

nº 54

Segundo Trimestre. Año 2015



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

Efecto expansivo del nuevo Baremo de Tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales. Su repercusión en el tratamiento resarcitorio del lucro cesante

La repercusión del nuevo Baremo de tráfico sobre la cuantificación de la responsabilidad civil adicional del empresario por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (D&O) ante las novedades legislativas y jurisprudenciales



Máster en Responsabilidad Civil y Seguros



*Del 13 de noviembre de 2015
al 25 de junio de 2016*
(Edición EXECUTIVE)

Centro de Formación de CIFF
Madrid. C/ María de Molina 27

Organizan:



Universidad
de Alcalá




inese
Wilmington Risk & Compliance



nº54

Segundo Trimestre. Año 2015



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 54

EDITORIAL

Cómo se hacen las leyes

Por *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- Efecto expansivo del nuevo Baremo de Tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales. Su repercusión en el tratamiento resarcitorio del lucro cesante

José Manuel López y García de la Serrana 9

- La repercusión del nuevo Baremo de tráfico sobre la cuantificación de la responsabilidad civil adicional del empresario por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Mariano Medina Crespo 19

- El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (D&O) ante las novedades legislativas y jurisprudenciales

Alberto J. Tapia Hermida 29

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 17 de abril de 2015.

RESPONSABILIDAD CIVIL: El perjudicado puede ejercitar la acción directa frente a la aseguradora sin concretar indemnización alguna, dejando el importe a un juicio posterior una vez que los daños y perjuicios reconocidos puedan concretarse 45

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 19 de mayo de 2015.

- **RESPONSABILIDAD CIVIL:** Se indemniza en la cantidad de 80.000 euros en concepto de daño moral derivado del embarazo de la actora, tras la implantación inadecuada de un método anticonceptivo. Se desestiman las cantidades solicitadas por la actora en concepto de gastos de manutención de su hija, así como las cantidades solicitadas como consecuencia de la grave enfermedad sufrida por la menor detectada tras su nacimiento. Voto particular 51

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

RESPONSABILIDAD CIVIL: En caso de fallecimiento del perjudicado antes de habersele reconocido su indemnización, la trasmisión hereditaria de su crédito comprende tanto a las lesiones temporales como a las permanentes, estemos o no ante supuestos derivados del tránsito motorizado 63

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 20 de mayo de 2015.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Regulación del instituto de la prescripción en la LOE. La responsabilidad solidaria prevista en el artículo 17 de la LOE no puede equipararse con el vínculo obligacional solidario, por lo que la reclamación al promotor no interrumpe el plazo de prescripción frente al resto de intervinientes.....71

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 27 de mayo de 2015.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Considera la Sala la posibilidad de establecer una renta vitalicia por el concepto de Gran Invalidez superior a la que hubiera correspondido a tanto alzado, siempre y cuando la cantidad fijada se corresponda con más conceptos previstos en el Baremo no indemnizados de forma autónoma.....83

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 30 de junio de 2015.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Interpretación del artículo 15.2 de la LCS. Se entenderá impagada la prima cuando se deje de abonar el primer fraccionamiento de una prima sucesiva, lo que conllevará la extinción del contrato de seguro trascurridos 6 meses desde el impago, siempre que la aseguradora no haya optado por reclamar la prima.....93

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José M^a Hernández-Carrillo Fuentes.....99

ENTREVISTA A...

Juan Antonio Cobo Plana

Por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán.....109

NOTICIAS

- ➔ La AEARCS y Thomson Reuters Aranzadi firman un acuerdo de colaboración.....113

- ➔ Proyecto de Ley de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.....114

EDITA:

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

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

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

MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

Juan Antonio Xiol Ríos

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

Cómo se hacen las leyes

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

Se atribuye al viejo Canciller de Hierro, Otto von Bismarck, la frase “la gente no dormiría tranquila si supiera cómo se hacen las salchichas y las leyes”, de la que han trascurrido cerca de 150 años, pero que hoy en día sigue aún muy vigente, al menos en cuanto a las leyes se refiere. Y es que un poco más de esfuerzo en su labor sería exigible de cualquier grupo parlamentario, tanto en el Congreso como en el Senado, pero sobre todo en este último si se quiere que la gente no se pregunte ¿para qué sirve el Senado? Precisamente esa pregunta era el título del editorial número 23 de nuestra revista, pues en el mismo hablábamos de la tramitación parlamentaria de la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modificó el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, conforme a la redacción definitiva aprobada por el pleno del Congreso de los Diputados, tras su paso por el Senado donde se habían incorporado algunas enmiendas. Decíamos que dicha tramitación parlamentaria había dejado claro el papel ridículo desempeñado por el Senado, pues después de una compleja tramitación en esa Cámara, con la aprobación de numerosas enmiendas, sin embargo al volver el texto al Congreso de los Diputados, el ple-

no desestimó todas las enmiendas del Senado salvo dos que son aprobadas al final: La primera de ellas añadió las palabras “o robo de uso” al final del apartado tercero del artículo 11 y la segunda añadió las palabras “o del Consorcio de Compensación de Seguros” al final del párrafo primero del artículo 13. Es decir, que toda la aportación del Senado a la modificación del Texto Refundido de la LSRCSVM aprobado en 2007 se redujo a 11 palabras (6 de ellas monosílabas); pobre aportación decíamos después de más de un año de tramitación parlamentaria para una Cámara de representación tan importante y de tanta historia como es el Senado; y eso nos hacía preguntarnos ¿para qué sirve el Senado? Pero esta pregunta no es de extrañar, cuando en la propia web del Senado podemos encontrar, en el apartado de bibliografía, más de 200 monografías recientes sobre la Reforma del Senado. Y es que después de lo que se tienen en cuenta sus aportaciones a las leyes, ya no nos sorprende que se escriba tanto sobre la conveniencia de su reforma.

Pues bien, la historia se repite en parte con el Proyecto de Ley de reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que actualmente se está tramitando y que verá la luz como Ley, con toda probabilidad, durante el próximo mes de septiembre. El Proyecto de Ley aprobado corresponde al consenso alcanzado por la mayor parte de los afectados (víctimas, aseguradoras, juristas, doctrina,...) que entendían absolutamente necesario reformar el anterior para adecuarlo a la realidad social actual. Sin embargo, no todo ha sido consenso y transparencia, pues el pasado 29 de julio se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el texto aprobado por el Congreso de los Diputados del Proyecto de ley de reforma del siste-

ma para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y remitido al Senado para su aprobación, que se corresponde con el Proyecto de ley presentado por el Gobierno en abril -basado en la Propuesta presentada por el Comité de Expertos- pero con ciertas enmiendas aprobadas el 14 de julio por el Congreso, entre ellas algunas muy importantes como las modificaciones realizadas a los artículos 7, 13 y 14 de la LRCSCVM mediante enmiendas del Grupo Popular, modificaciones no previstas en ningún momento y sobre las que ningún consenso se buscó, al menos con los miembros del grupo de expertos que realizó la Propuesta inicial.

En concreto y en lo que al artículo 7 de la LRCSCVM se refiere, se le añaden algunos párrafos que son de vital importancia en relación a las obligaciones de la víctima, como el incluido en su apartado 1 que viene a crear la obligatoriedad de la reclamación previa a la aseguradora con aportación de toda la documentación médica disponible: *“No obstante, con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, deberán comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda. Esta reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen, una declaración sobre las circunstancias del hecho, la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo de ser conocidas, así como cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño”*. Asimismo, es también relevante el nuevo apartado 5 de dicho artículo 7: *“En caso de disconformidad del perjudicado con la oferta motivada, las partes, de común acuerdo y a costa del asegurador, podrán pedir informes periciales complementarios, incluso al Instituto de Medicina Legal siempre que no hubiese intervenido previamente. Esta misma solicitud al Instituto de Medicina Legal podrá realizarse por el lesionado aunque no tenga el acuerdo de la aseguradora, y con cargo a la misma. El Instituto de Medicina Legal que deba realizar el informe solicitará a la aseguradora que aporte los medios de prueba de los que disponga, entregando copia del informe pericial que emita a las partes. Asimismo, el perjudicado también podrá solicitar informes periciales complementarios, sin necesidad de acuerdo del asegurador, siendo los mismos, en este caso, a su costa. Esta solicitud de intervención pericial complementaria obligará al asegurador a efectuar una nueva oferta motivada en el plazo de un mes desde la entrega del informe pericial complementario, continuando interrumpido*



plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones judiciales. En todo caso, se reanuda desde que el perjudicado conociese el rechazo de solicitud por parte del asegurador de recabar nuevos informes”. Y, por supuesto, el último párrafo con el que finaliza el artículo 7: *“No se admitirán a trámite, de conformidad con el artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandas en las que no se acompañen los documentos que acrediten la presentación de la reclamación al asegurador y la oferta o respuesta motivada, si se hubiera emitido por el asegurador”*.

Visto cómo se habían aprobado estas importantes modificaciones -mediante enmienda parlamentaria exenta del informe del Consejo de Estado, entre otros- algunos pensábamos que en el Senado habría un acalorado debate sobre la atribución a un particular -el sector asegurador- de una prerrogativa de la que hasta ahora solo gozaba la Administración Pública, como es la obligación de reclamación previa a la vía judicial, pero llevo varios días impactado desde que conocí las enmiendas presentadas en el Senado, publicadas en el BOCG el pasado 13 de agosto, siendo precisamente dichas enmiendas las que han retrasado este editorial -que habitualmente se realiza en julio y no en agosto-, con objeto



de poder tratar este asunto. Mi asombro se haya en que algunas de Sus Señorías –Senadores del Reino de España– no se han dignado ni a leerse lo aprobado en el Congreso, limitándose a reproducir lo ya presentado como enmiendas en el Congreso, incluso sin tener presente que alguna de ellas ya se aprobó parcialmente rectificando el texto original. Por ejemplo, siguen pidiendo que se elimine el término excepcional del artículo 135, pese a que esa modificación ya fue acogida por el Congreso, lo que acredita un desconocimiento absoluto del texto remitido al Senado.

Lo más triste es que ningún Grupo en el Senado dice nada de las importantes modificaciones realizadas a los artículos 7 (se crea la obligación de reclamación previa a la vía judicial), 13 (adiós al título ejecutivo) y 14 (creación de la mediación en materia automovilística) de la LRCSCVM mediante enmiendas del Grupo Popular, lo que se supone que en el Senado todos los grupos están de acuerdo con dichas enmiendas que modificaron sustancialmente y por la puerta de atrás –pues dicha modificación no estaba prevista en el texto original presentado por el Gobierno– el panorama de la reclamación a la aseguradora. Aunque lo más probable no es que estén de acuerdo, sino que ni se han

enterado de la trascendencia de las enmiendas aprobadas en el Congreso. Y no lo digo porque yo no esté de acuerdo con las mismas, sino porque entiendo que estas son de tal calado –sobre todo la realizada al artículo 7– que esperaba un debate interesante en el Senado sobre la atribución a un particular –el sector asegurador– de una prerrogativa de la que hasta ahora solo gozaba la Administración Pública, como es la obligación de reclamación previa a la vía judicial. Esperaba que se hablara –aunque no sea un tema claro– de una posible vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, pero me parece que eso era mucho esperar, pues se han limitado a reproducir en el Senado sus enmiendas ya presentadas en el Congreso, sin hacer mención alguna a las nuevas modificaciones incorporadas.

En este sentido, siento discrepar de los que lanzan razonamientos a favor de este nuevo régimen extrajudicial, pues entiendo que la nueva redacción del artículo 7 no es un paso a favor de todos por igual, sino que establece un verdadero procedimiento hecho ‘ad hoc’ para el asegurador, por lo que es lógico que a los operadores vinculados al mismo les parezca un paso muy interesante, pues desde luego está claro que les pone el trabajo más fácil. De encontrarme en su lugar no me desagradaría en absoluto el nuevo sistema, pero prefiero analizarlo desde la óptica de jurista, no de parte interesada. Para ello, en primer lugar, no debemos olvidar que entre la víctima y la aseguradora no existe relación contractual que justifique obligaciones por parte de la primera, sin embargo con los nuevos requisitos de ‘procedibilidad’ se le exigen determinadas obligaciones a la víctima sin más justificación que facilitar el trabajo del asegurador. La política disuasoria para no acudir a los Tribunales, al igual que ocurrió con las tasas judiciales, no debería en ningún caso impedir el libre acceso a la jurisdicción, pues esta prerrogativa de la reclamación previa, de la que hasta ahora solo gozaba la Administración Pública, modifica el status jurídico de las partes, concediendo un derecho excepcional a un particular –la aseguradora– que no se justifica.

El tema no es baladí y aunque inspirado en el loable ánimo de fomentar los acuerdos extrajudiciales, tiene un aspecto pernicioso debido a las costas judiciales. Me explico, en la situación actual cuando se interpone una demanda de esta materia no se tiene certeza absoluta de la viabilidad de la reclamación al 100% –pues partimos del hecho indiscutible de que la valoración del daño corporal no es una ciencia exacta y por tanto habrá tantas valoraciones como ex-

pertos intervengan-, pero según nuestro buen hacer en el acto de la vista -unido a la consistencia de nuestra prueba pericial- tendremos un mejor o peor resultado, aunque al establecer la obligación de reclamar a la parte contraria y esperar a la oferta/respuesta motivada de la misma para acompañarla con la demanda, está claro que la reclamación judicial ya sólo podrá ser por la diferencia entre lo que se entiende reclamable y lo ofrecido por la aseguradora, lo que representará que la víctima se lo piense dos veces antes de reclamar más en base a las posibles costas a las que tendrá que hacer frente en el supuesto de que su reclamación, por encima de lo ofrecido por el asegurador, no convenga al juzgador.

La jurisprudencia por su parte ha realizado amplios análisis de la incidencia de la reclamación previa, afirmando que es una carga procesal para el demandante que no vulnera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al estar justificada por tratarse la demandada de una Administración Pública cuyos intereses son intereses generales, no particulares. La Sentencia del Tribunal Constitucional 330/2006 de 20 de noviembre dice en su Fundamento Jurídico tercero que *“De modo específico, por lo que concierne a la exigencia de la reclamación previa a la vía judicial este Tribunal ha declarado que tal requisito procesal, en rigor carga procesal del demandante, resulta compatible con el art. 24.1 CE, pues, pese a tratarse de una dificultad en el acceso a la jurisdicción ordinaria, se justifica, especialmente, en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración tiene encomendadas por el ordenamiento constitucional”*, es decir, que sólo está justificada al tener la Administración unas funciones de defensa del interés general, funciones que nada tienen que ver con los intereses particulares de una aseguradora, lo que hace probable que algún juez se plantee en este caso una posible cuestión de constitucionalidad por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En fin, ya veremos qué ocurre al final pues el tema no es nada sencillo.

Conviene también conocer las consideraciones que algunos autores han realizado sobre la naturaleza jurídica del instituto de la reclamación previa: **PARA GUASP** y **ARAGONESES** es un privilegio exclusivo de la Administración, **Edilberto Narbón Lainez** la califica como una prerrogativa histórica de la Administración, mientras que **Silverio Fernández Polanco** afirma que “sólo sirve para que la Administración vaya preparando su defensa en juicio, por lo que la mayor parte de la doctrina entiende que debería convertirse en

potestativa”. Como puede observarse, la mayoría de los autores coinciden en sus afirmaciones, de las que se puede extraer la idea de que la reclamación administrativa previa es un privilegio de la Administración pública que tiene una clara incidencia procesal. Cabe añadir que, siendo una garantía para la Administración, implica una carga para el ciudadano que quiera interponer una demanda ante ella, en la medida en que tiene que llevar a cabo una actividad preceptiva que no tendría que realizar en el caso de que deseara demandar a otro sujeto de carácter privado.

Por ello, considero que en todo caso lo que debería haberse establecido -si se quería evitar el acceso directo al proceso- tendría que haber sido la obligatoriedad del acto de conciliación previo en supuestos de responsabilidad civil automovilística, pero claro eso supondría una vuelta al pasado -a antes de 1984, año en el que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 fue reformada para convertir el acto de conciliación en una actuación facultativa-, aunque desde luego sería mucho más razonable -desde el punto de vista jurídico- pues al menos en un acto de conciliación el garante del cumplimiento formal es un juzgado y no como ocurrirá con estas reclamaciones previas, en las que el garante de la tramitación de las mismas no es una Administración Pública sino un particular -a veces incluso difícil de localizar, pues algunas aseguradoras carecen de domicilio en cada provincia-, por lo que lo único que se va a conseguir ahora va a ser facilitar la posición de una parte implicada, vulnerando así el necesario equilibrio que debe existir entre las partes procesales. E insisto en que me alegro por el sector asegurador, al que desde luego se le ponen las cosas más fáciles para hacer mejor su trabajo -estando seguro de que en la mayoría de los casos este nuevo instituto de la reclamación previa no será usado en contra de las víctimas-, pero como jurista no puedo quedarme callado ante un hecho tan relevante como es la modificación del equilibrio procesal estableciendo una prerrogativa para una de las partes implicadas, que precisamente no es la víctima, con la anuencia de todos los partidos políticos, que ni se han enterado, pues esta importantísima reforma no se incluyó en el Proyecto de Ley sino que apareció a última hora vía enmienda parlamentaria, eludiendo así los filtros del informe del Consejo de Estado y del resto de afectados. En fin, no todo podía ser luz y taquígrafos, pero desde luego no emborrona el magnífico trabajo que representa el nuevo Baremo, que por fin verá la luz en breve.

Agosto 2015



doctrina

Efecto expansivo del nuevo Baremo de Tráfico en la responsabilidad por accidentes laborales. Su repercusión en el tratamiento resarcitorio del lucro cesante



José Manuel López y García de la Serrana
Magistrado Sala de lo Social del Tribunal Supremo

1. Introducción a la Valoración del Daño Corporal por accidente de trabajo

Conforme a los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil, la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino el de la ganancia que se haya dejado de obtener, esto es, el llamado lucro cesante, ya que el daño real comprende, además de las pérdidas actuales, la pérdida de ganancias futuras. También deberán repararse los daños morales, ya que el fin perseguido por la norma de lograr que el perjudicado quede indemne, no se cumpliría si no se incluyeran todos los daños, incluso los morales, cual establecen los arts. 1.106 y 1.107 del Código Civil y ha reiterado la jurisprudencia.

En la materia que nos ocupa, la jurisprudencia ha establecido desde antiguo, pese a que ningún precepto legal lo diga expresamente, que la indemnización de los daños debe ir encaminada a lograr la íntegra compensación de los mismos, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso, esto es lo que en derecho romano se llamaba '*restitutio in integrum*' o '*compensatio in integrum*'. También ha sido tradicional entender que la función de valorar y cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, entendiéndose que tal función comprendía tanto la facultad de valorar el daño con arreglo a la prueba practicada, como el deber de hacerlo de forma fundada, para evitar que la discrecionalidad se convirtiera en arbitrariedad. Como se entendió que esa cuantificación dependía de la valoración personal del juzgador de la instancia, se vedó con carácter general la revisión de su criterio por medio de un recurso extraordinario, salvo que se combatieran adecuadamente las bases en que se apoyara la misma. Pero esa discrecionalidad, cual se ha dicho, no se puede confundir con la arbitrariedad, ya que, el juzgador por imperativo de lo dispuesto en los artículos 24 y 120-3 de la Constitución, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97-2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y en la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 14 de marzo de 1975 (principio general 1-3 del Anexo), debe motivar suficientemente su decisión y resolver todas las cuestiones planteadas, lo que le obliga a razonar la valoración que hace del daño y la indemnización que reconoce por los diferentes perjuicios causados. Ello supone que no puede realizar una valoración conjunta de los daños causados, reservando para sí la índole de los perjuicios que ha valorado y su cuantía parcial, sino que debe hacer una valoración vertebrada del total de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado. Esa tasación estructurada es fundamental para otorgar una tutela judicial efectiva, pues, aparte que supone expresar las razones por las que se da determinada indemnización total explicando los distintos conceptos y sumando todos los valorados, no deja indefensas a las partes para que puedan impugnar los criterios seguidos en esa fijación, por cuándo conocerán los conceptos computados y en cuánto se han tasado. Una valoración vertebrada requerirá diferenciar la tasación del daño biológico y fisiológico (el daño inferido a la integridad física), de la correspondiente a las consecuencias personales que el mismo conlleva (daño moral) y de la que pertenece al daño patrimonial separando por un lado el daño emergente (los gastos soportados por causa del hecho dañoso) y por otro los derivados del



lucro cesante (la pérdida de ingresos y de expectativas). Sólo así se dará cumplida respuesta a los preceptos legales antes citados, como se deriva de la sentencia del Tribunal Constitucional num. 78/1986, de 13 de junio, donde se apunta que el principio de tutela judicial efectiva requiere que en la sentencia se fijen de forma pormenoriza-



da los daños causados, los fundamentos legales que permiten establecerlos, así como que se razonen los criterios empleados para calcular el '*quantum*' indemnizatorio del hecho juzgado, requisitos que no se habían observado en el caso en ella contemplado, lo que dió lugar a que se otorgara el amparo solicitado.

2. El Baremo aprobado por la normativa de seguros para la Valoración de Daño Corporal

El Sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación que se estableció por la Adicional Octava de la Ley 30/1995 y que hoy se contiene, como Anexo, en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, viene siendo aplicado con carácter orientador por muchos Juzgados y Tribunales de lo Social. Pese a las críticas recibidas, el denostado sistema de baremación presenta, entre otras, las siguientes ventajas:

1ª.- Da satisfacción al principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9-3 de la Constitución, pues establece un mecanismo de valoración que conduce a resultados muy parecidos en situaciones similares.

2ª.- Facilita la aplicación de un criterio unitario en la fijación de indemnizaciones con el que se da cumplimiento al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

3ª.- Agiliza los pagos de los siniestros y disminuye los conflictos judiciales, pues, al ser previsible el pronunciamiento judicial, se evitarán muchos procesos.

4ª.- Da una respuesta a la valoración de los daños morales que, normalmente, está sujeta al subjetivismo más absoluto. La cuantificación del daño corporal y más aún la del moral siempre es difícil y subjetiva, pues, las pruebas practicadas en el proceso permiten evidenciar la realidad del daño, pero no evidencian, normalmente, con toda seguridad la equivalencia económica que deba atribuirse al mismo para su completo resarcimiento, actividad que ya requiere la celebración de un juicio de valor. Por ello, la aplicación del Baremo facilita la prueba del daño y su valoración, a la par que la fundamentación de la sentencia, pues como decía la sentencia del TS (II) de 13 de febrero de 2004, la valoración del daño con arreglo al baremo legal "es una decisión que implícitamente indica la ausencia de prueba sobre los datos que justifiquen mayor cuantía y que, por ende, no requiere inexcusable (mente) de una mayor fundamentación. Entendiendo que la exigencia constitucional al respecto se satisface cuando la decisión por su contenido y naturaleza permite conocer las razones que la fundan, aunque estén implícitas o muy lacónicamente expresadas". Y es que, aún admitiendo las dificult-

tades que entraña la elaboración de un sistema de valoración de daño, es lo cierto que, sobre todo cuando se trata de daños morales, goza de mayor legitimidad el sistema fijado por el legislador con carácter general que la valoración efectuada por los órganos jurisdiccionales con evidente riesgo de quiebra de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, pues las invocaciones genéricas a la prudencia del juzgador y a la ponderación ecuaníme de las circunstancias del caso que realiza no son garantía de corrección, ni de uniformidad resarcitorias.

La constitucionalidad del sistema de valoración que nos ocupa ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional que de las diversas cuestiones de inconstitucionalidad propuestas, en su sentencia núm. 181/2000, de 29 de junio, resolvió: que el sistema valorativo del que hablamos es de aplicación obligatoria por los órganos judiciales; que el sistema no atenta contra el derecho a la igualdad o a un trato no discriminatorio; que tampoco atenta contra lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución, ni supone una actuación arbitraria de los poderes públicos y que no constituye un atentado contra la independencia judicial, ni contra el principio de tutela judicial efectiva, para terminar declarando la inconstitucionalidad de la letra B de la Tabla V del baremo, en cuanto al factor corrector por perjuicios económicos de la incapacidad temporal, siempre que concurriera culpa relevante, judicialmente declarada del autor, y que el perjudicado acreditase que los daños y perjuicios económicos habían sido mayores que los reconocidos por ese factor corrector, doctrina que ha reiterado en su sentencia de 15 de septiembre de 2003. Resueltas esas cuestiones, quedaban las críticas a que el Baremo no valoraba, suficientemente, el llamado lucro cesante, cuestión que ha abordado el TC en sus sentencias num. 42/2003, de 3 de marzo, y 222/2004, de 29 de noviembre. La doctrina sentada en ellas puede resumirse señalando que la reparación del lucro cesante se canaliza a través de los factores correctores de la Tabla IV del Baremo y que la cantidad indemnizatoria resultante de la aplicación de esos factores correctores no puede tacharse de confiscatoria, mientras el perjudicado no solicite y obtenga el máximo posible de las indemnizaciones complementarias por perjuicios económicos y por incapacidad permanente, según el tramo que corresponda a su situación, y, simultáneamente, demuestre cumplidamente que la suma obtenida no basta para resarcir el lucro cesante que ha sufrido y probado en el proceso.

3. Aplicación expansiva del Baremo de accidentes de tráfico por la Sala IV del T.S.

A) La doctrina de la Sala IV del TS sobre el particular puede resumirse señalando que la función de fijar la indemnización de los daños y perjuicios derivados de accidente laboral y enfermedad profesional es propia de los órganos judiciales de lo social de la instancia, siempre que en el ejercicio de tal función les guíe la íntegra satisfacción del daño a reparar, así como, que lo hagan de una forma vertebrada o estructurada que permita conocer, dadas las circunstancias del caso que se hayan probado, los diferentes daños y perjuicios que se compensan y la cuantía indemnizatoria que se reconoce por cada uno de ellos, razonándose los motivos que justifican esa decisión. Para realizar tal función el juzgador puede valerse del sistema de valoración del Anexo a la Ley aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, donde se contiene un Baremo que le ayudará a vertebrar y estructurar el '*quantum*' indemnizatorio por cada concepto, a la par que deja a su prudente arbitrio la determinación del número de puntos a reconocer por cada secuela y la determinación concreta del factor corrector aplicable, dentro del margen señalado en cada caso. Ese uso facilitará, igualmente, la acreditación del daño y su valoración, sin necesidad de acudir a complicados razonamientos, ya que la fundamentación principal está implícita en el uso de un Baremo aprobado legalmente. Precisamente por ello, si el juzgador decide apartarse del Baremo en algún punto deberá razonarlo, pues, cuando una tasación se sujeta a determinadas normas no cabe apartarse de ellas, sin razonar los motivos por los que no se siguen íntegramente, porque así lo impone la necesidad de que la sentencia sea congruente con las bases que acepta. La aplicación del Baremo comportará un trato igualitario de los daños biológicos y psicológicos, así como de los daños morales, pues, salvo prueba en contrario, ese tipo de daños son similares en todas las personas en cuanto a la discapacidad y dolor que comportan en la vida íntima; en las relaciones personales; familiares y sociales (incluidas las actividades deportivas y otras lúdicas). Las diferencias dañosas de un supuesto a otro se darán, principalmente, al valorar la influencia de las secuelas en la capacidad laboral, pero, al valorar esa circunstancia y demás que afecten al lucro cesante, será cuando razonadamente el juzgador pueda apartarse del sistema y reconocer una indemnización mayor a la derivada de los factores correctores por perjuicios económicos que establecen las Tablas IV y V del Baremo, ya que, como no es preceptiva la

aplicación del Baremo, puede valorarse y reconocerse una indemnización por lucro cesante mayor que la que pudiera derivarse de la estricta aplicación de aquél, siempre que se haya probado su realidad, sin necesidad de hacer uso de la doctrina constitucional sobre la necesidad de que concurra culpa relevante, lo que no quiere decir que no sea preciso un obrar culpable del patrono para que la indemnización se pueda reconocer.

B) La Sala IV ha aplicado el Baremo de Accidentes tráfico a la cuantificación de lesiones y daños producidos en supuestos diferentes a los del accidente de tráfico.

Las SSTS de 20 septiembre 2007 (R. 3326/2007) y 20 septiembre 2011 (R. 4137/2010) reconocen indemnización por daño moral y lesivo en supuestos de despido y de extinción de contrato, indemnización que se suma a la de la resolución del contrato y que se calcula con base en el Baremo.

La STS 16-1-2009 (R. 251/2008) considera posible pedir en proceso posterior al despido otra indemnización complementaria. Esta posibilidad la admite sentencia de 13-6-2011 (R. 2590/2010), siempre que se hubiesen reservado acciones al respecto. Incluso, como dice la STS 9-5-2011 (E. 4280/2010) si se la reserva se hizo en acto de conciliación de rescisión de contrato, para luego accionar por tutela derechos fundamentales.

La STS 27-12-2011 (R. 1136/2011) aplica el Baremo para indemnizar daños morales por violación derechos fundamentales.

Y es que la dificultad de valorar los daños y de probarlos hace que el Baremo sea un instrumento utilizable por las partes y por los Tribunales al efecto de variadas materias.

La Sala II del TS lo utiliza con carácter orientador en material no vinculadas a los accidentes de tráfico en sus sentencias de 3-5-2006 (R. 28/2005), 22-10-2001 (R. 4159/1999), 23-3-2009 (R. 162/2008) y 29-9-2009 (R. 822/2009), entre otras dictadas en delitos por lesiones.

La Sala 1ª también lo utiliza con carácter orientador en materias diferentes a los accidentes de tráfico, como supuestos de responsabilidad médica y de otras responsabilidades. SSTS (1ª) 3-10-2011 (R. 2155/2008), 31-5-2011 (R. 1899/2007), 12-14-2013 (R. 1545/2010), 6-6-2014 (R. 847/2012) y 30-3-2012 (R. 1050/2009), entre otras.

La Sala III TS también utiliza el Baremo con carácter orientador en supuestos de daño corporal. STS (3ª) de 22-12-2009 (R. 4109/2005), 22-9-2010 (R. 5835/2008) y 6-11-2012 (R. 2354/2011) entre otras.

4. Deuda de valor

Por otro lado conviene examinar si se trata de determinar si estamos ante una deuda nominal o de valor, esto es si el daño se debe cuantificar al tiempo del accidente (teoría nominalista) o al tiempo de su cuantificación (teoría valorista). La doctrina se ha inclinado por considerar que estamos ante una deuda de valor porque el nominalismo impide la '*restitutio in integrum*', porque la congrua satisfacción del daño requiere indemnizar con el valor actual del mismo y no dar una cantidad que se ha ido depreciando con el paso del tiempo, pues no se trata de obligar a pagar más, sino de evitar que la inflación conlleve que se pague menos. El principio valorista es acogido, a estos efectos, por el artículo 141-3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde se establece que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que se produjo la lesión, sin perjuicio de su actualización con arreglo al índice de precios al consumo a la fecha en que se ponga fin al procedimiento. Y es recomendado como rector por el Principio General I del Anexo a la Resolución (75-7) del Comité de Ministros del CE, de 14 de marzo de 1975. También lo ha acogido la jurisprudencia, siendo de citar en este sentido las SSTS (1ª) de 21 de enero 1978, 22 de abril de 1980, 19 de julio de 1982, 19 de octubre de 1996 y de 25 de mayo y 21 de noviembre de 1998, entre otras, como las dictadas por la Sala II de este Tribunal el 20 de enero de 1976, el 22 de febrero de 1982, el 8 de julio de 1986 y el 14 de marzo de 1991.

Pero, sentado que estamos ante una deuda de valor, conviene recordar que en este ámbito jurisdiccional, desde la sentencia de 1 de febrero de 2000 (IV), los efectos jurídicos del accidente laboral se vienen anudando a las normas legales o convencionales vigentes al tiempo de su producción, lo que, unido a lo dispuesto en la regla 3 del punto Primero del Anexo, donde se dispone que, a efectos de la aplicación de las tablas, "la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente", nos obliga a concluir que las normas vigentes al tiempo del accidente son las que determinan el régimen jurídico aplicable para cuantificar la indemnización y determinar el perjuicio, según la edad de la víctima, sus cir-

cunstancias personales, su profesión, las secuelas resultantes, la incapacidad reconocida, etc. la aseguradora responsable.

El principio valorista obliga a actualizar el importe de la indemnización con arreglo a la pérdida del valor adquisitivo que experimente la moneda, para que el paso del tiempo no redunde en beneficio del causante del daño, pues la inflación devalúa el importe de la indemnización. Por ello, si se trata de reparar íntegramente el daño causado, es claro que el importe de la indemnización debe fijarse en atención a la fecha en que se cuantifica el daño, esto es al momento de dictarse la sentencia de instancia que lo reconoce, cuantifica y determina el deber de indemnizar, ya que, cualquier otra solución será contraria a los intereses del perjudicado. En apoyo de esta tesis puede citarse la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa antes citada (números 2 y 3 del principio general I). Fijar en un momento anterior el día en que la indemnización se actualiza lesiona los intereses de la víctima, pues, normalmente, se verá perjudicada por la pérdida de valor de la moneda. A partir de la fecha de la sentencia de instancia, el perjudicado conservará el poder adquisitivo mediante el cobro de los intereses por mora procesal del artículo 576 de la LEC y en su caso mediante el cobro de los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro. En el sentido indicado de que es deuda de valor 2 sentencias del TS (I) de 17 de abril de 2007, aunque resuelven que el valor se actualiza a la fecha del alta médica o de constatación definitiva de las secuelas o daño causado.

Esto es discutible porque en mi opinión deben distinguirse tres fechas: la del hecho causante, aquella en la que se constatan las secuelas y aquella en la que se fija la indemnización. Y, si bien la fecha del accidente es la que determinar la norma aplicable es cierto que, si se aplica la teoría valorista, como se trata de una deuda de valor, la cuantía del daño debe actualizarse a la fecha de su cuantificación, fecha que coincidirá con la de la sentencia que lo determina, pues en otro caso la pérdida de valor adquisitivo perjudicará al acreedor, resultado contrario al fin perseguido, esto es a la "*restitutio ad integrum*", solución acorde con lo dispuesto en los principios orientadores de la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del CE de 14 de marzo de 1975.

STS 30-1-2008 (Rec. 414/2007), el pago de intereses moratorios desde que se consolidan las secuelas puede servir para actualizar las deudas de valor.





