro vehículo asegurado en MAPFRE.

Se incoó juicio de faltas nº 229/2007, del Juzgado de Instrucción nº 1 de San Fernando, que terminó con sentencia absolutoria, dictándose auto de cuantía máxima el 15 de mayo de 2008.

Se tramitó expediente administrativo que terminó con declaración de incapacidad per-

manente total, derivada de enfermedad común por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 21 de febrero de 2008.

El Sr. Antonio la impugnó ante la jurisdicción social, siéndole desestimada la demanda en primera instancia y estimándose el recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, la que dictó sentencia de 22 de julio de 2010, declarando que la incapacidad permanente total era de carácter profesional, al concurrir tras un accidente "in itinere", por lo que se calificaba de accidente de trabajo y descartaba que la existencia de padecimientos previos impidiesen esa calificación dada la naturaleza de los mismos.

Con fecha 28 de abril de 2011, se presentó la demanda que da lugar al presente procedimiento, reclamando 98.485,30 euros.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron, respectivamente, la demanda y el recurso de apelación, al apreciar la excepción de prescripción.

La Audiencia Provincial entendió que no era preciso aguardar a la resolución de la jurisdicción civil, pues la calificación o no como accidente de trabajo no tenía influencia en la baremación de los daños y perjuicios, por lo que entendía que la acción debió ejercitarse tras la resolución dictada por el INSS, razón por la que aprecia la excepción de prescripción.

SEGUNDO.- Motivo único. Por infracción del art. 1968.2 del Código Civil en relación con el art. 1969 del mismo texto legal y la doctrina jurisprudencial que la interpreta, al no haber efectuado la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz una correcta labor de interpretación y calificación del instituto de la prescripción.

Se estima el motivo.

El recurrente alegó que no procedía apreciar prescripción y que la sentencia recurrida violaba la doctrina jurisprudencial, dado que interpuso la demanda una vez que se dictó la sentencia por la Sala de lo Social, momento determinante para conocer el alcance de los perjuicios. Añadía el recurrente que si hubiese interpuesto la demanda antes de la sentencia de la jurisdicción social, se le podía haber opuesto que las secuelas tenían un origen degenerativo.

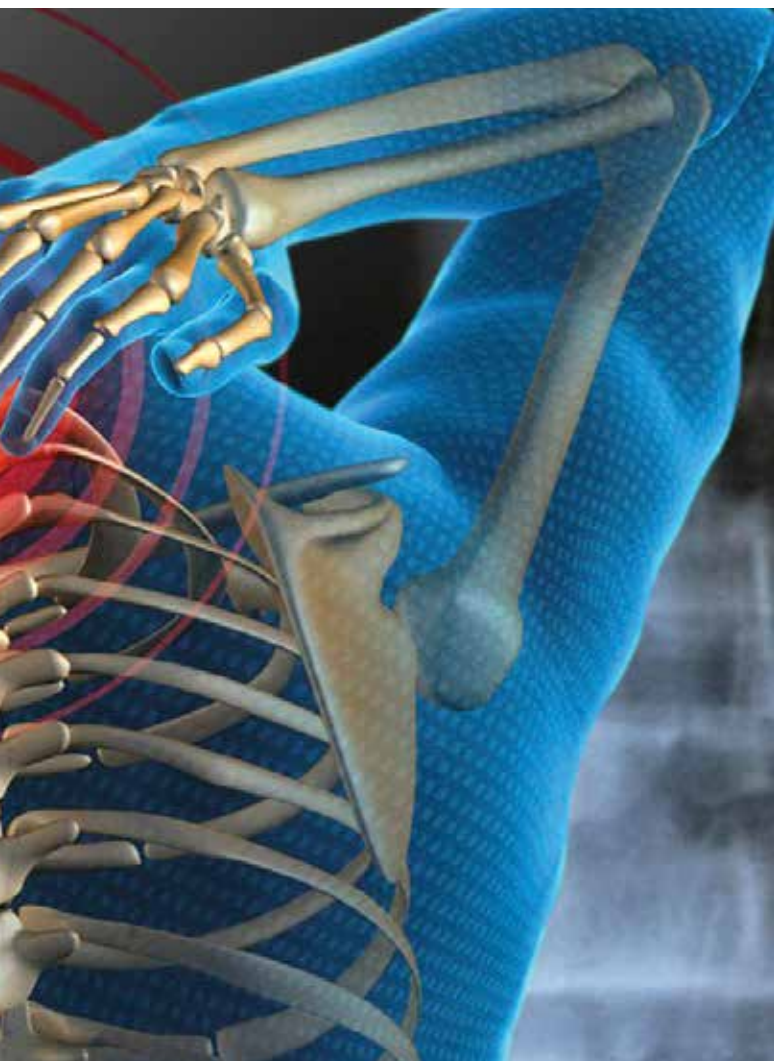
Concluye el recurrente y en esto le apoya la recurrida que de desestimarse la excepción de



prescripción se devolviese el procedimiento a la Audiencia Provincial, para que entrase en el fondo, para no quedar privado de la segunda instancia.

TERCERO.- Esta Sala de forma reiterada viene declarando que para el inicio del cómputo de la acción destinada a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, en su caso, se habrá de estar a la firmeza de la declaración administrativa de incapacidad (art. 1969 C. Civil), momento desde el que el perjudicado conoce con exactitud las consecuencias de sus secuelas (sentencia de 20 de septiembre de 2011, rec. nº 792/2008), lo que se precisa para valorar las interacciones con la capacidad laboral, en orden al respeto del principio de indemnidad (sentencia de 22 de julio de 2008, rec. nº 430 de 2002).

En la sentencia recurrida se declara que pudo ejercitarse la acción desde que se declaró administrativamente la incapacidad por el INSS, el 21 de febrero de 2008, pues en la pos-



terior impugnación ante la jurisdicción social se aceptaba que la incapacidad era permanente y total, pero pretendía que se declarase que procedía de accidente profesional. En la sentencia impugnada se razonaba que ello podría tener consecuencias sobre la pensión pero no sobre la cuantía que se concediese en este procedimiento en base al baremo que determina la valoración de las lesiones.

Por el contrario, el recurrente entiende que en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJA de Andalucía, antes citada, se determinaba que el origen de las secuelas es profesional, es decir, procedente del accidente "in itinere".

La mencionada sentencia de la Sala de lo Social declara que al actor se le reconoció una incapacidad permanente total cualificada derivada de enfermedad común por padecer síndrome de latigazo cervical sobre raquis degenerativo, cervicobraquialgia bilateral, lumbociática derecha, listesis L4-L5 y protusiones

L1-L2 y L5-S1, y lo que da lugar a la declaración de incapacidad permanente son dos padecimientos de columna, por un lado la cervical, y, por otro, la lumbar, y presentando síndrome de latigazo cervical sobre raquis degenerativo y cervicobraquialgia bilateral, ya hubiese dado lugar a la declaración de incapacidad permanente total para su profesión de peón de albañil, porque es indudable que los requerimientos físicos y de continuos movimientos y sobreesfuerzos del raquis cervical son incompatibles con los padecimientos que presenta, y por ello es de aplicación la doctrina reiterada de que si se había trabajado con normalidad y se desencadena o sale de su estado latente, se agrava o se agudiza la enfermedad en el trabajo o como consecuencia del mismo, ha de considerarse accidente de trabajo en interpretación del artículo 115.2.f) de la Ley General de la Seguridad Social, como señaló el Tribunal Supremo en sentencias de 7 de marzo de 1989, 21 de enero de 1991, y esta Sala de lo Social de Sevilla en sentencias de 28 de marzo de 2.000, 11 de junio de 2.001, 17 de enero de 2003, 26 de febrero de 2004 y 25 de febrero de 2005, sin que el hecho de que presentase un raquis degenerativo sea suficiente para desligar el accidente sufrido con las residuales que generan la incapacidad, sin que pueda decirse que los padecimientos lumbares son superiores a los cervicales, y que por ello ya debe declararse derivada de enfermedad común, porque, además de que, como dijimos, los padecimientos cervicales son suficientes para dar lugar a una incapacidad permanente, dada la profesión del actor, de la lumbociática derecha y de la listesis L4-L5 no existen imágenes definitivas de sufrimiento radicular, según la resonancia magnética de noviembre de 2007 que consta en el hecho probado noveno, y la espondilolistesis L4-L5 es de grado I, e incluso en marzo de 2008 el TAC de columna lumbosacra que se realiza referido a la L4, no evidencia espondilosis, por lo que aunque la incapacidad es el resultado del conjunto de todos los padecimientos del actor, lo cierto es que la imposibilidad para trabajar ha devenido a raíz del accidente sufrido, y los padecimientos que le han quedado, sobre todo los cervicales, se desencadenaron o salieron de su estado latente como consecuencia del accidente, ya que no consta padecimiento ni baja alguna anterior, lo que es suficiente, en aplicación de la doctrina antedicha, para estimar el recurso y declarar que la incapacidad permanente total cualificada que tiene concedida el actor deriva de accidente de trabajo.

Del anterior párrafo se deduce que la interposición de la demanda ante la jurisdicción

social tenía una influencia determinante en la resolución del litigio y en la valoración de las secuelas. No en vano la demandada al contestar la demanda, pese a la declaración administrativa de incapacidad permanente total, pretende que se declare la parcial por la existencia de enfermedades degenerativas previas, concretando el valor de la incapacidad en 2000 euros.

En conclusión, la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial dado que la "firmeza" de la declaración administrativa de incapacidad era precisa para la exacta determinación de las consecuencias lesivas en orden a la baremación de las mismas, no habiendo quedado cerrado el tema tras la resolución del INSS de 21 de febrero de 2008.

Se ratifica la doctrina jurisprudencial emanada, entre otras, de las citadas sentencias de 20 de septiembre de 2011 y 2 de julio de 2008, en el sentido de que para el inicio del cómputo de la acción destinada a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, en su caso, se habrá de estar a la firmeza de la declaración administrativa de incapacidad, momento desde el que el perjudicado conoce con exactitud las consecuencias de sus secuelas.

CUARTO.- La estimación del recurso comporta, conforme al art. 487.2 LEC, la casación total de la sentencia impugnada y la devolución de las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas, solución que también adoptaron las sentencias de 7 de octubre de 2009 y 24 y 25 de mayo de 2010. Como razona esta última, "[la] reposición de actuaciones encuentra justificación en el art. 487.2 LEC, que no la excluye para los recursos de casación de los números 1º y 2º del artículo 477.2

LEC y en la consideración de que una solución distinta traería consigo que el asunto quedara privado de la segunda instancia". Y como razona la de 7 de octubre de 2009, "[la] estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada no determina en este caso que la Sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda. Al apreciar prescripción de la acción ejercitada en la demanda, ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación valoraron la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, tampoco la han enjuiciado en derecho. Falta por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del

proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido éstas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta Sala deba limitarse, como autoriza el art. 487.2 LEC de 2000, a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la prescripción de la acción ejercitada en la demanda, solución ya adoptada por la sentencia del Pleno de los magistrados de esta Sala de 29 de abril de 2009 (rec. 325/06) en un caso de apreciación de caducidad de la acción por el tribunal de segunda instancia."

QUINTO.- Estimado el recurso no procede imposición de costas en las de la casación (arts. 394 y 398 LEC).

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

FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Antonio, representado actualmente por el Procurador D. José Luis Barragán Fernández, contra sentencia de 4 de junio de 2013 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz.

2. CASAR la sentencia recurrida en todos sus términos, con la devolución de las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas.

3. Se ratifica como doctrina jurisprudencial, que para el inicio del cómputo de la acción destinada a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, en su caso, se habrá de estar a la firmeza de la declaración administrativa de incapacidad, momento desde el que el perjudicado conoce con exactitud las consecuencias de sus secuelas.

4. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

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

Una vez más, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la prescripción tras resolución administrativa, confirmando que el inicio del cómputo de plazo será la firmeza de la resolución. Esta doctrina, pese a que algunos entendemos que puede contradecir el principio instaurado también por el TS sobre el (NO) efecto de la declaración de incapacidad laboral sobre la incapacidad civil del sistema de valoración de daños personales por accidente de circulación, realmente ha generado muy poco debate jurídico. Las consecuencias de esta falta de debate pasan a tener una trascendencia muy alta desde el 1 de enero de 2016, fecha en que entró en vigor el nuevo Sistema de Valoración de daños personales (Ley 35/2015), como explicaremos con mayor detalle, donde el efecto de las declaraciones administrativas suponen “per se” elemento suficiente para entrar en perjuicios particulares moderados (como mínimo).

Primero entremos a ver el caso particular de esta sentencia, que pese a su apariencia de continuidad en la doctrina del TS, puede tener una mayor trascendencia en ese efecto que las resoluciones administrativas de incapacidad laboral van a tener sobre los conceptos indemnizatorios del perjuicio particular de la lesión permanente y, especialmente, en los perjuicios patrimoniales que gracias al reconocimiento de los principios de vertebración y de total indemnidad pasan a tener un nuevo tratamiento en nuestro sistema. La razón de esta afirmación viene de que nos encontramos, como novedad, ante el debate del efecto de los antecedentes clínicos de la víctima del accidente sobre la indemnización reclamada. Incapacidad laboral tras accidente de circulación concurriendo un estado previo que pudiera ser susceptible por si solo de una incapacidad por la profesión de la víctima.

Los hechos enjuiciados podemos resumirlos en la reclamación de una incapacidad permanente total derivada de un accidente de circulación, que el actor se reserva hasta firmeza de la declaración administrativa laboral. La incapacidad había sido reconocida por el INSS (Instituto Nacional de la Seguridad Social), como enfermedad común, pero la víctima la recurre buscando una resolución de incapacidad total de origen laboral por tratarse de un accidente “in itinere”. Así las cosas, la incapacidad ya habría sido reconocida pero sin haber adquirido firmeza por razones puramente administrativas (enfermedad común vs accidente laboral), despreciando la sentencia si esa declaración de incapacidad tenía algún efecto sobre la reclamación derivada del accidente de tráfico. Y decimos que despreciando su efecto porque la sentencia si recoge que la entidad defendía que, como consecuencia del accidente, nos encontramos ante una incapacidad permanente parcial (que cuantificaba en 2.000€), pero al casar la misma deberá ser de nuevo juzgado por el tribunal de instancia. Ahora bien, parece interpretarse que en un supuesto así, la resolución laboral, si podría tener un efecto mayor al haberse debatido en la jurisdicción social si los antecedentes eran suficientes para declarar la incapacidad o, al menos, concurrían.

Lo que resulta más curioso es como el ponente analiza el supuesto concreto laboral para dar respuesta a la prescripción apreciada por la Audiencia Provincial en la reclamación por las consecuencias del accidente, cuando su teoría del inicio del plazo tras resolución administrativa, basada en el Artículo 1969 del Código Civil. “El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.”, podría no necesitar ese complicado ejercicio, que condiciona más que guía a una posterior resolución.

El argumento de la Audiencia Provincial resumido en la Sentencia analizada fue: “entendió que no era preciso aguardar a la resolución de la jurisdicción civil, pues la calificación o no como accidente de trabajo no tenía influencia en la baremación de los daños y perjuicios, por lo que entendía que la acción debió ejercitarse tras la resolución dictada por el INSS, razón por la que aprecia la excepción de prescripción”. Este criterio es compartido por quienes entendemos que la concesión de una incapacidad laboral no tiene efecto directo en la incapacidad del Sistema de valoración de daños personales, al amparo de la doctrina del propio Tribunal Supremo, por ejemplo sentencia de 20 de diciembre de 2004 “... ha de estarse no al dictamen de la unidad de valoración médica de incapacidades del INSALUD, ni a la determinación a que con base en el mismo llegó la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de León, pues por una parte, los principios a tener en cuenta por una y otra jurisdicción (laboral y civil) son diferentes y, por otra, solo sería preciso acudir a la normativa de la Seguridad Social para el caso de invalidez de miembros u órganos no especificados en la póliza, lo que en el supuesto que nos ocupa no acontece.”