5. Especial consideración del lucro cesante

Ya se dijo antes que la íntegra reparación del daño causado requiere, además, indemnizar, cual dice el artículo 1.106 del Código Civil, por el valor de las ganancias que se hayan dejado de obtener por causa del hecho dañoso. El lucro cesante es equivalente a la pérdida de las ganancias dejadas de obtener por el hecho ilícito que ha lesionado el patrimonio del acreedor, provocándole una merma de ingresos netos.

El artículo 252 del BGB alemán considera como lucro cesante la ganancia que con cierta verosimilitud se puede esperar, según el curso normal de las cosas o las circunstancias del caso. En nuestro derecho no existe un precepto similar y ha sido la jurisprudencia quien ha establecido las reglas para su resarcimiento. En este sentido la sentencia del TS (1^º) de 22 de junio de 1967 señaló: “el lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulta del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, y nuestra jurisprudencia se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, por lo que estas pretendidas ganancias han de ser acreditadas y probadas mediante la justificación de la realidad de tal lucro cesante”.

Esta doctrina es reiterada, posteriormente, por la sentencia de la misma Sala de 12 de noviembre de 2003 que reitera lo afirmado por la sentencia de 5 de noviembre de 1998, donde se dice: “el lucro cesante tiene una significación económica; se trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, sentencia de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, sentencias de 21 de octubre de 1987 y 29 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es

que solo cabe incluir en este concepto los beneficios cubiertos, concretos y acreditados que no se percibieron y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así sentencia de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así sentencia de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo, que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, sentencias de 8 de julio de 1996 y 21 de octubre de 1996)".

De esta jurisprudencia se desprende que el lucro cesante se asimila a las ganancias frustradas, a las ganancias que "con cierta probabilidad fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso", cual dice la STS (1ª) de 15 de julio de 1998, doctrina que complementa la sentencia de 29 de diciembre de 2001 señalando que la probabilidad debe ser objetiva.

El problema es que la acreditación y valoración del lucro cesante debe hacerse presumiendo o imaginando como habrían ocurrido los hechos de no haber ocurrido el siniestro, lo que obliga a referir ese pronóstico a la fecha del accidente. Pero, además, ese pronóstico o juicio de probabilidad debe fundarse en premisas objetivas, ya que, el lucro cesante no comprende lo que la jurisprudencia llama "hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna".

Aunque nuestra jurisprudencia es rígida y no admite valorar la "pérdida de oportunidades", creo que tal pérdida puede constituir un daño indemnizable, pese a que su valoración suscite problemas. Pienso que esa dificultad no debe ser obstáculo para el resarcimiento de las oportunidades perdidas en los supuestos en que fuese probable obtener un resultado positivo de la oportunidad perdida. En este sentido la Sala Primera del Tribunal Supremo viene admitiendo que "la pérdida de una oportunidad procesal" por culpa de un abogado o de un procurador es un daño resarcible. Al respecto es interesante la sentencia de 28 de julio de 2003, donde se afirma que la "pérdida de una oportunidad procesal" puede resarcirse como daño material o como daño moral, pero que sólo podrá resarcirse como daño material cuando la probabilidad de éxito de la oportunidad frustrada es alta.

Esta solución creo que será aplicable a todos los supuestos de oportunidades perdidas.

b) La incapacidad permanente y el lucro cesante.

La legislación social ha dado, tradicionalmente, satisfacción al lucro cesante: mediante la concesión de prestaciones económicas por incapacidad permanente en sus distintos grados que se han reseñado en el primer epígrafe de este trabajo. A esas prestaciones económicas suelen añadirse las mejoras de las mismas que se pactan individual o colectivamente. Prestaciones y mejoras compensan por la pérdida de la capacidad de ganancia que la incapacidad permanente comporta, esto es por el lucro cesante. Por ello, como son financiadas por el empresario quien, caso de incumplir sus obligaciones en orden a esa financiación, responde directamente del pago de las mismas, es por lo que, como después se verá, la jurisprudencia de la Sala IV viene compensando en todo o en parte la indemnización reconocida por lucro cesante con lo cobrado por el perjudicado en concepto de prestaciones básicas y complementarias, tras la oportuna capitalización de las primeras, cual se dijo antes.

Es cierto que pudiera ocurrir que el lucro cesante fuese mayor, pero ello deberá probarse porque, cual se ha apuntado antes, la pérdida de ganancias debe ser real o, al menos, objetivamente probable, sin que quepa indemnizar por "hipotéticos beneficios o sueños de fortuna". La jurisdicción social, desde las sentencias del TS de 17 de julio de 2007, acepta que debe resarcirse el lucro cesante producido, pero requiere que se pruebe la realidad del mismo, su posibilidad objetiva.

Desde la sentencia del Pleno de 23-6-2014 el lucro cesante no se indemniza, salvo prueba de su realidad y cuantía. Se dice en ella que el factor corrector de la Tabla IV por incapacidad permanente solo compensa el daño moral. En igual sentido la STS de 17-2-2015 ha sentado doctrina que el nuevo Baremo obligará a cambiar.

Cual se dijo antes, la acreditación y valoración del lucro cesante requieren un juicio de probabilidad, una suposición con visos altos de realidad. Y, puestos a suponer sobre la pérdida de ganancias, podríamos imaginar las que tiene el incapaz permanente total para su profesión habitual que percibe una pensión equivalente al 55 por 100 de su último sueldo. La pérdida de ganancia es real y cuantificable, sin que la com-

pense el que tenga cierta capacidad laboral residual y pueda trabajar en otra cosa. Lo hipotético es que en las circunstancias actuales pueda encontrar un trabajo adecuado a sus cualidades o que pueda mejorar su capacitación con estudios, mientras que lo real son los ingresos salariales perdidos. Consecuentemente, creo que el lucro cesante real sería el importe de hacer un cálculo actuarial sobre los salarios perdidos desde la fecha del accidente hasta la de su jubilación, solución apuntada por la sentencia del TS (I) de 16 de mayo de 2007 (Rec. 2359/00). Más aún, como es usual que todo el mundo progrese y ascienda en su profesión, cabría probar que perdió, razonablemente, esa oportunidad de ascenso, lo que conllevaría que el cálculo del lucro cesante, antes apuntado, se hiciera en función de un salario superior.

Y hablando de oportunidades perdidas, ¿que ocurriría si el incapaz permanente absoluto estuviese a punto de terminar una carrera universitaria?... pues que habría que computar el salario medio de los titulados universitarios de igual profesión. Creo que la casuística que se puede presentar en la realidad es más rica que mi imaginación. Por ello, habrá de estarse a cada caso concreto, a lo que se pida y a lo que se pruebe, a fin de que el “juicio de probabilidad” tenga altas posibilidades de éxito. Por eso este apartado lo empecé reseñando la jurisprudencia que requiere que la reclamación del lucro cesante se funde en “premisas objetivas” y no en “sueños de fortuna”. Por ahí, parece ir también el Tribunal Constitucional que en las sentencias que he citado viene a mantener en definitiva la necesidad de probar la realidad del lucro cesante.

6. El proyecto de Ley del nuevo Baremo en accidentes de tráfico

El proyecto de Ley introduce un nuevo Título IV al Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, aprobado por el RD 8/2004 de 29 de octubre. Este Título tiene 132 artículos, más disposiciones adicionales y transitorias. En definitiva toda una regulación legal del sistema de valoración de daños y perjuicios que era necesaria, para que sobre esta materia exista una regulación tendente a la reparación de todos los daños y perjuicios causados próxima a la total compensación de los mismos, pues la completa indemnidad es muy difícil de conseguir. Un buen sistema de valoración, además, da seguridad jurídica, respeta el principio de igualdad y evita litigiosidad. Pienso que el nuevo Baremo se va a aplicar en la jurisdicción social por ser

mejor y mucho más generoso y que puede llenar el vacío que provoca el incumplimiento de la Disposición Final Quinta de la LRJS sobre elaboración de uno para daños por accidente de trabajo. Incluso el legislador podría decir que con este cubre ese deber y llenaría el vacío existente. Realmente pienso que poco más se puede añadir pues se trata de valorar daños corporales y sus secuelas lo que hace indiferente el origen de la lesión y de la enfermedad porque lo importante son las secuelas.

Las principales novedades que implanta se pasan a comentar en los siguientes apartados.

6.1 En primer lugar deben destacarse, del nuevo sistema los principios inspiradores del mismo:

- Reparación íntegra del daño con la que se persigue asegurar la total indemnidad.

- La vertebración de la valoración del daño, lo que implica valorar por separado los daños patrimoniales de los que no lo son y dentro de unos y otros los distintos perjuicios a reparar.

- Se objetiva la cuantía del daño que es reparado por los importes que para cada concepto se establecen. Excepcionalmente, cuando existan perjuicios relevantes, excepcionales, cabe añadir un complemento del 25 por 100 del perjuicio personal básico.

- La fecha del accidente determina la normativa a tener en cuenta, salvo norma especial, para determinar las circunstancias personales de la víctima, de los familiares y demás, como las laborales. También determina las reglas de valoración aplicables.

- La cuantía de la indemnización se corresponde con lo vigente en el sistema vigente al tiempo del accidente y se actualiza al momento en que se fija por el sistema o con pago intereses moratorios.

6.2 Perjudicados.

La nueva norma distingue distintas categorías de perjudicados y para cada uno (lesionado, cónyuge, hijo, ascendiente, hermano y allegado) establece la cuantía indemnizatoria correspondiente, sin que pueda reclamar otra con base en ella.

6.3 Perjuicio patrimonial y lucro cesante.

Se distingue entre el perjuicio patrimonial básico y el lucro cesante, que constituye el ob-

jeto de este trabajo y al que se debe atender, por tanto, de forma principal.

Al abordar el lucro cesante la nueva ley distingue entre el lucro cesante por muerte y el lucro cesante por muerte y el lucro cesante en los casos de secuelas invalidantes.

A) Lucro cesante en caso de fallecimiento

La nueva norma lo define como aquél consistente en las pérdidas netas que sufren aquellos que dependían económicamente de los ingresos de la víctima (art. 80), si bien la ley (art. 82) sólo considera tales, a estos efectos, al cónyuge e hijos menores de 30 años, así como a quienes demuestren que dependían económicamente de la víctima. Y los separados o divorciados con derecho a pensión compensatoria que se extingue por el fallecimiento se calcula en función de los ingresos netos del causante a quien se imputa un 10 por 100 y a los hijos el 30 por 100 a cada uno con reducción proporcional si se sobrepasa el 90 por ciento.

B) Lucro cesante del lesionado con secuelas.

Se fija en atención a la pérdida de la capacidad de ganancia del perjudicado. A la pérdida de ingresos netos que sufra como consecuencia del accidente. Por un lado se computan los ingresos último año y la media de los 3 años anteriores y se considera multiplicando la cantidad superior.

Esa cantidad luego se concreta en función de la incapacidad.

IPA.....100 por 100

IPT55 por 100 y 75 por 100

IPP.....dos anualidades

Concreción similar a la que la LGSS hace para fijar pensiones por Accidente de trabajo.

C) Lesionados que no tenían trabajo por ser menores 30 años y se le reconoce una IPA o una IPT.

Salario mínimo interprofesional.

SE INCREMENTA UN 20 POR 100

Si lesionado tuviera FORMACIÓN SUPERIOR

D) Multiplicador o coeficiente porcentual

Calculada la pérdida ingresos en la forma dicha se aplican los coeficientes fijados con las bases técnicas actuariales fijadas por Ministerio Economía, entre las que se incluyen las pensiones cobradas.

Por tanto, dado que el juez social está sometido a la disciplina común de la RC que se rige por la reparación íntegra, lo mismo que puede decidir la utilización de modo facultativo del baremo, puede acudir a otros cánones valorativos, como puede ser perfectamente el nuevo baremo que en la actualidad está a punto de concluir su trámite parlamentario. Y no es obstáculo alguno el que dicho baremo no haya entrado en vigor en la fecha en la que se haya producido el accidente laboral que se enjuicia. En la medida en que el juez social contraste los dos baremos y compruebe que el proyectado proporciona mayor justicia resarcitoria, nada le impide valerse de él, al igual que podría efectuar su valoración sin tomar como referencia ningún baremo. Esta situación de tener que decidir el baremo a aplicar va a ser frecuente en los próximos años, donde se enjuiciarán la reclamaciones por accidentes laborales ocurridos en los años anteriores a la entrada en vigor del nuevo baremo -1 de enero de 2016-, pues lo único que deben tener presente los jueces sociales que se acojan a la aplicación de un baremo optativo, no será la vigencia del mismo a la fecha del siniestro -al no estar obligado legalmente por ninguno-, sino cuál de ellos cumple mejor el principio de restitutio in integrum.

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 lucrí 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.

La repercusión del nuevo Baremo de tráfico sobre la cuantificación de la responsabilidad civil adicional del empresario por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*



Mariano Medina Crespo
Abogado y Doctor en Derecho

1. La explicitud legal del sometimiento de la responsabilidad civil adicional del empresario al principio de la integridad reparatoria

La responsabilidad civil adicional del empresario está sometida al principio de la reparación íntegra, sin que le afecte ninguna limitación cualitativa ni cuantitativa impuesta legalmente¹. Principio que, según constante doctrina ju-

* Texto presentado como base de mi intervención en panel "laboral" desarrollado en 17º Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro, de Inese, celebrado en Madrid, en los días 25 y 26 de junio de 2015.

¹ Sobre el principio sustantivo o finalista de la integridad reparatoria y sobre el principio adjetivo de la vertebración perjudicial, me remito a mi estudio *Los principios institucionales de la valoración del daño y su discutido acogimiento en el sistema de la Ley 30/1995*, en AAVV, *Manual de Valoración del Daño Corporal. Guía de aplicación del sistema de baremación para accidentes de circulación*, dirección JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, prólogo de JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 92-252.

risprudencial, informa y conforma la disciplina común de la responsabilidad civil, afirmándose mediante una interpretación del art. 1106 CC en relación con el 1902, bajo la inteligencia de que el daño que este precepto menciona es el patrimonial y también el personal.

Pero no es sólo que rijan tal principio en el ámbito laboral, sino que hay un mandato legal de que siga siendo así. Efectivamente, la Exposición de Motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, de 10 de octubre de 2011, señala que la adjudicación al orden social de la competencia para conocer de la indemnización de los perjuicios sufridos por el trabajador en accidente de trabajo o enfermedad, imputable al empresario en concepto de responsabilidad civil, corresponde a la necesidad de crear “*un mandato unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado*”: jurisdicción exclusiva² puesta al servicio de la integridad reparatoria.

Y no lo afirma sólo esa declaración preambular, sino que dicho principio tiene rango legal porque la disposición final 5ª de la Ley prevé la elaboración de un sistema específico de valoración de los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales (con su encargo al Gobierno, que ha incumplido tal mandato), cuya regulación se concibe para la compensación objetiva de los daños en tanto los perjudicados no acrediten daños superiores. Por ello ese Baremo reglamentario, que debería haberse aprobado ya, está llamado a no impedir el cumplimiento de la reparación completa.

Hay que preguntarse la razón de que se ordene la implantación de esa regulación concebida como instrumento para cuantificar la responsabilidad civil del empresario. Si se tiene en cuenta que los daños corporales que se producen en los accidentes de trabajo son los mismos que se producen en el tránsito rodado, el hecho de que se prevea para los primeros un sistema distinto del que rige para los segundos, sin remitirse a él, significa que se considera que el Baremo de Tráfico no es herramienta idónea para realizar su valoración; y esta inidoneidad resulta confirmada por el dato normativo de que el sistema a elaborar debe prever que sus cuantías se sobrepasen cuando se acrediten daños superiores, funcionando como

un sistema ordinario de mínimos y no como uno de máximos dotado de techos indemnizatorios infranqueables, además de contar con las limitaciones cualitativas que menoscaban la reparación plenaria. Es claro así que el Legislador Social no quiere prescindir del principio institucional de la reparación íntegra, que es precisamente al que no se acomoda el Baremo de Tráfico que conforma un estatuto excepcional de reparación parcial³.

Si el Legislador Social considera que debe implantarse un sistema de valoración de los daños causados en accidente laboral (o enfermedad profesional), para cuantificar la responsabilidad civil adicional del empresario, es porque no le sirve el establecido para cuantificar la responsabilidad civil automovilística por daños corporales⁴; y esto constituye una verdadera llamada de atención porque, pese a la protesta de su uso orientativo, la práctica demuestra que se aplica milimétricamente bajo el signo de una orientación inflexible que equivale a una

³ Sobre la aplicación del Baremo de Tráfico para valorar daños corporales ajenos al tránsito motorizado, me remito a mis artículos *Reflexiones críticas sobre la aplicación del sistema fuera del tránsito motorizado*, Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro (Inese), 2012, núms. 4/5, pp. 7-29/6-32; *Aplicación del sistema valorativo fuera del tránsito motorizado. El escándalo de un escándalo ausente o la paradoja de las estimaciones invertidas*, en la misma Revista, 2014, núms. 10/11, pp. 7-23/6-27; y *El maleficio de mentar [la bicha]. Indemnización para un alférez que quedó más que tetrapléjico por un disparo imprudente de pistola (STS, Sala 5ª), de 16 de mayo de 2012*, misma Revista, 2015, núm. 1, pp. 6-29.

⁴ Al ocuparse de la referida disposición adicional, Anna Ginès Fabrellas señala que el mandato legal se explica porque el Legislador tiene conciencia de que el Baremo de Tráfico constituye un instrumento normativo puesto al servicio de limitar la indemnización de las víctimas de los accidentes de circulación, aunque no lo haya explicitado así (*Daño moral derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, en AAVV, *El daño moral y su cuantificación*, dirección **FERNANDO GÓMEZ POMAR/IGNACIO MARÍN GARCÍA**, Bosch, Barcelona, 2015, pp. 503-504). Por ello se considera que debe elaborarse un Baremo específico para valorar los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sin que suponga una mengua del principio de la plenitud reparatoria. Es inequívoco que el Legislador ha decidido que no se aplique en el ámbito laboral el Baremo de Tráfico, pues, de considerar que debería utilizarse, hubiera bastado con que la referida disposición señalara que, para valorar los daños corporales causados en un accidente laboral, debería utilizarse o sería conveniente utilizar el Baremo de Tráfico. En lugar de ello, dispone la composición de una regulación específica para tales daños sin techos indemnizatorios, porque se han de admitir los importes que se acrediten excedan de las cuantías baremadas, con lo que se está en realidad ordenando que, de utilizarse, entre tanto, el Baremo de Tráfico, se tengan en cuenta los efectos que derivan de la prueba de la existencia de daños de cuantía superior, debiendo entenderse que esta superioridad puede afectar a cualquier tipo de perjuicios, tanto patrimoniales como personales.

² Sin perjuicio de la prioridad competencial de la jurisdicción penal; y, desde luego, con la voluntad de sustraer el conocimiento de esta materia al orden civil que, no obstante, lo mantiene cuando se demanda al empresario y a otros posibles responsables.

preceptividad virtual que merma la integridad reparatoria⁵.

Por ello ha de pensarse que el sistema previsto en la disposición señalada tiene que referir, de un lado, a la valoración de los perjuicios personales del trabajador accidentado (o de sus causahabientes, en su caso) y a los perjuicios patrimoniales que, originados por el accidente laboral, no están amparados por las prestaciones sociales, incluidas las mejoras voluntarias⁶; y ello sin cortapisas legales.

De modo particular, el Baremo de Tráfico no sirve para cuantificar los perjuicios patrimoniales derivados del daño corporal sufrido por el trabajador accidentado (o sus causahabientes, en caso de muerte), pues la aplicación de las reglas tabulares que se estima corresponden al resarcimiento del lucro cesante se traduce en reconocer importes inferiores a las prestaciones sociales que un trabajador percibe por tal concepto perjudicial; y eso teniendo en cuenta además que el régimen objetivo de tales prestaciones no ampara al completo los perjuicios patrimoniales originados.

Ante la insatisfacción judicial que produce la utilización del Baremo de Tráfico, el magistrado **AURELIO DESDENTADO BONETE** decía en 2009 que, para cuantificar los perjuicios patrimoniales excedentes de las coberturas sociales, hay que abandonarlo y establecer uno para los acciden-

tes de trabajo con indemnizaciones más altas y con una mecánica de actualización automática⁷. Efectivamente, la disposición final mencionada hace explícita referencia a que el sistema previsto tiene que regular su actualización anual⁸; y, al no decir nada respecto a la índole de los perjuicios cuantificables, hay que concluir que se refiere tanto a los personales, no cubiertos por el seguro social, como a los patrimoniales que, por falta de cobertura o por cobertura insuficiente, deja de amparar dicho seguro.

Atinente a la valoración de los perjuicios personales, el único sentido que tiene la previsión de un sistema específico para valorar los daños corporales causados en accidentes de trabajo es que el Baremo de Tráfico no proporciona una cumplida respuesta resarcitoria; y esto significa que, habiéndose de aceptar normalmente, en sus extremos sustanciales, el Baremo médico que, para medir el perjuicio fisiológico permanente (así como el perjuicio estético), forma parte integrante del referido sistema (tabla VI), la valoración de los puntos establecida en el Baremo económico (tabla III) y la de los diversos perjuicios contemplados como factores de corrección (tabla IV) serían objeto de una sensible elevación, pues, para mantener las mismas cantidades, carecería de sentido extender el sistema a los perjuicios personales y, a su vez, sería absurdo que las nuevas cuantías fueran inferiores a las del Baremo de Tráfico, cuando precisamente la razón por la que surge la conveniencia de un Baremo Laboral para la responsabilidad civil adicional del empresario es la insuficiencia de las cantidades asignadas en aquél.

Concerniente a los perjuicios patrimoniales, el sistema tendría que socorrer los que desampara la específica legislación relativa a los accidentes de trabajo y, a su vez, habrían de fijarse reglas precisas para cuantificar el lucro cesante padecido por el trabajador accidentado o por sus causahabientes, siempre sobre la base de que las cantidades resultantes de las pertinentes reglas tendrían que ser sensiblemente superiores al importe de las prestaciones sociales garantizadas con carácter objetivo por el seguro social, sin perjuicio de efectuar la com-

⁵ En 2008, **MANUEL CORREA CARRASCO** señalaba que la aplicación análoga del Baremo de Tráfico ha dado lugar a la limitación de la responsabilidad resarcitoria del empresario (*Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 34), por lo que su efecto es distorsionador (p. 59), aunque no desarrollaba la idea ni incidía en las razones de tal aseveración, enraizadas naturalmente en el resarcimiento fraccional que proporciona dicho Baremo a cualquier perjudicado y, por tanto, al accidentado laboral. Pero, como buen iuslaboralista que navega con comodidad entre baremos, sentado que no debiera utilizarse el configurado para valorar los daños corporales causados en accidentes de tráfico, señalaba que sería deseable que se estableciera un específico sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de trabajo que sirviera para homogeneizar en los posible los criterios de cálculos y las cuantías resultantes (p. 35).

⁶ **ANNA GINÉS FABRELLAS** resalta que la disposición final de que se trata no concreta el alcance del sistema previsto de valoración, entendiéndola que únicamente debería establecerse para resarcir los perjuicios personales derivados del daño corporal, sin ocuparse de los patrimoniales (*Daño moral derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, cit., p. 506). En mi opinión, partiendo de la generalidad del mandato legal, el referido sistema debe ocuparse también de los perjuicios patrimoniales, marcando pautas precisas para que se indemnizen los que no estén amparados por el régimen de la SS y mejoras voluntarias, con vistas a la consecución de la integridad reparatoria.

⁷ *El daño y su valoración en los accidentes de trabajo*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, vol. 79, 2009, p. 102.

⁸ Sobre la actualización valorista del crédito resarcitorio que el Legislador Social considera verdaderamente fundamental, me remito a mi monografía *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2010, 856 pp., donde naturalmente abordo el estudio de la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo.

pensatio lucri cum damno de la que me ocupo después⁹.

Referente, en concreto, a la indemnización del perjuicio patrimonial causado por las lesiones permanentes no invalidantes, en la medida en que prospere el razonable criterio de que su previsión social resarcitoria corresponde a una tasación mínima (atendida, claro está, la levedad de su efecto incapacitante)¹⁰, tendría que

⁹ Sobre esta figura me remito a mi monografía *Computación de beneficios en la responsabilidad civil* ("*compensatio lucri cum damno*"), pendiente de publicación por parte de la Editorial Bosch.

¹⁰ Cuando el trabajador accidentado padece unas lesiones permanentes no invalidantes, la Legislación Social le reconoce una prestación a tanto alzado, con la que restaurar una pérdida patrimonial que es, en principio, conjetural e hipotética, pero que se reputa cierta e indisputable. Su existencia se reconoce en virtud de una presunción legal absoluta; y su cuantía se fija legalmente mediante una suma fija que establece el correspondiente Baremo. La regulación del resarcimiento de estas lesiones constituye un perfecto ejemplo de cómo se acude a una imperativa medición abstracta que se pone al servicio de la reparación de unos perjuicios que, en su defecto, no se reconocerían por negarse su existencia, tal como acontece precisamente en el orden civil. Si en un pleito civil de responsabilidad por daños corporales el perjudicado reclamara indemnización por el lucro cesante que le causan unas lesiones permanentes no invalidantes, se rechazaría su pretensión de plano al no estar previsto su resarcimiento en el Baremo de Tráfico y no captarse la existencia de su efecto limitativo, aunque sea verdaderamente liviano. Si se está ante un pleito en el que se aplica la disciplina común y no la especial prevista para los daños corporales causados en accidentes de circulación, sucedería lo mismo por no acreditarse la existencia de los perjuicios invocados. De ese modo, el perjuicio patrimonial que se reconoce al perjudicado que sea trabajador por cuenta ajena se niega a quien no lo sea. Soy consciente de que los laboristas y civilistas que se han ocupado de este tipo de lesiones consideran que la cobertura de estas lesiones por el seguro social resarce el daño corporal no patrimonial. Pero creo que debe reconsiderarse la identificación de la consistencia perjudicial y resarcitoria de la indemnización social por lesiones permanentes no invalidantes, pues el hecho de que no sean incapacitantes no significa que no repercutan en el desarrollo de la aptitud laboral del trabajador accidentado y esta repercusión de alcance bastante menor es la que computa la prestación social para resarcirla. Al rendirse tributo superficial a la propia terminología legal, que se refiere a las lesiones permanentes no invalidantes, el significante que sugiere este concepto es que se trata de lesiones que, por no ser invalidantes, carecen de repercusión deficitaria alguna sobre la aptitud productiva del lesionado. Pero lo cierto es que, atendiendo al verdadero sentido del concepto, se está ante unas lesiones cuyo efecto deficitario de la salud no sobrepasa el 33%, lo que implica que tienen o pueden tener una repercusión sobre la actividad productiva, aunque en un grado muy menor. Hasta tal punto es pequeña su repercusión que constituye, normalmente, una mera potencia, una posibilidad difusa, justificándose así que sea muy reducida la cantidad que se asigna como indemnización porque sirve para resarcir los eventuales perjuicios una afectación mínima de la capacidad productiva (de minimis

incluir un incremento individualizador de la indemnización que, sobrepasando el importe de la prestación social, se pusiera al servicio de la reparación completa como verdadero norte de todo el sistema a construir.

Si ese sistema laboral de valoración se ajustara a estas indicaciones, se produciría de forma inequívoca su efecto expansivo, pues habría de utilizarse para cuantificar cualquier responsabilidad civil por daños corporales ajenos al tránsito motorizado, por ser sus pautas resarcitorias de una calidad judicial mayor que las del sistema excepcional establecido para cuantificar con un alcance parcial la responsabilidad civil por los daños corporales producidos en el tránsito motorizado; excepcionalidad que la STC 181/2000, de 21 de junio (**GARCÍA MANZANO**), justificó porque el Legislador consideró que había que proteger la economía del seguro automovilístico mediante un sistema normativo sujeto a un principio de reparación fraccional, brindando una parcialidad resarcitoria que, en consonancia con aquélla, reconocieron las SSTS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 2010 (Pte. de ambas, **Xiol Ríos**)¹¹.

Se habrían sentado así las bases para alcanzar un adecuado nivel judicial en el tratamiento resarcitorio de los daños corporales, partiendo de una cultura que sobre el daño valorativo se ha ido ya construyendo a lo largo de estos últimos años, gracias precisamente a la instauración del Baremo de Tráfico, pese a sus notables deficiencias y insuficiencias, permitiendo que pueda manejarse con utilidad un sistema reglamentario que, según la mencionada disposición adicional, tendría carácter preceptivo, pero con la previsión explícita de que los jueces habrían de atenerse a él en tanto los perjudicados no acreditaran perjuicios superiores.

2. El uso orientativo del Baremo de Tráfico por parte de la jurisdicción social

La disposición adicional señalada sirve para fijar conclusiones de futuro, pero también para

et curat lex) y no perjuicios de índole personal. La STS (Sala 4ª) de 22 de septiembre de 2008 (**GILOLMO LÓPEZ**) declaró que el importe de la indemnización por lesión permanente no invalidante se concede para compensar la merma económica correspondiente a una pérdida de la capacidad de ganancia.

¹¹ Sobre estas sentencias me remito a mi monografía *Lucro cesante causado por lesiones permanentes. Comentarios suscitados por la STS (Sala 1ª), 228210, de 25 de marzo*, Sepín, Las Rozas de Madrid, 2011. A partir del sentido confirmatorio de estas sentencias, quedó definitivamente consolidado el criterio jurisprudencial de que la parcialidad resarcitoria es de esencia al Baremo de Tráfico.

extraer conclusiones de presente. Si el Legislador Social quiere que se confeccione un Baremo Laboral para cuantificar la responsabilidad adicional del empresario y que ésta siga sometida al principio institucional de la reparación íntegra se debe a que, de acuerdo con una serie de afirmaciones vertidas por la jurisprudencia social, el Baremo de Tráfico no le sirve porque se aparta de él; y si no le sirve, carece de sentido que en la actualidad los órganos de la jurisdicción social lo utilicen de forma mecánica para valorar los perjuicios tanto personales como patrimoniales, sin perjuicio, en este caso, de acudir a la técnica del descuento condicionado a la homogeneidad de los conceptos atendidos, según registro seguidamente.

Sujeto a un principio de reparación parcial, el Baremo vigente de Tráfico constituye un régimen excepcional que se aparta de la disciplina común de la responsabilidad civil en la que rige el principio de la reparación completa y a la que está sometida la responsabilidad civil adicional del empresario.

No obstante, la Sala 4ª del TS ha aceptado aplicarlo con un carácter orientativo para cuantificar esa responsabilidad civil; y, aunque se ha referido en sus declaraciones, unas veces, a la teoría del desvío justificado¹² y, en otras, a la del desvío necesario¹³, no ha hecho uso efectivo de ellas y ha homologado (o consentido) una aplicación milimétrica de sus reglas, sin que hayan surtido efecto los guiños dirigidos a los Tribunales inferiores que, en rigor, manejan el Baremo como si fuera preceptivo, de modo que su uso puntillista (con sus decimales, incluso) deriva, en gran medida, del que efectúan al respecto los Tribunales Superiores de Justicia y, antes, los Juzgados de lo Social¹⁴.

3. La doctrina social sobre la *compensatio lucri cum damno*

Las sentencias plenarias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007 (**LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA Y CASTRO FERNÁNDEZ**)¹⁵ dieron un importante vuelco al tratamiento resarcitorio

de los daños corporales sufridos por los trabajadores en accidente de trabajo, al declarar que la responsabilidad civil adicional está sometida al principio de la vertebración perjudicial y resarcitoria, dando lugar esta declaración a rectificar su doctrina sobre la *compensatio lucri cum damno*, al estimar que sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, con abandono de la lamentable doctrina del descuento incondicionado¹⁶ que hasta entonces se había venido aplicando con su inequívoco efecto confiscatorio¹⁷.

La jurisprudencia social se ha atendido al criterio legal de que las prestaciones de la Seguridad Social sirven para reparar en exclusiva perjuicios patrimoniales que, de un lado, se contraen a los daños emergentes (prestaciones sanitarias, ayuda para el sepelio y ayuda para la asistencia del gran inválido por terceras personas) y, de otra, para impedir o paliar el lucro cesante que se padece en los casos de incapacidad (temporal y permanente) y muerte, sin que proporcionen tutela alguna frente a los perjuicios personales. Aunque suene mal, el estatuto de la Seguridad Social socorre al *homo faber*, atendiendo a una dimensión importantísima, pero no se ocupa de su estricta dimensión personal.

De aquí deriva que la computación de las prestaciones sociales se proyecte en exclusiva sobre las cantidades a obtener a través de la responsabilidad civil por los expresados conceptos, sin que afecte a la reparación de los perjuicios personales, por lo que ésta no puede disminuirse en virtud de tales prestaciones. Por ello las partidas resarcitorias de conceptos heterogéneos no son compensables.

Durante varios años, la Sala 4ª del Tribunal Supremo ha considerado que el Baremo de Tráfico repara el lucro cesante a través del factor de corrección por perjuicios económicos y, en el caso de las lesiones permanentes, a través de una parte (50, 40 o 60%) de la cantidad asignada por el factor de la incapacidad permanente. Tal consideración ha dado lugar a que las cantidades a reconocer por lucro cesante a través

¹² Criterio que personifico en el magistrado Sr. **LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**, a través de las sentencias de que es ponente.

¹³ Criterio que personifico en el magistrado Sr. **CASTRO FERNÁNDEZ** a través de las sentencias de la que es ponente.

¹⁴ Propicia tal uso la ausencia de alternativas de valoración que podría y debería haber elaborado la jurisdicción.

¹⁵ Sobre la primera de estas sentencias, sin conocer todavía la segunda, hice un encomiástico comentario de alcance en la Revista de Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2007, núm. 23, pp. 78-79.

¹⁶ Doctrina que se traducía en una especie de resurrección virtual del superado principio de la inmunidad empresarial.

¹⁷ Téngase en cuenta que en el orden civil, pese a algunos apuntes bastante ténues, las prestaciones sociales por lucro cesante no se compensan en la cuantificación de la responsabilidad civil porque el lucro cesante *ex corporis damno* no se compensa (resarce), mientras que en el orden laboral dichas prestaciones se compensan en la cuantificación de la responsabilidad civil adicional del empresario porque se tiene plena conciencia de que el lucro cesante está compensado (resarcido), al menos parcialmente, a través de ellas.