Sin embargo, la sentencia comentada, interpreta para este supuesto concreto que si tiene cierta relevancia el procedimiento de incapacidad laboral con la posibilidad de reclamar esa misma incapacidad como causa del accidente. “Del anterior párrafo se deduce que la interposición de la demanda ante la jurisdicción social tenía una influencia determinante en la resolución del litigio y en la

COMENTARIO

valoración de las secuelas. No en vano la demandada al contestar la demanda, pese a la declaración administrativa de incapacidad permanente total, pretende que se declare la parcial por la existencia de enfermedades degenerativas previas, concretando el valor de la incapacidad en 2.000 euros.”... “En conclusión, la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial dado que la “firmeza” de la declaración administrativa de incapacidad era precisa para la exacta determinación de las consecuencias lesivas en orden a la baremación de las mismas, no habiendo quedado cerrado el tema tras la resolución del INSS de 21 de febrero de 2008”. ¿Supondrá esto un cambio en el criterio del Tribunal Supremo? Tendríamos que esperar a que este asunto llegase al Supremo, que no lo parece, pero si llegara, casi seguro, sí supondría un efecto directo.

Y en este punto, retomamos el comentario inicial sobre si con la entrada en vigor del nuevo Sistema de Valoración de Daños Personales y esta doctrina del Tribunal Supremo, sobre el efecto de interrupción de la prescripción hasta la firmeza de la resolución, vamos a ver una modificación sobre el efecto de esta declaración en la valoración de los perjuicios particulares por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas. Hasta ahora, ante la falta de regulación directa sobre su efecto (incluimos también en este punto las bajas laborales concedidas por médicos de la Seguridad Social), la jurisprudencia ha venido entendiendo que los principios a tener en cuenta por ambas jurisdicciones era diferentes, es decir, ni la baja laboral suponía una aplicación directa sobre el periodo de curación y su calificación, ni la declaración de incapacidad laboral suponía su misma graduación en el orden civil. Así lo han defendido autores como Mariano Medina, y su “prejuicio ergonómico”, por el carácter personal de la incapacidad no limitado a la incapacidad laboral.

Pero ahora, con el nuevo Sistema de Valoración nos encontramos con una nueva terminología y regulación del anterior factor corrector de la incapacidad permanente.

Artículo 107. Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas. 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 en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas.

Para entrar a detallar en el artículo 108 como afecta la pérdida de la posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional.

Art. 108.3. El perjuicio grave es aquél en el que el lesionado pierde su autonomía personal para realizar algunas de las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal. El perjuicio moral por la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional también se considera perjuicio grave.

Art. 108.4 El perjuicio moderado es aquél en el que el lesionado pierde la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal. El perjuicio moral por la pérdida de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo también se considera perjuicio moderado.

No podemos negar que pasamos a una nueva dimensión del perjuicio y cómo la jurisdicción laboral, o sus resoluciones, pasan a tener un claro efecto en la valoración de los perjuicios (la incapacidad absoluta será el perjuicio grave y la incapacidad total el perjuicio moderado). Incluso añadiríamos que no sería del todo necesaria una resolución del INSS, pues la norma habla de la posibilidad de realizar la actividad, aunque en la práctica se probará con la resolución del INSS por quienes estén en situación activa de empleo.

Y siendo así, como actuará el sector asegurador al conocer que el perjudicado por accidente de tráfico ha iniciado un procedimiento administrativo de solicitud de incapacidad, que no comparte o que entiende hay unos antecedentes que concurren con las lesiones del accidente, como ocurre en el caso de la sentencia comentada. La entidad no puede ser parte en el proceso laboral pero si se verá afectada por su resultado, tanto en los daños morales como en el perjuicio patrimonial. El caso analizado en este comentario hubiera sido el caso perfecto para ver su adaptación al nuevo Sistema, por defender la entidad un grado de incapacidad menor al concedido por el INSS, por encontrarnos ante un estado previo susceptible de una incapacidad laboral, y por discutirse el efecto de ese accidente buscando la concesión de accidente laboral.

Nos tocará esperar.

Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Lucro cesante en supuesto de muerte que aplica el nuevo Baremo de la ley 35/2015 a un siniestro de 2013 en accidente de circulación

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra,
de 29 de octubre de 2015.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Javier Zubiri Oteiza

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia condenó al acusado señor Eusebio, como autor de una falta de homicidio por imprudencia leve, prevista en el artículo 621.2 del Código Penal, imponiéndole la pena y abono de indemnización señalados en el antecedente de hecho segundo de esta resolución, así como el pago de las costas, incluidas las de la acusación particular. Dicha sentencia rechazó la pretensión de la acusación particular de que se condenase a dicho acusado como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave del artículo 142.1 y 2 del Código Penal. Frente a dicha sentencia interpu-

so recurso de apelación la acusación particular solicitando, de un lado, que se declare no haber lugar a la admisión del informe pericial aportado por la aseguradora, al no haberse presentado en el momento procesal oportuno.

De otro lado, solicita que se condene al acusado como autor de un delito de homicidio por imprudencia, imponiendo al acusado la pena que resulte procedente.

Interesó, por su parte, que se incrementen las indemnizaciones concedidas por la aplicación del factor de corrección, resultando aplicable el 15% y no el 10% fijado en la sentencia de instancia. Por último, pretende la parte apelante que se condene al acusado y a la aseguradora al pago, en concepto de lucro cesante, a doña Alicia de la cantidad de 103.946,18 #, más el interés de demora correspondiente.

La defensa del acusado y de la aseguradora Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, por una parte, interesó la desestimación del referido recurso de apelación. Impugnó, por su parte, la sentencia, en el sentido de solicitar que se deje sin efecto la condena impuesta al acusado como autor de una falta de imprudencia leve prevista en el artículo 621.2 del código penal y se le absuelva de dicha falta, dada su despenalización, por aplicación de la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Solicitó, a su vez, que se deje sin efecto la condena impuesta al acusado al pago de las costas procesales, dada esa despenalización, y, en todo caso, por no haber sido atendida buena parte de lo solicitado por la acusación particular y, en cualquier caso, por no ser repercutirles al acusado las minutas de Letrado y Procurador, al habersele condenado únicamente por una falta.

SEGUNDO.- Comenzando con el examen de la solicitud de la parte apelante de que se declare la inadmisión de la pericial practicada a instancia de la defensa, alega dicha parte que esa prueba se propuso y admitió extemporáneamente, escasos días antes del señalado para el acto del juicio, no habiendo dispuesto la acusación particular de tiempo suficiente para estudiarla y, en su caso, combatirla. Tal pretensión no puede ser acogida, toda vez que el referido informe pericial se presentó por la defensa con anterioridad a la fecha señalada para la celebración del acto del juicio, pudiendo, incluso, haber sido presentado y propuesta su ratificación como cuestión previa al inicio de dicho acto, conforme autoriza el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.





Por tanto, no cabe apreciar la invocada extemporaneidad, habiéndose aportado tal informe en momento oportuno, sin perjuicio de que, en su caso, si la dificultad del estudio del informe así lo requiriera, pudiese haberse interesado y, en su caso, acordado, la suspensión del acto del juicio o la interrupción del mismo, para permitir un examen y valoración adecuados del informe aportado.

En cualquier caso, no existe fundamento alguno para declarar la improcedencia de la admisión de dicha prueba, debiendo, por consiguiente, desestimarse en este aspecto el recurso de apelación

TERCERO.- Interesa, por su parte, la acusación particular, la revocación de la sentencia de instancia en el sentido de que se condene al acusado como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave del artículo 142.1 y 2 del Código Penal, al considerar que los hechos probados ponen de manifiesto la concurrencia de los elementos que integran dicho delito, no debiendo ser calificados tales hechos únicamente como una falta de imprudencia leve, como se calificaron, erróneamente en su estimación, en la sentencia de instancia.

A fin de dar respuesta a dicha pretensión de la parte apelante, debemos destacar que la absolución dispuesta en la sentencia de instancia que es objeto del recurso de apelación, se basó en pruebas de carácter personal, como lo son las declaraciones del acusado y de los testigos que depusieron en el acto del juicio celebrado en la primera instancia, concluyendo el juzgador de instancia del resultado de esas pruebas, percibidas directamente por el mismo fruto de la inmediación característica de la primera instancia, que el referido Sr. Eusebio no es autor del delito referido, sino, únicamente de una falta de imprudencia leve. Sentado lo anterior, hemos de partir de la consideración de que es doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional la de entender que "forma parte del derecho fundamental del acusado a un proceso con las debidas garantías (art. 24.2 de la Constitución) que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal solo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen -solo por el órgano judicial que asiste al testimonio- y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. Esta exigencia de inmediación de la práctica de este tipo de prueba respecto al órgano judicial que las valora perdería su finalidad de garantía de la defensa efectiva de las partes y de la corrección de

la valoración si una instancia superior pudiera proceder a una nueva consideración de los testimonios vertidos en el juicio a partir de la fundamentación de la sentencia recurrida o de la sola constancia documental que facilita el acta del mismo. En las palabras (...) de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 31/2005, de 14 de febrero, la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que esta nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción" (sentencia del Tribunal Constitucional n.º 105/2005 de 9 de mayo, con cita de otras muchas anteriores como las de 30 de marzo, 40/2004 de 22 de marzo, etc.).

Reiterando tal doctrina, el Tribunal Constitucional, en sentencia de fecha 18-5-2009, señaló que "en la resolución del recurso de apelación la Audiencia Provincial [...] estaba vinculada por la doctrina fijada a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, según la cual "en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquella se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción".

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias como la de 28 de febrero de 2012. En definitiva, la citada doctrina viene a concluir la imposibilidad de condenar en apelación a quien hubiera resultado absuelto en la instancia, o de agravar su condena respecto de la dispuesta en la primera instancia, cuando para ello sea preciso modificar el relato de hechos probados, valorando el órgano de apelación pruebas de naturaleza personal no practicadas ante el mismo, y sin proceder previamente a dar al acusado la oportunidad de ser oído por el Tribunal que va a resolver el recurso. Aplicada la referida doctrina jurisprudencial a este caso, resulta que, examinada la sentencia de instancia, atendido el relato de los hechos declarados probados en dicha resolución, en relación con su fundamentación jurídica, se desprende de ello que el juzgador "a quo" valoró las pruebas personales practicadas a su presencia, concretamente la declaración del denunciado y de los testigos, haciéndolo fruto de

la inmediación característica de la primera instancia, estimando que los hechos no merecían la calificación pretendida por la parte apelante, careciendo de la relevancia y gravedad que dicha parte apreció.

Y tal valoración que efectuó el juzgador de instancia, pudiendo ser discutible, no puede ser modificada en esta instancia en sentido perjudicial para el Sr. Eusebio sin oír al mismo, ni a los diferentes testigos que depusieron en la instancia, siendo necesario, conforme a la referida doctrina jurisprudencial, respetar la valoración que efectuó el citado juzgador de instancia, no siendo posible su modificación en esta segunda instancia.

En efecto, como se desprende de esa doctrina jurisprudencial, esa modificación de la conclusión absolutoria respecto de tal delito requeriría la nueva valoración de esas pruebas de carácter personal que llevaron al juzgador de instancia a la obtención de aquella conclusión, valoración que en esta instancia no resulta ser posible efectuar en relación con esas pruebas, al tratarse de pruebas de carácter personal y haber sido practicadas en la primera instancia y no ante esta sala.

Todo lo anterior solo permite considerar procedente la confirmación de la resolución recurrida, dada la necesidad de respetar la declaración de hechos probados de dicha resolución, al ser consecuencia de esa valoración de pruebas de carácter personal, sin que esta sala pueda valorarlas de nuevo y en sentido diferente y más gravoso para el imputado que como fueron valoradas por el juez de instancia, como sería preciso para poder alcanzar la conclusión pretendida por la parte recurrente de estimar cometido el delito por el que se le absolvió, lo que, insistimos, resulta ser inviable en esta segunda instancia, tratándose de pruebas de carácter personal no practicadas ante este Tribunal. Debe, por ello, desestimarse el recurso también en este aspecto.

CUARTO.- Sentado lo anterior, y en cuanto a la cuestión relativa a la responsabilidad civil, interesa, de un lado, la acusación particular que se fije la indemnización por el factor de corrección relativo a perjuicios económicos partiendo de un porcentaje aplicable del 15%, en lugar del 10% que fue aplicado en la sentencia apelada.

Alega dicha parte que los ingresos acreditados del fallecido en el año 2012, con el incremento del IPC, superarían el tramo al que es de aplicación el citado 10%, haciendo de aplicación

el del 15%, o se acercaría tanto a dicho tramo que sería aplicable la parte proporcional correspondiente, siendo en tal caso de aplicación el 14,7%. Tal pretensión no puede ser acogida, toda vez que el propio informe pericial aportado por la acusación particular pone de manifiesto que los ingresos del finado en el año 2012 eran de un total de 27.403,79 euros, lo que conduce a concluir que fue acertada la sentencia apelada en cuanto aplicó el factor de corrección correspondiente a esos acreditados ingresos, aplicándose así correctamente la tabla segunda del baremo contemplado como Anexo en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Por ello debe desestimarse en este aspecto el recurso de apelación.

QUINTO.- Por último, pretende la parte apelante que se indemnice a la viuda del fallecido en la cantidad de 103.946,18 # en concepto de lucro cesante por los perjuicios económicos derivados del fallecimiento del señor Abelardo.

Alega la parte recurrente la errónea valoración por parte del juzgador de instancia de la prueba practicada que le llevó a denegar cualquier indemnización por tal concepto.

La sentencia de instancia, si bien aceptando la posibilidad de concesión de indemnización por el concepto de lucro cesante y su compatibilidad con la indemnización por el factor de corrección relativo a perjuicios económicos objeto del anterior fundamento de derecho, denegó tal indemnización. Consideró el juzgador de instancia que no había quedado suficientemente acreditado en este caso ese lucro cesante, teniendo especialmente en cuenta al efecto el porcentaje que debe atribuirse al auto consumo de la persona fallecida.

Estimó dicho juzgador que, atendido el porcentaje de auto consumo del 31,09% contemplado en el informe pericial aportado por la aseguradora, y estimando que esa cuantificación era la única basada en una valoración objetiva partiendo de datos estadísticos, y rechazando al respecto el informe de la acusación particular, concluyó que no había quedado acreditado ese lucro cesante.

Sentado lo anterior, y a fin de valorar la pretensión de la parte apelante, debemos inicialmente señalar que, examinados los informes obrantes en autos, uno de ellos elaborado a instancia de la acusación particular y otro de la defensa, es claro que son abiertamente con-

tradictorios, concluyendo el primero la justificación del lucro cesante en la cuantía pretendida por la acusación particular, en tanto el emitido a instancia de la defensa de la aseguradora, concluye la inexistencia de tal perjuicio.

Al respecto, y no obstante tales contradicciones, considera esta sala que, acreditado que el fallecido desarrollaba una actividad laboral como consecuencia de la cual percibió en el año 2012, anterior al de su fallecimiento, unos ingresos netos de 27.403,41 #, resulta manifiesto que ese fallecimiento ha supuesto la privación de la aportación de esos ingresos a su esposa e hijo durante un considerable período de tiempo, tratándose de una persona con una relevante esperanza de vida por delante, derivándose de ello, en nuestra estimación, un claro perjuicio en relación con sus citados esposa e hijo de corta edad. En efecto, parece claro que esos ingresos hubieren conllevado un beneficio económico o lucro del que su esposa e hijos hubieren disfrutado si no se hubiese producido el desgraciado fallecimiento del señor Abelardo.

Ciertamente, ese fallecimiento ha determinado la obtención de las correspondientes pensiones de viudedad y de orfandad.

Pero las mismas, aún añadido el auto consumo a tener en cuenta, estimamos que, con carácter general y salvo acreditación de lo contrario, no puede considerarse que constituyan una compensación plena con el lucro que se hubiere obtenido mediante los ingresos del fallecido si se hubieren continuado generando, y llegar a concluir que realmente no se ha producido perjuicio en tal concepto.

En definitiva, estimamos que en tales supuestos debe partirse de la realidad del lucro cesante, salvo justificación de su inexistencia.

Y en este caso, no se ha justificado su inexistencia, siendo insuficiente al respecto el informe pericial aportado por la defensa, contradicho por el practicado a instancia de la acusación particular, sin que los datos relativos al auto consumo ofrecidos por aquel informe reúnan las características de objetividad suficientes para llegar a tenerlos como incontestables.

Por ello, acreditado el lucro cesante, debe determinarse su cuantificación.