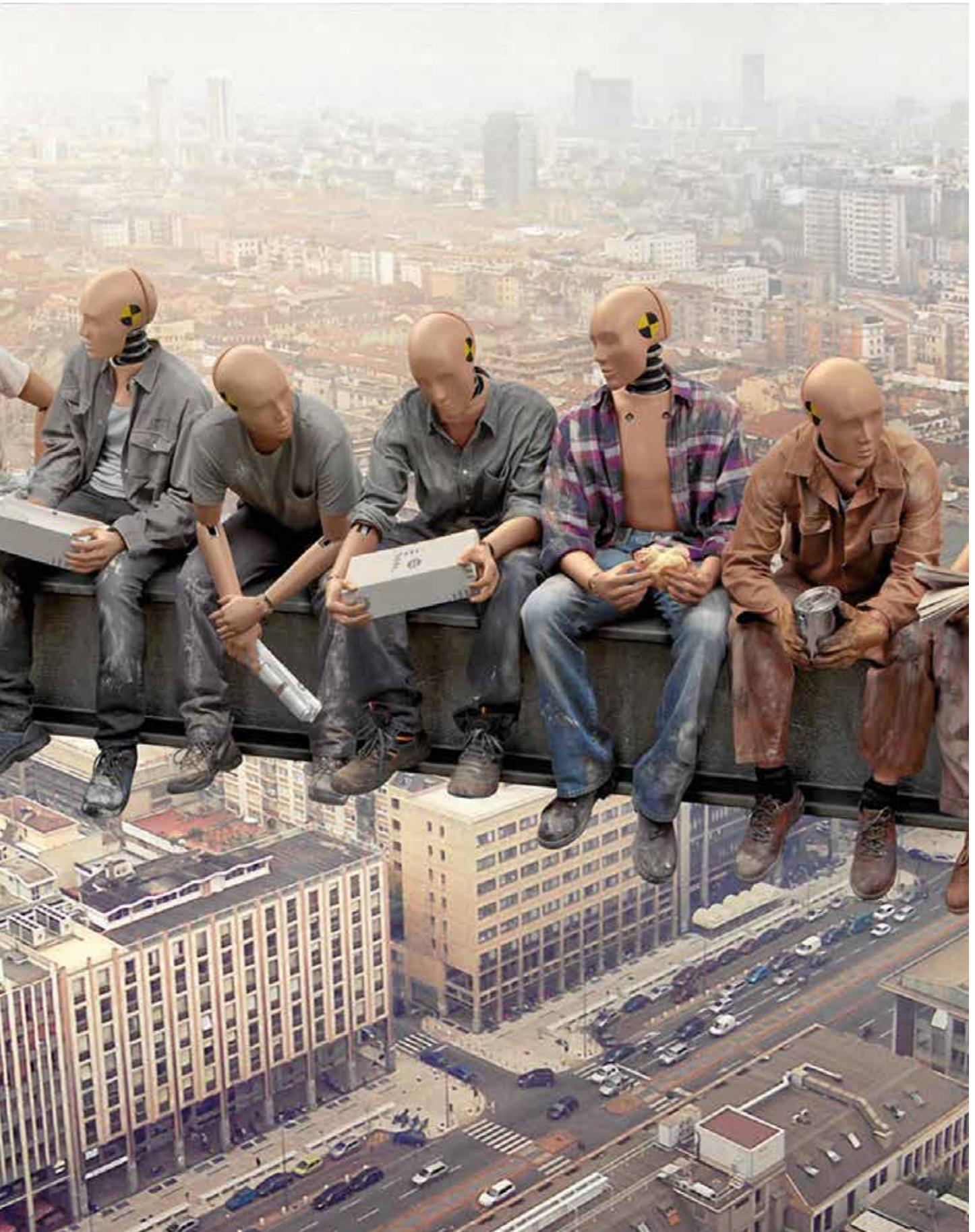
de los indicados factores se compensen con el importe de las prestaciones sociales (con inclusión de las complementarias de las mejoras voluntarias); y, siendo este importe superior al de aquellas cantidades, ello se ha traducido en eliminar aquellas partidas al cuantificar la responsabilidad civil adicional. De este modo, la indemnización por lucro cesante queda contraída en exclusiva a la proporcionada por la Legislación Social.

Pero la anterior doctrina sufrió una importante alteración parcial con la sentencia plenaria de 23 de junio de 2014 (**CASTRO FERNÁNDEZ**)¹⁸ que declaró con gozoso acierto que el factor de corrección de la incapacidad permanente sólo sirve para reparar perjuicios de índole personal¹⁹, dando ello lugar a que la cantidad a reconocer

¹⁸ Sobre esta sentencia me remito a dos comentarios que le he dedicado: *Protocolo para cuantificar los perjuicios sufridos por un accidentado laboral por culpa de su empresario. Su traslado para cuantificar la responsabilidad civil por daños corporales ajenos al tránsito motorizado (a propósito de la STS, Sala 4ª, de 23 de junio de 2014)*, Base Electrónica Sepín, SP/DOCT/18687, 2014, noviembre, t. m. 32 pp.; y *El factor de corrección de la incapacidad permanente sirve sólo para reparar los perjuicios personales de actividad causados por las secuelas padecidas. Comentario a la STS (Sala 4ª) de 23 de junio de 2004*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 51, 3er trimestre, pp. 89-90.

¹⁹ El perjuicio psicofísico permanente se resarce, dentro del primer nivel de la individualización perjudicial, como un perjuicio estático, mediante la indemnización básica que resulta de la combinación de las tablas VI y III, completada con al indemnización correspondiente al factor de daños morales complementarios, previsto en la tabla IV, mientras que dicho perjuicio, en su expresión dinámica, se resarce precisamente a través del factor de la incapacidad permanente. Superando la conceptualización inicial de este factor de corrección como una norma reguladora de un supuesto de composición mixta, comprensivo de perjuicios personales y perjuicios patrimoniales, me atuve ya al criterio de que repara exclusivamente los perjuicios personales ligados a los efectos impeditivos de las lesiones permanentes en mi obra *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, t. 6, Las lesiones permanentes. Bibliografía, 2000, pp. 207-209; desarrollé esta interpretación, impuesta por el principio institucional de la vertebración perjudicial, en mi monografía *La incapacidad permanente en el sistema legal de valoración de los daños corporales, Estudio doctrinal y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2008, 762 pp.; y volví a ocuparme de este factor en mi artículo *El resarcimiento de los perjuicios personales causados por la lesión permanente (III). El segundo nivel de la individualización perjudicial: el resarcimiento especial de los perjuicios personales de actividad (el factor de la tabla IV, referente a la incapacidad permanente)*, en AAVV, *Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses*, dirección Santiago Delgado Bueno, t. 2, *Toxicología Forense. Daño corporal o psicofísico. Daño cerebral adquirido*, coordinadores Fernando Bandrés Moya/Santiago Delgado Bueno/Mariano Medina Crespo/José-Manuel Torrecilla Jiménez, Bosch, Barcelona, 2012, cap. 97, pp. 825-845.





por tal factor se mantenga en su integridad sin efectuar su supresión total o parcial, con lo que la compensación ha quedado reducida a las cantidades resultantes del factor de corrección por perjuicios económicos²⁰.

4. La proyección del nuevo Baremo de Tráfico sobre la doctrina social atinente a la cuantificación de la responsabilidad civil adicional del empresario

Esa situación va a sufrir una importante modificación como consecuencia del nuevo Baremo de Tráfico, en la medida en que se aplique a la responsabilidad civil adicional del empresario, pese a que está también sometido a un principio de reparación parcial, con las consiguientes limitaciones cualitativas y cuantitativas. Por eso, es interesante registrar las consecuencias que han de proyectarse sobre la cuantificación de la responsabilidad adicional del empresario cuando aquél se maneje²¹.

Sobre la base de que la jurisdicción social se atiene a la técnica del descuento condicionado, lo estrictamente correcto sería que se calculara la indemnización civil de modo que fuera comprensiva de todos los perjuicios padecidos con separación de los personales y de los patrimoniales y con separación, dentro de cada uno de estos dos niveles primarios de la perjudicialidad, de los diversos conceptos dañosos a través de los diversos niveles consecutivos de individualización; y, una vez fijadas las cantidades, tendría que acudirse a la cantidad reconocida en concepto de lucro cesante para deducir el importe de las prestaciones sociales. Pero, en la medida en que, sin actuar así, la jurisdicción se atenga facultativamente a la utilización del nuevo Baremo, con marginación del principio institucional de la reparación íntegra, se altera la actual mecánica de la compensatio, por la computación de los beneficios sociales.

El nuevo Baremo ofrece la singularidad de que aísla de modo técnico el lucro cesante como concepto perjudicial y de que lo resarce

²⁰ Cantidades que tampoco habrían de compensarse si se considerara que este factor sirve sólo para reparar un perjuicio patrimonial básico ligado al concepto de daño emergente y desligado de su conceptualización como regulador de una tasación bastante abstracta del lucro cesante.

²¹ Amplió en este epígrafe las consideraciones efectuadas al respecto en mi artículo *Los principios institucionales de la valoración del daño en el vigente Baremo de Tráfico y en el propuesto para su reforma por el Comité de Expertos*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 53, 2015, 1^{er} trimestre, pp. 21-22.



con plena autonomía mediante una serie de reglas específicas, desapareciendo las valoraciones abstractas –abstractas y ajenas a la realidad económica– propias del vigente. Se está ante un verdadero hito valorativo que rompe una tradición ancestral de preterición resarcitoria.

Consecuencia de este nuevo enfoque resarcitorio es que desaparece el factor de corrección por perjuicio económicos y que el factor de corrección de la incapacidad permanente es sustituido por el resarcimiento del perjuicio personal particular consistente en la pérdida de calidad de vida, sin que la norma reguladora de éste contemple al respecto el más mínimo perjuicio patrimonial, dando así la razón a



la doctrina plenaria de la Sala 4ª del TS que ha interpretado en tal sentido el indicado factor de corrección.

La especialidad que ofrece el nuevo Baremo respecto del resarcimiento del lucro cesante generado por la muerte y por las lesiones permanentes laboralmente impeditivas radica en que, establecidas las pertinentes reglas de valoración, su resultado se plasma en una serie de tablas en las que la cantidad asignada al perjudicado se calcula previa deducción de la que se estima percibe en concepto de pensión social. Así resulta de lo establecido en el art. 88 respecto de la reducción del importe calculado de las pensiones sociales devengadas por causa de

muerte; y así resulta del art. 132 respecto de la reducción del importe calculado de las pensiones adjudicadas por incapacidad permanente absoluta y total²², teniendo en cuenta que, en el caso de la gran invalidez, no se computa reductoramente el incremento relativo a la ayuda por tercera persona (art. 125.4), dado que su computación tiene lugar al regularse el resarcimiento de este concreto concepto perjudicial conforme a la transparencia del principio vertebrador.

²² También la prestación alzada por incapacidad parcial, según prevé el precepto mencionado, con terminología equivocada, dado que, en este caso, no se percibe pensión alguna.

Nos encontramos así con que las indemnizaciones tabulares por lucro cesante están montadas sobre una previa eliminación del montante adjudicado a la prestación social, según prevé de modo explícito el texto articulado como supuesto de *compensatio ex lege*.

El descuento que se efectúa del importe calculado de la prestación social está llamado a tener una enorme repercusión en el tratamiento resarcitorio de la responsabilidad civil adicional del empresario, porque, una vez deducido, su importe no puede compensarse judicialmente con la cantidad que prevé el Baremo para resarcir el lucro cesante. Por tanto, el importe de las pensiones sociales no repercute en absoluto en la positiva aplicación de las cantidades previstas en el Baremo de Tráfico para el resarcimiento del lucro cesante, pues esa compensación la ha efectuado ya el propio Baremo. En consecuencia, en el ámbito del orden social, la regla de la *compensatio lucri cum damno* tiene que cesar respecto del resarcimiento de las ganancias frustradas socorridas por la Seguridad Social cuando se aplique el nuevo Baremo, pues sus tablas ya han efectuado la ponderación reductora de la prestación social que las restaura parcialmente. De este modo, los trabajadores accidentados o sus causahabientes, van a recibir a través de la responsabilidad adicional del empresario unas cantidades que hasta ahora les estaban virtualmente vedadas; cantidades que sirven para completar el resarcimiento proporcionado por las prestaciones sociales.

La jurisdicción social tendrá que reconocer estas cantidades en concepto de resarcimiento complementario de lucro cesante, sin deducir el capital-coste de las pensiones sociales ni la indemnización reconocida en caso de incapacidad permanente parcial, precisamente porque, de detraerse, se produciría un doble descuento, el que ya realiza el Baremo para fijar la cantidad líquida a reconocer en concepto de lucro cesante y el que realizaría después el juzgador social, siendo completamente absurdo que pueda realizarse una doble *compensatio lucri cum damno*.

A su vez, cuando el lesionado padezca lesiones permanentes no invalidantes²³, dado que el Baremo de Tráfico proyectado no reconoce cantidad alguna por un lucro cesante que sí resarce en cambio, el Baremo Social, la cantidad que se reconoce en virtud de éste no puede ser objeto de computación reductora alguna, sien-

²³ Llamadas así con impropiedad, pues también son incapacitantes, aunque sin alcanzar un porcentaje del 33%, según he resaltado ya.

do concluyente que no puede realizarse para disminuir la cantidad a reconocer por los perjuicios personales causados por las lesiones permanentes, por impedirlo el criterio de la necesaria homogeneidad.

Por otra parte, la baremación del coste de la ayuda a prestar al gran inválido por la ayuda de tercera persona en el Baremo proyectado está montada sobre la reducción del importe calculado de las percepciones públicas por tal concepto (art. 125.4); y ello determina que el importe de éstas no pueda compensarse con la cantidad baremada. Esta compensación habría de efectuarse sólo en el caso de que el cálculo del coste de tal ayuda se efectúe mediante una valoración distinta de la tabular.

Ahora bien, cuando las pensiones sociales se completan con mejoras voluntarias, en la medida en que se siga considerando que éstas coadyuvan a la reparación del lucro cesante padecido por el trabajador accidentado (o por sus causahabientes en caso de muerte)²⁴, dado que, naturalmente, sus importes no están computados en las tablas del Baremo, sus importes se han de compensar con las sumas baremadas para el resarcimiento del lucro cesante, disminuyendo su importe si la cantidad tabular es superior al de la mejora voluntaria o suprimiéndolo en el caso de que el importe de la mejora sea superior; y ello salvo que la jurisdicción efectúe un cálculo extratabular del lucro cesante, en cuyo supuesto su importe tendría que compensarse con el de las prestaciones sociales y las mejoras voluntarias.

Pero, si se rectificara la doctrina de la Sala Social del Tribunal Supremo y se llegara a la conclusión de que, en el caso de la muerte y de las incapacidades permanentes, las prestaciones obtenidas en virtud de mejoras voluntarias del régimen de la Seguridad Social (dado que no se tiene en cuenta en absoluto el nivel salarial del trabajador) sirven para reparar perjuicios personales y no patrimoniales²⁵, habría efectuarse la compensación de su importe con el total de las cantidades a reconocer por el Baremo en concepto de perjuicios personales.

²⁴ Sobre la consistencia resarcitoria de las mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social, me remito a un pequeño comentario de sentencia, *La mejora de Seguridad Social establecida en la disposición convencional sólo puede compensarse con lo percibido por el concepto de lucro cesante. Comentario a la STS (Sala 4ª) de 13 de marzo de 2014*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 49, 1er trimestre, pp. 107-108.

²⁵ Así podría preverse de modo explícito al acordarse y regularse estas mejoras voluntarias.

El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (D&O) ante las novedades legislativas y jurisprudenciales*



Alberto J. Tapia Hermida

Catedrático (acr.) de Derecho Mercantil
Socio de Estudio Jurídico Sánchez Calero

Sumario

I. LA ADAPTACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES A LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES: UNA TORMENTA PERFECTA SE CIERNE SOBRE LOS SEGUROS DE D&O.

A) NOVEDADES LEGISLATIVAS: EL INCREMENTO DE LOS DEBERES Y DEL RIESGO DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES.

1. Novedades en la responsabilidad civil de los administradores y directivos.
2. Novedades en la responsabilidad penal de los administradores y directivos.
3. Novedades en la responsabilidad administrativa de los administradores y directivos.

B) NOVEDADES JURISPRUDENCIALES: DOCTRINA RECIENTE SOBRE LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO PERJUDICADO CONTRA EL ASEGURADOR.

1. La Sentencia núm.200/2015, de 17 de abril: la cobertura por la aseguradora de la actuación dolosa del asegurado frente al tercero perjudicado.
2. La Sentencia núm.213/2015, de 17 de abril: la posible postergación a un nuevo proceso de la determinación del daño causado por el asegurado al tercero perjudicado.

C) LA ADAPTACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS A LAS REFORMAS LEGALES.

1. El nuevo marco de adaptación: La reforma de la Ley de Contrato de Seguro por la ley 20/2015.
2. Elementos personales.
3. Coberturas.
4. Exclusiones.

* Este estudio se basa -actualizándolo- en el texto preparado en su día para nuestra participación sobre "La adaptación de las pólizas de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades a las modificaciones legislativas" en el primer Panel del XVII Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro organizado por el INESE y celebrado en Madrid, el día 25 de junio de 2015.

D) EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL COMO UN INSTRUMENTO ALTERNATIVO DE SOLVENCIA DE DETERMINADOS INTERMEDIARIOS FINANCIEROS: UN NUEVO “NICHOS” DE NEGOCIO PARA LOS ASEGURADORES DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

1. Ventajas de estos seguros voluntarios de responsabilidad civil profesional como alternativa a la inmovilización de fondos propios para garantiza la solvencia de determinados intermediarios financieros.
1. El seguro de responsabilidad civil profesional de las Sociedades Gestoras de Entidades de Inversión Colectiva de tipo Cerrado (SGEIC).
2. El seguro de responsabilidad civil profesional de las Sociedades Gestoras de Entidades de Instituciones de Inversión Colectiva (SGIIC).
3. El seguro de responsabilidad civil profesional de las plataformas de financiación participativa (“crowdfunding”).

II. REFERENCIA ESPECIAL AL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES.

A) ASPECTOS SUSTANCIALES: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA DE LOS ASEGURADORES.

1. El principio general de la responsabilidad civil directa de los aseguradores frente a los terceros perjudicados por los delitos o faltas.
2. La ubicación del delito como un “hecho de la administración” en la actividad profesional de los administradores o directivos cubierta por los seguros de D&O como presupuesto de la responsabilidad civil directa de los aseguradores frente a los terceros perjudicados por los delitos.
3. La extensión de la responsabilidad civil de las aseguradoras desde los seguros de responsabilidad civil obligatorios a los voluntarios, las funciones sociales de carácter general que se le encomiendan y sus consecuencias sobre aquellos seguros.
4. Algunas precisiones sobre el alcance de la cobertura de estos seguros de D&O que son especialmente relevantes en cuanto a la responsabilidad civil derivada de delito.
 - 4.1. La cobertura principal: la eficacia limitada de las exclusiones de los actos incorrectos dolosos.
 - 4.2. Cobertura accesoria: las fianzas exigibles a los administradores y directivos.
 - 4.3. Cobertura accesoria: La defensa jurídica de los administradores y directivos asegurados. En particular, los anticipos de gastos de defensa jurídica en los procesos penales y administrativos sancionadores.

B) ASPECTOS PROCESALES: LAS POSICIONES ACTIVAS Y PASIVAS DE LAS ASEGURADORAS EN LOS PROCEDIMIENTOS PENALES.

1. La legitimación pasiva de las aseguradoras como responsables civiles directas.
2. La legitimación activa de las aseguradoras como actores civiles.

III. CONCLUSIONES.

I. LA ADAPTACIÓN DE LAS PÓLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES A LAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES: UNA TORMENTA PERFECTA SE CIERNE SOBRE LOS SEGUROS DE D&O.

Los aseguradores de los seguros de responsabilidad civil profesional de los administradores y directivos de sociedades de capital (las llamadas pólizas de D&O) ven –o, cuando menos, sería prudente que vieran– en el horizonte una tormenta que –por ser fruto de la concurrencia de varios factores extraordinariamente relevantes– merecería la calificación de “perfecta” (o, en términos más próximos a los

seguros de daños, de “ciclogénesis explosiva”). Y esta tormenta generada por las novedades más recientes tanto en el plano legislativo como jurisprudencial nos conduce a advertir sobre la necesidad de contratar nuevos seguros de D&O o, cuando menos, de adaptar las pólizas a estos nuevos riesgos.

A) Novedades legislativas: el incremento de los deberes y del riesgo de responsabilidad de los administradores y directivos de sociedades.

Por una parte del horizonte se acumulan nubes legislativas que se han venido desarrollando en distintos momentos y órdenes, pero que comparten el común

denominador de incrementar los deberes de los administradores de las sociedades de capital y, consiguientemente, el riesgo de que incurran en causa de responsabilidad civil, administrativa o penal. Nos referimos a las novedades legislativas siguientes:

1. Novedades en la responsabilidad civil de los administradores y directivos.

a) la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo modificó profundamente los deberes de los administradores de las sociedades de capital en general (p.ej. arts. 225 y ss.) y de las sociedades anónimas cotizadas en particular (art. 529 bis y ss.) así como el régimen de su responsabilidad (arts.2 38 y ss.).

b) El Real decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, que modificó el art.165 de la Ley Concursal para introducir un nuevo supuesto de presunción de dolo o culpa grave a los efectos de calificar un concurso como culpable consistente en la negativa sin causa razonable a la capitalización de créditos o a la emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación.

2. Novedades en la responsabilidad penal de los administradores y directivos.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo en el Código Penal novedades relevantes para los administradores de las sociedades de capital al establecer, por una parte, en su art. 31 bis, unos “puertos seguros” o mecanismos de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas siempre que se cumplan determinadas condiciones de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (dispositivos de seguridad de indudable relevancia en el ámbito asegurador para evaluar el riesgo en cada caso); y, por otra parte, reubicar los delitos de administración desleal.

3. Novedades en la responsabilidad administrativa de los administradores y directivos.

a) La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que modificó profundamente el régimen de la responsabilidad general –y, especialmente, de la administrativ– de los administradores y di-

rectivos de este tipo de entidades que tanta notoriedad han adquirido en el ámbito asegurador por los procedimientos incoados frente a los administradores de las cajas de ahorros y sociedades filiales de aquellas a resultas de su crisis.

b) La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras que establece, por una parte, un régimen de responsabilidad y deberes de los órganos de administración o dirección de las entidades aseguradoras o reaseguradoras (art. 39) y, por otra, un sistema de gobierno de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (art. 65 y ss.) de indudable relevancia sobre el estatuto de tales administradores y directivos

B) Novedades jurisprudenciales: doctrina reciente sobre la acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador.

De las Sentencias más recientes de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, queremos destacar las dos siguientes (en las que actuó como ponente el Excmo. Sr. **SEIJAS QUINTANA**) que tienen como denominador común, tratar dos aspectos relevantes de la acción directa del tercer perjudicado contra el asegurador.

1. La Sentencia núm.200/2015, de 17 de abril: la cobertura por la aseguradora de la actuación dolosa del asegurado frente al tercero perjudicado.

En primer lugar, la Sentencia núm.200/2015, de 17 de abril (RJ 2015/1199) viene a confirmar, en un seguro de responsabilidad civil profesional de un arquitecto, la doctrina de la Sala sobre la inoponibilidad por el asegurador del dolo del asegurado frente a la acción directa del tercero perjudicado.

a) El supuesto de hecho consistió en que, en la construcción de unas viviendas, se cometieron unos defectos constructivos ruinógenos derivados de infracciones urbanísticas tan groseras que llevaron a apreciar malicia o dolo en el resultado querido por el arquitecto asegurado. Lo que llevó a la aseguradora a negar la cobertura por aplicación de una exclusión, debidamente destacada y aceptada como cláusula limitativa.

b) El conflicto jurídico nace cuando la comunidad de propietarios ejercita acción contra la promotora, la constructora, el arquitecto y su aseguradora, así como contra el aparejador dirigida a obtener la indemnización por las de-

ficiencias de orden urbanístico y constructivo existentes en el edificio, al amparo del artículo 1.591 del Código Civil. La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Zaragoza de 27 de enero de 2012 estima parcialmente la demanda, absolviendo a la aseguradora; pronunciamiento éste que se confirma por la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de julio de 2012 que, finalmente se revoca por el Tribunal Supremo, al estimar el recurso de casación interpuesto por la comunidad demandante y condenar a la aseguradora.

c) La doctrina sentada por la Sala parte de la base de tres Sentencias de la misma Sala que cita como precedentes esenciales y que son:

- La Sentencia de 26 de noviembre de 2006 que circunscribe la norma contenida en el art. 76 de la LCS de inoponibilidad de excepciones por el asegurador frente a la acción directa a las excepciones personales o subjetivas y no a las objetivas¹.

- La Sentencia de 8 de marzo de 2007 que excluye de aquella regla de inoponibilidad de excepciones las objetivas que delimitan el riesgo asegurado y, por consiguiente, la cobertura del seguro y su precio o prima.

- La Sentencia de 23 de abril de 2009 que consolida la posibilidad del asegurador de oponer las denominadas “excepciones impropias” o hechos impeditivos objetivos.

Establecidas estas bases, la Sentencia de 17 de abril de 2015 estima el recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios sobre la base de una interpretación que indaga la voluntad del legislador de 1980 para mantener que no se trata de decir que el dolo es asegurable ni de privar a este seguro de su aleatoriedad esencial, sino de aplicar una “norma socializadora y tuitiva” del derecho de resarcimiento del tercer perjudicado².

¹ Se transcribe el siguiente razonamiento de dicha Sentencia: “De esa forma, el asegurador puede oponer al perjudicado que el daño sufrido por él es realización de un riesgo excluido en el contrato. Lo que no puede es oponerle aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, al tratarse de una excepción de carácter personal, eficaz ante la otra parte de la relación convencional, pero inoponible caso de ejercicio de la acción directa contra el asegurador, sin perjuicio del derecho de repetición que asiste a éste contra el asegurado, cuando haya de pagar la indemnización al tercero”.

² En este sentido, los dos últimos párrafos de su Fundamento de Derecho Segundo dicen: “Y es que, al establecer el artículo 76 de la LCS que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente

Esta Sentencia nos parece particularmente relevante por dos razones: primero, porque el propio “iter” procesal del caso –con pronunciamientos disconformes– revela la falta de consenso en la jurisprudencia menor de las audiencias provinciales sobre la solución finalmente adoptada por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo; y, segundo, porque confirma, en el ámbito de la jurisprudencia civil, el criterio sentado por la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 588/2014 de 25 julio, a la que después haremos referencia detallada.

2. La Sentencia núm. 213/2015, de 17 de abril: la posible postergación a un nuevo proceso de la determinación del daño causado por el asegurado al tercero perjudicado.

En segundo lugar, la Sentencia núm. 213/2015, de 17 de abril (RJ 2015/1198) viene a confirmar, en un seguro de responsabilidad civil

al asegurado, se ha configurado una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley, que si bien permite a la aseguradora oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo excluido en el contrato, no le autoriza oponer aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como es la causación dolosa del daño, “sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado”; derecho de repetición que sólo tiene sentido si se admite que el asegurador no puede oponer al perjudicado que el daño tuvo su origen en una conducta dolosa precisamente porque es obligación de la aseguradora indemnizar al tercero el daño que deriva del comportamiento doloso del asegurado. (...) No se trata con ello de sostener la asegurabilidad del dolo –STS Sala 2ª 20 de marzo 2013 (RJ 2013, 8070)–, sino de indagar si el legislador de 1980, junto a ese principio general que se respeta en su esencialidad, ha establecido una regla en el sentido de hacer recaer en el asegurador la obligación de indemnizar a la víctima de la conducta dolosa del asegurado. El automático surgimiento del derecho de repetición frente al causante del daño salva el dogma de la inasegurabilidad del dolo: nadie puede asegurar las consecuencias de sus hechos intencionados. Faltaría la aleatoriedad característica el contrato de seguro. Lo que hace la Ley es introducir una norma socializadora y tuitiva (con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con víctima del asegurado. La aseguradora al concertar el seguro de responsabilidad civil y por ministerio de la ley (art. 76 LCS) asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de responsabilidad civil surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolosa... Y es que cabalmente el art. 76L CS rectamente entendido solo admite una interpretación a tenor de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerlos en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir. Lo que significa en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el legislador, es que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicada”.

profesional de un médico, la doctrina de la Sala sobre la posible remisión a un proceso ulterior de la cuantificación del daño reclamado por el tercer perjudicado al asegurador.

a) El supuesto de hecho consiste en que, en el transcurso de un parto, un menor resultó perjudicado por la intervención médica y sus padres ejercitan la acción directa contra la aseguradora del médico interviniente solicitando se declarara la responsabilidad civil directa de la misma y dejando la cuantificación de los daños para un pleito posterior.

b) El conflicto jurídico así planteado pasa por las distintas instancias con pronunciamientos conformes porque la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº. 54 de Madrid de 6 de marzo de 2013 estimó la demanda; pronunciamiento que fue confirmado por la Sentencia de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de enero de 2014; que fue, a su vez, confirmada por el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 17 de abril de 2015, al desestimar el recurso de casación.

c) La doctrina sentada por la Sala se inspira en un criterio tuitivo del tercer perjudicado y admite la postergación de la cuantificación del daño para un pleito ulterior sobre una doble base: material, en el art. 76 de la LCS; y procesal, en el art. 219.3 de la LEC³.

C) la adaptación de las pólizas de responsabilidad civil de administradores y directivos a las reformas legales.

1. El nuevo marco de adaptación: La reforma de la Ley de Contrato de Seguro por la Ley 20/2015.

Debemos comenzar por enmarcar este proceso de adaptación en el novísimo marco

³ Esta doble base se concreta en el primer párrafo de su Fundamento de Derecho Segundo cuando dice: *“El recurso se desestima. El recurso plantea una cuestión que no tiene sustento ni en la Ley ni en la jurisprudencia de esta Sala y que, de prosperar, limitaría no solo el derecho del perjudicado a ejercitar una acción reconocida en su beneficio por el ordenamiento jurídico, como es la acción directa del artículo 76, en aquellos supuestos en los que no es posible cuantificar la indemnización debida en el momento en que formula la demanda, sino que dejaría sin contenido el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), que lo autoriza; todo ello a partir de una alegación novedosa como la que cuestiona esta forma de proceder le privaría de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitativas del riesgo, como es el capital máximo por siniestro, lo que además no es cierto pues nada impedía a la aseguradora plantear o excepcionar esas supuestas cláusulas delimitativas del riesgo tanto en el primer pleito como en el segundo”*.

normativo de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras que, en su Disposición Final Primera, modificará -con efectos de 1 de enero de 2016- el apartado 3 del artículo octavo de la Ley de Contrato de Seguro para dejar una redacción que deberá ser tenida en cuenta a la hora de adaptar las pólizas de D&O porque precisa que se deberá reflejar la *“naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente”*.

2. Elementos personales.

En el proceso de adaptación de los elementos personales de estas pólizas de D&O debemos distinguir dos ámbitos:

a) En las pólizas de D&O de las sociedades de capital en general.

En su proceso de revisión, habrá que tener en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: La extensión de la cobertura a las “personas vinculadas a los administradores”, tal y como se definen en el art. 231 de la LSC; la extensión “ope legis” de la responsabilidad civil a los administradores de hecho, tal y como se tipifican en el art. 236.3 de la LSC; extensión de la cobertura a la persona física que represente al administrador persona jurídica conforme al art. 236.5 de la LSC;

b) En las pólizas de D&O de las sociedades anónimas cotizadas.

En cuanto a los tomadores de estas pólizas, la revisión es necesaria por cuanto las reformas que introdujo la Ley 31/2014 en el estatuto de la sociedad anónima cotizada contenido en el Título XIV (arts. 495 a 539) de la LSC obligan a revisar y distinguir claramente el grado de riesgo cubierto en las pólizas de D&O de las sociedades de capital en general y de las sociedades anónimas cotizadas.

En cuanto a los administradores asegurados, la revisión también resulta precisa porque las reformas mencionadas en el estatuto de la sociedad anónima cotizada obligan a revisar las pólizas de D&O de este tipo de sociedades a efectos de discriminar los riesgos de responsabilidad civil de los siguientes cargos: El presidente, a la vista de las nuevas responsabilidades que le asigna

el art. 529 sexies de la LSC; el secretario del consejo de administración, a la vista de las nuevas responsabilidades que le asigna el art. 529 octies de la LSC; los consejeros ejecutivos, dominicales e independientes, a la vista de las diferentes responsabilidades que les asigna el art. 529 duodecies de la LSC; y los miembros de las comisiones de auditoría y de nombramientos y retribuciones, a la vista de las responsabilidades específicas que les asignan el art. 529 quaterdecies y el art. 529 quindecies, respectivamente, de la LSC.

3. Coberturas.

Deberán revisarse, entre otros, los aspectos siguientes: La cobertura de los gastos de defensa en función de la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada administrador que determina su deber general de diligencia (art. 225.1 LSC); el reembolso por la sociedad de los gastos al accionista que haya ejercitado la acción social de responsabilidad (art. 239.2 LSC); el plazo común de 4 años de prescripción de las acciones de responsabilidad (art. 241. bis LSC) en relación con la extensión de la cobertura a los antiguos administradores.

4. Exclusiones.

Deberán revisarse, entre otros, los aspectos siguientes La adaptación de las cláusulas de exclusión de ventajas o beneficios indebidos al nuevo deber de abstenerse de obtener ventajas o remuneraciones indebidos como expresión del deber general de lealtad y del especial de evitar situaciones de conflicto de interés (art. 229.1.e LSC).

D) El seguro de responsabilidad civil profesional como un instrumento alternativo de solvencia de determinados intermediarios financieros: un nuevo “nicho” de negocio para los aseguradores de responsabilidad civil.

1. Ventajas de estos seguros voluntarios de responsabilidad civil profesional como alternativa a la inmovilización de fondos propios para garantiza la solvencia de determinados intermediarios financieros.