Y tal determinación es ciertamente dificultosa, dado que no se contempla detalladamente este perjuicio en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las perso-

nas en accidentes de circulación contemplado como Anexo en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Y, por su parte, como se ha dicho, siendo tan abiertamente contradictorios como hemos señalado los informes obrantes en autos sobre tal cuestión, resulta ser dificultoso basar en ellos tal determinación.

Sentado ello, habremos de fijar el importe de la indemnización en base a una valoración global. A tal objeto, estimamos que pueden servir como pauta orientativa los criterios que en relación con el lucro cesante se contemplan 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, norma esta que, si bien no es aplicable directamente al caso que nos ocupa, e incluso no entrará en vigor hasta el próximo día 1 de enero de 2016, ya ha sido publicada en el BOE del pasado día 23 de septiembre de 2015.

Y sobre el particular, atendiendo a las cuantías que en relación con el lucro cesante se contemplan en el correspondiente anexo de esa Ley, relativo tanto a los cónyuges como a los hijos de los fallecidos, resultaría de ello que en un caso como el que nos ocupa que ocurriese con posterioridad al 1 de enero de 2016, correspondería una indemnización en favor del cónyuge viudo e hijo del fallecido que sería superior incluso a la interesada por la acusación particular basada el informe pericial elaborado a su instancia. En efecto, en tal caso, deberían fijarse, si aplicásemos la nueva norma, unas indemnizaciones por lucro cesante próximas, en total, a los 150.000 #.

Atendido lo anterior, valorada en su conjunto la situación a tener en cuenta a efectos de concretar la cuantía de la indemnización que nos ocupa, estimamos que la indemnización solicitada por lucro cesante por la acusación particular no puede considerarse que resulte ser excesiva, partiendo de los ingresos del fallecido, así como de su edad y las del cónyuge viudo y del hijo de ambos, por lo que consideramos que debe ser concedida tal cantidad.

Hemos de matizar que, si bien la acusación particular solicitó tal indemnización en favor de la señora Jaime exclusivamente, debe entenderse que esa solicitud incluye la indemnización correspondiente a la misma como cónyuge viudo, y a su hijo menor al que la misma representa legalmente. Por todo ello, debe ser estimado en



parte, en tal sentido, el recurso de apelación y revocada la sentencia de instancia en tal particular.

SEXTO.- Pasando al examen de la adhesión formulada por la defensa, se interesa, de un lado, que se absuelva al acusado de la falta por la que se le condenó, al haber quedado despenalizada dicha falta tras la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Sobre el particular debemos inicialmente destacar que, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de dicha Ley, relativa a las "Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos... En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas : a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo..."



Por su parte, conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta de la citada Ley relativa a los "Juicios de faltas en tramitación", señala dicha Disposición lo siguiente: "1. La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, por hechos que resultan tipificados como delitos leves, continuará sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal. Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al

pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Sentado lo anterior, resulta que la repetida LO despenalizó la falta de imprudencia leve por la que se condenó al aquí apelante, y en la regulación de la imprudencia en los artículos 142 y siguientes del Código Penal, únicamente se mantuvo penalizada la imprudencia grave y la imprudencia menos grave, contemplando el artículo 142.1 del Código Penal la condena de "El que por imprudencia grave causare la muerte de otro", en tanto establece el número 2 de dicho artículo la condena de "El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro", contemplándose, igualmente, los delitos de imprudencia con resultado de lesiones relativos, únicamente, a imprudencias de naturaleza grave o menos grave. Por consiguiente, la imprudencia leve ha quedado despenalizada. Ante ello, y conforme a lo establecido en las citadas Disposiciones Transitorias antes transcritas, debe disponerse la absolución del acusado en relación con la falta de imprudencia leve por la que se le condenó, debiéndose limitar el contenido del fallo de esta sentencia al pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil y costas.

Debe, por tanto, estimarse en este aspecto dicha adhesión.

SÉPTIMO.- Continuando con la impugnación de la sentencia, interesa la defensa que se deje sin efecto la condena en costas dispuesta en la sentencia apelada como consecuencia de la despenalización de las faltas, alegando que, en todo caso, no deben imponerse las costas correspondientes a la acusación particular, dada la heterogeneidad entre lo interesado por dicha acusación y lo conseguido en la sentencia, y habiéndose condenado, además, por una falta, por lo que la condena debe concretarse en las costas correspondientes a un juicio de faltas.

Tal pretensión no puede ser acogida.

De un lado, como establece la antes citada Disposición Transitoria Cuarta, cuando se continúe la tramitación en relación con hechos despenalizados que anteriormente eran constitutivos de falta y llevaban aparejada responsabilidad civil, en tales casos, "el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas", por lo que es claro que debe efectuarse pronunciamiento en costas.

De otro lado, como se desprende del resultado final obtenido, y dada la relevancia del perjuicio sufrido por quienes ejercitan la acusación particular, resulta que la actuación de dicha acusación particular ha sido necesaria y relevante, lo que justificaba la inclusión en la condena en costas de las cosas correspondientes a la acusación particular.

En todo caso, la sentencia de instancia ya establece que la condena se concreta en las costas "causadas en esta falta", según se señala en el primer apartado del fallo de la sentencia. Y tal condena es ajustada a derecho, como revela que así lo ha apreciado el TS en algunos supuestos de condena por falta frente a una solicitud de la acusación particular de condena por delito, pudiendo citar al respecto la sentencia de fecha 28 de marzo de 2003, en la que el TS, tras señalar que "... las costas a las que se condena al acusado serán las correspondientes a un juicio de faltas, que ha sido la calificación por la que se han depurado estos hechos...", dictó segunda sentencia condenando "... en costas procesales al acusado, incluidas las causadas por la acusación particular, correspondientes a un juicio de faltas...".

Por ello debe ser desestimada en este aspecto la citada adhesión.

OCTAVO.- Dada la parcial estimación del recurso de apelación y de la adhesión, procede declarar de oficio las costas de esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Javier Martínez González, en nombre y representación de D^a. Alicia, D. Edemiro y D^a. Azucena, contra la Sentencia dictada por el Ilustrísimo Señor Magistrado Juez de lo penal nº 4 de Pamplona, en autos de Procedimiento Abreviado nº 22/2015, y estimando en parte, igualmente, la adhesión a la apelación frente a dicha sentencia formulada por la Procuradora D^a. María Teresa Igea Larrayoz, en nombre y representación de Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA y de D. Eusebio, revocamos parcialmente dicha sentencia en el siguiente sentido: A) Absolver al citado D. Eusebio de la falta de homicidio por imprudencia leve por la que se le condenó en la sentencia recurrida, dejando sin efecto la pena de dos meses de multa con una cuota diaria de 12 # y una responsabilidad personal subsidia-



ria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, impuesta al mismo en dicha resolución. B) Condenar a D. Eusebio a indemnizar, solidariamente con la aseguradora Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., en concepto de indemnización por lucro cesante, a D^a. Alicia, en la cantidad total de 103.946,18 #, con el interés previsto en el artículo 20 de la LCS, que se devengarán en la forma concretada en el último párrafo del fundamento de derecho noveno de la sentencia recurrida. Desestimamos en lo restante los referidos recursos de apelación y adhesión, confirmando la sentencia de instancia en cuanto a sus demás pronunciamientos. Todo ello, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Devuélvanse los autos originales al juzgado de su procedencia con testimonio de esta resolución. Así por esta nuestra Sentencia, que es firme, de la que se unirá testimonio al Rollo, lo pronunciamos.

Esta importante sentencia parte (con una manifiesta elipsis normativa que hay que despejar) de que el Baremo de 1995 habilita la plena reparación del lucro cesante causado por la muerte, aunque carece de reglas específicas con que mensurarlo. Tal postura sólo puede deberse a reconocer el valor normativo directo de la norma del inciso segundo de la regla general 7ª de su apartado primero, al referirse tanto a que el sistema se propone asegurar la total indemnidad como a que ésta

incluye la reparación del lucro cesante derivado de cualquier daño corporal. Viene a sostenerse así que dicha regla tiene que hacerse valer para valorar el lucro cesante causado por la muerte porque la regulación tabular no lo contempla, dado que los perjuicios económicos a los que se refiere el primer factor de la tabla II nada tienen que ver con él. Se está por ello ante un resarcimiento extratabular intrasistema que se proporciona con base en las pruebas practicadas, sin el constreñimiento de norma alguna. Viene así a considerarse que hay que dar cumplimiento al mandato genérico de reparar en su plenitud el lucro cesante padecido, quedando la determinación de su importe sujeta al arbitrio judicial (subrégimen de judicialidad valorativa); y ello ante la ausencia de reglas específicas de medición.

A tal efecto, la AP desecha el dictamen pericial que, aportado por la aseguradora, negaba que hubiera lucro cesante resarcible por haberse de descontar el importe adjudicado al autoconsumo del fallecido y al compensarse el lucro frustrado con los importes correspondientes a las pensiones de viudedad y de orfandad. Rechazado ese dictamen y sin hacer ninguna referencia a la bondad del de la parte perjudicada, la AP acude como referencia orientadora al nuevo Baremo, dado que regula de forma específica el resarcimiento del lucro cesante padecido tanto por el cónyuge viudo como por el hijo dependiente del fallecido; y, por ello, una vez que comprueba que la suma resultante de sus tablas (1.C.1 y 1.C.2) es superior a la reclamada, fija la indemnización en el importe de ésta. Se acude a dichas tablas por la *auctoritas* que implica la nueva legalidad, en virtud de su propia racionalidad, sirviéndose de ella para suplir la ausencia de concretas reglas (laguna) de la disciplina valorativa aplicable, sin que por tanto se esté ante una aplicación retroactiva del nuevo Baremo.

Tal postura sólo puede deberse a reconocer el valor normativo directo de la norma del inciso segundo de la regla general 7ª de su apartado primero, al referirse tanto a que el sistema se propone asegurar la total indemnidad como a que ésta incluye la reparación del lucro cesante derivado de cualquier daño corporal. Viene a sostenerse así que dicha regla tiene que hacerse valer para valorar el lucro cesante causado por la muerte porque la regulación tabular no lo contempla, dado que los perjuicios económicos a los que se refiere el primer factor de la tabla II nada tienen que ver con él

COMENTARIO

Sentado que la regulación tabular no proporciona el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte, el juez debe fijar la correspondiente indemnización de acuerdo con las pruebas practicadas y en ese caso, dentro de las posibilidades de apreciación que se le ofrecen, la AP consideró que podía y debía guiarse por las previsiones del nuevo Baremo

Desde hace años he sido partidario de que se establezcan reglas precisas y razonables de tasación del lucro cesante futuro desde la convicción de que la regla facilita su prueba, evitándose así la preterición resarcitoria de que ha sido objeto de modo tradicional. Unos buenos Baremos no han de servir sólo para resarcir los perjuicios personales, sino también para garantizar el resarcimiento de los patrimoniales.

Naturalmente, expreso mi completa sintonía con esta sentencia, habida cuenta que, en definitiva, su postura sobre la consistencia y funcionamiento del Baremo de 1995 es la que sostuve originariamente hasta que hube de rendirme ante una jurisprudencia que ha entendido que le es de esencia la parcialidad resarcitoria y que ha negado *vis normativa* a la regla general señalada. Sentado que la regulación tabular no proporciona el resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte, el juez debe fijar la correspondiente indemnización de acuerdo con las pruebas practicadas y en ese caso, dentro de las posibilidades de apreciación que se le ofrecen, la AP consideró que podía y debía guiarse por las previsiones del nuevo Baremo.

Sobre la compatibilidad del factor de corrección por perjuicios económicos con el resarcimiento efectivo del lucro cesante padecido, debe tenerse en cuenta que el factor se aplica aunque el perjudicado no sufra el más mínimo lucro cesante y que proporciona la misma cantidad a quien lo sufra que a quien no lo padezca. Tomadas como sacrosantas las interpretaciones que de la legalidad ordinaria realizó el TC, la jurisprudencia ha aceptado *contra rationem* que los perjuicios a los que se refiere el factor de corrección están constituidos por las ganancias dejadas de obtener. La única forma de remediar el exabrupto ha sido que el Legislador tomara cartas en el asunto y que regulara de verdad el resarcimiento del lucro cesante y que, a su vez, suprimiera ese factor de corrección, pero no porque quedara sustituido por el resarcimiento del lucro cesante, sino para regular de forma adecuada y proporcionada la reparación del perjuicio patrimonial básico que causa cada fallecimiento a cada perjudicado, según la regularidad de las cosas. Con la regulación del nuevo Baremo, desaparece el factor que tantas veces tenía un componente doral y, a su vez, se resarce sin basarse en él por la imposibilidad de hacerlo, el resarcimiento del lucro cesante.

La única forma de remediar el exabrupto ha sido que el Legislador tomara cartas en el asunto y que regulara de verdad el resarcimiento del lucro cesante y que, a su vez, suprimiera ese factor de corrección, pero no porque quedara sustituido por el resarcimiento del lucro cesante, sino para regular de forma adecuada y proporcionada la reparación del perjuicio patrimonial básico que causa cada fallecimiento a cada perjudicado, según la regularidad de las cosas

Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Posibilidad de reclamación de sucesivos recambios de prótesis que se precisen utilizar como consecuencia de accidentes de circulación, en atención a que se trata de un daño futuro sobre el que cabe reclamar y su factible evaluación económica a través de un cálculo actuarial. Se toma como referencia interpretadora la reciente Ley 35/2015 de reforma del Sistema de Valoración de Daños, que viene a ratificar esta postura al establecer expresamente el directo resarcimiento al lesionado del importe de las prótesis y órtesis que precise a lo largo de la vida

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Secc. 1ª,
de 29 de octubre de 2015.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Valdés Garrido

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- En el presente proceso de juicio ordinario, por el demandante don Genaro, conductor de la motocicleta Honda matrícula....-TWM el día 28 de junio de 2011, se formula demanda contra la conductora del turismo Renault-Clío matrícula....-NJQ y la compañía aseguradora del vehículo en reclamación de cantidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la colisión producida al interponerse el turismo en la trayectoria de la motocicleta, y resultar el actor con importantes lesiones y secuelas, entre las que destaca la amputación traumática del muslo de la pierna izquierda, dada la mala

evolución clínica con isquemia irreversible de las lesiones padecidas en dicha zona.

Incuestionada la responsabilidad de la conductora demandada en la producción del accidente, frente a la sentencia de instancia, objeto de posterior aclaración por Auto, que estima la demanda en el sentido de condenar a las personas demandadas al abono al actor de la cantidad de 584.766,96 euros, resultante de restar a la cantidad pretendida en la demanda la que fue objeto de allanamiento parcial en el curso del proceso, con imposición a la aseguradora de los intereses del art. 20 LCS en la forma explicitada en el fundamento jurídico séptimo de la resolución, recurre en apelación la entidad aseguradora demandada.

SEGUNDO.- En su escrito de interposición de recurso de apelación, la aseguradora recurrente, de los conceptos indemnizatorios reclamados y acogidos en sentencia, muestra su disconformidad tan solo en cuanto a las indemnizaciones en concepto de recambios futuros de la prótesis, de gastos derivados de la adaptación de la vivienda y adquisición de un nuevo vehículo así como del reconocimiento del grado de incapacidad del actor como permanente total, con oposición también a la aplicación de los intereses moratorios del art. 20 de la LCS.

En cuanto a los gastos ortopédicos se sostiene que deben ser rechazados por la incertidumbre en su devengo y porque lo previsible puede variar por la evolución de las tecnologías. A este respecto, se debe mencionar el apartado 6º del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación en el que se establece la necesidad de que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada. Entendiendo por ello la aseguradora recurrente que el pago de los futuros recambios de prótesis no es viable hasta que efectivamente se devengue, pues de lo contrario se estaría produciendo un enriquecimiento injusto, ya que la reparación por adelantado, basada en un cálculo de probabilidad, no deja de ser arriesgada. Además del desconocimiento acerca de la duración de la vida del actor concurren otros factores impredecibles como las novedades tecnológicas, la variación del precio en el tiempo así como la necesidad del cambio de los componentes de la prótesis en atención a su vida útil.

Por otro lado, se indica por la recurrente que la Juzgadora de instancia tiene en cuenta únicamente las valoraciones contenidas en el



informe del Sr. Pelayo, quién, por tener abierto al público un establecimiento de ortopedia en el cual se vendió al perjudicado su primera prótesis, podría resultar beneficiado con la adquisición en el tiempo de las nuevas prótesis recomendadas.