Relacionado con lo anterior, queremos llamar la atención sobre la proliferación, en las normas financieras más recientes, del posible uso de seguros de responsabilidad civil profesional con medios de garantía de la solvencia de algunos intermediarios financieros. Detectamos así un nuevo “nicho de negocio” potencial para las aseguradoras de responsabilidad civil





profesional que podrán ofrecer sus seguros a la importante industria de la inversión colectiva para que las SGEIC o SGIC puedan cubrir las exigencias legales sin necesidad de inmovilizar recursos propios adicionales.

1. El seguro de responsabilidad civil profesional de las Sociedades Gestoras de Entidades de Inversión Colectiva de tipo Cerrado (SGEIC).

En primer lugar, la Ley 22/2014, de 12 de noviembre⁴, en su art.48 señala, entre los “requisitos de la autorización” de las Sociedades Gestoras de Entidades de Inversión Colectiva de tipo Cerrado (SGEIC), el de “contar con un capital social inicial y unos recursos propios adicionales”, entre los que incluye “a fin de cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesional en relación con las actividades que puedan realizar las SGEIC, y las SCR o SICC autogestionadas” el de “tener recursos propios adicionales que sean adecuados para cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesional en caso de negligencia profesional o suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional para hacer frente a la responsabilidad por negligencia profesional que esté en consonancia con los riesgos cubiertos”⁵.

2. El seguro de responsabilidad civil profesional de las Sociedades Gestoras de Entidades de Instituciones de Inversión Colectiva (SGIIC).

En segundo lugar, el Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero⁶, da nueva redacción al art. 100.1 del RIIC para establecer que las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva (SGIIC) y las sociedades de inversión autogestionadas deberán disponer en todo momento de unos recursos propios entre los que se mencionan, “a fin de cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad profesio-

⁴ Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE núm.275, de 13.11.2014).

⁵ Añade el precepto que “a estos efectos, las SGEIC deberán ajustarse a lo previsto en el Reglamento delegado (UE) nº 231/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012”.

⁶ Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva (BOE núm.39, de 14.02.2015).

nal en relación con las actividades que puedan realizar” bien unos “recursos propios adicionales que sean adecuados para cubrir los posibles riesgos derivados de la responsabilidad en caso de negligencia profesional” o bien “suscribir un seguro de responsabilidad civil profesional para hacer frente a la responsabilidad por negligencia profesional”.

3. El seguro de responsabilidad civil profesional de las plataformas de financiación participativa (“crowdfunding”).

Por último, la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial⁷, en su art.58, dentro de los requisitos financieros que se le exigen a las plataformas de financiación participativa, menciona los de disponer en todo momento de un capital social íntegramente desembolsado en efectivo de, al menos, 60.000 euros; de un seguro de responsabilidad civil profesional, un aval u otra garantía equivalente que permita hacer frente a la responsabilidad por negligencia en el ejercicio de su actividad profesional, con una cobertura mínima de 300.000 euros por reclamación de daños, y un total de 400.000 euros anuales para todas las reclamaciones; o de una combinación de capital inicial y de seguro de responsabilidad civil profesional, aval u otra garantía equivalente que dé lugar a un nivel de cobertura equivalente.

II. REFERENCIA ESPECIAL AL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DELITOS COMETIDOS POR LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTIVOS DE SOCIEDADES.

A) Aspectos sustanciales: La responsabilidad civil directa de los aseguradores.

1. El principio general de la responsabilidad civil directa de los aseguradores frente a los terceros perjudicados por los delitos o faltas.

Este principio general se establece en el art. 117 del CP cuando dice que “los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien correspon-

da”. Responsabilidad directa frente al perjudicado que se corresponde con lo previsto en el art. 76 de la LCS⁸.

Si procedemos a trasladar al contrato de seguro de responsabilidad civil de D&O lo que dice el precepto transcrito llegamos a los resultados siguientes:

a) El interés asegurado es la relación económica entre el administrador o directivo asegurado y la integridad de su patrimonio que puede verse gravado por la deuda de resarcimiento de los terceros perjudicados, víctimas del delito cometido.

b) El riesgo cubierto por el asegurador es el nacimiento de aquella deuda de responsabilidad civil a cargo del administrador o directivo asegurado que ha cometido el delito. Ello siempre y cuando el asegurador hubiere asumido aquel riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación del bien, empresa, industria o actividad implicados en el delito.

c) El siniestro es el evento que determina el riesgo asegurado que hemos descrito, esto es, el nacimiento de la deuda de responsabilidad civil derivada del delito cometido por el administrador o directivo asegurado. En este punto, es importante recordar que, en la práctica, estas pólizas de seguro de D&O suelen operar bajo la fórmula de delimitación temporal del riesgo por referencia a la reclamación (“claims made”); por lo que –salvo que se tratara de seguros por grandes riesgos “ex” art. 107 de la LCS– deberán respetar los requisitos formales (referidos a su calificación como cláusulas limitativas) y materiales (por referencia a los límites mínimos anuales de cobertura anterior y posterior) que establece el párrafo segundo del art. 73 de la LCS.

d) El daño resarcible es la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada en el contrato de seguro, con la expresa reserva del derecho de repetición del asegurador contra quien corresponda, sea su propio asegurado “ex” art. 76 de la LCS o sea, además, otro tercer responsable del daño “ex” art. 48 de la LCS. En este último sentido, conviene destacar alguna decisión en la que los Tribunales del orden penal no admiten que la “insolvencia del asegurado o de sus herederos y la previsible

⁸ Ver SOTO NIETO, F., “Ejercicio de la acción directa contra la compañía aseguradora en el proceso penal. Cuestiones suscitadas”, en “El nuevo Código Penal y el contrato de seguro”, SEAIDA, Madrid 1998, p. 35 y ss.

⁷ BOE núm.101, de 28.04..2015.

esterilidad de la acción de repetición” sean argumentos válidos para denegar la acción directa de terceros perjudicados por delitos dolosos⁹.

2. La ubicación del delito como un “hecho de la administración” en la actividad profesional de los administradores o directivos cubierta por los seguros de D&O como supuesto de la responsabilidad civil directa de los aseguradores frente a los terceros perjudicados por los delitos.

A la vista de la jurisprudencia penal reciente, observamos cómo la “clave de arco” del debate se centra –como siempre ocurre con el seguro de responsabilidad civil¹⁰– en determinar, ante un supuesto concreto, cual es el riesgo cubierto o –en términos del art. 117 del CP– si, en el caso litigioso, el asegurador ha “*asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad*”.

En territorios análogos –en términos aseguradores– al seguro de D&O que nos ocupa, por tratarse de pólizas colectivas de seguro de responsabilidad civil profesional contratadas voluntariamente, vemos cómo la jurisprudencia del orden criminal, a la hora de enjuiciar la obligación de una aseguradora de cubrir la responsabilidad civil derivada de un delito de apropiación indebida cometido por una procuradora asegurada

por un seguro colectivo de su Colegio Profesional –que es el supuesto de hecho resuelto por la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 588/2014 de 25 julio– ofrece dos respuestas: a) La mayoritaria, que consideró que la apropiación indebida era una falta profesional de la procuradora en su función, cubierta por la póliza¹¹. b) La minoritaria, estricta, que consideró que la apropiación indebida era un delito ajeno a la actividad profesional de la procuradora como tal y que, en consecuencia, no estaba cubierta por la póliza¹².

A la vista de la jurisprudencia reciente y, en particular, extrapolarlo al seguro de D&O el criterio sentado en el seguro del automóvil por el Acuerdo No Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007, podríamos decir que la aseguradora no responderá de los daños ocasionados por la conducta dolosa del administrador o directivo asegurado cuando el cargo de administrador o directivo sea un instrumento buscado para causar el daño derivado, en su caso, del delito; pero si responderá por los daños diferentes a los propuestos directamente por el autor.

⁹ En tal sentido, la Sentencia núm. 420/2014 de 17 septiembre, de la Sección 16ª de la AP de Barcelona (JUR 2014\266706) dice: *Y, en fin, la alegación sobre la hipotética insolvencia del asegurado o de sus herederos y la previsible esterilidad de la acción de repetición tampoco se erige en circunstancia obstativa del derecho del tercero a ser indemnizado. La acción que el ordenamiento jurídico otorga a este es ejercitable con independencia del pronóstico del resultado de la acción de repetición que se confiere a quien debe indemnizarle, y, en todo caso, huelga apuntar que ni el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro ni el artículo 117 del Código Penal introducen condicionamiento alguno al derecho del tercero, y mucho menos relacionado con la posible insolvencia del asegurado. Ya se ha expuesto también que tal posibilidad de insolvencia del asegurado forma parte del riesgo empresarial de las compañías aseguradoras*.

¹⁰ Ver el comentario al art. 73 de la LCS por **SÁNCHEZ CALERO F.** en “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, cit. p. 1617 y ss.; y **TAPIA HERMIDA, A.J.**, “El Seguro de responsabilidad civil en la Propuesta de Código Mercantil” en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro nº 49 (2014), pp. 9 y ss. y “El proceso de reforma del régimen del seguro de responsabilidad civil: desde la vigente Ley de Contrato de Seguro hasta el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. La delimitación objetiva de la cobertura ante la nueva regulación de las condiciones generales y las cláusulas limitativas”, en la Revista Española de Seguros nº 158 (2014), pp. 143 y ss.

¹¹ Así, el último párrafo del Fundamento de Derecho Octavo de la Sentencia dijo al respecto: *“En consecuencia, en el caso actual, en el que la Procuradora condenada se apropió de determinadas cantidades pertenecientes a la parte perjudicada procedentes de procedimientos ejecutivos, recibidas de los órganos jurisdiccionales en el ámbito de su actividad profesional y precisamente como consecuencia de ella, ingresando dichas sumas en su propia cuenta y no entregándolas, como debería haber hecho, a la parte destinataria de las mismas, nos encontramos claramente ante una falta profesional de la que se deriva una responsabilidad civil, judicialmente declarada, manifiestamente cubierta frente a los terceros por el contrato de responsabilidad civil profesional en el que figura como tomador el Consejo General de Procuradores, sin perjuicio de la posibilidad del asegurador de repetir frente al asegurado, por el carácter doloso de su acción. Entenderlo de otro modo vaciaría de contenido efectivo el aseguramiento contratado”*.

¹² Interpretación expresada en el Voto Particular que formuló el Magistrado D. **JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN** cuando dijo: *“(…) la cuestión central del problema no es otra que la de determinar si 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. Porque el artículo 117 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) es claro cuando atribuye a los aseguradores responsabilidad civil directa, en reparación de los perjuicios causados por la infracción, tan sólo para los casos en los que “...hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad...”. 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”*.

3. La extensión de la responsabilidad civil de las aseguradoras desde los seguros de responsabilidad civil obligatorios a los voluntarios, las funciones sociales de carácter general que se le encomiendan y sus consecuencias sobre aquellos seguros.

Llegados a este punto, procede llamar la atención sobre la necesaria consideración de los efectos colaterales que sobre el equilibrio económico de los seguros voluntarios de D&O tendrá una extensión a los mismos de los criterios indemnizatorios propios de los seguros obligatorios¹³.

A estos efectos, conviene enmarcar la cuestión con dos observaciones generales sobre los seguros obligatorios de responsabilidad civil: (i) *de lege ferenda*, el establecimiento de estas obligaciones de asegurarse debería efectuarse por normas que deberían tener rango legal- incluidas las sumas mínimas aseguradas¹⁴- al seleccionar las actividades que socialmente originan riesgos especialmente graves, bien por su extensión (v.gr. circulación de vehículos automóviles o caza) o bien por sus dimensiones (v.gr. energía nuclear); (ii) *de lege data*, la proliferación singular en nuestro país de estos seguros obligatorios de responsabilidad civil que, a fecha de hoy, alcanzan un número aproximado de 400¹⁵, en cálculos manifiestamente pru-

dentos. Esta proliferación de seguros obligatorios de responsabilidad civil profesional no sólo afecta a nuestro Derecho, sino también al Derecho comunitario¹⁶.

En relación con lo indicado, hay que recordar que la Disposición Adicional Segunda de la Ley 20/2015 regula el establecimiento de seguros obligatorios diciendo -en su apartado 1- que *“se podrá exigir a quienes ejerzan determinadas actividades que presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad de las personas, incluida la seguridad financiera, la suscripción de un seguro u otra garantía equivalente que cubra los daños y perjuicios que puedan provocar y de los que sean responsables”* y añadiendo que *“la garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto”*. En particular, se impone el rango legal necesario de las disposiciones que establezcan estos seguros obligatorios cuanto -en su apartado 2- dice que *“la obligación de suscripción de seguros deberá establecerse mediante normas con rango de Ley”* que deberán contar con un informe preceptivo de la DGSFP o del órgano competente de las Comunidades Autónomas, con objeto de que puedan formular observaciones en materia de técnica aseguradora.

Dicho lo anterior, observamos en la jurisprudencia penal más reciente que la expansión de la responsabilidad civil directa de las aseguradoras desde los seguros obligatorios a los voluntarios encuentra una justificación adicional en una tendencia igualmente expansiva de la función “social” que se le atribuye a estos seguros porque, de ser instrumentos para la

¹³ Ver **SOTO NIETO, F.**, “El dolo y el seguro. Daños causados por delito doloso y el seguro de suscripción obligatoria”, en “El nuevo Código Penal y el contrato de seguro”, SEAIDA, Madrid 1998, p. 73 y ss.

¹⁴ El art. 592-46 de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia el 20 de junio de 2013. Edita Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid (2013), se refería a los *“seguros obligatorios”* con dos previsiones novedosas de carácter estrictamente mercantil porque: primero, dice que *“en los supuestos que una disposición legal imponga la contratación obligatoria de un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de una determinada actividad o profesión deberá fijar los límites de la suma asegurada”*; y segundo, añade que *“las disposiciones específicas establecidas, en su caso, respecto a la regulación de cada seguro obligatorio, prevalecerán sobre lo dispuesto en este Código que se aplicará con carácter subsidiario”*.

¹⁵ El amplísimo catálogo de este tipo de seguros que existen en nuestro Ordenamiento resulta notablemente mayor en número al que existe en el resto Estados comunitarios, como así lo señala el Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro publicado el 27 de febrero de 2014 (ver “Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law”, European Commission, Directorate General for Justice, European Union 2014) que, en su p. 15 (epígrafe 31). En concreto, constata que en nuestro país hay un número aproximado de 400 seguros obligatorios de responsabilidad civil frente a los 100 que existen en Francia o a los 30 de Alemania.

¹⁶ En tal sentido, podemos citar como ejemplo la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial que establece, en su art. 29.2.a), entre los requisitos para el reconocimiento por los Estados miembros de los intermediarios de crédito, el siguiente: *“los intermediarios de crédito deberán disponer de un seguro de responsabilidad civil profesional que cubra los territorios en los que ofrezcan servicios, o de cualquier otra garantía comparable frente a las responsabilidades que pudieran surgir por negligencia profesional”*. Previsión ésta desarrollada por el Reglamento Delegado (UE) n.º 1125/2014 de la Comisión de 19 de septiembre de 2014 en lo relativo a las normas técnicas de regulación del importe mínimo del seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía comparable de que deben disponer los intermediarios de crédito establece, en su art. 1, que *“el importe mínimo del seguro de responsabilidad civil profesional o la garantía comparable de que deberán disponer los intermediarios de crédito, según establece el artículo 29, apartado 2, letra a), párrafo primero, de la Directiva 2014/17/UE, será de: a) 460.000 EUR por siniestro; b) de forma agregada, 750.000 EUR por año natural para todos los siniestros”*.

mejor protección de las víctimas perjudicadas por aquellos delitos (función tuitiva específica o concreta), se les ha atribuido la función adicional de mecanismos de garantía del buen desarrollo de determinadas profesiones que, por cierto, no están legalmente sujetas al deber de contratar seguros de responsabilidad civil (función tuitiva genérica).

Una buena prueba de esta tendencia doblemente expansiva de la función social que se atribuye al seguro privado de responsabilidad civil –con la consiguiente responsabilidad directa de las respectivas aseguradoras– la volvemos a encontrar en la ya citada Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 588/2014 de 25 julio (RJ 2014/4165)¹⁷. Pero también en este extremo conviene reparar en que la que cabe calificar como expansión socializadora de los seguros obligatorios a los voluntarios no es unánime en dicha Sentencia, sino que existió una discrepancia expresada en el correspondiente y ya citado voto particular¹⁸.

4. Algunas precisiones sobre el alcance de la cobertura de estos seguros de D&O que son especialmente relevantes en cuanto a la responsabilidad civil derivada de delito.

4.1. La cobertura principal: la eficacia limitada de las exclusiones de los actos incorrectos dolosos.

¹⁷ Cuando su Fundamento Noveno dice: “En el ámbito profesional, el seguro de responsabilidad civil ofrece no solo una garantía sino un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece ante el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertos por el seguro, y su cobertura indemnizatoria no va a depender de la eventual solvencia del responsable”.

¹⁸ Cuando dejó dicho: “(...) 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. Inexistente tal premisa, la consecuencia que lleva a la obligación indemnizatoria por responsabilidad directa y sus correlarios de imposibilidad de formular excepciones frente al perjudicado y el consiguiente derecho de repetición contra el asegurado, devienen insostenibles por ausencia de la originaria fuente de la obligación cuyo contenido, tratamiento y efectos son abordados en el referido precepto”.

La práctica totalidad de las pólizas de seguros de D&O al uso excluyen de cobertura los actos dolosos. Esta exclusión operará –tanto en el orden jurisdiccional civil como en el penal– respecto del asegurado, pero no del tercer perjudicado porque las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo resuelven la aparente antinomia entre el principio general de inasegurabilidad del dolo del art. 19 de la LCS y la cobertura frente a los terceros perjudicados de la responsabilidad civil derivada de los delitos dolosos “ex” art. 76 de la LCS y art. 117 del CP con dos argumentos esenciales: Un primer argumento técnico-jurídico, cual es la preferencia de la norma especial, que es el art. 76 de la LCS –que, además, se aplica a todo tipo de seguros de responsabilidad civil, tanto obligatorios como voluntarios– sobre la norma general, que es el art. 19 de la LCS. Un segundo criterio social de interpretación de las normas implicadas conforme a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas” (art. 3.1 Código Civil). Finalidad social que, en este concreto caso, conduce a dar primacía a la protección de los intereses de los terceros perjudicados que, en esta jurisdicción penal, aparecen, además, como víctimas de los delitos o faltas. La expresión más reciente de esta doctrina jurisprudencial la encontramos en la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 588/2014 de 25 julio (RJ 2014\4165) a la que hemos hecho frecuentes referencias a lo largo de esta Ponencia¹⁹.

Pues bien, esa doctrina se estableció con respecto a un seguro colectivo de responsabilidad civil profesional contratado por el Colegio de Procuradores. Declaró a la aseguradora responsable civil solidaria con la procuradora culpable de un delito continuado de apropiación indebida (al apropiarse de mandamientos de devolución derivados de procedimientos de ejecución hipotecaria). Dadas las analogías

¹⁹ Su Fundamento de Derecho Noveno dice: “El seguro de responsabilidad civil es aquel en el que “el asegurador se obliga a cubrir, dentro de los límites establecidos por la Ley y el contrato, el riesgo de quedar gravado el patrimonio del asegurado por el nacimiento de una obligación de indemnizar, derivada de su responsabilidad civil” (artículo 73 LCS), y su función social y económica es ofrecer una garantía en determinadas actividades de riesgo, para que quienes en ella participen tengan garantizado el resarcimiento de los daños que puedan sufrir, que no se deriven de culpa o negligencia por su parte (art 117 CP). (...) Es por ello que, para hacer compatible esta seguridad 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 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 perjudicado”.

que este supuesto muestra con el que es objeto de nuestro estudio (por cuanto los seguros de D&O suelen contratarse voluntariamente por las sociedades que actúan como tomadoras en beneficio de sus administradores y directivos), parece manifiesto el riesgo de que esta doctrina expansiva se extienda a este tipo de seguros teniendo en cuenta, especialmente, la frecuencia con la que las conductas de los administradores y directivos de algunas entidades financieras están llegando y seguirán haciéndolo a los terrenos de la jurisdicción penal.

Es más, adviértase que el argumento de la función social de garantía de los perjudicados que se atribuye al seguro de responsabilidad civil se sustenta por la doctrina más reciente de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo que, en la antes citada Sentencia núm.200/2015, de 17 de abril, nos dice que, con el art. 76 de la LCS, el legislador introduce *“una norma socializadora y tuitiva (con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con la víctima del asegurado”*.

4.2. Cobertura accesoria: las fianzas exigibles a los administradores y directivos.

Las pólizas de D&O utilizadas en nuestra práctica aseguradora contemplan esta cobertura adicional por referencia tanto a la constitución de las fianzas civiles que se le impongan a un asegurado por decisión judicial para garantizar eventuales responsabilidades civiles como a los gastos de constitución de aquellas fianzas pecuniarias impuestas para hacer frente a las posibles responsabilidades civiles y de aquellas fianzas que se impongan para decretar la libertad provisional de los altos cargos asegurados,

Se han planteado ante los tribunales penales algunos conflictos relacionados con esta cobertura adicional en trámite de las medidas cautelares para el aseguramiento de responsabilidades pecuniarias “ex” arts. 591, 615 y 764 de la LECrim, porque algunos administradores de entidades de crédito imputados en procedimientos penales han señalado la procedencia de un requerimiento judicial a las aseguradoras de responsabilidad civil para que aporten las fianzas impuestas a aquellos asegurados. Pretensiones que han corrido diversa fortuna porque, en algunos casos, los tribunales han cursado tales requerimientos mientras que, en otros, han rechazado aquella pretensión de los administradores imputados.

En todos esos supuestos ha resultado imprescindible revisar los condicionados de las



pólizas implicadas para resolver las diferencias sobre dos aspectos de estas coberturas accesorias: (i) el alcance mismo de la cobertura para determinar, a la vista de los condicionados, si estaban aseguradas las fianzas por responsabilidades pecuniarias exigibles en procedimientos civiles, en procedimientos penales o las fianzas exigidas para decretar la libertad provisional del administrador asegurado, o si estaban cubiertos únicamente los gastos de constitución de las mismas; (ii) la aplicabilidad de las exclusiones generales de cobertura –por ejemplo, de los delitos dolosos– a estas coberturas accesorias y provisionales, exigidas antes de que una sentencia –y menos aún firme– determine si hay



de defensa jurídica en los procesos penales y administrativos sancionadores.

Las pólizas de D&O utilizadas en nuestra práctica aseguradora contemplan esta cobertura adicional de forma diversa ya sea como parte de la cobertura principal, asumiendo el asegurador la obligación de pagar en nombre de los altos cargos asegurados todo coste, gasto o cargo incurrido –con el consentimiento escrito del Asegurador– relacionado con su defensa jurídica derivada de un procedimiento administrativo, judicial o arbitral; o ya en forma de anticipos de los gastos de defensa incurridos en relación con cualquier reclamación derivada de cualquier actuación dolosa o fraudulenta del alto cargo asegurado. En este último caso, suele añadirse la previsión del deber del alto cargo asegurado de reembolsar a la aseguradora los gastos anticipados si finalmente se estableciera que aquel es responsable de una actuación dolosa o fraudulenta.

En nuestra práctica aseguradora, las actuaciones contra los administradores de algunas entidades de crédito ante la jurisdicción penal han generado dos tipos de conflictos entre los administradores asegurados y las aseguradoras de D&O. Son conflictos relacionados entre sí. El primero afecta a la calificación de estas coberturas accesorias como la defensa jurídica propia del seguro de responsabilidad civil, estableciendo pactos que habitualmente modifican la regla general del art. 74 de la LCS, o bien la consideración de que coexiste con el seguro de responsabilidad civil un seguro de defensa jurídica del art. 76.a) y ss. de la misma LCS. Estas diferencias deberán dilucidarse comprobando si la cobertura de defensa jurídica reúne los requisitos de individualización material y económica (vía prima diferenciada) que exige el art. 76.c) de la LCS para estimar que el seguro de defensa jurídica se pacta como un capítulo aparte en otra póliza, en este caso, de seguro de responsabilidad civil²⁰. El segundo conflicto afecta al límite de los honorarios de procuradores y abogados que las aseguradoras deberán abonar. En este sentido, algunas pólizas establecen mediante anexos listados de despachos de abogados

delito y la naturaleza dolosa o culposa del mismo. En este punto, es importante tener en cuenta que, si la fianza se considera exigida en interés del tercero perjudicado –porque será acreedor de la responsabilidad pecuniaria finalmente establecida– se podría extender la doctrina jurisprudencial sentada en cuanto a la acción directa para la cobertura principal por la que el asegurador debe responder frente al tercero perjudicado por un delito doloso, sin perjuicio de recuperar lo afianzado frente al asegurado.

4.3. Cobertura accesoria: La defensa jurídica de los administradores y directivos asegurados. En particular, los anticipos de gastos

²⁰ V. nuestro comentario de este precepto en **TAPIA HERMIDA, A.J., SÁNCHEZ CALERO F.** (Dir.) y otros, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, cit. p. 1894 y ss. y nuestro estudio sobre “El Seguro de Defensa Jurídica. Aspectos polémicos y novedosos del Derecho vigente y del proyectado. Con particular referencia al límite de la cobertura en supuestos de libre designación de profesionales”, Ponencias del XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Derecho de Circulación, (coords. **LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. / ELUM MACÍAS, D.**), Madrid, 2013, pp. 241 y ss.

homologados cuyos honorarios se admiten por anticipado.

B) Aspectos procesales: Las posiciones Activas y pasivas de las aseguradoras en los procedimientos penales.

1. La legitimación pasiva de las aseguradoras como responsables civiles directas.

En primer lugar, las entidades aseguradoras pueden ostentar en los procesos penales una legitimación pasiva como responsables civiles directas “ex” art. 117 del CP y ello tanto a los efectos anticipados de prestación de fianzas en tanto que medidas cautelares como a los efectos definitivos de responsables declaradas en la sentencia que finalice el pleito.

La jurisprudencia del orden penal limita la legitimación de las aseguradoras en el proceso penal a la impugnación a los denominados “*extremos relativos a su propia condena como responsable civil (título causal, bases de la determinación cuantitativa, proporción en su caso, etc.)*”, sin permitir que entren a discutir la responsabilidad penal del responsable directo. Esta limitación ha sido criticada al entender que, en la medida en que la declaración de la responsabilidad civil directa de un asegurador “ex” art. 117 del CP requiere el reconocimiento de una actuación penalmente típica del asegurado acusado, su asegurador de responsabilidad civil no debería verse privado de la posibilidad de discutir la propia culpa penal de aquel²¹.

2. La legitimación activa de las aseguradoras como actores civiles.

En segundo término, las aseguradoras ostentan una legitimación activa cuando aparecen

²¹ Ver **YZQUIERDO TOLSADA, M.**, “Capítulo 9. Seguros de daños (5). El seguro de responsabilidad civil. El seguro de defensa jurídica”, en **YZQUIERDO TOLSADA, M.** (Dir.), “Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias”, Tomo VIII, “Contratos Aleatorios”, Madrid 2014, p. 821 y 822 cuando dice: “*Entiendo con Soto Nieto que la solución jurisprudencial no puede ser más desafortunada. Si para que el asegurador devenga responsable civil Ex artículo 117 CP (o para que exista responsabilidad subsidiaria de alguna persona) es necesario el reconocimiento de una actuación penalmente típica del asegurado acusado, no se le puede privar al asegurador de la posibilidad de discutir la propia culpa penal de aquel; si no recae sentencia condenatoria, no habrá responsabilidad civil del asegurador en el proceso penal. Todo responsable civil es, en el proceso penal, una auténtica parte procesal civil y tiene que ser lícito que se pueda apoyar en la norma penal para impugnar la responsabilidad civil que se le trata de imputar. (...) Pero no se le pueda negar su interés directo en la discusión acerca de una causa de justificación de cuya concurrencia va a depender la propia incriminación y, como resultado de la misma, la responsabilidad civil*”.





como actores civiles que reclaman en ejercicio de la acción subrogatoria ex art. 43 de la LCS lo pagado a las víctimas del delito²².

En este sentido, resulta oportuno recordar la limitación en la legitimación de la aseguradora que ha consagrado la reciente Sentencia núm. 382/2014 de 14 mayo, de la Sala de lo Penal del nuestro TS (RJ 2014\2727) cuando restringe su posición a la propia del actor civil, pero no a la de acusador particular; restricción ésta particularmente notable cuando se introduce en la fase casacional atendiendo a la posición del Ministerio Fiscal, en contradicción con la conducta previa de aquel Ministerio²³.

III. CONCLUSIONES

1ª. Las novedades legislativas en materia societaria, concursal, penal y financiera han incrementado notablemente los deberes exigibles a los administradores y directivos de las sociedades de capital y, con ello, el riesgo de que los incumplan e incurran en supuestos

²² Ver **GONZÁLEZ BARRIOS, I.**, “Capítulo 10. Seguros de daños (6). El seguro de automóviles”, en **YZQUIERDO TOLSADA, M.** (Dir.), “Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias”, Tomo VIII, “Contratos Aleatorios”, Madrid 2014, p. 931 y ss. sobre “la legitimación activa del asegurador en el proceso penal”.

²³ Dice esta Sentencia: “6. *Es indudable que la parte recurrida (Compañía aseguradora) ha actuado de buena fé y en la confianza de que podía actuar como acusadora particular. Cierto es que se le han cerrado las posibilidades de actuar procesalmente como acusación popular, cuyos escritos y argumentos no hubieran diferido de los esgrimidos en su condición de acusador particular. En suma, si el Fiscal, el Juez de Instrucción y la Audiencia han entendido, hasta este recurso de casación que la Cía aseguradora se hallaba legitimada para intervenir en el proceso como acusación particular, tampoco se hubiera faltado a los requisitos de la querrela establecidos en los arts. 270 a 281 L.E.Cr. si se le hubiera atribuido el mencionado carácter de acusador popular, ya que la fianza exigida (art. 280 L.E.Cr.), concluido el juicio a favor de la Cía aseguradora, ninguna finalidad cumple. Todo ello partiendo de que el T. Constitucional ha interpretado el término “ciudadano” del art. 125 y 53.2 C. Española en el sentido de incluir tanto a las personas físicas como jurídicas, en calidad de legitimadas en el ejercicio de la acción popular. Pues bien a pesar de tales argumentos favorecedores a su intervención no podemos prescindir ni soslayar la jurisprudencia de esta Sala, como criterio aplicativo vigente, constatado en las SS.TS. 199/2007 de 1 de marzo (RJ 2007, 1808), 412/2008 de 25 de junio (RJ 2008, 4181) y 762/2011 de 7 de julio (RJ 2011, 5355), y habida cuenta de que la legitimación activa se halla estructurada según la configuración legal, de conformidad con el art. 113 C.P. y el acuerdo Plenario de esta Sala de 30 de enero de 2007 (JUR 2007, 51313): «cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo,*



de responsabilidad civil directa o derivada de delito.

2ª. Por lo anterior, es recomendable que los aseguradores de estas pólizas de D&O revisen sus condicionados en los elementos personales (especialmente, en cuanto a los administradores y directivos asegurados), las coberturas y las exclusiones para adaptarlas a los nuevos supuestos de responsabilidad.

3ª. Nuestra jurisprudencia reciente sobre la acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador ha ratificado la doctrina de la cobertura por la aseguradora de la actuación dolosa del asegurado frente al tercero perjudicado (Sentencia núm. 200/2015, de 17 de abril) y de la posible postergación a un nuevo proceso de la determinación del daño causado por el asegurado al tercero perjudicado (Sentencia núm. 213/2015, de 17 de abril).

4ª. En las pólizas de los seguros de D&O muestran una especial importancia práctica, a los efectos del proceso penal, las coberturas accesorias de las fianzas exigibles a los administradores y directivos y de la defensa jurídica de los administradores y directivos asegurados, en particular, de los anticipos de gastos de defensa jurídica en los procesos penales y administrativos sancionadores.

5ª. El principio general de la inasegurabilidad del dolo establecido en el art. 19 de la LCS se ha visto exceptuado en los seguros de responsabilidad civil por el reconocimiento de la acción directa del tercero perjudicado por

como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado «la pretensión del acusado, apoyada por el Fiscal, debe ser acogida. En atención a tales razones, debemos estimar el primero de los motivos del recurso, de Leandro, que debe alcanzar a Romualdo, por efecto del art. 903 L.E.Cr., y en su consecuencia anular la sentencia recurrida, con absolución de los recurrentes. Lógicamente ello exige analizar el motivo único articulado por Romualdo».

un delito doloso contra el asegurador en los términos del art. 76 de la LCS y del art. 117 del CP.

6ª. La jurisprudencia civil y la penal han efectuado una doble extensión del principio de protección de los terceros perjudicados **ínsito** en los seguros de responsabilidad civil: en primer lugar, desde los seguros obligatorios a los voluntarios, y, en segundo término, desde la función de protección concreta de los perjudicados por los delitos hacia la función genérica de garantía de determinadas profesiones.

7ª. Esta exigencia implícita a las aseguradoras de los seguros voluntarios de responsabilidad civil profesional de la asunción de una función social no sólo de protección de los perjudicados por los delitos, sino de garantía de las profesiones respectivas (en nuestro caso, sería la de administrador societario) no parece que se corresponda con su papel de empresarios que desarrollan estrictamente la actividad aseguradora privada.

8ª. La atribución a las aseguradoras de una función social genérica de garantía de la actividad de gestión de sociedades no se corresponde con el equilibrio esencial al contrato de seguro –ex art. 1 de la LCS– que se concreta en la relación entre la prima pagada por la sociedad tomadora en función del riesgo normal cubierto y el riesgo extraordinario ampliado para cumplir aquellas funciones sociales.

9ª. El anterior desequilibrio puede poner en riesgo la solvencia de aquellas aseguradoras que vendrían a asumir –de confirmarse la posición jurisprudencial comentada– una responsabilidad civil que, en esos seguros voluntarios, sería ilimitada, en contraste paradójico con los seguros obligatorios que tienen sumas aseguradas máximas establecidas por la ley.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

El perjudicado puede ejercitar la acción directa frente a la aseguradora sin concretar indemnización alguna, dejando el importe a un juicio posterior una vez que los daños y perjuicios reconocidos puedan concretarse

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 17 de abril de 2015.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El recurso de casación que formula Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros se centra en resolver si es o no posible interponer la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, sin determinar la cuantía del daño, como hicieron los actores, padres de un niño afectado por una mala praxis médica, quienes, con apoyo en el artículo 219.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la dejaron para un pleito posterior. En un único motivo se alega la infracción del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro en los términos que establecen las sentencias de esta Sala de 12 de noviembre de 2013 y 17 de mayo de 2001.