Por lo que hace a la reclamación en lo relativo a la adaptación de la vivienda, el demandante no ha acreditado su necesidad, limitándose a aportar un presupuesto y no una factura de reparación, lo que hace dudar del ulterior efectivo acometimiento de dichas obras de adaptación del inmueble. Sorprendiendo, por lo demás, que las partidas del presupuesto incluyan conceptos tales como el pintado de paredes, el montaje de rodapiés y la adaptación del baño para la silla de minusválidos cuando el actor puede realizar una vida relativamente normal sin precisar dicha silla. Sin que ninguno de los médicos-peritos intervinientes en el juicio haya afirmado que la vivienda del actor requiera de algún tipo de adaptación. Por lo que se refiere a la indemnización para adquisición de un vehículo nuevo, no se ha acreditado su compra ni por ende, el abono del precio con prueba documental.

En relación al reconocimiento al lesionado en sentencia de una situación de incapacidad permanente total, se mantiene el criterio de la consideración de la incapacidad como permanente parcial, al poder realizar otro tipo de actividades laborales como trabajo de oficina que no precisa de la realización de esfuerzos físicos. Siendo así que, en el Baremo de la LRCSCVM, para la apreciación de la IPT se requiere que las secuelas impidan totalmente al lesionado la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado, considerando a la víctima en su completa dimensión como persona sin circunscribirse a su faceta como trabajador.

Subsidiariamente de entender el Tribunal la procedencia de la incapacidad permanente total, se solicita la moderación en la graduación de tal clase de incapacidad.

Finalmente, por lo que concierne al devengo de los intereses moratorios del art. 20 de la LCS, se interesa su no aplicación. En atención a las sucesivas consignaciones efectuadas por la aseguradora recurrente totalmente ajustadas a las lesiones sufridas y a la inexistencia de retrasos injustificados en los pagos realizados por causa del siniestro.

TERCERO.- El primero de los motivos impugnatorios del recurso es el referido a la indem-



nización por los sucesivos obligados recambios de los distintos componentes de la prótesis femoral que precisa utilizar el actor como consecuencia de la amputación traumática del muslo de su pierna izquierda. En cuanto a la posibilidad de su reclamación, en atención a constituir una indemnización relativa a un hecho futuro (dado que la materialización del gasto vendrá a producirse en el momento en que se lleve a cabo el efectivo recambio), cabe decantarse en sentido favorable, dada la existencia real del daño (amputación de una pierna susceptible de corrección funcional mediante la implantación de una prótesis de componentes intercambiables cada cierto tiempo) y su factible evaluación a través de un cálculo actuarial que permita determinar de forma adecuada una razonable previsión del gasto. En tal sentido, es de citar la SAP Barcelona, Sección 1ª, de fecha 20/12/2013.

Por lo demás en la reciente 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 (publicada en el BOE de fecha 23/9/2015 y que muy pronto entrará en vigor) se viene a ratificar dicha corriente jurisprudencial, al establecer expresamente en su art. 115, el directo resarcimiento al lesionado del importe de las prótesis y órtesis que precise a lo largo de su vida, debiendo la necesidad, periodicidad y cuantía de los gastos de las prótesis y órtesis futuras acreditarse mediante el correspondiente informe médico desde la fecha de estabilización de las secuelas, teniéndose en cuenta para su valoración el tipo de secuela, la edad del lesionado, la periodicidad de la renovación de la prótesis y órtesis en función de su vida útil y el coste de las mismas, atendiendo a las necesidades y circunstancias personales del lesionado, con asimismo previsión final de que el importe de estos gastos se podrá indemnizar en forma de capital utilizándose el correspondiente factor actuarial de conversión establecido en la tabla técnica de coeficientes de capitalización de prótesis y órtesis incluida en las bases técnicas actuariales a las que hace referencia el art. 48 de la citada Ley. Con apoyo en la anterior consideración cabe estimar procedente la indemnización concedida en tal concepto por la Juzgadora de instancia. Teniendo en cuenta: 1) que la previsión de los recambios de los componentes de la prótesis del lesionado se viene a calcular en función de su edad y de la vida media de las personas varones en España; 2) que, por lo que se refiere a la duración de los distintos componentes de la prótesis (encaje, encaje interior de silicona, funda estética, estructura femoral, pie protésico tritón y rodilla inteligente C-Leg), se

ofrece como más apropiado el cálculo determinado en el informe del perito técnico ortopédico Sr. Pelayo, en cuanto basado en los catálogos vigentes de material ortoprotésico del Servicio Galego de Salud, que estipulan un tiempo para cada pieza de la prótesis; 3) la coincidencia en los precios de cada uno de los componentes de la prótesis femoral en los informes periciales Don Pelayo (aportado por el actor) y de los Dres. María Jose y Jesús Ángel (aportado por la aseguradora denunciada), lo que conlleva a desvirtuar el desmerecimiento al primero de los informes periciales que se procura realizar en el recurso; y 4) que, en atención al reconocimiento de la posibilidad de indemnización en forma de capital calculado sobre bases técnicas actuariales, pierden virtualidad las objeciones planteadas por la aseguradora recurrente, tales como el desconocimiento del tiempo de vida del actor-lesionado así como los avances tecnológicos con influencia en la duración y coste de los recambios de los componentes de la prótesis y que, en cualquier caso, tanto puede suponer un abaratamiento como un encarecimiento en la reposición de los elementos objeto de sustitución o renovación.

Por lo que hace al tema de la indemnización por adecuación de vivienda, es de señalar que en el Baremo de la LRCSCVM tal concepto indemnizatorio viene a contemplarse como un factor de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, con un límite máximo que será objeto de ponderación según las características de la vivienda y circunstancias y necesidades del lesionado incapacitado. Al respecto, en el informe pericial del Dr. Ángel Jesús, se expone que las secuelas que presenta el paciente, en unión con la dificultad para el uso de muletas por su patología de hombro, le ocasiona una dificultad sobreañadida para su desplazamiento en el interior de su vivienda, precisando una ampliación del diámetro de las puertas y una adecuación del baño para poder introducirse en él, pudiendo ser necesario la utilización de silla de ruedas, lo que implicaría un mayor espacio para poder realizar movimientos de giro. Por su parte, la testigo doña Esperanza, pareja del actor, manifestó que el demandante no duerme con la pierna ortopédica por lo que de noche cuando se levanta al baño tiene que ir con muletas o a la pata coja.

De ahí que se estime procedente la indemnización solicitada en orden a la adaptación de habitación y puertas de baño para silla de minusválidos, por importe de 2.430 euros, según presupuesto que aporta al folio 54 de los autos. Bastando con la acreditación de la molestia e

incomodidad y la posibilidad de su eliminación con la realización de la obra para la concesión de la indemnización pretendida.

En relación a la indemnización por adquisición de un vehículo nuevo, con cambio automático, procede asimismo la confirmación de la sentencia e inatención del recurso. Es de toda evidencia que el lesionado, al carecer del miembro inferior izquierdo, precisa la adaptación de vehículo en el pedal del embrague o bien la utilización de un vehículo con marchas automáticas. Así lo recoge en su informe pericial el Dr. Ángel Jesús.

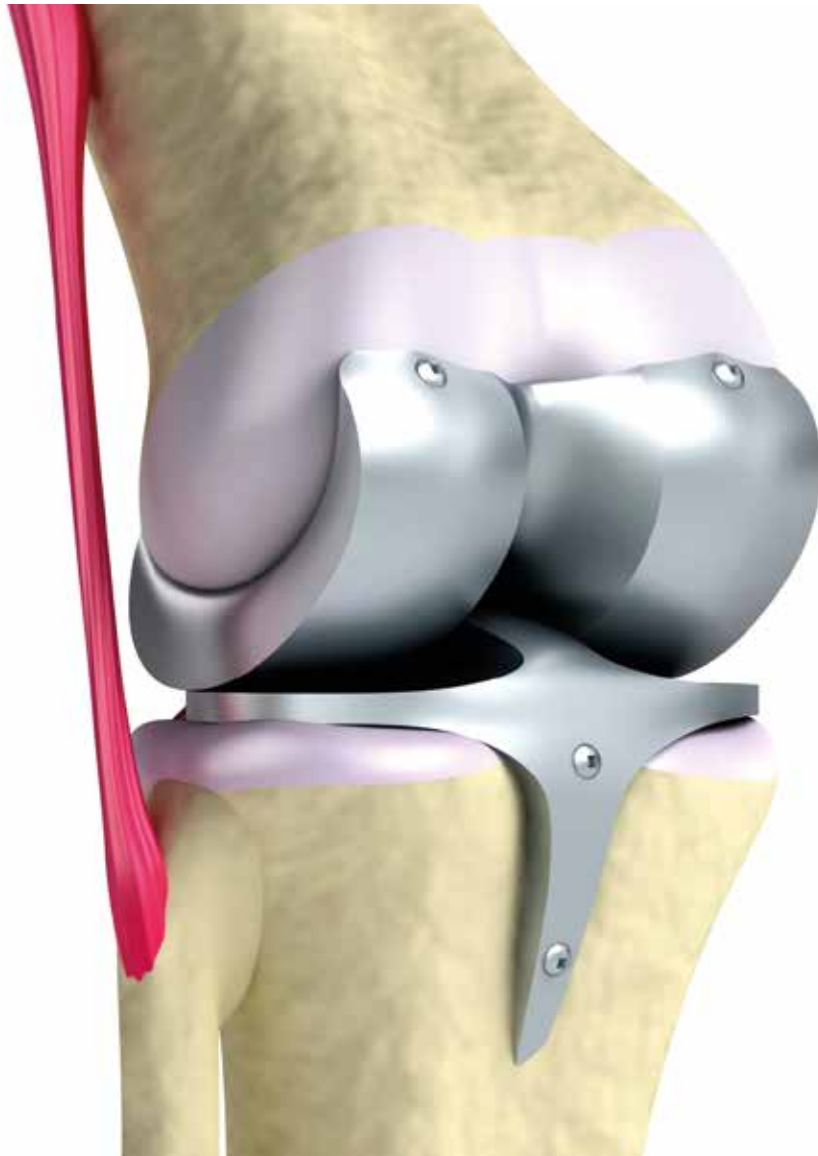
La adquisición de un vehículo de tales características, por cierto de segunda mano y por importe de 9.000 euros, se ha venido a justificar con el testimonio del testigo don Constantino, vendedor del mismo al actor. Corroborando tal circunstancia el contenido del informe de la firma de detectives "Hidalgo", aportado por la parte demandada, al reflejarse en el mismo la conducción por el demandante de un turismo, que no puede más que tratarse del nuevo vehículo adaptado a su actual mermada situación física. Por lo que se refiere al factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta, constituye doctrina jurisprudencial (STS del Pleno de 25/3/2010 y SSTs de 19/5/2011, 23/11/2011 y 9/1/2013, entre otras), que dicho factor tiene como objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales, conclusión que se alcanza valorando, entre otras razones, que en la enunciación del factor de corrección se utiliza el término "ocupación o actividad habitual" y no se contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado, así como que, de acuerdo con la explicación del sistema que contiene el Anexo segundo, b), con relación a dicha Tabla IV, se trata de un factor de corrección compatible con los demás de la Tabla, entre los que se encuentra el factor de corrección por perjuicios económicos. La falta de vertebración de los tipos de daño de que adolece el Sistema de valoración impide afirmar que este factor de corrección sólo cubre daños morales y permite aceptar que en una proporción razonable pueda estar destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima; pero no puede aceptarse esta como su finalidad única, ni siquiera principal. Cuando se trata del factor corrector de incapacidad permanente total, su aplicación depende de la concurrencia del supuesto de hecho, consistente en la realidad de unas secuelas de carácter permanente que además incidan en

la capacidad de la víctima de manera tal que la priven totalmente de la realización de las tareas propias de su ocupación o actividad habitual.

En cualquier caso, dentro de las ocupaciones o actividades habituales desarrolladas por el actor lesionado se encontraba la laboral (militar con empleo de cabo del ejército de tierra), destino éste que requiere unas óptimas y plenas condiciones de salud, al punto de que las secuelas quedadas al mismo tras el accidente han venido a determinar su baja en el servicio por insuficiencia de condiciones psicofísicas para su desempeño con reconocimiento de una pensión. Por lo demás, en atención a la profesión y juventud del lesionado, todo apunta a que la mayor parte de sus ocupaciones y actividades al margen del trabajo estuvieren relacionadas con el ámbito deportivo y de esparcimiento activo en las que el buen estado físico resulta un factor esencial.

Razones las expuestas por la que es dable catalogar su incapacidad permanente como total, al estimarse que las secuelas resultantes le vienen a impedir completamente la realización de las tareas propias de sus ocupaciones y actividades habituales. Sin que, por otro lado, se adviertan motivos para la moderación de la cantidad indemnizatoria concedida en la instancia por tal concepto, máxime cuando en el recurso nada se argumenta ni concreta al respecto.

Finalmente, por lo que atañe a los intereses moratorios del art. 20 de la LCS de carácter sancionador en cuanto su finalidad es impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago al perjudicado, es de señalar que el citado precepto en su regla 8ª dispone que 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, si bien, como expone, entre otras las SSTs de 12 de junio y 16 de diciembre de 2013, en la apreciación de esta causa de exoneración se ha de mantener una interpretación restrictiva, no apreciándose justificación cuando, sin cuestionarse la realidad del siniestro ni su cobertura, la incertidumbre surge únicamente en torno a la concreta cuantía de la indemnización, o respecto de la influencia causal de la culpa del asegurado en su causación, incluso en supuestos de posible concurrencia de conductas negligentes. De modo que la mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incerti-



dumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial (SSTS 13/6/2007, 26/5/2011 y 20/9/2011).

Pues bien, en el supuesto examinado, no nos encontramos ante un supuesto que permita la exoneración del pago de intereses moratorios.

Ello, sin perjuicio de la aplicación de los importes de las sucesivas consignaciones a la reducción del capital indemnizatorio, a tenor de lo dispuesto en la regla 7ª del art. 20 de la LCS y doctrina jurisprudencial que lo interpreta (SSTS 17/2/2013 y 11/10/2011).

En atención a lo anteriormente expuesto, procede la desestimación del recurso de apela-

ción y consiguiente confirmación de la sentencia de instancia impugnada.

CUARTO.- Dada la desestimación del recurso de apelación, se imponen a la demandada recurrente las costas procesales de la presente alzada (art. 398.1 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se desestima el recurso de apelación y se confirma la sentencia de instancia impugnada; todo ello con expresa imposición a la demandada recurrente de las costas procesales de la presente alzada. Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La Sentencia de referencia aborda con acierto el reconocimiento de que debe ser indemnizado el daño emergente que corresponda a las prótesis y órtesis que precise el lesionado, a lo largo de su vida, como consecuencia de la amputación traumática del muslo de la pierna izquierda que sufrió a raíz del accidente.

Me gustaría destacar de esta Sentencia las siguientes connotaciones:

1.- Reconocer en primer lugar que el Magistrado Ponente está muy al día en materia de responsabilidad civil del automóvil, al haberse referido en su Sentencia a la Ley 35/2015, incluso antes de su entrada en vigor, y en concreto, a su artículo 115 referido al resarcimiento de los gastos de prótesis y órtesis futuras (las necesarias después de la estabilización de las secuelas).

2.- Que la Sentencia establezca indemnización por los gastos futuros de prótesis se ajusta con plena legalidad a la aplicación de una corriente jurisprudencial que considera absolutamente razonable que tales gastos sean debidamente indemnizados, lo que ratifica ahora, con total claridad, la Ley 35/2015.

3.- La reclamación que había sido efectuada por el abogado de la víctima era sin duda excelente, pues justificaba los sucesivos y obligados recambios que iba a precisar la víctima de los distintos componentes que configuran una prótesis femoral, habiendo utilizado para ello un perito técnico ortopédico, y haciéndose constar en la Sentencia que la Juzgadora de instancia había tenido en cuenta para la cuantificación:

- a) La previsión de recambios de los componentes de la prótesis, en función de la edad de la víctima y su esperanza de vida.
- b) La vida útil de cada uno de los elementos que componen la prótesis, perfectamente diferenciados (encaje, encaje interior de silicona, funda estética, estructura femoral, pie protésico y rodilla inteligente) y basándose en el tiempo de recambio que estipula un catálogo oficial del Servicio Gallego de Salud.
- c) Los precios detallados de cada uno de los distintos componentes.