Considera el recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial incurre en dos errores: estimar que el perjudicado puede ejercitar esta acción sin concretar la indemnización y equiparar los derechos que tiene el perjudicado frente a la aseguradora y frente al asegurado.

Respecto a la primera cuestión señala que al no cuantificarse la indemnización que se solicita está privando a la aseguradora de excepcionar las cláusulas delimitativas del riesgo, como es el capital máximo del siniestro, e insiste en que los términos y los límites de la acción del artículo 76 LCS son de naturaleza netamente pecuniaria.

En cuanto a la segunda cuestión, señala que si el actor no puede cuantificar el daño y dirige una acción contra el causante con el fin de obtener una resolución que declare la responsabilidad de quien causó el perjuicio, sería posible concretar la indemnización en un momento posterior, pero no si se ejercita la acción del artículo 76 LCS pues solo el proceso en que se pretenda una determinación de la cuantía del perjuicio tiene sentido la presencia de la aseguradora.

Solicita, en definitiva, un pronunciamiento en el que se declare su falta de legitimación para soportar las consecuencias del litigio, al no poder ser condenada en virtud de la acción directa del artículo 76 LCS, sin que se solicite el pago concreto de la indemnización.

SEGUNDO.- El recurso se desestima. El recurso plantea una cuestión que no tiene sustento ni en la Ley ni en la jurisprudencia de esta Sala y que, de prosperar, limitaría no solo el derecho del perjudicado a ejercitar una acción reconocida en su beneficio por el ordenamiento jurídico, como es la acción directa del artículo 76, en aquellos supuestos en los que no es posible cuantificar la indemnización debida en el momento en que formula la demanda, sino que dejaría sin contenido el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo autoriza; todo ello a partir de una alegación novedosa como la que cuestiona esta forma de proceder le privaría de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitativas del riesgo, como es el capital máximo por siniestro, lo que además no es cierto pues nada impedía a la aseguradora plantear o excepcionar esas supuestas cláusulas delimitativas del riesgo tanto en el primer pleito como en el segundo.

Se citan dos sentencias de esta Sala de 12 de noviembre de 2013 y de 17 de mayo de 2001, sin concretar en que sentido la sentencia recu-





rrida ha vulnerado la jurisprudencia que se establece en ella, y se hace un repaso exhaustivo del contenido y alcance de la acción directa con la que, lógicamente, se está de acuerdo. No se cuestiona, sin embargo, la infracción del artículo 219 de la LEC en el recurso correspondiente.

En efecto, no se discute que la acción directa "tiene unas particularidades y límites"; que es necesario que "el derecho del perjudicado esté dentro de la cobertura o delimitación del contrato de seguro" y que, como consecuencia "el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado el daño patrimonial que este sufra".

Lo que se discute es la posibilidad de que en ejercicio de esta acción, se impida una cuantificación posterior del daño, "por la gran dificultad, si no imposibilidad de hacerlo en la demanda", como sucede en este caso. Y es evidente que ninguna diferencia de trato hemos de dar, dice la sentencia recurrida, "al aplicar el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según se trate de la exigencia por el tercero perjudicado de la prestación resarcitoria por el hecho ilícito al asegurado, causante del daño, o al asegurador".

Como ninguna diferencia encontramos tampoco con el hecho de que en esa doble fase que resulta de una pretensión resarcitoria ejercitada contra la aseguradora: una previa, declarativa de la existencia de un daño cubierto por la aseguradora en virtud de la póliza en vigor del que es responsable el asegurado, y otra posterior de condena, una vez cuantificado el daño en la sentencia, la segunda se traslade a un juicio posterior por no haberse podido concretar el alcance de la indemnización debida al perjudicado, pues así lo autoriza el artículo 219 de la LEC ("se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades") y la jurisprudencia que lo interpreta.

Esta Sala en la STS, del Pleno, de 16 de enero de 2012, RIC núm. 460/2008, que reiteran las de 28 de junio, 11 de julio y 24 de octubre de 2012; 9 de enero y 28 de noviembre 2013, ha declarado -en interpretación de los artículos 209. 4.º LEC y 219 LEC-, que el contenido de estos preceptos debe ser matizado en aquellos casos en los que un excesivo rigor en su aplicación puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de las



partes, provocando indefensión. Esto puede suceder cuando, por causas ajenas a ellas, a las partes no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. Para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales –contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial–, permitan dar satisfacción al legítimo interés de las partes. No es aceptable que deba denegarse la indemnización por falta de un instrumento procesal idóneo para su cuantificación.

Como se examinó en la citada STS del Pleno, cuando se produce esta situación cabe acudir a dos criterios que impidan la indefensión de las partes. Es posible remitir la cuestión a otro proceso o, de forma excepcional, permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución. Ambas soluciones han sido utilizadas en sentencias de esta Sala atendiendo a las circunstancias singulares de cada caso.

Pero es que, además, la parte recurrente parte de una premisa falsa a partir de la cual argumenta su tesis, como es la de que la pretensión formulada en la demanda no era exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar. Lo que se ejercita es una acción directa de condena al pago de una cantidad indemnizatoria por todos los daños y perjuicios sufridos por el menor, cuyo concreto importe deja a un juicio posterior, y lo que la sentencia hace es declarar, primero, la responsabilidad civil directa de la aseguradora, y después, condenarle a abonar los daños y perjuicios consiguientes, "cuya concreción y reclamación se efectuará, en su caso, en un pleito posterior".

TERCERO.- La desestimación del recurso, determina la condena en costas al recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso interpuesto por Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros, contra la sentencia dictada el 13 de enero de 2014 por la Sección decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 425/2013.

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- Imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

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

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

Demanda formulada por los padres de un menor en reclamación de daños y perjuicios por mala praxis médica, exclusivamente contra la entidad aseguradora en virtud de la acción directa regulada en el Art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, pero sin determinar cuantía reclamada al dejar para un pleito posterior la determinación de las cantidades en las que se concretará la indemnización. La causa de dejar la cuantificación a un pleito posterior es no poder determinar el daño final causado por tratarse de daños a futuro.

Tanto en primera como en segunda instancia se estima la demanda, y la entidad aseguradora acude a Casación, manteniendo su postura del incumplimiento del art. 219 de la LEC y del 76 de la ley de Contrato de Seguro. El Tribunal Supremo desestima el Recurso de Casación.

En primer lugar es destacable, ajeno al fondo del asunto, el tono con el que el Tribunal (ponente Sr. Seijas) responde al recurrente y llaman bastante la atención frase como “El recurso plantea una cuestión que no tiene sustento ni en la Ley ni en la Jurisprudencia de esta Sala...”, “alegación novedosa...”, lo que además no es cierto...”, “la parte recurrente parte de una premisa falsa...”, frases que estamos más acostumbrados a ver en los escritos de recurso o impugnación para contestar determinadas alegaciones, que en una sentencia y más del Tribunal Supremo.

Por ello, es interesante ver cuál es la posición de la aseguradora, que ha llegado hasta el Tribunal Supremo defendiendo una postura que por la contundencia del Tribunal podríamos calificar de “osada”. La aseguradora, aunque su estrategia ha sido rebatida por el Tribunal, buscaba, al amparo del art. 76, que dicha acción no puede ejercitarse sin concretar la indemnización y equiparar los derechos del perjudicado frente a la aseguradora y el asegurado. Este segundo punto nos lleva a pensar que en el fondo lo que intentaba mantener es que al ejercitar la acción directa contra ella, sin la concurrencia de su asegurado, pierde posición a la hora de defender el asunto. Pero no lo sabremos ya que la sentencia comentada no trata en ningún momento el fondo de la reclamación, que sería si hubo o no mala praxis médica, o si ese hecho estaba amparado por la póliza de seguro. Lo normal es que en la sentencia de primera instancia si esté acreditada la responsabilidad del médico y la cobertura por la póliza.

Ciertamente al leer con detalle la sentencia, no podemos compartir la posición de la aseguradora en su argumentación, pues el tenor del art. 76 de la LCS y, más directamente, el del 219 de la LEC son bastante claros.

Artículo 219. Sentencias con reserva de liquidación.

1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.

3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésta sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.

El caso en concreto es evidente que tiene su razón de ser el dejar para un pleito posterior la determinación del daño y su cuantificación. Un menor que, dependiendo de su evolución, no es posible cuantificar su perjuicio en el momento, y lo que se busca por su representación es solo que quede sentenciada la responsabilidad. Acertadamente el Tribunal lo refrenda con el argumento de que en interpretación de los artículos 209.4º y 219 de la LEC “el contenido de estos preceptos debe ser matizado en aquellos casos en los que un excesivo rigor de su aplicación puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, provocando indefensión”.

COMENTARIO

La sentencia hace mención a otra Sentencia del Pleno de 16 de enero de 2012 (STS 528/2012), ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández, que pese a tratar un asunto radicalmente distinto (versa sobre propiedad intelectual) y que su resultado no era dejar para un pleito posterior la cuantía sino dejarlo para la fase de ejecución, su fundamentación sirve de base para esta sentencia y merece la pena conocer.

A título de anécdota, si decíamos que esta sentencia trata con cierta dureza al recurrente, esta vas más allá y directamente le da un revolcón:

“La parte recurrente no atina a seleccionar el tipo de infracción procesal, y ello le lleva a mezclar diversas infracciones diferentes, algunas contradictorias, y que, además, pueden dar lugar a consecuencias distintas. No cabe fundamentar un motivo acumulando alegaciones de forma asistemática, para que el Tribunal acoja alguna o algunas y las subsuma en el precepto adecuado. Tal actitud dificulta la defensa de la contraparte y la respuesta del Tribunal, suponiendo un defecto de planteamiento que vicia plenamente el motivo, por lo que éste no debió haber pasado el tamiz de la admisión”.

Superada la anécdota, el TS sienta las bases de la interpretación del artículo 219 con bastante claridad.

“Es cierto que el legislador procesal del 2000 establece, de forma bastante oscura, un sistema que pretende evitar el diferimiento a ejecución de sentencia de la cuantificación de las condenas, de modo que las regulaciones que prevé se circunscriben, aparte supuestos que la propia LEC señala (como los de liquidación de daños y perjuicios de los arts. 40.7, 533.3 y 534.1, párr. 2º), a eventos que surjan o se deriven de la propia ejecución. Con tal criterio se trató de superar la problemática que se planteaba con anterioridad en la aplicación del art. 360 LEC 1881, precepto de contenido tan correcto como defectuosamente aplicado. De conformidad con el mismo, la realidad o existencia del daño (salvo “in re ipsa”), las bases y la cuantía debían acreditarse necesariamente en el proceso declarativo, si bien podía suceder que las bases o la cuantificación, no fuera posible fijarlas, y entonces cabía diferirlas para ejecución de sentencia. Esto nunca era aplicable a la realidad o existencia del daño, pues incluso en caso de imposibilidad de acreditarlo, la falta de prueba acarrearía la desestimación de la pretensión correspondiente. Sucedió en la práctica que el temor a no obtener un pronunciamiento favorable en sede de costas, si la sentencia no accedía a la indemnización reclamada, retraía a los demandantes en la fijación de una suma indemnizatoria, y ello ocurría incluso a pesar de que en alguna medida se trató de solventar con la doctrina denominada de la “estimación sustancial”, y, por otra parte, por razones de desidia probatoria de las partes durante el proceso, y de comodidad de las resoluciones judiciales que no motivaban si había habido o no posibilidad de probar en el periodo correspondiente, se terminó por imponer la rutina de remitir la cuantificación a ejecución de sentencia.

Con tal actitud se generó un incremento litigioso al insertarse en el proceso de ejecución un incidente (nuevo proceso) declarativo sobre el daño con el consiguiente aumento del coste-tiempo y gastos- y derroche de energías sociales. Para corregir la situación se entendió, con sana intención, que había que exigir la cuantificación dentro del proceso declarativo y a ello responden los preceptos procesales que se examinan. La normativa, como regla general, es saludable para el sistema, empero un excesivo rigor puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva (S. 11 de octubre de 2011, 663) de los justiciables cuando, por causas ajenas a ellos, no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. No ofrece duda, que, dejarles en tales casos sin el derecho a la indemnización afecta al derecho fundamental y a la prohibición de la indefensión, y para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales -contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción a su legítimo interés...”.

“El criterio de remitir a otro proceso, cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, y el criterio de remitir a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, posiblemente, un menor coste -economía procesal-”.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Se Indemniza en la cantidad de 80.000 euros en concepto de daño moral derivado del embarazo de la actora, tras la implantación inadecuada de un método anticonceptivo. Se desestiman las cantidades solicitadas por la actora en concepto de gastos de manutención de su hija, así como las cantidades solicitadas como consecuencia de la grave enfermedad sufrida por la menor detectada tras su nacimiento. Voto particular

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª),
de 19 de mayo de 2015.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Como resulta de los antecedentes expuestos, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 2015 otorgó a la parte recurrente el amparo solicitado y declaró la nulidad de la sentencia de esta Sección que, aunque estimó el recurso de casación deducido frente a la de instancia al apreciarse el error in procedendo denunciado en el primer motivo de casación, declaró ajustada a la Derecho la resolución desestimatoria de la acción de responsabilidad patrimonial que se formuló en vía administrativa.

En cumplimiento de lo declarado en la citada sentencia del Tribunal Constitucional (que ordenó la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en el que esta Sala dictó la sentencia en el presente proceso casacional), procede en primer lugar abordar el motivo de casación que, con amparo en el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, imputaba a la sentencia de instancia falta de motivación. Y debemos hacerlo reiterando que, efectivamente, concurre el defecto denunciado por cuanto los razonamientos de la Sala a quo no permiten inferir el juicio valorativo efectuado por el Tribunal para llegar a su decisión desestimatoria, habida cuenta que la sentencia no contiene, propiamente, un análisis del material probatorio disponible, al limitarse a señalar que se da por seguro que el anticonceptivo se implantó y que la posible migración del mismo (o cualesquiera circunstancias que impidieran su eficacia) no resulta imputable al Instituto Catalán de la Salud y sí a un caso fortuito.

Por otra parte, también debemos rechazar la alegada inadmisibilidad del recurso de casación que invoca la Generalidad de Cataluña, pues no puede afirmarse que el mismo carezca manifiestamente de fundamento toda vez que critica ampliamente la motivación de la sentencia impugnada, articulando adecuadamente tal extremo a través del cauce previsto en la letra c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, y le reprocha la irrazonable, arbitraria e ilógica valoración de la prueba que efectúa, también correctamente en base a la letra d) del mismo precepto legal.

Así pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley de esta Jurisdicción, este Tribunal debe ahora resolver, ya como jueces de instancia, el fondo de la cuestión controvertida a efectos de determinar si resultaba o no procedente la desestimación de la acción de responsabilidad patrimonial que constituía el objeto del proceso seguido ante la Sala de Cataluña.

SEGUNDO.- De los documentos que integran el expediente administrativo, de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en el procedimiento seguido en la instancia se desprenden, como hechos acreditados, los siguientes:

1. El 25 de junio de 2005 doña Delia acudió a la cita prevista en el Hospital Germans Trias i Pujol de Badalona (Barcelona), dependiente del Institut Català de la Salut, para que se le insertara en la extremidad superior izquierda un dispositivo anticonceptivo denominado "Implanon", que, siguiendo las indicaciones del Centro de

Salud al que había acudido previamente, había adquirido con anterioridad la propia interesada en una oficina de farmacia.

2. El citado dispositivo consiste en una varilla de plástico, blanda y flexible, que mide aproximadamente cuatro centímetros de lon-





gitud y dos milímetros de diámetro, cuyos efectos debían prolongarse durante tres años, y que, a tenor de las prescripciones contenidas en su prospecto, ha de ser insertado por vía subdérmica, por un médico y a través del aplicador especial que se contiene en el producto.

3. El mismo día 25 de junio de 2005 el indicado centro de Badalona emite un "parte de asistencia" en el que, tras señalar que la actuación se ha practicado a una mujer de veinte años que acude por derivación de su ambulatorio para insertar "Implanon", se señala expresamente lo siguiente: "Se implanta dispositivo en la extremidad superior izquierda sin incidencias", añadiendo que "antes de la colocación, le explico pros y contras del método y se muestra convencida de su inserción".

4. El 5 de octubre de 2005 la Sra. Delia se personó en el servicio de urgencias del Hospital Clínic de Barcelona, dependiente también del Institut Català de la Salut, en el que certificaron su estado de gestación de 8 ó 9 semanas a la vista de su última regla (fijada en el 30 de julio de 2005), embarazo que fue confirmado el 11 de octubre siguiente por el equipo del centro tocoginecológico.

5. Conocido el embarazo, acude a la Clínica Fundació Fiatc, uno de cuyos facultativos (el doctor Aureliano) emite informe médico el 27 de octubre de 2005 en el que se afirma que "efectuado rastreo minucioso sobre antebrazo izquierdo, no se identificaron imágenes que sugieran la presencia de cuerpo extraño subdérmico".

6. Personada, por indicación de la anterior Clínica, en el centro médico Teknon, se expide informe por el doctor Florentino con fecha 3 de noviembre de 2005 en el que se constata que existe una cicatriz de implante subcutáneo, pero que no se localiza implante alguno "ni mediante palpación, superficial y profunda, ni mediante rastreo ecográfico del brazo, ni mediante la ecografía de partes blandas, ni por exploración radiológica de todo el brazo" (a tenor de las pruebas efectuadas en el centro Medifiatc). En ese mismo informe señala quien lo emite que "dicho implante (el "Implanon") no se halla en el brazo de la paciente" y que "dada la prácticamente nula posibilidad de embarazo en pacientes usuarias de Implanon, se explica a la paciente la posibilidad de error en la colocación, ya que dicho implante no está colocado, lo que explicaría su gestación".

7. El 19 de abril de 2006 la hoy recurrente dio a luz en el Hospital Clínic de Barcelona a una niña aquejada de la enfermedad denominada "anemia hemolítica crónica, en su forma grave, por déficit de piruvato kinasa (quinasa)", como consecuencia de la cual la Generalitat de Cataluña ha reconocido a la menor una minusvalía del 70 por 100.

8. No constan en autos ni las vicisitudes del embarazo de la Sra. Delia, ni las pruebas médicas practicadas durante la gestación.

TERCERO.- Doña Delia formuló el 16 de diciembre de 2005 reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Institut Català de la Salut, por negligencia en la prestación del servicio sanitario que derivó en un embarazo no deseado a causa de no haberse insertado el implante y por falta de consentimiento informado para la práctica de la actuación médica. En dicho escrito interesaba una indemnización de 309.755,40 euros por los siguientes conceptos: a) Gastos médicos (179,64 euros); b) Daño moral (150.000 euros); c) Daño emergente derivado de la manutención del hijo (159.575,76 euros).

Posteriormente, tras el nacimiento de su hija, amplió la anterior reclamación mediante sendos escritos de 23 de agosto de 2006 y de 8 de enero de 2007, presentados tras ser diagnosticada la grave e incurable enfermedad de la menor y al determinarse sus secuelas, vinculando también tal padecimiento a la negligencia médica al serle insertado el "Implanon". En el primero de tales escritos, interesaba una indemnización total de 670.363,40 euros y en el segundo solicitaba para su hija la suma de 979.261,57 euros.

Tanto en sede administrativa como en vía jurisdiccional, la demandante defiende que la Administración sanitaria ha incurrido en una clara negligencia médica a consecuencia de la ausencia de colocación, o de la inserción deficiente, del anticonceptivo, provocando los daños antijurídicos consistentes en el embarazo no deseado y, como consecuencia de éste, la gravísima y crónica enfermedad del fruto de esa concepción, añadiendo que no consta el consentimiento informado previo a la implantación del producto.

A su juicio, el material probatorio incorporado al proceso obliga a concluir que existe una clara relación causal entre la inexistente o deficiente inserción del anticonceptivo y los daños mencionados por cuanto:

1. Los informes emitidos por la Clínica Fundació Fiatc y el Centro Médico Teknon ponen de manifiesto que el dispositivo anticonceptivo o no se implantó, o se hizo deficientemente, provocando el embarazo no deseado, sea por ausencia de la efectiva colocación, sea por migración.

2. Los documentos aportados con su escrito de demanda (una monografía publicada en la

revista iberoamericana de fertilidad, un estudio efectuado por el fabricante del producto, una publicación científica, una nota de prensa de la Unión Europea y otra de la Agencia Oficial del Medicamento de Malta) ponen de manifiesto que el "Implanon" es absolutamente eficaz si se coloca adecuadamente y que está descartada la posibilidad de su migración si se inserta correctamente.

3. La prueba testifical practicada a instancias del Institut Català de Salut no enerva en modo alguno aquella conclusión (la implantación indebida o inexistente) por cuanto la declaración del doctor Luis María, facultativo del servicio de obstetricia y ginecología del Hospital Germans Trias i Pujol en el que se practicó el acto médico, nada aporta a los fines pretendidos, pues ni siquiera recuerda si fue él o un residente bajo su dirección la persona que efectuó la inserción.

4. La Generalitat "ha ocultado dolosamente al autor del acto médico para impedir que evacuara informe ante el Tribunal y pudiera ser interrogado", ya que en vía administrativa ni se aportó la documentación clínica de la reclamante, ni se identificó al facultativo que atendió a la recurrente; y en sede judicial la Administración demandada no aportó, pese al requerimiento efectuado por la Sala competente, los preceptivos dictámenes del Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas, ni de la Comisión Jurídica Asesora.

5. La prueba pericial practicada a su instancia acredita la grave enfermedad que sufre la menor y las importantes secuelas que padece.

CUARTO.- Las demandadas sostienen, sin embargo, que no puede afirmarse en absoluto que el embarazo de la actora esté vinculado en modo alguno con una mala praxis médica en la colocación del Implanon. Y tampoco que la grave enfermedad que padece su hija pueda asociarse al acto médico efectuado el 25 de junio de 2005. Sustentan su pretensión desestimatoria en los siguientes razonamientos:

1. En el contenido del parte de asistencia emitido el propio día de la colocación del implante, en el que se afirma expresamente que el mismo se colocó sin incidencias y que se informó a la paciente de los pros y los contras de su inserción.

2. En la insuficiencia de las pruebas diagnósticas efectuadas a la Sra. Delia en el Centro Médico Teknon para afirmar que el Implanon se

insertó de manera deficiente, pues para determinar si se había producido una migración del producto o si éste no fue debidamente implantado, debería haberse efectuado una resonancia magnética o una ecografía con un aparato de mayor resolución que la empleada en aquel centro.

3. En las diversas razones que podrían explicar la ausencia del anticonceptivo, teniendo en cuenta que se ignora por completo qué pudo ocurrir durante el período de tiempo de cuatro meses que transcurrió entre la colocación del implante y la revisión en la Clínica Teknon.

4. En la testifical Don Luis María, facultativo del servicio de obstetricia y ginecología del Hospital Germans Trias i Pujol en el que se practicó el acto médico, que pone de manifiesto la práctica habitual en la colocación de estos métodos anticonceptivos y las indicaciones que se efectúan a las pacientes.

5. En la improcedencia de vincular la enfermedad que padece la hija de la actora con el acto médico de colocación del Implanon.

QUINTO.- En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011, y 4 de julio de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) que "no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente", por lo que "si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la *lex artis*, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido" ya que "la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido

debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, hemos señalado (sentencias de 2 de enero de 2012, recaída en el recurso de casación núm. 3156/2010, y de 27 de abril de 2015, recurso de casación núm. 2114/2013) que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales "puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido", cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

En el caso ahora analizado, la prueba practicada en las actuaciones no permite afirmar con absoluta certeza que el Implanon fuera efectivamente colocado a la Sra. Delia, o que fuera insertado debidamente (por vía subdérmica o justo bajo la piel), o demasiado profundamente (a causa de una inserción intramuscular o en la fascia) provocando su migración. Ni siquiera es completamente descartable que el embarazo tuviera su causa en una ineficacia del producto (improbable, pero que no puede excluirse absolutamente) o en una retirada o extracción del mismo.

Lo único que puede afirmarse con seguridad es que los servicios médicos extendieron un parte de asistencia en el que se señala que el anticonceptivo se implantó "sin incidencias", que algo más de tres meses después de su colocación se detectó un embarazo de la Sra. Delia de ocho o nueve semanas y que, mediante las pruebas diagnósticas efectuadas en la Clínica Teknon tras conocerse el estado de gestión, no se halló en el brazo de la interesada rastro alguno de la varilla de plástico en que el Implanon consiste, aunque sí un "surco intermuscular interno, cicatriz de colocación de implante" (informe de dicho Centro Médico que consta al folio 30 del expediente).

Ni siquiera la prueba testifical practicada en la instancia a solicitud del Institut Català de Salut despeja las dudas señaladas. El responsable del servicio de obstetricia y ginecología del hospital en el que se colocó el anticonceptivo señala, ciertamente, que no cabe la posibilidad de no implantarlo o hacerlo inadecuadamente por cuanto es inherente a esa colocación comprobar mediante palpación que se encuentra

debidamente situado, añadiendo que la varilla misma se aprecia visualmente. Sin embargo, afirma que no fue él quien redactó el parte de asistencia sanitaria y que no puede recordar el facultativo que colocó el implante.

En relación con esta última cuestión, es efectivamente comprensible que, dado el tiempo transcurrido, Don Luis María no recuerde los hechos. Ocurre, sin embargo, que en la fase de instrucción del procedimiento administrativo se solicitó informe del facultativo que atendió a la Sra. Delia (folio 42 del expediente) y que el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del hospital Germans Trias i Pujol emitió informe (folios 45 y 46 del expediente) en el que señala que "no queda claro quién hizo realmente la inserción del dispositivo", sin que, finalmente, haya podido deponer como testigo el facultativo que realizó la actividad.

A todo lo anterior debe añadirse que, según se desprende de la ficha técnica del Implanon y del informe emitido por su fabricante, la correcta inserción del implante garantiza la eficacia del anticonceptivo e impide su migración, si bien, de producirse ésta, sería de unos pocos milímetros. Además, siempre según aquellos documentos, "si el implante se inserta demasiado profundamente, podría no ser palpable y puede dificultarse la localización y/o extracción del implante posteriormente", en cuyo caso "el implante puede localizarse mediante ecografía (de alta frecuencia 12-15 megahercios) o bien mediante imagen por resonancia magnética".

Por lo demás, no parece que resulte exigible a la interesada un mayor esfuerzo probatorio que el efectivamente desplegado. La representación procesal de la demandante ha acreditado: a) Que acudió al hospital asignado para que le fuera colocado el anticonceptivo que su Centro de Salud le prescribió; b) Que se efectuó la correspondiente actuación médica mediante la colocación del dispositivo "sin incidencias"; c) Que poco más de tres meses después del implante le fue detectado un embarazo de ocho o nueve semanas; d) Que inmediatamente después de conocido su estado de gestación se dirigió a dos centros médicos que, a través de las pruebas diagnósticas que constan en autos, constataron que no se localiza implante alguno "ni mediante palpación, superficial y profunda, ni mediante rastreo ecográfico del brazo, ni mediante la ecografía de partes blandas, ni por exploración radiológica de todo el brazo".

La Administración demandada, por su parte, defiende la correcta actuación sanitaria en la

colocación del implante con base en un lacónico parte de asistencia (que solo constata que se colocó "sin incidencias" y que se informó a la interesada de "los pros y los contras") y en la declaración del responsable del servicio en el momento en el que tuvo lugar el acto médico, que no recuerda la actuación concreta ni puede precisar quién la efectuó y que se limita a reflejar la práctica habitual en la inserción de estos productos.

Resulta especialmente relevante, a juicio de la Sala, la falta de identificación del facultativo que practicó el implante, cuya declaración hubiera, sin duda, arrojado luz sobre la cuestión. Este extremo es importante, a nuestro juicio, porque esa identificación no fue posible por exclusiva responsabilidad del centro médico: el Jefe del Servicio de Obstetricia informó, en la fase de instrucción del procedimiento administrativo, que "no queda claro quién hizo realmente la inserción del dispositivo", lo que provocó, como se dijo, que no pudiera ser citado como testigo en sede judicial, como pretendió sin éxito la demandante. Es más: en ese mismo informe (de 23 de mayo de 2008, folio 45 del expediente) se afirma que "Don Luis María dice que fue la doctora Otilia (la que colocó el implante) y ella asegura que fue Don Luis María", añadiendo que "en cualquier caso, Doña Otilia en aquellos momentos era R1 y por tanto no estaba capacitada para colocar el dispositivo sola, de manera que la responsabilidad siempre sería del facultativo especialista, en aquel caso, Don Luis María".

A ello debe añadirse que tanto la ficha técnica del Implanon, como el informe emitido por su fabricante revelan que las posibilidades de migración del anticonceptivo son escasísimas "si se implanta adecuadamente" y que, en los pocos supuestos en los que tal migración se ha detectado, el desplazamiento de la varilla es solo de unos milímetros. Ello obliga a rechazar el reproche que las demandadas efectúan a la actora en relación con las pruebas diagnósticas que se le practicaron tras comprobarse su embarazo: aunque la resonancia magnética o la ecografía de alta resolución puedan ser los métodos más adecuados para localizar el implante, lo cierto es que ni la palpación (superficial y profunda), ni el rastreo ecográfico del brazo, ni la ecografía de partes blandas, ni la exploración radiológica de todo el brazo detectaron la existencia del implante, lo que parece resultar incompatible con una colocación adecuada del dispositivo, pues de insertarse éste correctamente, la migración se hubiera situado en los parámetros citados (a escasos milímetros de su

lugar de colocación), como resulta de los documentos aportados a las actuaciones procesales.

Tampoco, por último, resultan baladíes las exigencias que la ficha técnica del Implanon contempla a efectos de su debida inserción, que no solo debe efectuarse "por un médico familiarizado con el procedimiento", sino que ha de realizarse por vía subcutánea, cuidando en especial que no se inserte más profundamente (lo que podría provocar daños neurológicos o de migración del implante) y precisando las actividades previas a su colocación en la medida en que "el implante puede caerse de la aguja antes de su inserción".

Todos estos datos conducen a la Sala a resolver las dudas mencionadas a favor de la tesis sostenida por la parte actora, entendiendo, por tanto, que el acto médico en cuestión no se efectuó adecuadamente, lo que provocó el embarazo de la Sra. Delia. Aunque es cierto que la falta de detección del dispositivo no supone necesariamente que éste no se colocara o que se hiciera incorrectamente, la valoración conjunta del material probatorio del que disponemos nos lleva a aquella conclusión, pues las otras hipótesis que barajan las demandadas (fracaso del método anticonceptivo, extracción del mismo en el período intermedio, presencia efectiva del Implanon si se hubiera realizado la prueba radiológica adecuada) carecen de sustento probatorio alguno y, sobre todo, no enervan los extremos esenciales acreditados: pocos meses después de su colocación, la interesada quedó embarazada y el dispositivo anticonceptivo no fue hallado en su brazo tras las numerosas pruebas realizadas, lo que no resulta compatible con una implantación correcta, pues en tal caso la migración habría sido mínima y, por tanto, la varilla hubiera sido fácilmente localizable.

SEXTO.- Constatada de este modo la relación de causalidad entre el funcionamiento anormal del servicio y el embarazo no deseado, resta por determinar la cuantía de la indemnización que resulta procedente, para lo cual es necesario partir de la doctrina de este Tribunal en relación con el carácter resarcible del daño consistente en el embarazo no deseado.

Esta Sala ha declarado en ocasiones anteriores (sentencia de la Sección Sexta de 4 de noviembre de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 4936/2004) que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, "pues no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina wrongful birth", ya que "no hay nacimientos equivocados

o lesivos, pues el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida". Por eso mismo, en la indicada sentencia se descarta expresamente que los gastos derivados de la crianza de los hijos constituyan, en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres y, desde luego, no enervan esa obligación legal.

Ahora bien, estos principios deben matizarse en los casos en los que el nacimiento se produce como consecuencia de un embarazo que la madre habría querido evitar y que no pudo hacerlo como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios sanitarios. En estos supuestos, la doctrina básica la encontramos en la sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 2000, reiterada después en pronunciamientos posteriores, en cuyo fundamento de derecho quinto se afirma lo siguiente: "Alega el recurrente que la paternidad inesperada le supone un daño moral, que relaciona, entre otras circunstancias, con la situación de inquietud e incertidumbre que ha padecido, así como un daño emergente derivado de los gastos realizados y un lucro cesante relacionado con los gastos necesarios para el mantenimiento de su hija.

Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre -ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata-, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurren los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, de 11 de abril, "nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) [...]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, "la dignidad es un valor espiri-

tual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]».

No cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido en definitiva a demostrarse como inútil y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *mínimum ético* constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución).

Junto a estos perjuicios, debe tenerse en cuenta la existencia de daño emergente, ligado a los gastos necesarios para la comprobación de la paternidad, que la intervención quirúrgica realizada convierte en incierta. También, sin duda, al lado del daño emergente, existen consecuencias dañosas que podrían encuadrarse en el lucro cesante. Sería, sin embargo, un grave error integrar este concepto resarcitorio con el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado, pues ésta constituye para los padres una obligación en el orden de las relaciones familiares impuesta por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo. Sólo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una acomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados”.

Trasladando la doctrina expuesta al supuesto ahora analizado, es claro que no resulta propiamente indemnizable el embarazo mismo, pero sí la lesión de la facultad de autodeterminación que el inadecuado acto médico provocó. También deben ser indemnizados los gastos (por pruebas médicas) ligados a la determinación de la presencia del Implanon en la demandante tras constatar su estado de gestación.

En cuanto a los gastos por alimentos del nuevo hijo que también se reclaman, ya hemos dicho que los mismos (en cuanto vinculados a la

obligación de alimentos impuesta por el ordenamiento jurídico) no resultan, *prima facie*, indemnizables, salvo los perjuicios efectivos” como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades”, perjuicios que deben ser probados por la parte demandante y que, en el caso analizado, no han sido mínimamente acreditados, al limitarse a afirmar la actora que no tiene familia en España, es soltera, carece de ingresos y no percibe ayudas públicas de ningún tipo.