4.- La presente Sentencia es un avance de lo que debe ser la correcta aplicación del artículo 115 de la Ley 35/2015, donde señala con claridad que el informe médico pericial debe acreditar:

Se debe reconocer en primer lugar que el Magistrado Ponente está muy al día en materia de responsabilidad civil del automóvil, al haberse referido en su Sentencia a la Ley 35/2015, incluso antes de su entrada en vigor, y en concreto, a su artículo 115 referido al resarcimiento de los gastos de prótesis y órtesis futuras

COMENTARIO

a) La necesidad de la prótesis y de sus distintos componentes.

b) La periodicidad de la renovación que deben tener los distintos componentes en función de su vida útil.

c) El coste económico de cada uno de esos elementos, respetando, eso sí, el importe máximo resarcible que ha sido fijado en la Tabla 2.C de “Hasta 50.000 € por recambio”.

5.- La diferencia entre la Sentencia comentada y la aplicación de la Ley 35/2015, radica en que el perjudicado tuvo que utilizar un dictamen actuarial para permitirle establecer de una forma razonable la previsión de tales gastos, en cambio, si se tratara de un accidente ocurrido a partir del 1 de enero de 2016, hubiera podido utilizar para el cálculo de esa indemnización el factor actuarial de conversión establecido en la Tabla Técnica de Coeficientes de Capitalización de Prótesis y Órtesis, denominada TT3 (Tabla Técnica 3).

6.- Con la aplicación de dicha Tabla (TT3) y conociendo la edad de la víctima en la fecha de la estabilización de las secuelas y dependiendo si por sus secuelas ha sufrido una pérdida de calidad de vida grave o muy grave, o una pérdida de calidad de vida moderada, existen los coeficientes actuariales en base a la vida útil de cada uno de los elementos (recambio cada 1 año, cada 3, cada 5, etc.) y que permite de esta forma un sencillo cálculo para establecer la indemnización que debe ser concedida al lesionado para tener garantizados los recambios futuros.

7.- Lo que hace la Sentencia que comentamos es ratificar la Jurisprudencia de diversas Audiencias, citando SAP Barcelona, Sección 1ª, de fecha 20.12.2013, pues como ya manifestó el Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos en un extenso estudio doctrinal sobre el “Tratamiento jurisprudencial de gastos asistenciales futuros” (Revista Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro nº 40 -4º Trimestre 2011- páginas 9 a 24), ya decía que la exclusión de gastos asistenciales posteriores a la consolidación de las secuelas “*podría resultar una exclusión injustificada contraria al artículo 15 CE*”.

8.- Las dudas que han existido hasta ahora sobre tales daños futuros era su cuantificación y, por ello, es positivo que se haya creado en la nueva Ley un sistema basado en un factor actuarial de conversión, que teniendo en cuenta la esperanza de vida de la víctima, el tiempo de uso de cada uno de los recambios y el coste actual de los mismos, permita una capitalización que compense tales gastos, aunque sin olvidar también, que se puede optar por su pago periódico cuando se vayan produciendo los recambios en virtud de su efectivo y real coste y, por ello, la Ley 35/2015, señala “... se podrá indemnizar en forma de capital...”.

Lo que hace la Sentencia que comentamos es ratificar la Jurisprudencia de diversas Audiencias, citando SAP Barcelona, Sección 1ª, de fecha 20.12.2013, pues como ya manifestó el Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos en un extenso estudio doctrinal sobre el “Tratamiento jurisprudencial de gastos asistenciales futuros” ya decía que la exclusión de gastos asistenciales posteriores a la consolidación de las secuelas “*podría resultar una exclusión injustificada contraria al artículo 15 CE*”



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

La Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados en las personas en accidentes de circulación, establece junto a las cinco categorías relacionadas por su Art. 62.1 una sexta, distinta, en el ordinal 3 del Art. 62, "... quien de hecho y de forma continuada ejerce las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta o asume su posición", en términos del preámbulo "... la condición de perjudicado tabular se completa con la noción de perjudicado funcional, o por analogía..." y a diferencia del allegado, no tiene limitación a 10.000 €, ni solo al perjuicio particular por discapacidad física o psíquica, sino también los siete restantes. Dictada pocos días antes de entrar en vigor, la sentencia N^o 701/2015, de 22 de diciembre, de la Sala 1^a del Tribunal Supremo, nos ofrece un ejemplo:

"la conducta del demandado interfirió la causalidad jurídica al incrementar notablemente el riesgo, más allá de lo asumible de ordinario pues, sin medidas de seguridad, utilizaba el terreno para la exposición, venta o entrega de vehículos de su concesionario que se encontraba junto a un talud de seis metros en cuya base

había piedras, contra las que se precipitó el Sr. Rafael falleciendo como consecuencia del golpe en la cabeza."

"... siendo los reclamantes la esposa del fallecido e hijos de ésta, a lo que se opuso la demandada al entender que no eran hijos del fallecido ni se acreditaba la convivencia."

“Esta Sala ha considerado, en base a interpretación analógica que pueden incluirse en la relación de

perjudicados aquellos que participen de “una situación funcional idéntica” a la de determinados parientes

incluidos en la correspondiente Tabla (sentencia de 26 de marzo de 2012, rec 760/2009)”.

Todos hemos oído en algún momento la “leyenda urbana” de que los Cd’s, o DVD’s de grabación de un juicio oral tienen una importancia relativa, cuando no nula, a los efectos de una apelación; la Sentencia N° 809/2015, de 9 de diciembre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo viene -felizmente- a desmentirlo, en un supuesto en el que el recurrente fue condenado en la instancia a privación de libertad de 32 años -frente a sus presuntos compañeros, en 7 años y 6 meses-, en la afirmación de la Sala de instancia de que esta en cinco ocasiones había admitido en el transcurso del acto del juicio oral que estaba presente en el lugar de los hechos -lo cual venía a corroborar las declaraciones de los coimputados que “han obtenido un importante trato favorable de parte del Ministerio Fiscal... lo cual ya de por sí nos sitúa en uno de aquellos supuestos que merecen ser contemplados con la suspicacia propia de la existencia de un interés ajeno a razones estrictas de veracidad como móvil para formular la versión”-:

y ante las protestas elevadas a este respecto por el Letrado recurrente, ha podido comprobar “de visu” propio cómo las referidas afirmaciones de la Audiencia, convertidas en el definitivo carácter probatorio de corroboraciones objetivas de la credibilidad de la versión de los coimputados, es decir, el reconocimiento por parte del recurrente de que se encontraba en el lugar de los hechos al tiempo de su acaecimiento, no se ajustan en modo alguno a la realidad.

En efecto, con el visionado de la grabación del acto del Juicio oral se comprueba... Se ignoran, por lo tanto, las razones por las que los Jueces “a quibus” incurrían en dicho error de afirmar que el recurrente admite el hecho de su presencia en el lugar de autos, quizá influenciados por el permiso concedido al Fiscal para que consignase las preguntas que hubiera deseado formular al declarante acogido a su derecho a no responderlas, práctica rechazable en todo caso y que en el presente precisamente vendría a evidenciar su improcedencia por las consecuencias que habría podido ocasionar, pero de cualquier forma y cualquiera que fuere su causa lo cierto es que dicho error sin duda se ha producido y su aclaración lleva directamente a negar la existencia del dato de corroboración al que apela la Audiencia para sustentar la credibilidad de las declaraciones de cargo dirigidas contra C, con lo que dichas pruebas carecen del valor probatorio necesario para enervar el derecho a la presunción de inocencia que le asiste”.



“... esta Sala, utilizando la facultad que al respecto le

confiere el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

En el ámbito de la responsabilidad civil por los daños producidos a consecuencia de las obras en un edificio colindante, la Sentencia N° 589/2015, de 14 de diciembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, plantea la distinción entre los daños continuados y permanentes, y su incidencia en la determinación del “dies a quo” para el plazo de ejercicio de la acción, respecto de una reclamación estimada en primera instancia y desestimada por la Audiencia Provincial:

“Esta razón acerca del conocimiento y alcance del daño producido está en la base de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que tradicionalmente ha diferenciado, a estos efectos, entre los daños denominados permanentes y los daños continuados. En este sentido, entre otros extremos, la STS de 20 de octubre de 2015 (núm. 544/2015), declara: “[...] 5.- El día inicial para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* [la acción que todavía no ha nacido no puede prescribir] (SSTS de 27 de febrero de 2004; 24 de mayo de 2010; 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar.

Aunque la jurisprudencia retrasa el comienzo del plazo de prescripción en supuestos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (STS 14 de junio 2011).

El daño permanente es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado, pero persiste a lo largo del

tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente, el plazo de prescripción comenzará a correr “desde que lo supo el agraviado”, como dispone el art. 1968. 2º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción (SSTS 28 de octubre 2009; 14 de junio 2001)”.

En esta línea, conviene destacar que en el tratamiento del conocimiento del daño por parte del perjudicado, particularmente de su alcance, lo que resulta relevante para su cuantificación mediante un pronóstico razonable es que las consecuencias lesivas derivadas del daño se puedan evaluar de forma estabilizada, sin evolución o modificación posterior que las altere significativamente. Esto comporta, en contra del criterio seguido por la sentencia recurrida, que la identificación de la naturaleza, origen y causa del daño producido no significa, por sí sola, que las consecuencias lesivas derivadas deban ser



calificadas de permanentes en el sentido señalado, ni que su evaluación pueda realizarse al tiempo de la finalización de la obra, como si de un criterio normativo se tratase pues, como se ha señalado, la producción del daño no es el criterio acogido por nuestro Código Civil en orden a la prescripción de la acción.

En el presente caso, la estabilización de los efectos y consecuencias lesivas del daño producido (aparición de nuevas grietas, desplazamiento de baldosas y rodapié) no se produjo con el inicio y el desarrollo de la actividad generadora del mismo (excavación y cimentación para la construcción de los sótanos), ni tampoco al tiempo de la finalización de la obra, el 30 de junio de 2004 sino tiempo después, tal y como se desprende de los testigos de escayola instalados a tales efectos en abril de 2007, por lo que el motivo debe ser estimado”.

En términos firmes, como le es habito, se expresa el ponente en la Sentencia N° 801/2015, de 14 de diciembre de la Sala 2ª del Tribunal Supremo estableciendo qué es propio de los principios de presunción de inocencia, e *indubio pro reo*:

“No basta negar la propia responsabilidad penal para que deba prevalecer la presunción de inocencia. Esto es una obviedad. Frente al razonamiento fundado y convincente de la Sala explicando la valoración del material probatorio, no puede abrirse paso en casación el tipo de argumentación que intenta el recurrente que en últi-

mo término pretende dotar de mayor credibilidad a su propia versión interesada que a la de la testigo. No es la casación marco propicio para una revaloración de esas declaraciones personales para la que además es herramienta inhábil la presunción de inocencia (vid. STC 133/2014: la revisión de la credibilidad de los testimonios presentados en

el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia).

Las referencias al principio in dubio resultan igualmente improcedentes. Tal principio solo es alegable en casación en su vertiente normativa; es decir, cuando el Tribunal condena pese exteriorizar sus dudas. No sucede eso aquí. Se proclama la certeza de los Magistrados de que los hechos sucedieron tal y como refleja el *factum*. El principio in dubio no obliga a dudar; obliga a absolver en caso de duda, duda aquí inexistente”.

Merece mención la Sentencia N° 54/2015, de 25 de mayo, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Logroño, nuevo ejemplo de utilización orientativa del “baremo” en delitos dolosos, justificando el incremento entre un 20 y un 50%, -que aplica del 20%-:

“Como señala, la STS n° 496/2006, de tres de mayo, “El sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación no es de aplicación obligatoria a los derivados de conducta constitutiva de delito doloso, como se dispone en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de manera que el Tribunal no precisa sujetarse a la valoración pormenorizada que se contiene en el mismo. Sin embargo, en principio y con carácter general, no existe ninguna razón para que las lesiones causadas dolosamente sean indemnizadas en menor cuantía que la prevista legal o reglamentariamente para las causadas por culpa en accidente de circulación”. Es más, como expresa el Tribunal Supremo en sentencia 375/2008, de 25 de junio: “Desde el punto de vista de la afección moral no es lo mismo resultar víctima de un accidente propio de los del tráfico



rodado que de una acción dolosa, reflexivamente orientada a causar daño... Así, es razo-

nable que ese plus de gravedad y de gravamen se traduzca en un incremento del

monto de la indemnización". En este sentido, los Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid en reunión celebrada el día 10 de junio de 2005, reconocen la conveniencia de incrementar las indemnizaciones resultantes de la aplicación del baremo de La Ley

30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en un porcentaje que puede situarse entre el 10% o el 20%; Según la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 3a, en sentencia nº 143/2010, de 3 de marzo, el incremento se cifra desde el treinta al cin-

cuenta por ciento de la suma indemnizatoria resultante de aplicar el citado baremo. Ad. ex. en Sentencia nº 82/2013, de 19 de julio, esta Audiencia de La Rioja aplicó un incremento del 30% respecto a las cuantías indicadas en el "baremo" aplicable".

Es relevante la condena a una conocida empresa de telefonía por incluir a una mercantil en dos ficheros de morosos -como método de presión para que abonara el importe de la penalización, con la consecuencia de la denegación de financiación ICO-, como intromisión ilegítima en su derecho al honor; es la Sentencia Nº 746/2015 de 22 de diciembre de la Sala 1ª del Tribunal Supremo:

«La inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que

estiman pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al

sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclaman.

«Por tanto, esta Sala estima que acudirá este método de presión representa en el caso que nos ocupa una intromisión ilegítima en el derecho al honor [...]».

Notable, la Sentencia Nº 715/15 de 14 de diciembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre vulneración de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, relativa al uso en que se afirmó por el autor de una información periodística que el actor había sido condenado por un delito de homicidio, dato erróneo. En la instancia se produjo condena a 1000 € y fue recurrida esta por el actor, y, en contra de lo habitual sobre no revisabilidad en casación de la cuantía de indemnización, se estima el recurso:

«La sentencia recurrida declara... que «en el caso que nos ocupa, habida cuenta de las circunstancias expuestas... (particularmente, la afectación localista de la intromisión y la rectificación publicada por el periódico, en que reconoció el error en la publicación de la noticia) se concederá como indemnización la de mil euros».

«Partiendo de la base fáctica de la sentencia y de los parámetros de valoración aplicados por el tribunal de apelación, que no tienen por qué ser utilizados de manera específica y aislada, siendo más procedente una apreciación conjunta de

todos los contemplados en el art. 9.3 de la LO 1/1982, (STS 8 de enero de 2014), se advierte que el importe acordado por la sentencia recurrida en concepto de indemnización es ciertamente exiguo y notoriamente desproporcionado tanto si se tiene en cuenta la gravedad de la imputación, condena por un delito de homicidio, y la importancia del medio que lo divulgó a nivel local como en relación con las indemnizaciones que, a salvo el casuismo que justifica las diferencias entre estas, ha fijado esta Sala en casos similares. Así, en sentencia núm. 815/2013, de 8 de enero de 2014, se confirmó la sentencia

de la Audiencia Provincial que concedió una indemnización de 18.000 euros por daños morales ocasionados al demandante por la publicación de una fotografía en la portada de un periódico al dar la noticia, rectificada dos días después, del fallecimiento de un recién nacido, relacionando al demandante con la autoría del mismo, y la sentencia núm. 358/2015, de 8 de mayo, confirmó la sentencia de apelación que había fijado una indemnización de 60.000 euros a favor del demandante cuyo honor se vulneró por la información errónea de que había matado a su mujer e hijo y quemado la vivienda familiar».

Destacar la Sentencia Nº 35/2015, de 3 de febrero, de la Sección Primera, civil, de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestima los recursos de la actora, y la aseguradora implicados, y pese a ello, respecto de la primera, en atención a las dudas que había planteado una secuela no incluida en el Baremo -neuralgia de Arnold- no le impone las costas:

“V.- En el Informe Médico-Forense emitido en el previo juicio de faltas seguido con motivo del accidente de autos se advierte la impresión diagnóstica neuralgia de Arnold vs cefalea cervicogénica; considerando la secuela de síndrome postraumático cervical.