Ante estas circunstancias, sólo es admisible estimar acreditado el daño moral en los términos precedentemente expuestos, y, en ausencia de todo criterio orientativo de carácter objetivo que permita cuantificarlo, procede fijar prudencialmente su resarcimiento económico en la suma actualizada (artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) de 80.000 euros.

En relación con la suma que se solicita en la demanda como consecuencia de la enfermedad que padece la hija de la actora, nacida tras el embarazo al que ya hemos hecho referencia, debe descartarse, en primer lugar, la existencia de nexo causal entre dicho padecimiento y el acto médico consistente en la inadecuada colocación del Implanon.

Solo desde una concepción absolutamente maximalista de la relación de causalidad cabría imputar a aquel acto médico la grave enfermedad que padece la hija de la recurrente, a lo que debe añadirse que ignoramos por completo las vicisitudes de la gestación de la demandante, el seguimiento del embarazo por los servicios médicos y si la patología que sufrió la niña se detectó o no durante dicho embarazo a efectos

de que pudiera la madre, en su caso y con respeto a la normativa aplicable, acudir a su interrupción si es que era legalmente posible.

Nada hay en autos, en definitiva, que permita vincular ese daño (la grave enfermedad) con actuación médica negligente alguna, pues, desde luego, no puede de ninguna manera afirmarse que exista relación de causalidad entre la colocación del Implanon y la patología que sufre la menor, ni, por otra parte, se ha imputado aquella enfermedad a ninguna otra actividad sanitaria.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de esta Juris-

dicción, no procede la imposición de las costas procesales causadas, ni las de este recurso, ni las de la instancia.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Cesáreo Hidalgo Senén, en nombre y representación de Dña. Delia, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sección Cuarta) de fecha 18 de mayo de 2010, dictada en el procedimiento ordinario núm. 11/2007, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, sentencia que se casa y anula.

Segundo. Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Dña. Delia contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida con fecha 16 de diciembre de 2005 (y ampliada mediante escritos posteriores de 23 de agosto de 2006 y 8 de enero de 2007) al Institut Català de la Salut, por negligencia en la prestación del servicio sanitario, consistente en la implantación de un método anticonceptivo, declarando la citada resolución presunta disconforme con el Ordenamiento Jurídico.

Tercero. Condenamos a la Administración demandada a abonar a Dña. Delia las cantidades siguientes: a) 179,64 euros por los gastos médicos acreditados, más los intereses legales de esa suma, que habrán de calcularse desde la fecha en que se formuló la reclamación administrativa; b) 80.000 euros por daño moral, suma actualizada a la fecha de esta misma resolución.

Cuarto. No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas procesales, tanto las causadas en la instancia como en esta casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Segundo Menéndez Perez, D. Luis María Díez-Picazo Giménez, D.ª María del Pilar Teso Gamella, D. José Luis Requero Ibáñez, D. Jesús Cudero Blas.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE, AL AMPARO DEL ART. 260 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER

JUDICIAL, FORMULAN LOS MAGISTRADOS DON Luis María Díez-Picazo Giménez Y DOÑA María del Pilar Teso Gamella.

Con el máximo respeto formulamos el presente voto particular. Nuestra discrepancia con el parecer mayoritario nada tiene que ver con la casación de la sentencia de instancia, sino que se refiere a la solución adoptada al abordar luego el fondo del litigio y, más en concreto, a la apreciación de que la Administración sanitaria ha incurrido en mala praxis.

Entendemos que no hay ninguna prueba de que, en la colocación del anticonceptivo denominado "Implanon" a la recurrente, el personal facultativo del Hospital Germans Trias i Pujol de Badalona vulnerase alguna de las reglas de la técnica aplicables a dicha actuación y, por consiguiente, incurriera en mala praxis.

De hecho, la sentencia de la que discrepamos inicia su valoración de la prueba con el siguiente pasaje: "En el caso ahora analizado, la prueba practicada en las actuaciones no permite afirmar con absoluta certeza que el Implanon fuera efectivamente colocado a la Sra. Delia, o que fuera insertado debidamente (por vía subdérmica o justo bajo la piel), o demasiado profundamente (a causa de una inserción intramuscular o en la fascia) provocando su migración. Ni siquiera es completamente descartable que el embarazo tuviera su causa en una ineficacia del producto (improbable, pero que no puede excluirse absolutamente) o en una retirada o extracción del mismo".

Esto significa que la propia sentencia, como punto de partida, reconoce que no es posible saber qué ocurrió. No existe, así, ninguna prueba directa de la mala praxis. Y el razonamiento posterior de la sentencia se construye sobre meras posibilidades; pero, habiendo incertidumbre en la premisa, ni siquiera cabe la presunción judicial: el art. 386 LEC exige, como es bien sabido, que la inferencia se haga "a partir de un hecho admitido o probado".

Más aún, los argumentos dados por la sentencia para afirmar que, a pesar de dicha incertidumbre, la Administración sanitaria incurrió en mala praxis no son -dicho sea con el debido respeto- convincentes. De entrada, consta que la punción necesaria para colocar el "Implanon" se realizó, porque dejó una cicatriz aún visible cuando tiempo después se comprobó que la recurrente había quedado embarazada. Y no consta, en cambio, que la recurrente tuviera anteriormente dudas sobre la efectiva implan-



tación del citado anticonceptivo; algo que habría debido ser relativamente fácil de verificar, ya que el "Implanon" debe colocarse inmediatamente bajo la piel. Si el "Implanon" no se hubiera colocado o hubiera sido colocado demasiado profundamente, habría debido haber algún rastro de ello en el mismo momento y en los días inmediatamente posteriores.

Tampoco la imposibilidad de conocer quién fue el concreto médico que llevó a cabo la colocación del anticonceptivo -dato al que la sentencia otorga especial significación- resulta, en nuestra opinión determinante.

Cuando se practicaron las pruebas, había transcurrido bastante tiempo desde la actuación médica; lo que explica la falta de memoria del Jefe del Servicio. Pero más importante aún, en este orden de consideraciones, es la naturaleza misma de dicha actuación: ambulatoria y breve. En estas circunstancias, no parece razonable exigir a la Administración sanitaria un deber de documentación mayor que el realizado; es decir, redactar y guardar un parte de asistencia.

Queda, en fin, el argumento basado en la ficha técnica del fabricante de "Implanon", según la cual este anticonceptivo, si ha sido correctamente colocado, determina que la posibilidad

de embarazo sea prácticamente nula. No hay ninguna razón para dudar de la veracidad de esta información del fabricante.

Ahora bien, esto sólo demuestra que el "Implanon" es extraordinariamente efectivo si está correctamente colocado. Nada dice, en cambio, sobre cuál era la facilidad o la dificultad -en el momento en que ocurrieron los hechos- de lograr una correcta colocación, no demasiado profunda. Y tampoco hay datos, que habrían sido particularmente útiles para valorar una eventual mala praxis, acerca del número de colocaciones incorrectas de dicho anticonceptivo.

En suma, sólo hay incertidumbre. En estas condiciones no resulta posible, en nuestra opinión, considerar acreditada la mala praxis de la Administración sanitaria. Debe tenerse presente a este respecto que hacer una afirmación de mala praxis tiene consecuencias negativas para el buen nombre de la Administración sanitaria y de los facultativos que la sirven, no debiendo tampoco olvidarse que, según jurisprudencia constante, sobre la mencionada Administración sanitaria no pesa un deber de éxito en todas sus actuaciones.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez D.^a María del Pilar Teso Gamella.

Siempre resulta interesante conocer los criterios que sigue el Alto Tribunal para valorar el daño moral.

Esta interesantísima sentencia de fecha 19 de mayo de 2.015, que luego vamos a contraponer con la de fecha 26 de mayo de 2015 del mismo PONENTE, se trata de una negligencia médica, por la cual, tras la implantación de un método anticonceptivo a una mujer de 20 años, a los pocos meses tuvo un embarazo no deseado.

Para más inri, la hija nace con una grave e incurable enfermedad de carácter hereditario. La perjudicada reclamó 179,64 euros por gastos médicos justificados, 150.000 euros por daño moral, y 670.363,40 euros por daño emergente y lucro cesante, así como 979.261 euros para su hija que presentaba una minusvalía reconocida por la Administración del 70 por 100.

El Tribunal Supremo concedió como acreditada la cantidad de 179,64 euros de los gastos médicos, ya que de su deducción analítica del caso concreto estimó la negligencia médica (a pesar de los votos particulares contrarios de dos magistrados, y de haberse llegado a tener que pronunciar por segunda vez al estimar el tribunal Constitucional una nulidad de actuaciones), si bien descartó la indemnización para la hija, pues entendía que la enfermedad no tenía un nexo causal con ningún acto médico.

En cuanto a las otras partidas que descarta el tribunal de daño emergente y lucro cesante, llega a la conclusión de que las cantidades destinadas a manutención de hijo inesperado, se encuadran dentro de las obligaciones de los padres por las relaciones familiares impuestas por el ordenamiento jurídico. Y que solo podría existir lucro cesante en el caso de que se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles, o muy relevantes, mediante la desviación para atender al embarazo y al parto, y a la manutención del hijo de recursos en principio para dichas finalidades, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado o de los interesados. Y ESO NO SE HA PROBADO, (interesantes razonamientos para futuras reclamaciones).

Pero entrando en el dato que nos interesa, comenzaremos con el estudio del DAÑO MORAL en este singular supuesto.

1) Lo inicial que hace el Supremo, es, constatar que la Sección 6ª el día 4 de noviembre de 2008 dictó sentencia, por la que decía, que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño.

2) Y entonces añade, que este principio debe ser matizado, ya que hay casos en los que el nacimiento se produce como consecuencia de un embarazo que la madre habría querido evitar, y que no ha podido como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios sanitarios.

3) Y que por tanto, existe daño moral por atentarse a la dignidad personal que protege la Constitución Española. Y por ello, la frustración de la decisión sobre la propia maternidad, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afectan al mínimo ético, como no puede ser menos en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (art. 16 CE).

4) Y considerando el Alto Tribunal que ante la ausencia de todo criterio orientativo de carácter objetivo le concede la suma de 80.000 euros.

COMENTARIO

Después de reiterar el Supremo su propia doctrina de que la vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona el derecho a la autodeterminación del paciente, a este le causa un DAÑO MORAL. Cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomoda o dejara de acomodarse a la *praxis médica*, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente; o, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevantemente y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene causa en el acto médico

Pero, como anticipamos al inicio de este comentario, queríamos también recoger el estudio de este mismo PONENTE, en la cuantificación del DAÑO MORAL, que realiza en la sentencia de 26 de mayo de 2015.

El caso concreto se trataba de una reclamación por DAÑO MORAL, por falta de información específica por escrito, de un varón de 30 años que se opera de la lesión de ligamento anterior de la rodilla, con anestesia epidural, y al cabo de poco tiempo, se detectó que producto de la intervención, tiene una aracnoiditis en su modalidad de crónica adhesiva que le ha provocado como secuela una paraplejía dejándolo en la condición de gran inválido.

Después de reiterar el Supremo su propia doctrina de que la vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona el derecho a la autodeterminación del paciente, a este le causa un DAÑO MORAL. Cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomoda o dejara de acomodarse a la *praxis médica*, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente; o, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevantemente y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene causa en el acto médico.

Y ahora pasamos al resultado final de esa CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL, donde nuestro Alto Tribunal entiende, que la cantidad de 300.000 EUROS se atemperan adecuadamente a las secuelas que el interesado padece y, además, es la que efectivamente resulta congruente con la pretensión que la parte actora ejercita y con la que fue propuesta, en el procedimiento administrativo.

Como hemos podido apreciar que difícil resulta “gobernar una nave” en medio de un océano de cifras; pero con lo que nos debemos quedar como juristas, es en la necesidad real de probar, todo aquello que afecta al perjudicado, no dejándonos detalles importantísimos en nuestras peticiones que después nos produzcan la “zozobra” moral, de si debía de haber pedido más indemnización, o haberla concretado mejor. SUERTE”.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

En caso de fallecimiento del perjudicado antes de habersele reconocido su indemnización, la trasmisión hereditaria de su crédito comprende tanto a las lesiones temporales como a las permanentes, estemos o no ante supuestos derivados del tránsito motorizado

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

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Fundamentos de Derecho

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

1. Por la representación de doña Adela se interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad Terracivil SA, solicitando la cantidad de 122.960,88 # en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos a causa de un siniestro imputable a la acción de la demandada.

2. El día 24 abril 2006, cuando la actora salió de su domicilio sito en la calle Angosta número 38 sufrió un accidente al introducir uno de sus pies en una zanja situada a esca-

unos metros de su residencia, realizada por la demandada para la instalación de una tubería. A causa del accidente la actora sufrió lesiones consistentes en fractura pertrocantérea de fémur izquierdo, posteriormente intervenida con reducción de la fractura, fijándola con un clavo gamma de 130, estando incapacitada para sus ocupaciones habituales 521 días, todos ellos impeditivos, y quedando como secuelas material de osteosíntesis.

3. Una vez admitida a trámite la demanda y contestada la misma, se presentó escrito por la representación de la actora el 29 de octubre de 2009 poniendo en conocimiento del Juzgado el fallecimiento de la demandante. En fecha 7 de septiembre de 2010 se presentó actas de declaración de herederos abintestato otorgada en fecha de 30 junio 2010, en la que se declara como únicos y universales herederos abintestato de doña Adela a sus siete hijos por partes iguales y entre ellos a doña Raimunda, que mediante resolución de fecha 4 noviembre 10, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16. 1 de la Ley, se tiene por persona en nombre y representación de la litigante fallecida, en la misma posición de parte que ocupaba y con todos los efectos.

4. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que, tras motivar la responsabilidad en el siniestro de la entidad demandada así como del alcance y cuantificación de los daños sufridos por la actora, estima parcialmente la demanda en atención a que aquella ha fallecido por un motivo ajeno al accidente y los hijos, que le han sucedido, no pueden ser considerados perjudicados en algo que sólo afecta al que padece la secuela sufriendo la limitación y, en su caso, los dolores físicos y morales correspondientes. Es por ello que sólo les concede la indemnización correspondiente a los días en capacitación y días que tardó en curar, que fija en 5.928,84 #.

5. Frente a esta sentencia recurrió la representación de la actora, sucesora de doña Adela, solicitando indemnización superior y por ambos conceptos (incapacidad temporal y secuelas), conociendo del recurso de apelación deducido la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva que dictó sentencia el 21 diciembre 2012 desestimatoria de aquél.

6. La motivación relevante de la sentencia es la siguiente: (i) Nuestro ordenamiento jurídico no ampara la tesis según la cual el derecho a exigir indemnización de perjuicios en caso de muerte es de índole patrimonial ingresado





en el caudal hereditario de la víctima y transmisible a sus herederos, distinguiendo el Tribunal entre los perjuicios de carácter patrimonial que son transmisibles a los causahabientes, de una parte, y, de otra, el daño moral constituido por el dolor psicofísico que la lesión hace sufrir a la víctima que, aunque compensable económicamente, la acción para su reclamación no es transmisible a sus herederos. Tal sucede en caso de reclamación de secuelas, constitutivas de lesiones permanentes no susceptibles de curación y cuyo resarcimiento tiene un carácter personalísimo y exceptuado de transmisión, por lo que sus sucesores no adquieren la condición de perjudicados. (ii) Teniendo en cuenta la edad de la víctima al tiempo del siniestro (80 años) y aplicando el baremo del año 2006 (fecha de la estabilización estacional), la indemnización resultante de tal valoración médica sería la siguiente: - 4 días de hospitalización por 60,34 #/día= 241,36 #; - 116 días impeditivos x 49,03 # /día= 5.687,48 #; - 10 p. Secuelas funcionales x 550,48# /punto= 5.504,80 #, - 5 p. Secuelas estéticas x 527,12 # / punto= 2635,60 #.

7. Contra la anterior sentencia interpuso la representación de la parte actora recurso de casación por interés casacional con fundamento en el apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, articulando dos motivos, del que sólo se admitió el segundo por Auto de 3 junio 2014.

Recursos de casación.

SEGUNDO.- Motivo Segundo. Enunciación y Planteamiento.

Se denuncia la infracción de los arts. 659 y 661 del CC y en el se alega que no habiendo acontecido la muerte instantánea de la madre de la recurrente, sino después de iniciado el proceso y después de haberle sido calificadas las lesiones y secuelas tras ser dada de alta médica por el médico forense, el derecho a la indemnización de la misma se integró en su patrimonio y se transmitió a sus herederos. Invoca la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala contenida en SSTs de 10 de diciembre de 2009 y 13 de septiembre de 2012. En la primera de ellas se contempla un supuesto en el que los herederos de una persona que había fallecido con posterioridad al accidente de tráfico sufrido por causas ajenas a él reclamaron de dos compañías aseguradoras con carácter solidario la indemnización correspondiente a los daños personales que aquella había sufrido y en dicha sentencia se fija como principio o regla que todas las indemnizaciones,

tanto por daños fisiológicos en sentido estricto como por daños patrimoniales vinculados a estos (secuelas, daños morales complementarios y factor de corrección por perjuicios económicos), como por daños no patrimoniales (factor de corrección por incapacidad permanente) y finalistas (en caso de gran invalidez, adaptación de vehículo y vivienda, necesidad de ayuda de otra persona, daños morales a familiares) deben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado desde el momento del alta médica, lo que se traduce en que el fallecimiento posterior de la víctima no elimina dicho derecho ni justifica la reclamación de la indemnización ya percibida con fundamento en el enriquecimiento injusto (al existir causa legal para el desplazamiento patrimonial). En el resto de las mencionadas el fallecimiento prematuro de la víctima sí ha de ser valorado como una de las circunstancias a tomar en consideración por el órgano judicial, y ello, por estar expresamente previsto en el punto 9 del Anexo Primero del Baremo, según la cual, las «alteraciones sustanciales» de las circunstancias iniciales pueden dar lugar a una modificación de la indemnización reconocida. La segunda sentencia citada es de Pleno y en ella, con cita de la STS de 10 de diciembre de 2009, se recoge un supuesto en el que los herederos de una víctima de accidente de tráfico, que falleció por causa del mismo a los cinco meses de recibir el alta definitiva, reclaman en dicho concepto la indemnización por la incapacidad temporal del perjudicado y/o por la indemnización básica y los factores de corrección de unas secuelas que ya estaban concretadas a través de un informe del médico forense. Estima que en el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. Siguiendo la doctrina contenida en la STS de 10 de diciembre de 2009, concluye que el fallecimiento posterior es intrascendente en orden a la procedencia de indemnizar con arreglo al SLV todo lo que corresponda como indemnización básica por secuelas (tanto fisiológicas como estéticas), y por los factores correctores de las lesiones permanentes de perjuicios económicos y de daños morales complementarios.

TERCERO.- Decisión de la Sala.

1. Nos hallamos en presencia de un supuesto de sucesión procesal por causa de la muerte

de la parte actora, víctima del accidente cuya indemnización se reclama.

2. En relación con la sucesión procesal hay que señalar (STS 11 julio 2012, Rc. 129/2010) que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico contempla el fallecimiento como única causa de estimación de la personalidad de las personas físicas también lo es, sin duda alguna, que dicha extinción no afecta a la transmisibilidad de los derechos y obligaciones que, sin tener el carácter de personalísimos, pasan a integrar la herencia conforme al fenómeno jurídico de la sucesión mortis causa (artículos 657, 659 y 661 del Código Civil).

3. Siguiendo este discurso lógico la cuestión negada por la sentencia recurrida, y que se nos somete por interés casacional, es si las secuelas o lesiones permanentes que sufrió la víctima, y sobre las que reclamó cuando formuló la demanda, son transmisibles a sus herederos.

4. A tal efecto, y sin perjuicio de la cita que pudiese hacerse de la sentencia de 19 junio 2003, Rc. 3375/1997, resulta categórica para estimar el motivo la doctrina sentada por la sentencia de 10 de diciembre 2009 y 12 septiembre 2012, que recoge el motivo como sentencias de contraste, pues, aunque dictadas en siniestros con origen en accidentes de tráfico tienen perfecto encaje respecto a lo que se debate en el presente.

5. En la sentencia de 12 septiembre 2012 se recoge que "el derecho de la víctima a ser resarcido por las lesiones y daños nace como consecuencia del accidente que causa este menoscabo físico y la determinación de su alcance está en función de la entidad e individualización del daño, según el resultado de la prueba que se practique, que no tiene que ser coincidente con la del informe médico-forense. La consolidación posterior de las lesiones supone lo siguiente: por un lado, que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y que se valoren, a efectos de determinar el importe de la indemnización, en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado.

Por otro, que la acción puede ejercitarse puesto que la víctima tiene pleno conocimiento del mismo, por lo que es a partir de entonces cuando comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (sentencias de Pleno de esta Sala, de 17 de abril de 2007, RC nº 2908/2001 y 2598/2002). De acuerdo con

el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y que se valoren, a efectos de determinar el importe de la indemnización, en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. Por otro, que la acción puede ejercitarse puesto que la víctima tiene pleno conocimiento del mismo, por lo que es a partir de entonces cuando comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (sentencias de Pleno de esta Sala, de 17 de abril de 2007, RC nº 2908/2001 y 2598/2002).

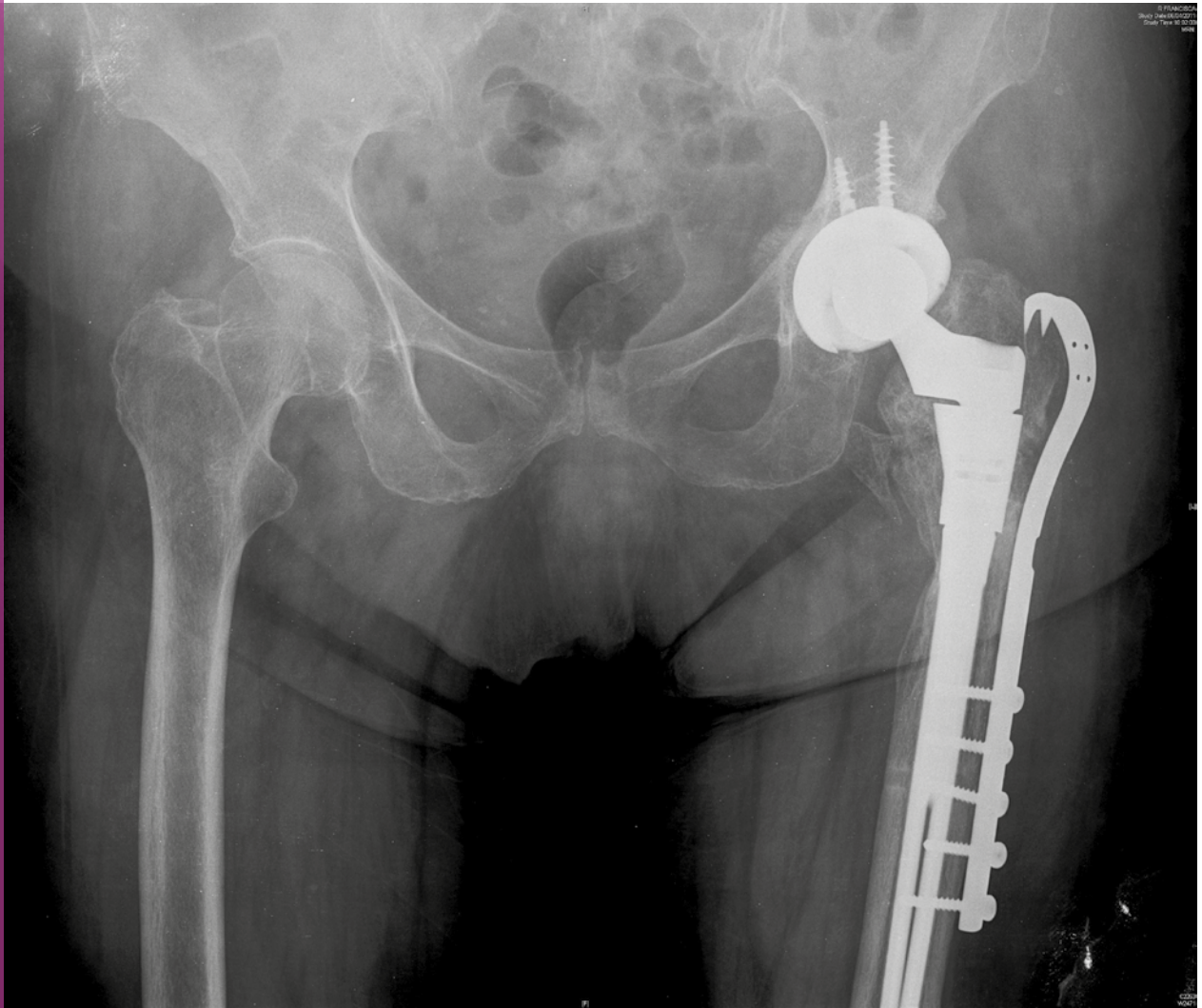
En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. Como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida".

6. En la presente causa con mayor motivo, pues no se trata sólo del que el alcance real del daño sufrido por la víctima se encontrase perfectamente determinado, al margen de su posterior cuantificación, sino que la acción ya se había ejercitado, si bien el fallecimiento de aquella ha impedido que sea la que perciba la indemnización que como derecho ya había entrado en su patrimonio.

Por ello el motivo se estima.

CUARTO.- Estimado el motivo procede asumir la instancia, y, al hacerlo así, estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número cuatro de Ayamonte el 30 abril 2012, condenando a la entidad Terracivil SA a que abone a doña Raimunda la cantidad de 5.928,84 # por incapacidad temporal y 8.140,40 # por secuelas y al pago de los intereses legales de dichas cantidades desde la fecha de presentación de la demanda y hasta el completo pago de la deuda.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley no procede imponer las costas del recurso de casación sin ni hace expresa condena de las costas de ninguna de las instancias.



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 la representación procesal de doña Raimunda, contra la sentencia de 21 de diciembre de 2012, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, en el rollo de apelación nº 312/2012, dimanante de los autos de juicio ordinario 707/2008 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 4 de Ayamonte.

2. Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la parte actora contra la mencionada sentencia, condenando a la entidad Terracivil SA a que abone a doña Raimunda la cantidad de 5.928,84 # por la incapacidad temporal y 8.140,40 # por las secuelas y al pago de los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de presentación

de la demanda y hasta el completo pago de la deuda.

3. No procede imponer las costas del recurso de casación.

4. No ha lugar a hacer expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

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.- José Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O'Callaghan Muñoz. 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.

Por **Mariano Medina Crespo**
Abogado y Doctor en Derecho

En 2013, excitado por la doctrina del hoy extinguido Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid sobre la transmisibilidad activa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, dediqué una monografía de 735 páginas a la cuestión de la transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales, cuando el perjudicado fallece antes de que se le haya reconocido su indemnización. También tuvieron en mí un efecto repro- vocador las SSTs (Sala 1ª) de 10 de diciembre de 2009 (Xiol Ríos) y 13 de septiembre de 2012 (Seijas Quintana).

Entre la serie variada de doctrinas intermedias, me refería a la que con eufemismo puede denominarse doctrina pintoresca que se contrae a sostener que el crédito resarcitorio *ex corporis damno* tiene que dividirse cuando fallece su titular, pues el fallecimiento produce la transmisión hereditaria de la parte correspondiente al resarcimiento de las lesiones temporales, pero no produce la transmisión de la parte correspondiente a las lesiones permanentes

Señalaba en ella que ni la disciplina común de la responsabilidad civil ni la disciplina específica reguladora de la responsabilidad civil automovilística tienen reglas legales al respecto, pero que había sobre la cuestión mucha jurisprudencia discordante (mayor y menor). A su vez, opinaba que la doctrina no tenía que limitarse a describir con método exegético y complaciente lo que la jurisprudencia dice (*juris dictio*), sino que tiene que decir a la jurisprudencia lo que tiene que decir y que deje de decir lo que mal dice, construyéndose así una doctrina de *jurisprudencia ferenda*.

Distinguía al respecto las dos cuestiones fundamentales, la del *an* transmisivo y la del *quantum* transmisivo, destacando que la primera había sido objeto de cierta atención doctrinal, pero que la segunda padecía de un inequívoco abandono. Me referí de modo analítico a las diversas doctrinas teóricas y judiciales que, con sus variantes, niegan la transmisión hereditaria del crédito resarcitorio, esforzándome en desautorizar sus sinrazones y demostrando que, en muchos casos, constituyen una manifestación de la admiración española por lo peregrino que da lugar a la importación de doctrinas foráneas que son incompatibles con la estricta mentalidad y técnica de nuestro ordenamiento jurídico. Me referí, naturalmente, a las doctrinas partidarias de la transmisión y me referí a las doctrinas intermedias que, navegando entre dos aguas, postulan una transmisibilidad mitigada de los créditos resarcitorios, admitiéndola en unos casos y negándola en otros, haciendo referencia a quienes sólo la admiten cuando el perjudicado ya ha formulado judicialmente su reclamación y fallece antes de que la misma se resuelva, dando lugar a que sus derechos puedan ser mantenidos en virtud de la sucesión procesal.

Entre la serie variada de doctrinas intermedias, me refería a la que con eufemismo puede denominarse doctrina pintoresca que se contrae a sostener que el crédito resarcitorio *ex corporis damno* tiene que dividirse cuando fallece su titular, pues el fallecimiento produce la transmisión hereditaria de la parte correspondiente al resarcimiento de las lesiones temporales, pero no produce la transmisión de la parte correspondiente a las lesiones permanentes. Tal es el criterio adoptado por la SAP de Huelva (Sección 3ª, Civil) de 21 de diciembre de 2012 (Méndez Burguillo) que ahora ha anulado el TS mediante la resolución de referencia.

Pese a contarse con una doctrina jurisprudencial que desautoriza ese distingo, el Tribunal onubense declaró que el crédito resarcitorio que había hecho valer una lesionada de 80

COMENTARIO

El TS aborda como Tribunal sentenciador en su pronunciamiento rescisorio la cuestión del *quantum transmisivo*, con reconocimiento a los causahabientes de la perjudicada lo que se habría reconocido a ella de haber sobrevivido

años, pero que falleció después de haber presentado su demanda, dando lugar a que fuera procesalmente sucedida por sus herederos, había que dividirlo, con reconocimiento de la transmisión de la parte correspondiente al resarcimiento de las lesiones temporales y con desconocimiento de la transmisión de la parte correspondiente a las lesiones permanentes.

Tratándose de un pleito que por su cuantía no permitía el acceso a la casación, gracias al recurso de interés casacional, el TS ha podido

desfacer el entuerto y ha anulado la sentencia recurrida al proyectar la transmisión del crédito sobre los dos componentes señalados.

Pero el TS aborda como Tribunal sentenciador en su pronunciamiento rescisorio la cuestión del *quantum transmisivo*, con reconocimiento a los causahabientes de la perjudicada lo que se habría reconocido a ella de haber sobrevivido, sin tener en cuenta que la cantidad que se les reconoce corresponde a los perjuicios que ya había padecido la causante y a los que, a lo largo de su vida, tenía que padecer, pero que se interrumpieron prematuramente con su muerte.

Dado que estamos ante un mero comentario de alcance en el que no puedo explayarme, me limito a dejar planteada la cuestión y a invitar al lector interesado a que examine el nuevo Baremo de Tráfico y calcule, a la vista de los arts. 44 y 45, las cantidades que tendrían que haberse reconocido a los herederos de la perjudicada fallecida, en consonancia básica con los criterios a los que se atuvo la sentencia de 13 de septiembre de 2012, ya mencionada.

Dado que estamos ante un mero comentario de alcance en el que no puede explayarme, me limito a dejar planteada la cuestión y a invitar al lector que esté interesado en la materia a que examine el nuevo Baremo de Tráfico y calcule, a la vista de los arts. 44 y 45, las cantidades que tendrían que haberse reconocido a los herederos de la perjudicada fallecida

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Regulación del instituto de la prescripción en la LOE. La responsabilidad solidaria prevista en el artículo 17 de la LOE no puede equipararse con el vínculo obligacional solidario, por lo que la reclamación al promotor no interrumpe el plazo de prescripción frente al resto de intervinientes

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

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la naturaleza de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación, regulada en el artículo 17 de la LOE, a los efectos de determinar el carácter propio o impropio de la misma y su incidencia sobre la prescripción de las acciones ejercitadas.

2. Debe señalarse que esta Sala ya ha abordado el examen de estas cuestiones en su sentencia, de pleno, de 16 de enero de 2015, núm. 761/2015.

3. Antecedentes del recurso.

A) DEMANDA

La Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 interpuso demanda de juicio ordinario frente a la entidad Construcciones Área de Granada, D. Melchor (Arquitecto Superior), y D. Cesáreo (Arquitecto Técnico), solicitando condena a los demandados en el grado de responsabilidad que se determine, o, si ello fuera imposible determinar, solidariamente a todos ellos a la reparación de los vicios y defectos enumerados y que constaban en el informe técnico aportado.

B) TERCER INTERVINIENTE

La Entidad Construcciones Área de Granada, solicitó en su escrito de contestación a la demanda que fuera llamada al proceso la entidad Construcciones el Poyetón, S.L., en calidad de tercer interviniente.

La parte actora, presentó escrito en el que manifestaba: «(...) nuestra no oposición a la solicitud planteada por la demandada de intervención provocada de la mercantil Construcciones El Poyetón, S.L., en la medida que ha intervenido en la construcción del inmueble cuyas deficiencias se denuncian en el presente proceso, solicitando la condena del mismo, si de la práctica de la prueba resulta la concurrencia de responsabilidad que le sea imputable en la causación de los vicios denunciados y ello en base a la LOE 38/1999, que en su D.A. 7^a, dispone que los efectos de la actuación del tercero ya están advertidos en su llamada al proceso en virtud de emplazamiento que se realice, ya que se dice claramente que la sentencia será oponible y ejecutable frente a ellos».

El juzgado de primera instancia dictó auto de 9 de diciembre de 2010, en el que disponía llamar a El Poyetón SL, en calidad de tercer interviniente, instándole a que, en su caso, contestara a la demanda, pues la sentencia que se dictase podría ser oponible y ejecutable frente a ella.

La entidad El Poyetón SL, compareció y contestó oponiéndose a la demanda.

C) SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia, desestima la demanda. El Juez, tras distinguir entre los defectos reclamados antes y después de la emisión del burofax remitido a la constructora, declara que la acción respecto a los primeros





había prescrito, y en cuanto a los reclamados a través del referido burofax, de fecha 13 de agosto de 2009 y posteriormente en la demanda, eran simples defectos de terminación o acabado que no habían aparecido dentro del plazo de garantía de un año.

D) SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Interpuesto contra la anterior resolución recurso de apelación por la parte actora, la sentencia de la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso. Condenó a la reparación de los defectos que concreta en el fallo con distinta determinación de la responsabilidad en función de los diferentes defectos constructivos: solidariamente a todos los demandados, para que corrijan los problemas de funcionamiento del sumidero de la rampa de la cochera y de la centralita de detector de humos. Solidariamente a todos los demandados y al entidad interviniente a que corrijan las humedades existentes en toda la casa nº NUM001 y la defectuosa impermeabilización de las casas NUM002 y NUM003. Solidariamente a la Empresa constructora, a don Cesáreo y a la entidad interviniente, a corregir el resalte del solado de la cocina de la casa nº NUM004 y las humedades en las paredes del dormitorio y del baño de la casa nº NUM002. También condenó a la Constructora y a la entidad interviniente a reparar la fisura de la puerta peatonal y realizar la correcta colocación de los canalones de recogida de aguas de los tejados, casas números NUM002 y NUM003. Finalmente condenó a Construcciones Área de Granada, S.L. a diversas reparaciones.

Por otra parte, fundamenta la sentencia, que la acción frente a la promotora, derivada de los distintos contratos de compraventa, no estaría prescrita por ser de aplicación el plazo de 15 años del artículo 1.964 del Código civil. Con respecto al Arquitecto Superior y al Arquitecto Técnico entendió que, interrumpida la prescripción respecto al promotor, sus efectos se extienden a la acción para exigir responsabilidad a los demás agentes de la edificación. En definitiva valoró que se había producido una interrupción de la prescripción respecto a la promotora, que alcanzaba al resto de los demandados.

Recurso de casación.

Ley de Ordenación de la Edificación.

Obligación solidaria y régimen de responsabilidad derivada; artículos 17 LOE y 1137 y 1974 del Código Civil. Doctrina Jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO.- 1. El arquitecto técnico ha formalizado recurso de casación, al amparo del artículo 477.2.3ª LEC, al considerar que existe una jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en cuanto a la naturaleza de la solidaridad establecida en el artículo 17.3 LOE.

Considera que la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, en la sentencia recurrida y en la de fecha 4 de mayo de 2012, ha valorado que la solidaridad impuesta al promotor en virtud de lo establecido en el artículo 17.3 LOE, con respecto a los demás agentes de la edificación es propia, a efectos de extender los efectos de la interrupción de la prescripción. Frente a este criterio, la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, en sentencias de 27 de noviembre de 2008 y 17 de abril de 2012 razona que interrumpida la prescripción frente al promotor, sus efectos no se extienden a la acción para exigir responsabilidad a los demás agentes edificativos, en base a considerar que del artículo 17.3 de la LOE, resulta que sólo la responsabilidad solidaria de la promotora es propia (fijada por ley), a diferencia de lo que ocurre con los demás partícipes en el proceso edificativo que es impropia. En base a la anterior, articula el recurso de casación en un único motivo, por infracción de lo dispuesto en el artículo 17.1, 2 y 3 LOE y en el artículo 1974 del Código Civil.

Por su parte, el codemandado, don Melchor, solicita que se le tenga por adherido a los motivos del recurso de casación formalizado por la recurrente, así como que sea estimado y se lleve a cabo un efecto expansivo del mismo, declarando que igualmente frente a él la reclamación de la actora estaba prescrita.

En el presente caso, el motivo planteado debe ser estimado.

2. Como se ha señalado, las cuestiones planteadas en el presente caso ya han sido examinadas, con desarrollo y detalle, por esta Sala en la reciente sentencia de pleno de 16 de enero de 2015 (núm. 761/2014), por lo que interesa reproducir la doctrina jurisprudencial allí expuesta. En este sentido, en el fundamento segundo de la citada sentencia se declara: "La Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre, que publica el B.O.E. del día 6 de noviembre de 1999, para su entrada en vigor seis meses después, conforme a la Disposición Transitoria Primera, dice la STS de 22 de marzo de 2010, "es una ley que no traslada de forma automática todo el régimen normativo anterior, contenido en el artículo 1.591 del CC, y muy especialmente en la jurisprudencia que lo inter-

preta, sino que dota al sector de la construcción de una configuración legal específica, tanto respecto a la identificación, obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el mismo, como de las garantías para proteger al usuario a partir, no solo de unos plazos distintos de garantía y de prescripción, sino de una distinción, hasta ahora inexistente, entre obras mayores y menores; de unos criterios también distintos de imputación, con responsabilidad exigible exclusivamente por vicios o defectos como causa de daños materiales y que es, en principio, y como regla general, individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a la ley, se deba responder, en armonía con la culpa propia de cada uno de los agentes en el cumplimiento de la respectiva función que desarrollan en la construcción del edificio, salvo en aquellos supuestos muy concretos que la propia ley tiene en cuenta para configurar una solidaridad expresa, propia o impropia o especial, según se trate del promotor y de los demás agentes".

Cada uno de los agentes asume el cumplimiento de sus funciones y, en determinadas ocasiones, las ajenas, al establecer la ley ciertos supuestos en los que los agentes responden por la actividad de otras personas, caso del proyectista, respecto de los errores de cálculo, o de los estudios o dictámenes que encarga a otros; del director de la obra, por omisiones o deficiencias del proyecto, o del constructor, por el jefe de obras o por los subcontratistas. Sólo cuando aquella no pueda ser concretada individualmente o no quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, procederá la condena solidaria (artículo 17.3).

Sin duda la condena solidaria representa el fracaso de un sistema pensado para hacer efectivas responsabilidades individuales de cada uno de los agentes; sistema que ya venía recogido en la jurisprudencia de esta Sala en la interpretación del artículo 1591 del Código Civil, respondiendo a la idea de salvaguardar el interés social (SSTS 3 de noviembre 1999; 24 de septiembre de 2003), en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados (SSTS 15 de abril y 24 de septiembre de 2003), desde el momento en que obliga a cada uno de los deudores solidarios frente al actor que reclama, y que a estos efectos tiene la condición de acreedor, a realizar la prestación íntegra, es decir, a satisfacer la cantidad total a cuyo pago han sido condenados (STS 27 de noviembre 1981).

En la interpretación del artículo 1.591 del Código Civil, la sentencia de Pleno de 14 de marzo de 2003, reconoció junto a la denominada "solidaridad propia", regulada en nuestro Código Civil (artículos 1.137 y siguientes) que viene impuesta, con carácter predeterminado, "ex voluntate" o "ex lege", otra modalidad de la solidaridad, llamada "impropia" u obligaciones "in solidum" que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, sin que a esta última especie de solidaridad le sean aplicables todas las reglas previstas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1.974 del Código Civil en su párrafo primero; precepto que únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente; sin perjuicio de aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.

Era la sentencia, y no la Ley, por tanto, la que, en la interpretación de esta Sala del artículo 1.591 CC, hacía posible la condena solidaria de los agentes que intervenían en la construcción y esta no tenía su origen en el carácter o naturaleza de la obligación, que no era solidaria puesto que se determinaba en la sentencia y no antes, como resultado de la prueba por la indeterminación de la causa y la imputación a varios agentes sin posibilidad de determinar la cuota individual de responsabilidad, con el efecto que, respecto de la prescripción, refiere la citada sentencia.

En definitiva, antes de la entrada en vigor de la LOE, partiendo del principio general de no presunción de la solidaridad, si no era posible la identificación de la causa origen de la ruina, y como consecuencia determinar cuál de los diferentes agentes que habían intervenido en el proceso constructivo era responsable, o si no era posible concretar la participación de cada uno de ellos en la causación del resultado, la doctrina y la jurisprudencia optaban por aplicar el principio de solidaridad, con seguimiento de la tendencia de aplicar con mayor rigor la responsabilidad de los profesionales de la construcción y de conseguir la adecuada reparación a favor del perjudicado.

En la actualidad, la confusión viene determinada por la inclusión de este criterio en la Ley de Ordenación de la Edificación y que ha propiciado soluciones distintas en el ámbito de las Audiencias Provinciales. Es cierto que la responsabilidad de carácter solidario está expresamente prevista en la Ley, pero solo en los supuestos que impone en el artículo 17 de la LOE, es decir, cuando no pudiera llevarse a cabo tal individualización o llegara a probarse que en los defectos aparecidos existe una concurrencia de culpas de varios de los agentes que intervinieron en la edificación; sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de los contratos suscritos.

Lo único que ha hecho LOE, como en otros casos, es incorporar a la norma los criterios que ya venían expresados en la jurisprudencia, con lo que el efecto sigue siendo el mismo respecto de la interrupción de la prescripción entre los agentes que participan en la construcción puesto que, a excepción de los casos expresamente mencionados en la Ley, tienen funciones distintas y actúan con distintos títulos y como tal responden individualmente, siendo sus obligaciones resarcitorias parciales o mancomunadas simples, sin relación entre ellas, según el artículo 1.137 CC, salvo que concurran a la producción del daño en la forma expresada en el artículo 17.

La responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo por vicios y defectos de la construcción STS 17 de mayo 2007 es, en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio, o lo que es igual, determinada en función de la distinta actividad de cada uno de los agentes en el resultado final de la obra, desde el momento en que existen reglamentariamente impuestas las atribuciones y cometidos de los técnicos que intervienen en el mismo. Cada uno asume el cumplimiento de sus funciones y, en determinadas ocasiones, las ajenas, y solo cuando aquella no puede ser concretada individualmente procede la condena solidaria, por su carácter de sanción y de ventaja para el perjudicado por la posibilidad de dirigirse contra el deudor más solvente entre los responsables del daño, tal y como estableció reiterada jurisprudencia (SSTS 22 de marzo de 1997; 21 de mayo de 1999; 16 de diciembre 2000; 17 de julio 2006).

En definitiva, se podrá sostener que la solidaridad ya no puede calificarse en estos casos de impropia puesto que con la Ley de Ordena-

ción de la Edificación no tiene su origen en la sentencia, como decía la jurisprudencia, sino en la Ley. Lo que no es cuestionable es que se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1.137 del Código Civil ("cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria"), con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción que se mantiene en la forma que ya venía establecida por esta Sala en la sentencia de 14 de marzo de 2003, con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa, o de aquellos otros en los que la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que también se interrumpe, pero no respecto del resto de los agentes, salvo del promotor que responde solidariamente con todos ellos "en todo caso" (artículo 17.3.) aún cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007; 13 de Marzo de 2008; 19 de julio de 2010; 11 de abril de 2012)".

3. Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al presente caso exige realizar las siguientes precisiones que conducen a la estimación del motivo planteado.

En efecto, tal y como expresamente recoge la sentencia de primera instancia como hecho probado, no desvirtuado por la Audiencia, desde el 16 de enero de 2007, fecha en que el Servicio de Consumo de la Junta de Andalucía comunica a la comunidad de propietarios la finalización de las actuaciones de mediación con la empresa Construcciones Área de Granada, con relación a las deficiencias observadas por dicha comunidad, hasta el burofax de fecha 13 de agosto de 2009, no resulta acreditada reclamación alguna que pudiera provocar la interrupción de la prescripción de la acción (dos años). Máxime, en el presente caso, en donde la parte recurrente fue emplazada para contestar





la demanda el día 8 de junio de 2010, sin que en ningún momento previo se hubiera dirigido contra ella reclamación formal alguna, o se haya acreditado que tuviera conocimiento de la existencia de daños o desperfectos de la obra realizada.

TERCERO.- Finalmente, el recurrido, Don Melchor, solicita la adhesión al recurso de casación interpuesto y que su estimación tenga un efecto expansivo y sea absuelto por hallarse frente a él la acción también prescrita. Argumenta, en este sentido, que los codemandados condenados que se hallan en la misma posición que los recurrentes, se benefician de la actividad procesal de estos cuando existe una comunidad de actuación y se hallan en idéntica situación sustantiva y procesal.

Tras el análisis de esta cuestión, se ha de rechazar esta petición por no existir cobertura legal para acoger la petición formal de adhesión al recurso que formula la parte recurrida en el trámite que regula el artículo 485 LEC.

Las SSTS nº 669/2011, de 4 de octubre y nº 661/20 09, de 22 de octubre, han declarado que el artículo 485.1 LEC contempla un trámite de oposición al recurso de casación en el que no se prevé un trámite semejante al establecido en artículo 461.1. LEC para el recurso de apelación, que permita al litigante –inicialmente no recurrente– aprovechar el término otorgado para la presentación del escrito de oposición al recurso formulado por la contraparte, para impugnar la sentencia, en principio no recurrida, respecto a lo que de ella le sea desfavorable. Tan sólo se contempla la posibilidad de que, además de la oposición al recurso, la parte recurrida efectúe alegaciones sobre la no admisibilidad del mismo, porque entienda que concurren causas de inadmisión no rechazadas ya por este Tribunal.

En consecuencia, no cabe un trámite de adhesión al recurso de casación y la petición así articulada debe ser rechazada.

Este rechazo, sin embargo, no impide esta Sala se pronuncie sobre el efecto expansivo del recurso de casación a la parte recurrida, en orden a su absolución por aplicación extensiva del instituto de la prescripción, al tratarse de una aplicación automática, si se dieran los requisitos para ello, derivada de la estimación del recurso.

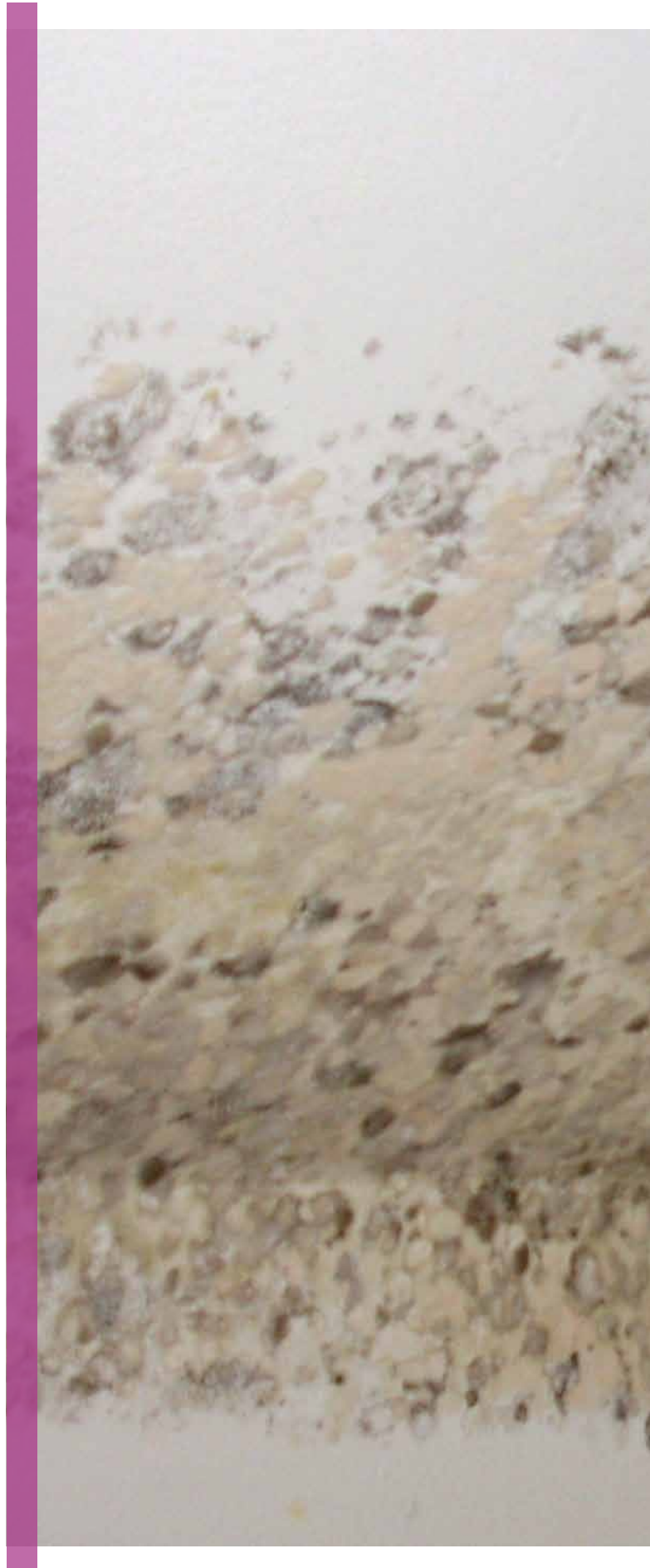
En este aspecto, como argumenta el solicitante, esta Sala tiene declarado que los codemandados condenados que se hallan en la misma posición que los recurrentes, se benefi-

cian de la actividad procesal de estos cuando existe una comunidad de actuación y se hallan en idéntica situación sustantiva y procesal, al entrar en juego la doctrina de la extensión de los efectos de la sentencia a las partes ligadas por idénticos vínculos de responsabilidad, al así exigirlo las más elementales reglas de la lógica, (SSTS n° 609/2010, de 20 de octubre, n° 200/2010, de 30 marzo, y 448/2010, de 6 de julio).

Centrada la cuestión en la segunda instancia pero con idéntico sentido, la STS n° 215/2013 bis, de 8 de abril, reiterando la STS n° 712/2011, de 4 de octubre, establece que «[el principio general de que, en segunda instancia, no cabe favorecer la situación de quien no apela ni se adhiere a la apelación, ni es posible entrar en cuestiones consentidas por ese litigante que se ha aquietado a lo resuelto por la sentencia de primera instancia, quiebra en aquellos supuestos en que los pronunciamientos deban ser absolutos o indivisibles por su naturaleza y también en aquellos supuestos en los que exista solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en idéntica situación procesal (SSTS de 29 de junio de 1990, 9 de junio de 1998, RC n.º 1039/ 1994). Sin embargo la propia sentencia establece que tal criterio hace la salvedad de aquellos casos en los que la resolución del recurso se basa en causas subjetivas que afectan solo a la parte recurrente (SSTS de 13 de febrero de 1993, RC n.º 2458/1990, 8 de marzo de 2006, RC n.º 2586/1999, 24 de noviembre de 2005, RC n.º 1481/1999, 3 de marzo de 2011, RIP n.º 1865/20 07)».

En atención a la doctrina que se acaba de exponer y a la vista del caso que se enjuicia, no existe duda de que de que la resolución del presente "recurso se basa en la alegación de prescripción invocada por uno de los codemandados y que la solidaridad que se examina, en orden a su naturaleza, no implica una situación o vínculo obligacional entre las partes ni es de aplicación el artículo 1.137 CC, según se ha razonado.

Por el contrario, en el ámbito de la Ley de Ordenación de la Edificación, la responsabilidad de los agentes que intervienen en la construcción en principio es individual y sólo cuando aquella no pueda ser concretada individualmente o no quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, procederá la condena solidaria (artículo 17.3); que, fuera de los supuestos espe-





cíficos previstos –caso del promotor–, no parten de la existencia de una obligación solidaria o un vínculo obligacional de este tipo sino de una responsabilidad de carácter solidario.

Por otro lado, 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 –la sentencia recurrida establece el día a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad por defectos, el 4 de abril de 2008–, pudiera haberle favorecido en el supuesto de haber recurrido la sentencia.

En atención a lo razonado, se rechaza la solicitud planteada por el recurrido Sr. Melchor, por no darse los presupuestos exigidos para conferir efecto expansivo a la estimación del recurso.

CUARTO.- Estimación del recurso y costas.

1. La estimación del motivo planteado comporta la estimación del recurso de casación interpuesto.

2. Por aplicación del artículo 398.2 LEC, no procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

3. Por aplicación del artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la LEC, y como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente absolución de D. Cesáreo, procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación y de la primera instancia, solo en cuanto a este recurrente, a la parte apelante y demandante.

En relación a los otros demandados, en la medida en que no les afecta la estimación del recurso de casación, se mantiene el pronunciamiento que se realizó por la sentencia de la Audiencia Provincial.

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

FALLAMOS

1. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Cesáreo contra la sentencia dictada, con fecha 8 de junio de 2012, por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, en el rollo de apelación nº 115/2012, que casamos y anulamos, a los exclusivos efectos de confirmar el pronunciamiento absolutorio que realizó la sentencia dictada en primera instancia en relación al recurrente en casación.

2. Se fija como doctrina jurisprudencial de esta Sala que en los daños comprendidos en la LOE, cuando no se pueda individualizar la causa de los mismos, o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que se pueda precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la exigencia de la responsabilidad solidaria que se derive, aunque de naturaleza legal, no puede identificarse, plenamente, con el vínculo obligacional solidario que regula el Código Civil, en los términos del artículo 1137, por tratarse de una responsabilidad que viene determinada por la sentencia judicial que la declara. De forma, que la reclamación al promotor, por ella sola, no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes.

3. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación interpuesto.

4. Procede imponer las costas del recurso de apelación y de la primera instancia, sólo en relación al recurrente en casación, a la parte demandante y apelante, manteniendo el pronunciamiento de la Audiencia para los otros demandados no recurrentes en casación.

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, Sebastián Sastre Papiol, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O' Callaghan Muñoz, José Luis Calvo Cabello

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Javier Orduña Moreno, 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.

En esta Sentencia se estima el Recurso de Casación planteado frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada que había revocado la anterior dictada por el Juzgado de 1^a Instancia nº11 de dicha ciudad. El Supremo sienta aquí el principio por el cual la solidaridad establecida por la LOE en cuanto a la responsabilidad derivada de la actuación de los distintos agentes que intervienen en la edificación no debe ser

entendida a los efectos previstos en el artículo 1137 del Código Civil en cuanto a la interrupción de la prescripción, considerando que la paralización de la prescripción frente al promotor no implica que se haya interrumpido de forma automática también frente al resto de agentes intervinientes. De este modo establece la Sala Primera que la responsabilidad solidaria del resto de agentes, con independencia del promotor que sí tiene una responsabilidad en origen solidaria con el resto de aquellos, nace con la Sentencia una vez se acredita la imposibilidad de individualizar la cuota de responsabilidad de cada uno de los intervinientes de la edificación, insistiendo en que la responsabilidad de cada uno es individual y viene determinada en función de las competencias atribuidas a cada uno de ellos. Consecuencia de todo ello es que tal y como sucede en este caso, si la prescripción se paralizó frente al promotor pero no frente a uno de los técnicos, en este caso el aparejador, la acción frente a este último estaría prescrita.

Resulta interesante también la resolución planteada por el Supremo frente a la petición de otro de los agentes codemandados, en este caso el arquitecto, quien en Casación intentó que la prescripción de la acción apreciada frente al aparejador le fuera también aplicable a él de forma extensiva, algo que la Sala Primera desestima al no haberse recurrido la Sentencia en Casación por el mismo, si no intentar utilizar a tales efectos el trámite de adhesión al Recurso formulado por dicho aparejador, trámite este no previsto en el Recurso de Casación.

Resulta interesante también la resolución planteada por el Supremo frente a la petición de otro de los agentes codemandados, en este caso el arquitecto, quien en Casación intentó que la prescripción de la acción apreciada frente al aparejador le fuera también aplicable a él de forma extensiva, algo que la Sala Primera desestima al no haberse recurrido la Sentencia en Casación por el mismo

COMENTARIO

Es importante destacar que tal y como establece aquí el Tribunal Supremo, la LOE no ha hecho más que incorporar lo que ya venía aplicando la Jurisprudencia en este campo y es que la solidaridad entre los distintos intervinientes en la construcción solo operará cuando haya sido imposible determinar y diferenciar la participación de cada uno de ellos en la causa origen de los daños reclamados

La claridad de los fundamentos y argumentaciones que ofrece esta Sentencia debe servir para que nuestros Juzgados y Audiencias apliquen correctamente la responsabilidad de los agentes regulada en la LOE, interpretando la solidaridad entre ellos en la justa medida que establece la citada Ley y no de forma genérica como a veces viene sucediendo de forma injustificada. Es importante destacar que tal y como establece aquí el Tribunal Supremo, la LOE no ha hecho más que incorporar lo que ya venía aplicando la Jurisprudencia en este campo y es que la solidaridad entre los distintos intervinientes en la construcción solo operará cuando haya sido imposible determinar y diferenciar la participación de cada uno de ellos en la causa origen de los daños reclamados, por lo que el esfuerzo probatorio debe centrarse en este sentido.



Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Considera la Sala la posibilidad de establecer una renta vitalicia por el concepto de Gran Invalidez superior a la que hubiera correspondido a tanto alzado, siempre y cuando la cantidad fijada se corresponda con más conceptos previstos en el Baremo no indemnizados de forma autónoma

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 27 de mayo de 2015.

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

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Se plantea en ambos recursos una misma controversia jurídica consistente en determinar si con arreglo al baremo de tráfico, aplicado con carácter orientador, es posible conceder una pensión vitalicia –en este caso, por gran invalidez– como concepto autónomo, y por tanto, que exceda los límites cuantitativos que resultan del sistema legal de valoración. Los recursos están formulados por Clínica Parque San Antonio, S.A. y Segur Caixa Adeslas, S.A. ambas condenadas a pagar solidariamente a doña Nuria 455.398 euros y una pensión vitalicia y de periodicidad mensual de cinco mil euros, que se revisará anualmente a fecha 1 de enero conforme al IPC.

La entidad Clínica Parque San Antonio, S.A. denuncia la infracción del baremo de tráfico establecido por Ley 30/1995, de 8 de noviembre, y del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, por haberse rebasado sus límites en la indemnización de la gran invalidez. Se alega que la demandante se sometió a los límites indemnizatorios del baremo para determinar la cuantía que reclamaba, con excepción del concepto de gran invalidez, para cuyo resarcimiento solicitó una pensión vitalicia de 8150 euros mensuales, notoriamente superior a la cuantía señalada como límite máximo en la Tabla IV para dicho factor corrector, y que la sentencia recurrida acogió ese mismo criterio si bien rebajó la cuantía de la pensión a la suma de 5.000 euros mensuales. Considera que de acudirse al baremo, debe ser acogido de forma íntegra y no sólo en aquello que pueda ser más beneficioso para la víctima, lo que entiende que no se ha respetado porque la pensión vitalicia reconocida a la actora por el concepto de gran invalidez resulta notoriamente superior a la cuantía señalada como límite máximo en la Tabla IV. Señala, además, que sobre esta cuestión la doctrina de las Audiencias Provinciales no es pacífica, existiendo dos posturas divergentes: la que considera que la pensión vitalicia no es un concepto indemnizatorio autónomo sino sustitutivo de la indemnización a tanto alzado que corresponda con arreglo a baremo, sin que en ningún caso pueda superar cuantitativamente la suma prevista en el baremo como límite reparador máximo, y la que, en línea con la sentencia recurrida, considera por el contrario que la pensión vitalicia puede fijarse sin límites, pudiendo superar la cuantía máxima de la cantidad a tanto alzado.

Por su parte, la aseguradora, Segur Caixa Adeslas, S.A., denuncia la infracción de los arts. 1106, 1902 y 1101 CC, por discrepar igualmente de la cuantía concedida en forma de pensión vitalicia por gran invalidez.

En su desarrollo se argumenta, en síntesis:

(i) que cabe revisar en casación la cuantía de la indemnización en supuestos de grave desproporción, especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesaria, por ejemplo, cuando siendo de aplicación orientativo el baremo de tráfico, se vulneran las bases legales de modo determinando una notoria desproporción entre la suma reconocida por sentencia y la que resultaría de la correcta





aplicación del sistema; (ii) que la demandante optó por sujetarse al baremo no de forma integral, reclamando una pensión vitalicia por gran invalidez que excedía de los límites del sistema y que la sentencia recurrida acogió el mismo criterio y fijó una pensión vitalicia sin ninguna limitación cuantitativa (si bien concedió una suma -5.000 euros mensuales- menor de la reclamada -8.158 euros mensuales-), y, (iii) que la solución de la sentencia recurrida es contraria a la norma -punto 8 del Anexo de la LRCSVM y a la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera (con cita de la STS de 25 de marzo de 2010)-. En el primer caso, porque dicho precepto contempla la posibilidad de que se sustituya por una renta vitalicia "la indemnización fijada", de manera que la sustitución, sea total o parcial, exige siempre su previa fijación (cita en este sentido las SSAP de Huesca, Sec. 1ª, de 1 de septiembre de 2005; Castellón, Sec. 3ª, de 13 de diciembre de 2004; Zaragoza, Sec. 6ª, de 13 de enero de 2010). En el segundo, porque el TS ha permitido, con apoyo en el ordinal 1.7 del Anexo, que se superen los límites máximos del baremo especialmente en supuestos de grandes inválidos pero aclarando que esta posibilidad de superación no es ilimitada sino que se configura dentro de los coeficientes del baremo y ha de sujetarse a los límites y normas de aplicación establecidos en el mismo ya que lo contrario supondría desconocer el valor vinculante del sistema, de manera que solo es posible aplicar esa doctrina si concurren los presupuestos a que se refiere la citada STS de 25 de marzo de 2010 (existencia de un grave desajuste entre factor corrector por perjuicios económicos y lucro cesante real y efectivo y que el resto de factores correctores no compensen de forma efectiva la pérdida sufrida), lo que no es el caso.

SEGUNDO.-1.-Es doctrina de esta Sala que solo cabe revisar en casación la cuantía de la indemnización concedida por la Audiencia cuando se aduce respecto de las bases en las que se asienta, es decir, por infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del quantum [cuantía] o cuando existe arbitrariedad o una irrazonable desproporción, en consonancia con la propia naturaleza y objeto del recurso de casación, limitado a examinar la corrección del juicio jurídico sobre la aplicación e interpretación de la norma sustantiva, y donde no se permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia en el ejercicio de una competencia que le es propia (SSTS de 15 de octubre de 2010, 25 de febrero de 2011; 9 de enero de 2013 y 30 de septiembre de 2013, entre las más recientes).

En concreto, la sentencia de 30 de septiembre de 2013 precisa que esta regla general se sigue también en el supuesto particular de discrepancia con la indemnización concedida por los daños personales derivados de un accidente de circulación, y más concretamente, cuando se impugna la cantidad concedida por el factor corrector de invalidez, en cualquiera de sus grados, pues según doctrina reiterada (SSTS de 22 de junio de 2009; 16 de marzo de 2010; 5 de mayo de 2010; 15 de diciembre de 2010; 20 de julio de 2011 y la antes citada de 9 de enero de 2013), "corresponde al tribunal de instancia la valoración de la proporción en que debe estimarse suficientemente compensada la incapacidad sufrida dentro de los límites que señala la

ley, no siendo posible en casación, como regla general, revisar la ponderación de la cuantía realizada por el tribunal de instancia dentro de dichos márgenes más que en caso de arbitrariedad, irrazonable desproporción, o, en cuanto cuestión jurídica, cuando la discrepancia con lo resuelto se funda en la infracción de las bases, requisitos o presupuestos que la ley contempla para poder concretar la indemnización dentro de los referidos márgenes. Puesto que la Tabla IV no contempla una cifra concreta para cada una de las modalidades de incapacidad, sino una cantidad mínima y otra máxima, el órgano judicial no está obligado a conceder esta última por el simple hecho de que concurra la incapacidad correspondiente, sino que se encuentra legalmente facultado para moverse entre esos márgenes y, por ende, para conceder una cantidad inferior a la que se fija como máxima en función de los hechos probados (SSTS de 16 de marzo de 2010, [RC n.º 504/2006], 5 de mayo de 2010, [RC n.º 556/2006]; 20 de julio de 2011, [RC n.º 820/2008])."

2.- Es también reiterada jurisprudencia que el denominado baremo de tráfico o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, es aplicable a otros sectores distintos de la circulación, como el de la responsabilidad médico sanitaria (SSTS de 18 de febrero de 2015; 6 de junio de 2014; 16 de diciembre de 2013; 18 de junio de 2013; 4 de febrero de 2013 y 14 de noviembre de 2012, entre las más recientes), siempre "con carácter orientativo no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1106 y 1902 del Código Civil".

Su aplicación con carácter orientador no solo no menoscaba el principio de indemnidad de las víctimas en supuestos de responsabilidad médica, sino que la mayoría de las veces son ellas, como en este caso, las que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño entendiendo que, en esa siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no solo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a procurar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial.

Ahora bien, su aplicación debe ser íntegra y no solo en los aspectos que las partes consideren más favorables a sus intereses, señalando la sentencia de 18 de junio de 2013, para un caso en el que se había reclamado una pensión vitalicia, que "lo que no es posible es tenerlo en cuenta cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial para, como en este caso, conseguir una renta vitalicia incompatible con la indemnización que se determina".

Según la jurisprudencia de esta Sala, la aplicación del baremo con valor orientador tiene dos limitaciones. Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema; y otra que aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso, en cambio, podrá ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado (STS de 14 de noviembre de 2012, con cita de las de 6 de noviembre 2008; 22 de junio 2009 y 29 de mayo de 2012).

3.- En relación con el concepto indemnizatorio de gran invalidez, con cuyo resarcimiento se discrepa en este caso, no por la modalidad elegida -renta vitalicia- sino por el hecho de que se haya rebasado el límite cuantitativo previsto en el baremo aplicable, debe recordarse que dentro del sistema, la Tabla IV contempla los distintos factores correctores de la indemnización básica por lesiones permanentes o secuelas, todos ellos compatibles "sin ninguna

distinción" (SSTS de 13 de octubre de 2010; 29 de diciembre de 2010; 8 de junio de 2011; 13 de septiembre de 2012 y 21 de enero de 2013) y cuya aplicación tan solo depende de que concurra en el correspondiente supuesto de hecho (SSTS de 9 de enero de 2013; 16 de diciembre de 2013; 24 de abril de 2014 y 18 de febrero de 2015, entre otras). Dentro de estos factores, el de lesiones permanentes que requieren la ayuda de otras personas para las actividades más esenciales (denominado por eso, factor corrector de "grandes inválidos"), permite una indemnización complementaria de la básica por secuelas, que compensa la necesidad de recibir ayuda, y también, otras derivadas de la necesaria adecuación de la vivienda y por perjuicios morales a familiares próximos en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada del gran inválido (SSTS de 8 de junio de 2011, y 16 de diciembre de 2013).