VI.- Ciertamente la neuralgia de tipo Arnold o neuralgia del nervio occipital ha de ser objeto de valoración, pese a no aparecer expresamente recogida en el baremo, por cuanto es claro que el mismo no puede abarcar la absoluta totalidad de las secuelas o patologías



residuales; y resultaría contrario al derecho del perjudicado a ser indemnizado por la lesiones sufridas en un accidente de circulación excluir aquellas patologías que no se encuentren recogidas en el baremo.

VII- Pues bien, la actividad probatoria antes referida permite concluir que efectivamente la secuela recogida en el actual baremo que más se aproxima a la patología que sufre la demandante es la de síndrome postraumático cervical; de modo que, como quiera que en la instancia ya se consideró en grado máximo, no cabe en esta alzada sino mantener tal puntuación.

VIII.- Además, en el Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación introducido por Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados -Anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor- expresamente se preveía la "neuralgia del occipital" en el capítulo 1 "Cabeza", apartado "Cuero cabelludo", otorgándole una puntuación de 2 a 12 puntos.

Por tanto, pese a no venir recogido en el baremo actual, bien cabe afirmar que una puntuación de 8 puntos se adecúa a la puntuación prevista para tal patología en el anterior baremo aprobado por Ley 30/1995".

"II.- En cuanto a las costas causadas en esta alzada por el recurso de apelación formulado por la parte actora, no ha lugar a hacer especial imposición de las mismas, pese a rechazarse sus pretensiones, ante las dudas que plantea el caso derivadas de la difícil valoración de una secuela no incluida en el baremo -neuralgia de Arnold-".

¿Qué consecuencias conlleva la jurisprudencia representada por la Sentencia de pleno 357/2015, de 30 de junio, y 472/2015, de 10 de septiembre de la Sala 1ª del Tribunal, sobre el Art. 15.2 LCS –que lo eran para justificar que los siniestros acaecidos después de los impagos no quedaban cubiertos por el seguro inicialmente convenido: en un caso porque el siniestro ocurrió durante el tiempo en que estuvo suspendida la cobertura, y quien reclamaba era el asegurado, y en otro porque el siniestro ocurrió después de la extinción automática del seguro–, respecto de la acción de reclamación de las primas impagadas? Sentencia de la Sala 1ª Tribunal Supremo Nº 666/2015, de nueve de diciembre:

“9. El impago del tercer fraccionamiento de pago de las primas correspondientes al año 2009 determinó que, después de un mes de gracia y durante los cinco meses siguientes, la cobertura de las tres pólizas quedara en suspenso. Y transcurridos estos seis meses sin que hubieran sido reclamadas cada una de las tres primas, los tres contratos de seguro quedaron extinguidos, conforme a lo previsto en el art. 15.2 LCS. Razón por la cual no podemos entender prorrogados estos contratos por un año más, el 2010, y por ello no llegó a surgir la obligación de pago de las primas del 2010. Por este motivo no resultaban exigibles, porque no había llegado a nacer la obligación de pago.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación y declarar la improcedencia de la reclamación de las primas del año 2010, porque, como hemos razonado, su obligación de pago no llegó a nacer.

En cuanto a las primas del año 2009, hemos de entender que, en la medida en que los tres contratos se prorrogaron de acuerdo con lo previsto en el art. 22 LCS, y, además, se llegaron a pagar los dos primeros fraccionamientos trimestrales de cada una de las tres pólizas, la obligación de pago de las primas había nacido para el tomador del seguro. El que, de conformidad con el art. 15.2 LCS, quedara suspendida la cobertura del seguro una vez

transcurrido el plazo de gracia de un mes después del vencimiento del fraccionamiento impagado, no determina que la prima no fuera exigible. De hecho, según la doctrina expuesta, la cobertura del seguro estaba simplemente suspendida y respecto de las reclamaciones formuladas por el asegurado, pero no frente a las reclamaciones de los eventuales terceros perjudicados por la actualización del riesgo que pretendía cubrir la póliza correspondiente. De ahí que ni la suspensión de la cobertura, ni la posterior extinción del seguro, transcurridos seis meses después del impago de la prima, provoquen la extinción de la obligación de pago de la prima total o parcialmente pendiente de satisfacción.

El art. 15.2 LCS regula los efectos del impago de una prima sucesiva, no el plazo para su reclamación. El plazo de seis meses previsto en el art. 15.2 LCS para la reclamación de las primas adeudadas, lo es para evitar el efecto legal de la extinción del contrato de seguro. Este plazo no puede interpretarse, como hace el juzgado de primera instancia siguiendo el parecer de un sector muy relevante de la doctrina, como un plazo de caducidad, cuyo transcurso impida la posterior reclamación de aquellas primas.

Es el art. 23 LCS el que regula los plazos de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, entre ellas la reclamación de las pri-



mas adeudadas: dos años si se trata de un seguro de daños y cinco si el seguro es de personas.

De tal forma que en nuestro caso, que se trata de un seguro de daños, el plazo para el ejercicio de las acciones de reclamación de las primas debe considerarse que era de dos años, y que nacía al tiempo del vencimiento del último fraccionamiento de cada uno de las tres primas, el 1 de octubre de 2009.

A partir de entonces debía computarse el plazo de dos años. Este cómputo, por ser un plazo de prescripción, podía interrumpirse mediante una reclamación judicial o extrajudicial, como ocurrió en este caso con la reclamación formulada por la aseguradora demandante mediante burofax de 24 de diciembre de 2010 (documento 20 de la demanda).

De tal forma que la acción de reclamación de las primas correspondientes al año 2009 no habría prescrito y se adeudan”.

En orden a la prueba pericial extrajudicial, es importante la sentencia N° 702/2015, del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 15 de diciembre de 2013:

“Esta clara contradicción jurisprudencial, consistente en negar naturaleza de medio de prueba a la llamada pericia extrajudicial, pero a la vez atribuirse un cierto valor probatorio, era imposible de superar sin una reforma legal.

La nueva LEC, al abordar esta reforma, otorga naturaleza de prueba pericial a los llamados dictámenes periciales extrajudiciales, obtenidos fuera del proceso, facultando a las partes para que los aporten con sus escritos de alegaciones e, incluso, permitiéndoles aportarlos posteriormente, -aunque siempre con anterioridad al juicio o vista-, cuando la necesidad de aportarlos surja de actuaciones procesales posteriores”.

La nueva LEC, en su artículo 348 de un modo incluso más escueto, se limita a prescribir que el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, no cambiando, por tanto, los criterios de valoración respecto a la LEC anterior.

Aplicando estas reglas, el Tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones:

r.- Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro: STS 10 de febrero de 1994 (/848).

2º.- Deberá también tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el Tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes: STS 4 de diciembre de 1989 (Z8793).

3º.- Otro factor a ponderar por el Tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes: STS 28 de enero de 1995 (/179).

4º.- También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar a el sistema de la nueva LEC a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes: STS 31 de marzo de 1997 (Z2542).

La jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba por medio de dictamen de peritos se vulneran las reglas de la sana crítica:

1º.- Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. STS 17 de junio de 1996 (/5071).



2º.- Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1996 (3878).

3º.- Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: STS 7 de enero de 1991 (i109).

4º.- Cuando los razonamientos del tribunal en tomo a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo.

Cuando los razonamientos del tribunal en tomo a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad: STS 11 de abril de 1998 (Z2387).

Cuando los razonamientos del Tribunal en tomo a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios: STS 13 de julio de 1995 (/6002).

Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes lleven al absurdo: STS 15 de julio de 1988 (/5717)”.

No es infrecuente que una persona durante un partido de pádel sufra una rotura fibrilar en el gemelo, sí que un mes más tarde fallezca por un tromboembolismo pulmonar; la Sentencia N° 709/2015, de 18 de diciembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, ante la reclamación de mujer y ambos hijos del finado a la compañía aseguradora que les había abonado la garantía por “fallecimiento por cualquier causa”, pero no la relativa a “accidente”, similar al art. 100 LCS falla:

“Pues bien, respetando la valoración probatoria de la Sala de apelación, y teniendo en cuenta que la prueba practicada no permite establecer

la necesaria relación de causalidad entre la rotura fibrilar y el TEP; que no puede estimarse que se esté en presencia de un accidente, en los tér-

minos en que es conceptuado por el artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro puesto que se produce casi un mes más tarde de la lesión padecida jugando al pádel, lo que descarta esa aparición súbita exigida para la apreciación de accidente, y que la causa final del fallecimiento, “ha de ser considerada como de progenia congénita por completo”, la conclusión no puede ser otra que la de dejar el supuesto fuera de la cobertura del seguro de accidentes concertado”.

Resulta premonitorio en la Sentencia N° 299/2015, de 11 de noviembre, de la Sección Segunda, civil, de la Audiencia Provincial de Burgos, los razonamientos acerca del art. 135 de la Ley 35/15, de 22 de septiembre en aplicación al supuesto objeto de decisión.

“Finalmente, las conclusiones del informe biomecánico que le sirven al Juzgador y al perito judicial para no calificar como secuela al dolor cervical no han impedido reconocer que los actores resultaron lesionados todos ellos como consecuencia del golpe. Se trata de una lesión, esta del esguince cervical, que puede curar con secuelas, que quizás no tiene la gravedad suficiente para no dar el alta médica, pero que sobrepasan los límites de una simple molestia, llegando a limitar las actividades cotidianas. Una tal limitación, sin bien destinada a desaparecer con el tiempo, reúne todos los requisitos para ser calificada como secuela, y para ser indemnizada como tal. El hecho de que el nuevo Baremo aprobado por la Ley 35/2015 haya regulado por primera vez la indemnización por traumatismos menores de la columna vertebral para calificarlos solo excepcionalmente como secuela, significa que ha sido necesaria una regulación legal para zanjar esta

cuestión. Además el artículo 135 del nuevo Baremo no dice que las consecuencias de estos traumatismos menores no sean secuela, sino únicamente que “solo se indemnizarán si un informe médico concluyente acredita su existencia tras un periodo de lesión temporal”.

Tercero. La parte apelada intenta en su escrito de oposición al recurso extraer unas conclusiones a favor de sus tesis que solo son de lege ferenda, es decir, que quizás serían plenamente válidas si el nuevo Baremo estuviera en vigor en la fecha del accidente. Pero este solo se aplica a los accidentes acaecidos tras la entrada en vigor que será el 1 de enero de 2016 (disposición final quinta).

El propio doctor Felipe, que es partidario de indemnizar solo la secuela como lesiones temporales, basa su informe prácticamente en los mismos motivos por los que el nuevo Baremo limita la in-

demnización por los llamados traumatismos menores de la columna vertebral. Dice el perito “en la mayor parte de los casos con esta lesión leve los síntomas son inespecíficos, subjetivos, con signos exploratorios inconsistentes y signos radiológicos no válidos”. Pues bien, el artículo 135.1 del actual Baremo también dice que “los traumatismos cervicales menores que se diagnostican con base en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor, y que no son susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias, se indemnizan como lesiones temporales”. Los criterios para excluir estos traumatismos de la condición de secuela son los mismos para el perito y para el nuevo Baremo, al estar basados en la subjetividad del paciente, y la conclusión también es la misma, la de indemnizarlos solo como lesiones temporales.

Entendemos por ello que las conclusiones del informe pe-

ricial solo se podrían sostener una vez aprobado el nuevo Baremo y con aplicación del mismo a los accidentes acaecidos a partir del 1 de enero de 2106. Y ello por una poderosa razón,

para dar la oportunidad al lesionado de poder acudir al informe médico concluyente del artículo 135.2. Es evidente que en este caso los actores han intentado justificar la realidad de sus le-

siones con el informe médico forense, que no es el informe médico concluyente del artículo 135.2, pero porque dicho informe concluyente no era preceptivo, como lo es ahora”.

Superando la ausencia de cultura en la determinación y pago de Lucro Cesante, la Ley 35/15, de 22 de septiembre lo incluye; pero en el procedimiento de resolución extrajudicial del Art. 7, en su punto 1 encontramos la única mención -difusa o genérica- que permita intuir alusión al daño patrimonial: “esta reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen”, a continuación se establece el sistema de reclamación extrajudicial y oferta motivada, informes periciales, informes forenses, informes periciales complementarios, y obligación para ambas partes, reclamante y reclamado, con plazos que han de cumplir, durante los cuales se persigue determinar los daños personales, pero que incluso si se logra, no se ha profundizado en los paralelos mecanismos que provean, o aseguren la correcta determinación del daño patrimonial, lo cual puede ocasionar una circunstancia o situación no prevista, determinado el daño personal e indeterminado correctamente el patrimonial, la aseguradora no podría calcular y cerrar íntegramente su oferta. Una oferta incompleta se entendería incumplida pero podría haberlo sido por insuficiencia de datos ofrecidos por quien reclama. Entiendo que para evitarlo debería requerirse fehacientemente por la aseguradora al respecto. Prueba de que el interés legal se ha centrado en los daños personales es el contenido real del mencionado Art. 7, o el RD 1148/2015 de 18/12 por el que se regula la realización de pericias a solicitud de particulares por los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor, cuyo anexo II, en una aproximación apresurada ha tentado a más de uno a tomarle como modelo para recabar datos de un perjudicado, pero es incompleto, y lo advierte el nombre, “Previsión/Valoración de daños personales”: no contempla los patrimoniales y si no se obtienen por otra vía -o los perjudicados se niegan a proporcionarlos-, solo con esto -que no es poco- no se estará en condiciones de realizar oferta. Echando la vista atrás en 2016, podemos hallar muestras de que nuestra magistratura -Audiencia Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia-, ya conocía y se orientaba a finales de 2015, en la ley 35/15, incluso, en su artículo 135: Audiencia Provincial Tarragona Sección: 1 civil Sentencia nº 385/2015, 27 de octubre, Ponente: Manuel Horacio García Rodríguez.

“3. Con ello entramos en el examen de la decisiva cuestión de la relación de causalidad. El argumento central de la aseguradora ...es que la diferencia temporal entre el hecho causante y la primera asistencia médica hace que las lesiones re-

clamadas no sean imputables al accidente litigioso y más cuando el Sr... padecía lumbagos ocasionales con anterioridad.

Los traumatismos menores de la columna vertebral y aquellos otros que se diagnostican

con base en la manifestación subjetiva del lesionado sobre la existencia de dolor son fuente de frecuentes conflictos entre estos y las aseguradoras por cuanto resulta muchas veces difícil su objetivación. Los criterios de causalidad genérica que vienen siendo utilizados son los mismos que sanciona el art. 135 de la reciente Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema de valoración de daños. Son estos: de exclusión, cronológico, topográfico y de intensidad.

4. En una recta valoración de la prueba practicada todos ellos se cumplen en nuestro caso. El primero de ellos, por cuanto la aseguradora demandada, que es a quien corresponde por las reglas de la carga de la prueba (art. 217.3 LEC), no acredita ningún otro hecho que hubiere podido generar el daño que reclama don Secundino, aparte de los antecedentes por lumbalgias ocasionales.

El segundo también debe entenderse cumplido por la propia manifestación del lesionado que refiere molestias desde el mismo momento del accidente, se auto medica (quizás por el inicio de su trabajo de técnico tributario como autónomo) y acude a su propia aseguradora Línea Directa para plantearle el problema, que le remite a un fisioterapeuta para tratarlo. El 28 de octubre 2010 empieza el tratamiento pero hay que entender que esas molestias son anteriores, con lo que no podemos hablar de una distancia temporal superior a los 15 días. Desde otro ángulo, el testimonio del actor-recurrente viene

revalidado "ex post facto" por las pruebas de imagen (RX y RMN) y la larga evolución de su lesión.

En igual sentido, debe valorarse el criterio topográfico y

el de intensidad. La zona corporal afectada es coherente con un accidente por alcance y la intensidad del mismo debió ser importante por cuanto el Dr. J.L., en su informe de 16-12-2010, habla de dolor lumbar

importante e intensidad de la sintomatología.

5. Por consiguiente, entendemos acreditada la relación causal del accidente con las lesiones que padeció don S."

Audiencia Provincial Coruña ,Sección: 1, penal, Nº de Resolución: 468/2015, de 30 de septiembre. Ponente: María Lucía Lamazares López:

"En esta cuestión ha de acogerse (ya veremos con qué alcance) el argumento de la apelante, pues a pesar de que se han dictado resoluciones a veces diferentes por este Tribunal sobre la misma lo cierto es que tras la publicación en el BOE de fecha 23.09.2015 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 (que entrará en vigor el 1 de enero de 2016 según establece la Disposición final quinta), en cuyo articulado se establece que la cuantía de las partidas resarcitorias será la correspon-

diente a los importes del sistema de valoración vigente a la fecha del accidente con la actualización correspondiente al año en que se determine el importe por acuerdo extrajudicial o por resolución judicial, debe estarse al matizado criterio que estableció el Pleno de la Sala 1ª del TS en sentencia de 17 de abril de 2007, y en concreto a la declaración del punto tercero de su parte dispositiva, y, consiguientemente, aplicar el baremo del año... de estabilización de las lesiones...

SEXTO.- A continuación, por la entidad recurrente se cuestiona que se haya aplicado

de forma automática el 10% de factor de corrección, cuando la lesionada no trabaja y por lo tanto no tuvo perjuicio económico como tal. Estimamos en este extremo que el juez a quo acierta cuando incrementa las cantidades tanto por días de curación como por secuelas en un 10% como factor de corrección, valorando la edad de la perjudicada, 19 años en la fecha del accidente, aunque fuera estudiante, dado que ya se encontraba en edad laboral, y "buscando un justo resarcimiento de los perjuicios sufridos por las víctimas y sus familias como consecuencia de un siniestro de tráfico..." en palabras del Preámbulo 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 (BOE de 23.09.2015)".

Audiencia Provincial Ourense Sección: 2, penal Sentencia 359/2015, de 16 de octubre. Ponente: María de los Ángeles Lamas Méndez

"Por consiguiente siendo el sistema vinculante respecto a la determinación de los perjudicados, y sin que proceda en el supuesto sometido a nuestra consideración hacer interpretación analógica alguna, dados los términos claros y excluyentes del sistema, no procede fijar indemnización alguna a favor de la hermana mayor de edad que concurre con sus padres. Otra cuestión muy distinta es la justicia material de tal exclusión, y a este respecto el sistema de valoración para los daños

y perjuicios a las víctimas en accidentes de circulación ha sido objeto de fundadas críticas doctrinales y jurisprudenciales. Prueba de ello es que 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 entrará en vigor el 1.1.2016, reconoce en su Exposición de Motivos que España es uno de los países de la Unión Europea con las indemnizaciones más bajas por accidentes de tráfico.

Respecto a la determinación de los perjudicados, el nuevo Baremo reestructura el perjuicio personal básico en las indemnizaciones por muerte y su relación con los perjudicados particulares, que se encuadran en cinco categorías autónomas (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y allegados). Y considera que "estos sufren siempre un perjuicio resarcible y de la misma cuantía, con independencia de que concurran o no otras categorías de perjudicados".

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León. Sala de lo Contencioso. Sede: Valladolid Sección: 1. Sentencia nº 2173/2015, de 30 de septiembre. Ponente: Rafael Antonio López Parada

“TERCERO.- En orden a cuantificar la indemnización de los daños y perjuicios causados procede tomar como referencia por analogía, sin que existan causas justificadas para no hacerlo en el caso concreto, el sistema de valoración incluido en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (no es aplicable el nuevo que se establece a partir de la entrada en vigor 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, puesto que son hechos anteriores a la entrada en vigor de la misma).

A dicha cantidad no deben añadirse los 32.782,62 euros por los gastos originados por la asistencia sanitaria fuera del sistema de aseguramiento público y ello dejando aparte la controversia manifestada por la codemandada en su escrito de conclusiones sobre su cuantificación. Esa parte de la reclamación debe ser desestimada, sin entrar sobre el fondo, por cuanto no forma parte de los daños producidos por la vulneración de la *lex artis* apreciada. Aunque se produzca un daño para la salud como consecuencia de un error en un acto médico, ello no permite al interesado automáticamente apartarse del sistema público para su tratamiento posterior. Si decide apartarse del sistema público ha de ser por otras razones relativas a la falta de medios de éste o una indebida negativa a la prestación de asistencia sanitaria. Tratándose de trabajadora por cuenta ajena afiliada al sistema de Seguridad Social, el reintegro



gro de gastos derivados de la prestación de asistencia sanitaria de dicho sistema es algo diferente a la indemnización de daños y perjuicios, siendo competente para conocer sobre las reclamaciones de reintegro de gastos médicos el orden jurisdiccional social, por lo que aquí hemos de rechazar incluir dichos gastos como daños indemnizables en este procedimiento, independientemente de su reclamación como reintegro de gastos por la vía procedente, dejando la cuestión de fondo relativa a dicho reintegro imprejuzgada.

Pues bien, como ya hemos dicho, para fijar la indemnización tomamos como referencia el baremo de accidentes de circulación, con las cantidades establecidas en la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (que es la última, aplicable en 2015 a los supuestos de hecho anteriores a la Ley 35/2015)... En cuanto a la valoración de las secuelas, el baremo no nos puede servir sino como orientación, dado que la patología que presenta

la actora no aparece descrita en el mismo. Se trata de una dolencia que no figura en el baremo y que tiene múltiples manifestaciones clínicas, resultando que si se hiciera una valoración separada de cada una de ellas, aparte de la dificultad inherente a tal proceso, no se describiría adecuadamente el estado de la recurrente, por lo que es preciso hacer una valoración global que describa adecuadamente los efectos de la enfermedad, lo que nos lleva a aplicar por analogía la baremación que corresponde a una restricción psiquiátrica grave (que impide una actividad útil en casi todas las funciones sociales e interpersonales diarias, requiere supervisión continua y restricción al hogar o a un centro), fijando su concreta puntuación, dentro de los márgenes previstos en la norma, tomando en consideración las manifestaciones clínicas adicionales, esto es, que existe un sufrimiento físico añadido por dolores, fuerte fatiga, acúfenos y visión borrosa, por lo que adjudicamos por el conjunto, a partir de dicha valoración global, 70 puntos”.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León Sala de lo Contencioso-administrativo de Valladolid Sección: 1, Sentencia 2172/2015, de 30 de septiembre

“Así en estos supuestos, en orden a cuantificar la indemnización de los daños y perjuicios causados por la pérdida de oportunidad, hay que atender a las circunstancias del caso y tener en cuenta que lo que se indemniza es una pérdida de oportunidad. Procederá entonces tomar como referencia la indemnización que procedería reconocer por las consecuencias reales de la enfermedad y calcular la indemnización como una parte de la misma,

en proporción a una estimación probabilística de las posibilidades de éxito de la oportunidad perdida para haber evitado el daño. Y para estimar la cuantía del daño previo a la aplicación de la reducción proporcional se tomará como referencia por analogía, salvo que existan causas justificadas para no hacerlo en el caso concreto, el sistema de valoración incluido en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre o el nuevo que se esta-

blece a partir de la entrada en vigor 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, para el caso de hechos posteriores a la entrada en vigor de la misma. Hay que tener en cuenta que esa analogía ha sido aceptada por el legislador, que expresamente dispone ahora en la disposición adicional tercera de la citada Ley 35/2015 que el sistema de valoración de accidentes de circulación servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevinidos con ocasión de la actividad sanitaria.”



Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social. Sede: Granada. Sección: 1 Resolución: 1836/2015 treinta de septiembre, Jorge Luis Ferrer González:

“a) Lucro cesante. De la cuantía de la indemnización por el lucro cesante que comporta la IP, deben descontarse las prestaciones de la Seguridad Social, así como las mejoras voluntarias, pero no el posible recargo de prestaciones, que tiene finalidad disuasorio/preventiva.

Normalmente, la regla general a seguir es de equivalencia entre la prestación reconocida, y la posible mejora voluntaria, y el lucro cesante. Si bien, existen supuestos de acreditado lucro cesante en cuantía superior, por no estar plenamente satisfecho con prestaciones y mejoras el déficit de ingresos sufrido por la IP, como, por ejemplo, por la existencia de una IP fronteriza con el grado inmediatamente superior, o por dificultades de rehabilitación laboral por edad u otras singularidades que lleven a excluir posibilidades de trabajo meramente teóricas.

Al respecto, si se presentan capitalizadas las prestaciones de Seguridad Social, con las mejoras, en su caso, también ha de capitalizarse la pérdida de ingresos, teniendo en cuenta futuras posibilidades -reales- por nuevo empleo, caso en el que el lucro cesante, de existir, será la diferencia entre ambas capitalizaciones.

b) Daño moral. Se rectifica la doctrina anterior en el sentido de que el factor corrector de la Tabla IV («incapacidad permanente para la ocupación habitual») exclusivamente atiende al daño moral que supone para un trabajador la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en



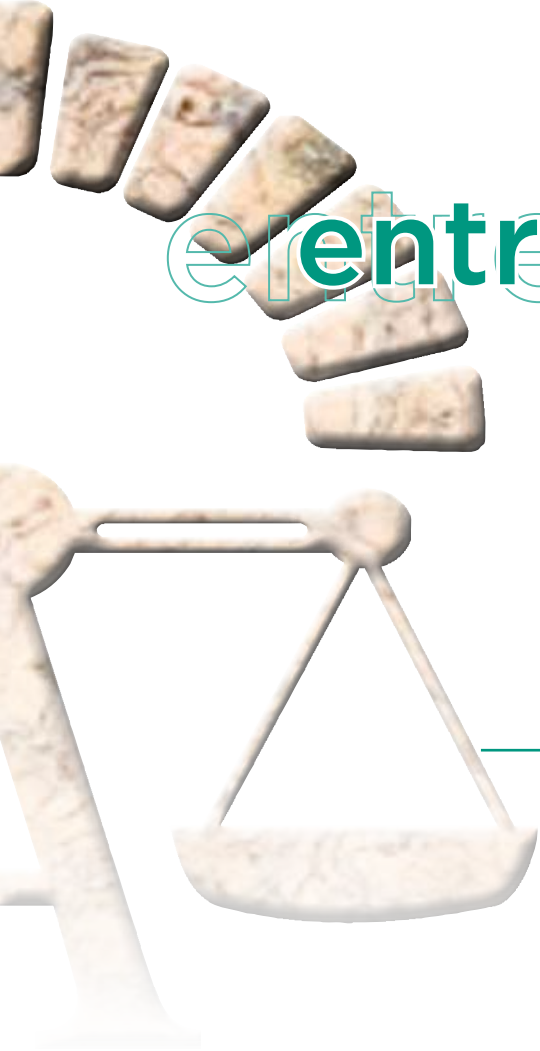
tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente -en la cuantía que el Tribunal determine entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado del Baremo- a reparar el indicado daño moral.

Por tanto, por un lado para el resarcimiento del daño moral en caso de incapacidad temporal se indemnizan los días de estancia hospitalaria, los días improductivos para el trabajo y los días de baja no improductivos, en las cuantías previstas anualmente.

Y para el resarcimiento del daño moral por incapacidad permanente se aplica el factor de corrección de la tabla IV del baremo sin deducción alguna por compensación por las prestaciones, y en su caso posible mejoras, de Seguridad Social.

Y todo ello sin perjuicio de que a partir del 1 de enero del 2016, entrará en vigor la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de valoración de daños y perjuicios en accidentes de circulación (BOE nº 28 de 23-09-2015)”.

entrevista a...



GENARO SÁNCHEZ CAPILLA



por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Genaro Sánchez Capilla, Presidente del Colegio de Mediadores de Seguros de Granada, lleva 20 años dedicado a la profesión y es experto en el mundo de los seguros tras haber realizado numerosos cursos de formación en la materia, así como también es experto asesor financiero, profesiones ambas que compatibiliza y conjuga para ofrecer a sus clientes el mejor servicio ante sus demandas. Actualmente es director del XI Congreso Nacional de Agentes y Corredores de Seguros que se celebrará en Granada los días 1,2 y 3 de junio de 2016.

Quisiéramos comenzar preguntándole sobre cuál es la situación actual del profesional en la mediación de seguros.

Desde hace ya unos años, la Mediación Profesional del Seguro en España, está inmersa en un proceso de cambio evolutivo. Los cambios no solamente afectan a la distribución de seguros, en el que la banca-seguros y nuevas tecnologías han tenido una irrupción importante, sino que también nos encontramos en una situación socio-económica distinta por las circunstancias actuales de nuestro país y por los nuevos hábitos de consumo de la sociedad.

Una Mediación Profesional basada en el conocimiento, tecnológica y adaptada a ese clien-

te “híbrido” que es el consumidor de seguros del siglo XXI, será la que consiga permanecer e incrementar su cuota de mercado.

¿Cuáles son los servicios más importantes que el mediador de seguros ofrece al empresario o al particular?

A diferencia del resto de canales de distribución de seguros que operan en España, los Mediadores de Seguros, como personas, damos al cliente “Valor Añadido” y garantía de “profesionalidad, cercanía, calidad y servicio”.

¿Cree que los empresarios son conscientes de la importancia del aseguramiento de su actividad profesional y negocios? ¿Qué actuaciones propone su Colegio en este sentido?

En el ámbito empresarial y para el desarrollo de cualquier actividad económica, se requiere de la colaboración, asesoramiento y prestación de servicios de multitud de empresas y personas que de forma indirecta, contribuyen en el devenir y buen funcionamiento de la misma. ¿Quién entonces puede asesorarnos en la planificación y prevención de los riesgos de empresas?

Pongamos nombre a la respuesta: los Agentes y Corredores de Seguros son los que como profesionales y especialistas en el asesoramiento de empresas, dan protección y valor añadido a esa necesidad real.

El Colegio de Mediadores de Seguros de Granada, representa y aglutina a gran parte de los profesionales de la mediación de seguros de la provincia, siendo ello para el consumidor de seguros una garantía de profesionalidad, calidad y servicio. Gran parte de los Mediadores de Seguros Colegiados de Granada poseen un profundo conocimiento de las distintos sectores empresariales, para que a través de su especialización y trato personalizado, conduzcan conjuntamente de la mano del empresario, un análisis de los riesgos a los que se enfrenta la empresa y así construir juntos planes de prevención, de contingencia y al final las necesidades de seguro que se tengan que transferir al mercado asegurador. Nuestra prioridad, como personas y profesionales en el asesoramiento de seguros, siempre es cliente. Permítame que concluya recomendando al sector empresarial que no dejen la Protección de su empresas en manos de cualquiera, y que confíen su tranquilidad a los verdaderos especialistas, los cercanos a ellos, pues ahí contarán con el aval de un Mediador de Seguros Colegiado.





Sabemos que este año celebran su Congreso Nacional en Granada, donde se reunirán profesionales del sector de toda España. También tendrá marcado carácter internacional al asistir al mismo representantes de la Federación Europea de Mediadores de Seguros (BIPAR) y de la confederación panamericana de productores de seguros (COPAPROSE) ¿cuáles son los objetivos y temas troncales del Congreso?

Como lema hemos elegido: “Nuevos desafíos para el experto en seguros (2016-2020)”.

Entendemos que el Agente y el Corredor de Seguros es un experto en seguros, es lo que nos diferencia de otros canales pero no podemos permitirnos quedar estancados sino que debemos afrontar los nuevos desafíos que plantea el mercado y los clientes. Por ello y basándonos en los ejes del Plan Estratégico de la Mediación elaborado por nuestro Consejo General, configuramos los desafíos del Agente y del Corredor de Seguros que serán abordados en cinco mesas. Estos desafíos se refieren al reforzamiento de esa condición de experto en seguros, la gestión eficaz de su empresa, la posición a mantener ante el avance del *low cost*, la atención a los nuevos clientes y la adaptación a los cambios legislativos que están por venir.

¿Cómo se han elegido los temas y qué objetivos se pretende lograr con ellos?

Los temas se han elegido en base a los cinco ejes fundamentales del Plan Estratégico de la Mediación el cual tiene un periodo de desarrollo de cinco años por ello se indica en el lema 2016-2020. Consideramos que este Plan es fundamental para los agentes y corredores y para su desarrollo y conocimiento por parte de todo el sector que mejor que hacerlo en un Congreso Nacional.

¿Qué ofrece este Congreso a los profesionales de la mediación de seguros?

Su programa está cortado con un patrón especial que contribuirá lo mas eficazmente posible al desarrollo profesional y empresarial del mayor canal de distribución de seguros en España, los mediadores de seguros, con un objetivo concreto que no es otro que el de contribuir a la mejora de su competitividad en un momento complicado debido a las secuelas que ha dejado atrás la crisis económica.

En mi opinión, esté será el Congreso Nacional de la innovación, el conocimiento, la tec-



nología y la especialización. Cada una de esas facetas se traducirá en aspectos concretos que van desde la creación de una “app” congresual a la programación por primera vez de talleres prácticos diferenciados para agentes y corredores de seguros.

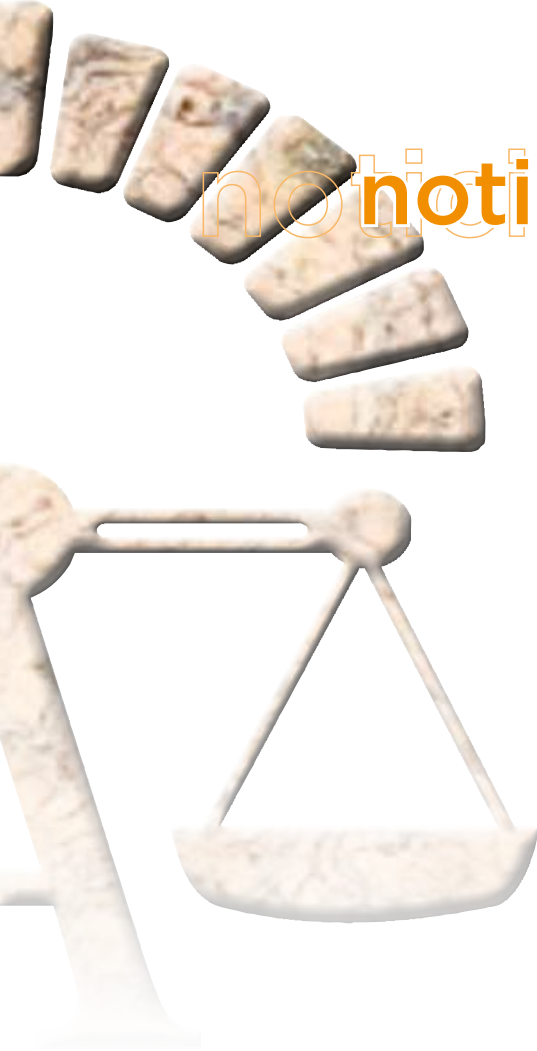
¿Qué repercusión cree que va a tener para el Colegio y la ciudad de Granada la organización y celebración del Congreso?

Ni duda cabe que “Granada-2016” reportará beneficios al tejido socio-económico de la Ciudad, pero paralelamente será la Mediación Profesional Granadina y Andaluza, quién obtenga un mayor partido a la repercusión del mismo.

El congreso ya está siendo el nexo de unión de una mediación granadina que está hoy mas viva y unida que nunca, impulsada por el buen quehacer de un valioso grupo de profesionales de la mediación que integran su junta de gobierno y la convicción y fuerza de un joven presidente, de grandes inquietudes y marcado corazón gabirro.

El Congreso será el instrumento que dé a conocer a gran parte de la sociedad granadina y andaluza la figura de Los Mediadores de Seguros, que somos, a que nos dedicamos, que nos diferencia del resto de canales de distribución de seguros, y transmitiendo el mensaje de que como personas, damos valor añadido y garantía de profesionalidad, cercanía, calidad y servicio.

noticias y actividades



→ XV CONGRESO NACIONAL ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO. VALLADOLID, 12-14 NOVIEMBRE 2015. ACTA ASAMBLEA GENERAL

1º.- Lectura y aprobación del Acta de la sesión anterior de 6 de noviembre de 2014, correspondiente al XIV Congreso.

A continuación por José María Hernández-Carrillo Fuentes, Secretario de Actas-Tesorero de la A.E.A.E.R.C y S, se da lectura del Acta de la Asamblea General celebrada en Sabadell el pasado 6 de noviembre de 2014, que -corregido que el vocal elegido, Don José Luis Cano Herrera lo es de la Comunidad de Castilla-León- es aprobada por unanimidad sin ningún voto en contra ni abstención.

2º.- Informe de actividades y gestión.

Por el Secretario General de la A.E.A.E.R.C. y S, Sr. López y García de la Serrana, y Don Mariano Medina Crespo se informa de la tramitación parlamentaria previa a la promulgación de la Ley 35/15 de septiembre, la intervención de nuestro presidente Mariano Medina Crespo en el Comité de Expertos, y la suya propia del Secretario General en el Grupo Plenario.

Se da cuenta asimismo de la celebración y/o asistencia durante el ejercicio 2014 y 2015:

- Participación de Mariano Medina con la ponencia "Comparación del Baremo vigente con

el propuesto por la Comisión de Expertos" en la Jornada "Cuestiones actuales de la Responsabilidad Civil Automovilística y su Seguro" organizado por la Asociación Internacional de Derecho de Seguros Sección Española. Madrid, 24 de febrero de 2015

- Participación de Javier López García de la Serrana en la Mesa-redonda y coloquio: Consecuencias de la despenalización de las faltas en el ámbito de la Circulación en el XX Congreso de Responsabilidad Civil y Seguros. Organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza. Zaragoza, 14 y 15 de mayo de 2015.

- Participación del Secretario General de nuestra Asociación: Reforma del baremo en la ponencia Normas generales de aplicación. Principales novedades indemnizatorias. Lucro cesante. Criterios para el cálculo. Prueba en las XII Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Organizadas por La Sección de Responsabilidad Civil y Seguro del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga y por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. (Vocalía de Málaga). Antequera, 22 de mayo de 2015.

- Participación del Secretario General con la ponencia El resarcimiento de los prejuicios patri-

moniales en el nuevo baremo de daños personales en accidentes de tráfico: especial mención al lucro cesante en la Jornada titulada Nuevo Baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación. Organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Almería. Almería, 23 de julio de 2015.

Por el Secretario General se ha asistido en Inglaterra a diversas reuniones con APIL en orden a la asistencia de sus miembros al **II Congreso Internacional de Derecho de Daños**, a celebrar en Granada los días 9, 10 y 11 de junio de 2016.

Se informa de la extraordinaria renovación lograda en la Revista (ya en el número 55) y su alta valoración por la comunidad doctrinal, jurisdiccional, y en general de juristas de España, así como de la versatilidad del portal o la agilidad que proporciona nuestra presencia en redes sociales como LinkedIn o Facebook.

3º.- Análisis de gastos y aprobación de cuentas.

Según se acordó años atrás, para agilizar durante el transcurso del año de materialización *in situ* de cada congreso, la función de Tesorero, que ostenta Don José María Hernández-Carrillo Fuentes, es de un año a otro delegada por éste en el vocal-asociado en el que recae la responsabilidad de la organización del Congreso anual periódico, en consecuencia, las incidencias económicas del pasado año, que fueron recientemente entregadas por Don Luis A. Orriols Martínez, constan detalladas en la zona privativa de los socios en la página web de la Asociación de forma previa a esta reunión para su conocimiento general, destacar, que fruto del rigor en la gestión se obtuvo superávit. Son no obstante detalladas por el Secretario General y aprobadas por unanimidad. Haciendo constar expresamente la felicitación del colectivo.

4º.- Presupuesto de 2016.

Se excusó su presentación postergando su envío en el futuro.

5º.- Congreso Nacional del próximo año y años venideros: **en el año 2016 la sede del Congreso será la ciudad de Málaga**, durante los días 10, 11 y 12 de noviembre, siendo el vocal responsable Don Andrés López Jiménez. Para el congreso del año 2017 se ha postulado la ciudad de Vitoria cuya candidatura es aprobada por unanimidad.

6º.- Se propone y acuerda la modificación de los Apartados 7 y 8 del Art. 3 de los estatutos, con la reclamación final:

7º.- "... o en su caso, la mediación en el ámbito de la Ley 5/15, o cualquier otra fórmula alternativa de solución de conflictos".

8º.- "... orientación, arbitraje o mediación en materia de...".

Diego Elum propone que nos registremos como Institución de Mediación, aprobándose la propuesta y encomendándose a la Junta al efecto, y se encargará de la gestión Gonzalo Iturmendi.

En el Congreso precedente se adoptó el acuerdo de nombrar Miembro de Honor a Don Fernando Ros de la Iglesia, que durante muchos años fue Vicepresidente de la Asociación, cargo que desempeñó con absoluta entrega y provecho, comisionándose a la Junta para la entrega de dicho nombramiento.

Asimismo se concedió a Miquel Martín Casals, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona el premio Magistrado Enrique Ruiz Vadillo.

De igual modo, se aprobó por unanimidad de la Asamblea General la propuesta de concesión –acordada por la Junta Directiva– de la **Gran Medalla de Oro** de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro a Don Mariano Medina Crespo, Presidente de la Asociación, y a Don Javier López García de la Serrana, Secretario General de la Asociación, ambos fundadores en el año 2000 de la Asociación, por su contribución al análisis, conocimiento, y difusión de los estudios sobre la responsabilidad Civil y la valoración del Daño Corporal, con seria incidencia doctrinal, jurisprudencial y legislativa, toda vez que los quince años de existencia de la asociación constituyen un hito en la materia, sin que cualquier publicación que se precise pueda obviar la utilización y cita de cuantos textos provienen de “nuestros” autores, congresos, ponencias, y revistas, sin que –con mención expresa o sin ella– deje de observarse la presencia, fruto del trabajo realizado en la Asociación, en las sentencias de los tribunales unipersonales o colegiados patrios, y finalmente es pública y notoria su contribución y la incidencia que el trabajo de ambos ha tenido, en la Ley 35/15 de Reforma del Sistema de valoración, y en la difusión de su conocimiento en toda la península.

Terminado lo cual, por el Sr. Presidente, D. Mariano Medina Crespo, se agradece la concesión de las referidas distinciones, y se da por concluida la XV Asamblea General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad y Seguros.

XV CONGRESO NACIONAL ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO. VALLADOLID, 12-14 NOVIEMBRE 2015

El pasado mes de noviembre tuvo lugar el XV Congreso Nacional organizado por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro celebrado este año en Valladolid, al que acudieron 500 abogados especializados en la materia de toda España. El Congreso estuvo dirigido por **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, secretario general de la Asociación; y **LUIS JULIO CANO HERRERA** vocal en Valladolid de la misma.

Un año más se contó con la asistencia de los más destacados especialistas en la materia a nivel nacional, entre los que mencionamos a **ANTONIO DEL MORAL GARCÍA**, magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo; **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**, catedrático de Derecho Civil y magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo; y **MIQUEL MARTÍN CASALS**,

catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona al que se le hizo entrega del Premio Magistrado **RUÍZ VADILLO**.

También intervinieron a lo largo del congreso **MARIANO MEDINA CRESPO**, presidente de la Asociación; D. **MANUEL ESTRELLA RUÍZ**, presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz; D. **JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGERBERG**, presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña; D. **JOSÉ PÉREZ TIRADO**, abogado, D. **MARIANO YZQUIERDO TOLSADA**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid; D. **FRANCISCO SALINERO ROMÁN**, presidente de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid.

En la mesa redonda que tuvo lugar el viernes día 13 intervinieron **JUAN ANTONIO COBO PLANA**, médico forense y director del Instituto de Medicina

Legal de Zaragoza; **JAVIER GORRIZ QUEVEDO**, médico especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica; y **EUGENIO LABORDA CALVO**, jefe de Servicios Médicos de AMA.

En la clausura del Congreso que se celebró la tarde del día 13 de noviembre contó con la presencia de **JESÚS VERDUGO ALONSO**, decano del Colegio de Abogados de Valladolid; y **DANIEL MIGUEL SAN JOSÉ**, rector de la Universidad de Valladolid.

Como despedida del XV Congreso Nacional, el sábado día 14 los congresistas y acompañantes pudieron disfrutar de una visita al Castillo de la Mota y al Palacio Testamentario en Medina del Campo y posteriormente una visita a las bodegas subterráneas con un muy agradable almuerzo en 'El Hilo de Ariadna', perteneciente al Grupo Bodegas Yllera.

El Congreso en imágenes

Antonio del Moral García.



Manuel Estrella Ruiz, durante su ponencia.



José Luis Seoane Spiegelberg.



Javier López, Óscar Puente Santiago, alcalde de Valladolid, y Luis Julio Cano Herrera, vocal de la Asociación.



Cóctel de bienvenida en el Salón de los Espejos del Teatro Calderón.



Mariano Medina Crespo.



Miquel Martín Casals.



Premio Magistrado Ruiz Vadillo, otorgado a Miquel Martín Casals.



José Pérez Tirado.



Mesa redonda que estuvo formada por Juan Antonio Cobo Plana, Javier Gorriz Quevedo y Eugenio Laborda Calvo.



Mariano Yzquierdo Tolsada.



Francisco Salinero Román.



Francisco Javier Orduña Moreno.



Entrega de la Medalla de Oro de la Asociación a Javier López y García de la Serrana, y Mariano Medina Crespo.



Sesión de clausura.



Público durante una de las ponencias.













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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

EL RESARCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS PERSONALES CAUSADOS POR LA MUERTE EN EL NUEVO BAREMO DE TRÁFICO

Ley 35/2015, de 22 de septiembre

Responde a la necesidad de ofrecer bibliografía sobre el nuevo baremo de accidentes de tráfico que entrará en vigor el 1 de enero de 2016 y que representa un auténtico "cambio de paradigma" en materia resarcitoria

[BOSCH]



El objeto de este estudio es el tratamiento resarcitorio que el nuevo Baremo brinda a los perjuicios personales causados por la muerte.

Ofrece un análisis de las novedades introducidas en este ámbito por el nuevo baremo, confrontándolas con el anterior baremo resarcitorio. Todo ello con un enfoque crítico que trata de poner en valor las mejoras introducidas y los aspectos que muy probablemente deberán ser objeto de mejoras en el futuro.

Se analizan cambios tan relevantes como:

- ✓ Las indemnizaciones por fallecimiento incrementan un 50% su cuantía y las de los lesionados un 12,8%.
- ✓ Las indemnizaciones de lucro cesante tendrán en cuenta por primera vez las tareas del hogar y la capacidad de trabajo futura de estudiantes y menores.

Autor: **Mariano Medina Crespo**

Páginas: 336 • Rústica
ISBN: 978-84-9090-097-0
ISBN digital: 978-84-9090-098-7

PRECIO PAPEL: 48 € + IVA
PRECIO DIGITAL: 33,60 € + IVA

 **smarteca**
biblioteca inteligente profesional

Con las mejores publicaciones profesionales del mercado

ENCUENTRA



TRABAJA



SUBE TU CONTENIDO



Siempre accesible
Siempre al día

Regístrate ya y accede a los contenidos gratuitos en www.smarteca.es

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR

902 250 500 tel. / clientes@wke.es

PAPEL: <https://tienda.wolterskluwer.es> / DIGITAL: www.smarteca.es

 **Wolters Kluwer**



NUEVOS CAMINOS POR DESCUBRIR

FOROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

UN NUEVO DERECHO AL ALCANCE DE TU MANO

Encuentros mensuales entre profesionales diseñados con el objetivo de dotar de **seguridad jurídica al profesional** que tiene que enfrentarse a un procedimiento en esta materia.

Lugares de celebración y fechas de comienzo:

- Granada: 9 Febrero · Asturias: 23 Febrero · Sabadell: 25 Febrero · Valencia: 25 Febrero · Madrid: 3 Marzo
- Bilbao: 8 Marzo

Características:

- Visión práctica de todas las cuestiones de máxima actualidad en materia de Responsabilidad Civil
- Análisis de las tendencias jurisprudenciales que se van adoptando por los tribunales.

Los conocimientos adquiridos te permitirán:

- Conocer los últimos criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Manejar con soltura los criterios de la Audiencia Provincial del lugar donde se celebre el foro en materia de responsabilidad civil.
- Tener un conocimiento exhaustivo de todas las cuestiones de máxima actualidad relacionadas con el derecho de Responsabilidad Civil
- Adquirir la seguridad jurídica necesaria para enfrentarse a las cuestiones que puedan surgir el caso encomendado por el cliente.
- Seguridad en el momento de interponer recursos.



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

T. +34 91 754 90 16

www.aranzadi.es/cursos
aranzadi.formacion@thomsonreuters.com



THOMSON REUTERS™