Las indemnizaciones por este factor corrector tienen carácter finalista (inexistencia de limitaciones sobre su empleo ni control alguno sobre su destino) de modo que, en términos generales, la falta de empleo de una indemnización por daños en la reparación de éstos no altera su fundamento causal como instrumento de compensación de los daños padecidos y, en consecuencia, no puede dar lugar por sí misma a enriquecimiento injusto si no se prevé expresamente en la ley o concurren circunstancias excepcionales (SSTS de 10 de diciembre de 2009 y 24 de abril de 2014). Según esta última sentencia, también es de tener en cuenta que en la Tabla IV del Baremo, el anexo emplea la palabra coste para referirse a los estados de coma vigil o vegetativo; expresiones que se refieren no sólo al aspecto económico de mantenimiento del lesionado, sino también al de dedicación y atención continuada en el caso que lo desempeñen personas ligadas con el incapacitado, que no perciban remuneración.

La falta de vertebración de los tipos de daño de que adolece el actual sistema de valoración ha llevado a la jurisprudencia a afirmar respecto del factor de corrección por incapacidad parcial, total o absoluta, que fundamentalmente cubre daños morales, pudiendo, en una proporción razonable, estar también destinado a cubrir perjuicios patrimoniales por disminución de ingresos de la víctima, sin que esta última constituya su finalidad única, ni siquiera principal (SSTS de Pleno, de 25 de marzo de 2010; 29 de diciembre de 2010; 19 de mayo de 2011; 20 de julio de 2011; 23 de noviembre de 2011 y 30 de marzo de 2012).

Con respecto al factor corrector de grandes inválidos, se puede afirmar igualmente su carácter mixto, de modo que además del daño moral también cubre el patrimonial, y dentro de éste, el daño emergente por gastos que será necesario realizar para atender al incapaz, aunque éstos tengan carácter futuro. Al respecto, dado que el daño emergente por gastos de asistencia médica y hospitalaria aparecían contemplados en el apartado Primero número 6 del Anexo sin límite cuantitativo (hasta la reforma introducida por la Ley 21/2007, de 11 de julio, se indemnizaba por la totalidad de dichos gastos mientras que a partir de la reforma solo se van a indemnizar los devengados hasta la sanación de las lesiones o consolidación de las secuelas -STS de 29 de diciembre de 2011), se ha defendido que esta duplicidad ha de superarse entendiendo que el daño emergente que cubriría en puridad este factor de grandes inválidos no sería el propio de los gastos médicos en sentido estricto, sino otros gastos especiales causados a los familiares por la atención del inválido, admitiéndose también que dicho factor comprenda el resarcimiento del lucro cesante causado a los familiares como consecuencia de la disminución de ganancias por la atención prestada. De esta forma, estos gastos y este lucro cesante, indirecto en cuanto afecta a los familiares y no al inválido, sí sería susceptible de ser incluido en el apartado correspondiente a la necesidad de ayuda de otra persona, al menos en cuanto sea susceptible de ser reducido al cálculo económico del valor objetivo de la asistencia prestada por dichos familiares.

4.- En cuanto a la indemnización del perjuicio patrimonial consistente en el lucro cesante ligado a la pérdida de ingresos en incapacidades permanentes, a partir de la sentencia de Pleno de 25 de marzo de 2010, se sentó como doctrina (SSTS de 25 de marzo de 2010; 29 de marzo de 2010; 5 de mayo de 2010; 31 de mayo de 2010; 20 de julio de 2011; 20 de julio de 2011 y 30 de noviembre de 2011), que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente, aunque no sea susceptible de ser resarcido íntegramente con arreglo al sistema legal de valoración del daño corporal incorporado a la LRCSCVM, sí cabe, al menos, que pueda ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente previstos en la Tabla IV del Anexo, cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de



limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor.

5.- Por lo que respecta al resarcimiento del daño mediante una renta vitalicia, el sistema posibilita que la indemnización fijada con arreglo al mismo se sustituya en todo o en parte por el pago de una pensión o renta vitalicia y así lo dispone el apartado 8 del apartado Primero del Anexo: "En cualquier momento podrá convenirse o acordarse judicialmente la sustitución total o parcial de la indemnización fijada por la constitución de una renta vitalicia en favor del perjudicado".

La sentencia de 18 de junio de 2013 declara que "el baremo establece la posibilidad de un doble sistema indemnizatorio a elegir entre una indemnización global que se establece en función de distintos factores, entre otros el de la edad de la persona lesionada, o la renta vitalicia. Lo que no es posible son los dos". Lo que esta Sala quiso decir, en línea con la doctrina constitucional (STC 5/2006 "Si la sustitución puede ser parcial es obvio que pueden darse conjuntamente indemnización y renta") es que no existen dudas en cuanto a la compatibilidad entre la indemnización a tanto alzado y la renta vitalicia, salvo que la indemnización concedida a tanto alzado fuera la máxima posible (porque entonces no podría tener lugar una sustitución parcial).

Por tanto, una vez determinada la cuantía indemnizatoria con arreglo a baremo cabe indemnizar solo una parte con una suma a tanto alzado y sustituir la parte restante por una renta vitalicia o sustituir la totalidad de aquella por una renta vitalicia. De optarse por esta solución, surge el problema de si la cuantía de la renta vitalicia puede llegar a superar el límite que para la indemnización por el concepto discutido (gran invalidez) se establece en el baremo (Tabla IV). Sobre este punto no se ha pronunciado específicamente la jurisprudencia de esta Sala y como se indica en el recurso, se trata de una cuestión no pacífica en la doctrina menor pues existen Audiencias que, como en este caso, consideran que la pensión vitalicia es un concepto indemnizatorio autónomo y otras que consideran, por el contrario, que tiene carácter o naturaleza sustitutiva de la indemnización fijada, sin que puedan por tanto excederse en su cuantificación los límites cuantitativos del baremo.

La STC 5/2006 otorgó el amparo solicitado por un menor inválido al que se suprimió la pensión vitalicia que se le había concedido inicialmente por el órgano inferior. La sentencia acoge en principio el criterio de la naturaleza sustitutiva, no autónoma, de la pensión vitalicia. No obstante, argumenta que existen en el sistema legal de valoración razones que permiten entender que la indemnización concedida objeto de sustitución puede no tener límites,

esto es, que puede exceder los límites del baremo, lo que conllevaría que no sería ilegal su sustitución por una renta vitalicia igualmente no limitada por aquel. Dice lo siguiente: "en la aplicación de la tabla IV, a diferencia de lo que sucedía originariamente con la tabla V, no existen siempre límites máximos. Así, en primer término, es de señalar que el punto 1.6 del anexo preveía entonces -y sigue previendo- que "[a] demás de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria", y que precisamente podía entenderse a partir de la fundamentación al respecto de la Sentencia de instancia que parte de la renta vitalicia iba destinada a sufragar tal tipo de gastos, pues no es descartable que la clase de secuelas del menor requieran no sólo cuidados permanentes, sino también asistencia médica y hospitalaria periódica o permanente. Procede también puntualizar que la propia tabla IV del baremo incluía entonces -e incluye ahora- como criterio autónomo de valoración los "elementos correctores del apartado primero 7 de este anexo" y que a tal criterio no corresponde como respecto del resto de criterios que componen la tabla IV una cuantificación máxima, en enteros o porcentajes, sino que este criterio se señala "sin cuantificación". Por consiguiente, en la tabla IV resulta posible tener en cuenta como criterios correctores "sin cuantificación" y, por tanto, sin máximo, los criterios del apartado 1.7, que afirma que "la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado". En concreto describía -y describe- como elemento corrector de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes "la producción de invalideces concurrentes".

Según la sentencia de 22 de noviembre de 2010, cabe el resarcimiento de los gastos médicos futuros sin necesidad de acudir a la jurisprudencia favorable a que se indemnice el lucro cesante. Ello es así, según se afirma, de una parte, porque el criterio o regla sexta del apartado Primero del Anexo, en redacción vigente a fecha en que sucedieron los hechos, dispone que los gastos de asistencia médica y hospitalaria se han de satisfacer en todo caso, además, esto es, con independencia, de la indemnización que

con arreglo a las tablas proceda conceder por el resto de conceptos indemnizatorios (muerte, lesiones permanentes, determinantes o no de invalidez e incapacidades temporales, regla 5ª del mismo apartado Primero), siendo también relevante que la regla 7ª señale que la indemnización de los daños psicofísicos ha de entenderse "en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud". Y de otra parte, porque también los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil consideran daño patrimonial resarcible toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso, de modo que al referirse a la indemnización del daño corporal establecen (artículo 10:202) que dicho daño patrimonial incluye "la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica".

6.- La aplicación de estos criterios justifica la desestimación de ambos recursos.

En primer lugar, la sentencia recurrida concede una renta vitalicia de 5.000 euros mensuales. En cuanto a la procedencia de resarcir parte del daño mediante renta vitalicia, la sentencia resulta conforme con los criterios legales y jurisprudenciales expuestos, dado que garantiza en mejor medida que la víctima tenga a su disposición mensualmente una cantidad para atender sus especiales necesidades evitando además el enriquecimiento por exceso indemnizatorio en caso de pronto fallecimiento.

En segundo lugar, para responder a la cuestión controvertida de si la renta sustitutiva concedida resulta o no superior a los límites del baremo no debe existir discusión acerca de qué concepto o conceptos indemnizatorios comprende.

En este sentido, se observa una clara discrepancia entre lo que dice la sentencia recurrida y lo que se defiende por ambos recurrentes. Estos, parten de la base de que la renta vitalicia se fijó únicamente en sustitución de la indemnización por gran invalidez, y que para su cuantificación el tribunal sentenciador se excedió de los límites del sistema al concederla por una cuantía mensual que supera la indemnización máxima a tanto alzado que le habría correspondido (33.0742,34 euros según baremo aplicable, del 2007). Sin embargo, de la fundamentación jurídica de la sentencia se llega a la conclusión de que la suma de 5.000 euros mensuales no es tan solo el resultado de la sustitución de la indemnización máxima contemplada en el bare-

mo para el concepto indemnizatorio de grandes inválidos sino que comprende también otros conceptos.

De una parte, se dice que comprende también la indemnización reconocida por los factores correctores de perjuicios económicos y de perjuicios morales a familiares, pues, pese a admitirse su procedencia, ni aquel ni este se conceden por separado como indemnización a tanto alzado. En este sentido, la sentencia reconoce a la víctima el derecho a incrementar la indemnización básica por secuelas con un porcentaje de aumento de hasta el 10% por perjuicios económicos, por encontrarse en edad laboral y aun cuando no justifique ingresos (en línea con la doctrina de esta Sala fijada, por ejemplo, en SSTs de 18 de junio de 2009 y 20 de julio de 2011 y 30 de abril de 2012), y que también la víctima (única beneficiaria, no así los familiares) tiene derecho a incrementar la indemnización básica por secuelas mediante el factor corrector de perjuicios morales a familiares de grandes inválidos.

De otra parte, se razona que la pensión vitalicia solicitada comprende también gastos médicos y de asistencia vitalicia, con respecto a los cuales, se ha dicho, de una parte, que no quedan subsumidos en el factor corrector de gran invalidez (el daño emergente que cubre este no sería el propio de los gastos médicos, que tienen un tratamiento específico en el apartado Primero número 6 del Anexo) y, de otra, que en el sistema aplicable, anterior a la reforma introducida por la Ley 21/2007, de 11 julio, cabía la indemnización de todos los que se produjeran y no solo de los devengados hasta la sanación o consolidación de las secuelas.

En consecuencia, aunque esta Sala no comparte que la renta vitalicia tenga carácter autónomo sino carácter sustitutorio, con la consecuencia de que nunca pueda superar la suma que correspondería a tanto alzado con arreglo a baremo, no existen en este caso razones para apreciar las infracciones que se denuncian pues debe tenerse en cuenta que el límite cuantitativo no viene representado, como se pretende, por la suma máxima que correspondiera a la víctima por el concepto de invalidez permanente (330.742,34 euros), sino que ha de tomarse en cuenta además el límite establecido en el baremo para los demás conceptos que la sentencia acuerda también resarcir mediante la pensión, esto es, los perjuicios económicos por pérdida de ingresos, los perjuicios morales a familiares y los gastos médicos y de asistencia futuros, estos últimos, según se ha dicho, con posibilidad

de resarcimiento sin sujeción a límites de acuerdo con el régimen aplicable. Ya solo atendiendo a los primeros y dejando al margen los gastos médicos y de asistencia futuros, en atención a su edad (20 años), las cuantías actualizadas para el año 2007 permiten concluir que el límite para el concepto de perjuicios económicos (hasta un 10% tanto de la indemnización básica) estaba en 27.740,02 euros por los perjuicios fisiológicos y en 9.531,20 por los estéticos, y el límite para el factor corrector de perjuicios morales a familiares estaba en 124.028,38 euros.

Todo lo cual impide a esta Sala revisar la indemnización concedida por la Audiencia pues los argumentos de los recurrentes discurren al margen de las verdaderas bases en que aquella se asienta y se apartan de los concretos perjuicios que se consideraron acreditados, lo que impide apreciar arbitrariedad o irrazonable desproporción en su concesión en forma de pensión mensual vitalicia.

TERCERO.- En consecuencia, se desestima el recurso de casación formulado y se imponen las costas a los recurrentes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1, 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 de casación formulados por Clínica Parque San Antonio, S.A y Segur Caixa Adeslas, S.A., contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga, de 12 de marzo de 2013, con expresa imposición de las costas causadas a los recurrentes.

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

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

Aunque hacer lo contrario a lo que se dice, suele ser atributo de algunos políticos, también a veces, en alguna Sentencia se expresa un determinado criterio y se termina aplicando lo que resulta opuesto.

El Tribunal Supremo en Sentencia del 25.05.2015, confirma la compatibilidad en el cobro por parte de una joven que resultó con una grave secuela de tetrapleja, de una indemnización de 455.398 euros y una pensión vitalicia mensual de 5.000 euros, que se revisará anualmente a fecha 1 de Enero conforme al IPC.

Ninguna duda podía existir sobre la posibilidad de hacer compatible esa dualidad indemnizatoria, en aplicación de lo dispuesto en el apartado Primero, número 8 del Anexo, que señala: “en cualquier momento podrá convenirse o acordarse judicialmente la sustitución total o parcial de la indemnización fijada por la constitución de una renta vitalicia en favor del perjudicado”, y así lo había ya señalado la STS de 18 de Junio de 2013, siguiendo a la STC 5/2006 “Si la sustitución puede ser parcial es obvio que pueden darse conjuntamente indemnización y renta”.

La duda, la problemática, y en este caso, el acto contradictorio del Tribunal Supremo, radica en establecer un criterio en su Fundamento de Derecho Segundo, donde dice “En consecuencia, aunque esta Sala no comparta que la renta vitalicia tenga carácter autónomo sino carácter sustitutorio, con la consecuencia de que nunca puede superar la suma que correspondería a tanto alzado con arreglo a baremo...”, termina después aplicando una renta que nada tiene que ver con la sustitución de la indemnización y que supera con creces la suma que correspondería de haberse fijado a tanto alzado.

La petición de pensión que interesaba la actora era de 8.158 euros/mes, y dice la Audiencia Provincial de Málaga al fijar el importe en 5.000 €/mes, que lo hace en “sustitución de 330.742,34 euros... y por perjuicios morales familiares y factor de corrección por perjuicios económicos...”.

Analizamos pues, si dicha transformación fue correcta. La indemnización por “Necesidad de ayuda de otra persona” en el año 2007 (que se fija como fecha de estabilización), era de “Hasta 330.742,34 euros”, y el factor de corrección de “Perjuicios morales de familiares” de “Hasta 124.028,38 euros” y el factor de corrección de “Perjuicios económicos por secuelas”, aplicando el 10%, serían 37.271,22 –(en relación a la indemnización por secuelas funcionales y estéticas), y por todo ello, de haberse indemnizado sin transformarse en renta dichos conceptos, hubiera resultado una indemnización máxima de 492.041,49–.

Si utilizamos lo previsto en el Proyecto de Ley de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación, en la Tabla TT1, existen los coeficientes de conversión de capital en renta o de renta en capital, y para una joven de 20 años con una pérdida de autonomía grave y/o muy grave, se señala un coeficiente de 30,39.

Si a la indemnización máxima antes señalada de 492.041,49 euros, aplicamos el citado coeficiente, resulta una renta anual de 16.190 euros o una renta mensual de 1.349 euros, evidentemente, muy alejada de la pensión fijada de 5.000 euros/mes.

Utilizando la misma Tabla TT1, si deseamos transformar la renta de 5.000 euros/mes en un capital, se multiplicaría el importe de la renta anual por el coeficiente de 30,39 y la indemnización equivalente son 1.823.400 euros.

Es evidente que la pensión fijada en la Sentencia del 27.05.2015, excede de los límites cuantitativos que resultan del sistema legal de valoración vigente en el año 2007, salvo que

se quiera incluir el daño emergente por gastos de asistencia médica y hospitalaria que aparecían contemplados en el apartado Primero número 6 del Anexo, sin límite cuantitativo (hasta la reforma introducida por la Ley 21/2007, de 11 de julio), pero en este caso, sería preocupante y no deseo pronunciarme sobre las consecuencias que podría representar tal interpretación.

Surge al mismo tiempo, al leer esta Sentencia, la comparativa con el Proyecto de Ley de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación, ya aprobado en el Congreso de los Diputados el pasado 14 de Julio, y ahora en camino hacia el Senado, donde se puede apreciar cuáles podrían ser los derechos de una víctima con las mismas secuelas a partir del 1 de Enero del 2016:

- a) Con la Tabla 2.A.2, los 100 puntos de secuelas funcionales: 347.342,00 euros.
- b) Con la Tabla 2.A.2, los 50 puntos de secuelas estéticas: 110.171,00 euros.
- c) Con la Tabla 2.B, por daño moral complementario del perjuicio psicofísico se podría fijar hasta 96.000 euros.
- d) Con la Tabla 2.B, por daño moral complementario del perjuicio estético se podría fijar hasta 48.000 euros.
- e) Con la Tabla 2.B, por perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas, se podría fijar hasta 150.000 euros.
- f) Con la Tabla 2.B, por perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de los familiares de grandes lesionados se podría fijar hasta 145.000 euros.
- g) Con la Tabla 2.C, por prótesis y ortesis futuras se podría fijar una cuantía que ahora resulta indeterminada de "Hasta 50.000 Euros por recambio".
- h) Con la Tabla 2.C, por rehabilitación domiciliaria y ambulatoria, en relación con la Tabla Técnica de Esperanza de Vida (TT2), se podría fijar una cuantía de "Hasta 13.500 Euros anuales" por un coeficiente de 42,75, que representaría una indemnización por este concepto de 577.125 euros.
- i) Con la Tabla 2.C, por ayudas técnicas se podría fijar una cuantía "Hasta 150.000 euros".
- j) Con la Tabla 2.C, por adecuación de vivienda se podría fijar una cuantía "Hasta 150.000 euros".
- k) Con la Tabla 2.C, por incrementos de coste de movilidad se podría fijar una cuantía "Hasta 60.000 euros".
- l) Con la Tabla 2.C.3, y con la necesidad de 20 horas de ayuda diaria de tercera persona, la indemnización sería de 1.167.630,67 euros.
- m) Con la Tabla 2.C.7, un lucro cesante por incapacidad absoluta de lesionado pendiente de acceder al mercado laboral de 215.960 euros.

Sin valorar las prótesis y ortesis futuras, se podría alcanzar una indemnización por las Tablas 2.A, 2.B y 2.C de secuelas de 3.217.228,67 euros, que equivaldría si se transformara en renta en 105.864,71 euros/anuales o 8.822,05 euros/mensuales, y si se fijara una renta de 5.000 euros/mes, como en el caso contemplado, se debería de complementar con una indemnización de 1.393.828,67 euros.

Y además, la Sanidad Pública podría recibir de conformidad a la Tabla 2.C.1 un importe máximo anual de asistencia sanitaria futura de 40.000 euros/anuales, o una capitalización de 1.710.000 euros para los gastos futuros de asistencia sanitaria en el ámbito hospitalario y ambulatorio.

En conclusión, la Sentencia comentada reconoce una pensión que supera con creces la suma que correspondería a tanto alzado con arreglo al baremo que aplica (2007), y será a partir del 1 de enero de 2016 cuando nos aproximaremos a una reparación más justa de los daños y perjuicios que se causan a las víctimas de los accidentes de tráfico, aunque debemos seguir avanzando y mejorando en una futura Comisión de Seguimiento.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Interpretación del artículo 15.2 de la LCS. Se entenderá impagada la prima cuando se deje de abonar el primer fraccionamiento de una prima sucesiva, lo que conllevará la extinción del contrato de seguro trascurridos 6 meses desde el impago, siempre que la aseguradora no haya optado por reclamar la prima

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 30 de junio de 2015.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia. Garcilén, S.L. concertó con la compañía Mapfre Seguros de Empresas, S.A. (en adelante, Mapfre) un seguro de responsabilidad civil, el 14 de marzo de 2000. El contrato se fue prorrogando anualmente. El pago de la prima anual estaba fraccionado en dos recibos. En la anualidad comprendida entre el 14 de marzo de 2005 y el 14 de marzo

de 2006, Garcilén, S.L. dejó de pagar el primer recibo que Mapfre le había cargado en la cuenta bancaria en que se había domiciliado su pago.

Ocho meses después, en diciembre de 2005, empleados de Garcilén, S.L. estaban realizando trabajos de excavación en la localidad de Los Realejos, y causaron daños a las instalaciones de Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica).

2. Telefónica dirigió una demanda contra Garcilén, S.L. y Mapfre para reclamarles el importe de los daños ocasionados. En concreto, les reclamaba la suma de 188.453,08 euros.

La sentencia de primera instancia desestimó las excepciones de falta de legitimación pasiva de Mapfre y prescripción, estimó la demanda y condenó a las dos demandadas, de forma solidaria, al pago de esta indemnización. En relación con la responsabilidad de la aseguradora, el juzgado razonó que en un supuesto como el presente de fraccionamiento de pago de la prima anual, sigue existiendo una única prima anual, y no resulta de aplicación el apartado 2 del art. 15 LCS, pues existe un convenio de aplazamiento en el pago que exime o excepciona la liberación del asegurador. De tal forma que el cómputo del inicio del plazo de gracia y del siguiente periodo de suspensión sólo operaría a partir del impago total de la prima fraccionada, que se habría producido en septiembre de 2005. En atención al momento en que se produjo el siniestro, en diciembre de 2005, la cobertura del seguro estaba suspendida, pero no impedía que el tercero pudiera ejercitar la acción directa.

El tribunal de apelación estimó el recurso de apelación formulado por Mapfre, revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y dejó sin efecto la condena solidaria de Mapfre, al apreciar que carecía de legitimación pasiva. De este modo, confirmó la condena de Garcilén, S.L. a indemnizar a Telefónica los daños y perjuicios ocasionados, cuantificados en 188.453,08 euros, y absolvió a Mapfre porque cuando se produjo el siniestro no estaba vigente la póliza. La sentencia entiende acreditado que el asegurado había manifestado su voluntad de no continuar con la relación contractual, con anterioridad a que ocurriera el siniestro, pues el recibo del primer fraccionamiento de pago de la prima fue devuelto por orden expresa de Garcilén, S.A. al banco en el que estaba domiciliado su pago, y así se lo manifestaron a Mapfre.





3. La sentencia de apelación es recurrida en casación por Telefónica. El recurso se centra en la cuestión de su falta de legitimación pasiva como consecuencia de que Garcilén, S.L. dejara de pagar el primer fraccionamiento de pago de la prima de aquel año. El resto de los pronunciamientos no se han vuelto a discutir.

Recurso de casación

4. Formulación del único motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 15 LCS, en relación con el comienzo del plazo de suspensión de la cobertura de la póliza previsto en el apartado 2, y el plazo de seis meses para que pueda producirse la extinción del contrato de seguro como consecuencia del impago. Para Telefónica, este momento se produce no con el impago de uno de los fraccionamientos de la prima, sino con el impago de la última de las fracciones, pues hasta entonces no puede entenderse que se haya producido el impago de la prima.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

5. Desestimación del único motivo. El art. 15 LCS regula las consecuencias que pueden derivarse del impago de la primera prima, en el apartado 1, y de las sucesivas, en el apartado 2. Aunque para la resolución del recurso nos interesa interpretar el apartado 2, pues la prima impagada era una de las sucesivas, y no la primera, conviene comenzar con el contenido del apartado 1, para enmarcar mejor lo regulado en el apartado 2. Así, en relación con la primera prima, el apartado 1 dispone que: «Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación».

En el caso del impago de una de las primas siguientes, el apartado 2, dispone que «la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso».

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

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

A partir del mes siguiente al impago de la prima, y durante los cinco siguientes, mientras el tomador siga sin pagar la prima y el asegurador no haya resuelto el contrato, la cobertura del seguro queda suspendida. Esto significa que entre las partes no despliega efectos, en el sentido de que acaecido el siniestro en este tiempo, la aseguradora no lo cubre frente a su asegurada. Sin embargo, la suspensión de la cobertura del seguro no opera frente al tercero que ejercite la acción directa del art. 76 LCS, en la medida en que este mismo precepto prevé que «La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado».

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

6. En cuanto a la determinación del impago de la prima, en principio, basta la acreditación de que el recibo fue cargado a la cuenta en que se domicilió el pago y que fue devuelto, en nuestro caso, por orden expresa del tomador del seguro, para que podamos entender como momento del impago el del vencimiento de la prima.

En casos, como el presente, en que se haya fraccionado el pago de la prima y se deja de pagar el primer fraccionamiento, a su vencimiento,

desde ese momento opera la previsión contenida en el art. 15.2 LCS, sin que sea necesario esperar al vencimiento del último fraccionamiento, como sostiene el recurrente. A los efectos del art. 15.2 LCS, la prima debe entenderse impagada, y por ello desde ese momento comienza el plazo de gracia de un mes, y a partir de entonces se suspende la cobertura del seguro, hasta la extinción del contrato a los seis meses del impago, siempre que en este tiempo no conste que la aseguradora ha optado por reclamar la prima. En nuestro caso, debemos entender que el contrato de seguro quedó extinguido a los seis meses del impago del primer recibido girado por Mapfre a la cuenta en que tenía domiciliado su pago Garcilén, S.L. Como el siniestro, según ha quedado acreditado en la instancia, ocurrió con posterioridad a la extinción del contrato de seguro, Telefónica carece de la acción directa frente a Mapfre. Costas 7. Aunque ha resultado desestimado el recurso de casación, en atención a las serias dudas que la cuestión jurídica de la interpretación del art. 15.2 LCS había generado entre los tribunales de instancia, resulta justificado no imponer las costas (art. 394 LEC).

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación formulado por la representación de Telefónica de España, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección 4ª) de 16 de abril de 2013, que resuelve la apelación (rollo núm. 25/2013) interpuesta contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de La Orotava de 25 de enero de 2012 (juicio ordinario 656/2011). No hacemos expresa condena encostas. Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sancho Gargallo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Por **Fco. Javier Maldonado Molina**

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada, Consejero Académico de HispaColex Servicios Jurídicos

En esta sentencia, la Sala Primera del Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez, aunque sea parcialmente, acerca de una de las cuestiones que al no estar prevista en la Ley de Contrato de Seguro, más dudas interpretativas ha suscitado: ¿cuál es el régimen aplicable si no se satisface alguna fracción en que se divida el pago de la prima?. En efecto, el art. 15 LCS se refiere a la falta de pago de las primas, pero no contempla expresamente la falta de pago de alguna de las fracciones en que se haya acordado dividir el pago, a diferencia de lo que hace la legislación de otros países, o en nuestro país la Ley de Ordenación de la Edificación (cf. su art. 19.2). Por otro lado, interesa subrayar cómo aunque sea obiter dictum, el Supremo advierte que “la suspensión de la cobertura del seguro no opera frente al tercero que ejercite la acción directa del art. 76 LCS, en la medida en que este mismo precepto prevé que «La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado»”.

En los casos de fraccionamiento del pago de la prima, se conviene en que tal fraccionamiento afecta únicamente a la ejecución de la obligación de pago, que se divide y prolonga en el tiempo, pero no a su objeto que aparece definido a través de la prima pactada, que como regla general se considera indivisible. De ahí que igualmente se admita de manera pacífica que el aplazamiento del pago de una parte de la prima no da lugar al aplazamiento de la cobertura. Como tiene declarado el Tribunal Supremo, el hecho de que la prima, por comodidad o facilidad de pago, se divida en períodos, no pugna con la unidad del contrato en su duración.

Sin embargo, ante el silencio de la Ley surgen numerosas dudas y la necesidad de distinguir las diferentes hipótesis que se pueden dar. Los hay que mantienen que en caso de impago de uno de los plazos siguientes al inicial rige un convenio de aplazamiento que impide la aplicación de las consecuencias que prevé el art. 15 LCS, al demostrar la voluntad del asegurador de quedar obligado pese a no haberse efectuado el pago total de la prima en el inicio del período del seguro, sin que el impago de un plazo represente una ruptura radical del equilibrio contractual, puesto que la prestación periódica de pago de la prima no es correlativa a la prestación anual de cobertura del riesgo asegurado. Y para los supuestos en los que se defiende la aplicación del art. 15 LCS, tampoco se coincide al fijar el día a partir del cuál puede entenderse no pagada la prima (¿el correspondiente a la fecha de la primera fracción no pagada, o el que corresponda a la última de las fracciones impagadas?), lo que determinará el día en que ha de comenzar el cómputo del plazo de gracia de un mes que prevé el pfo. 2º del art. 15 LCS, y el plazo de caducidad de seis meses para exigir el cobro de lo no pagado. Hay sentencias de Audiencias Provinciales en las que se opta por aplicar el régimen del art. 15 LCS al último de los fraccionamientos, por considerar que hasta la última fracción no cabe entender impagada la prima en su integridad, corresponda tanto a una primera prima o prima única como o a una prima sucesiva. También es frecuente encontrar sentencias que extienden las consecuencias del pfo. 2º del art. 15 a los supuestos de impago de las segundas o siguientes fracciones de una primera única o primera prima de las previstas en el primer pfo. de ese artículo, porque atendiendo a la «ratio legis» que inspiran ambos párrafos del art. 15 LCS, concluyen que el impago de la segunda o posterior fracción ha de recibir el tratamiento jurídico que contiene el pfo. 2º, porque en el caso de la primera prima o prima única el pago se realiza normalmente cuando se perfecciona el contrato, mientras que el no pago de las partes fraccionadas devengadas se asemeja al impago de las primas sucesivas o periódicas, al haber comenzado la cobertura.

En el caso que dio lugar a la sentencia comentada, se estaba ante un contrato que se fue prorrogando anualmente, y en el que el pago de la prima anual estaba fraccionado 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 al asegurador (Mapfre) el primer recibo a mediados de marzo de 2005. Pues bien, en diciembre de 2005 empleados de la tomadora causaron daños a las ins-

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), en sentencia de 16 abril de 2013, estimó el recurso de Mapfre al advertir que en este caso no se había pagado la primera fracción de la prima, y que además había quedado manifiesta la voluntad del asegurado de no continuar con la relación contractual con anterioridad a la ocurrencia del siniestro

talaciones de Telefónica, quien interpuso demanda contra la empresa causante y contra Mapfre, siendo condenada en primera instancia Mapfre al considerar el Juzgado que el cómputo del inicio del plazo de gracia y del siguiente periodo de suspensión sólo operaría a partir del impago total de la prima fraccionada, que se habría producido en septiembre de 2005, por lo que en el momento en que se produjo el siniestro la cobertura del seguro estaba suspendida, pero no impedía que el tercero pudiera ejercitar la acción directa. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), en sentencia de 16 abril de 2013, estimó el recurso de Mapfre al advertir que en este caso no se había pagado la primera fracción de la prima, y que además había quedado manifiesta la voluntad del asegurado de no continuar con la relación contractual con anterioridad a la ocurrencia del siniestro.

Pues bien, en esta sentencia de 30 de junio de 2015, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha declarado que “En casos, como el presente, en que se haya fraccionado el pago de la prima y se deja de pagar el primer fraccionamiento, a su vencimiento, desde ese momento opera la previsión contenida en el art. 15.2 LCS, sin que sea necesario esperar al vencimiento del último fraccionamiento, como sostiene el recurrente. A los efectos del art. 15.2 LCS, la prima debe entenderse impagada, y por ello desde ese momento comienza el plazo de gracia de un mes, y a partir de entonces se suspende la cobertura del seguro, hasta la extinción del contrato a los seis meses del impago, siempre que en este tiempo no conste que la aseguradora ha optado por reclamar la prima”.

Así pues, se pronuncia acerca de una de las hipótesis posible (fraccionamiento del pago de una prima sucesiva, no satisfaciéndose la primera fracción), optando por aplicar las consecuencias del art. 15.2 LCS desde que se deja de pagar el primer fraccionamiento. Es de esperar que próximamente la Sala Primera vuelva a pronunciarse sobre esta cuestión, pero para otras hipótesis, al haberse admitido mediante Auto de 28 enero 2015, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 8 de noviembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5ª), en la que además de declarar que en caso de impago de la prima periódica o de la primera de la fraccionada, sería de aplicación el artículo 15.2, mantuvo que ese precepto no puede operar cuando lo impagado es el segundo o ulterior pago fraccionado de una prima periódica, pues desde el momento en que se pagó el primero ya venía obligada la aseguradora a responder durante todo el periodo de cobertura pactado, sin perjuicio de ejercitar las acciones que en ese momento le asisten, incluso resolutorias con efectos *ex tunc*.



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

Es actual, temporal y temáticamente, la sentencia nº 181/2015, de 15 de julio, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Granada relativa a un accidente de tráfico propiciado por un Jabalí en la cual se confirma la exoneración del titular del coto al que se demandó por la aseguradora subrogada:

“los planes técnicos de caza comprenden las medidas tendentes a establecer las modalidades, y los días de caza, número de cazadores, cupo de capturas, zonas de reserva y seguridad, zonas afectadas por daños causados por las especies cinegéticas y zonas

en la que han de hacerse efectivas las medidas de control, pero no se establece en el art. 64 del Reglamento de Ordenación de Caza de Andalucía, aprobado por Decreto 182/05, que el plan técnico haya de contemplar medidas de conservación del terreno por par-

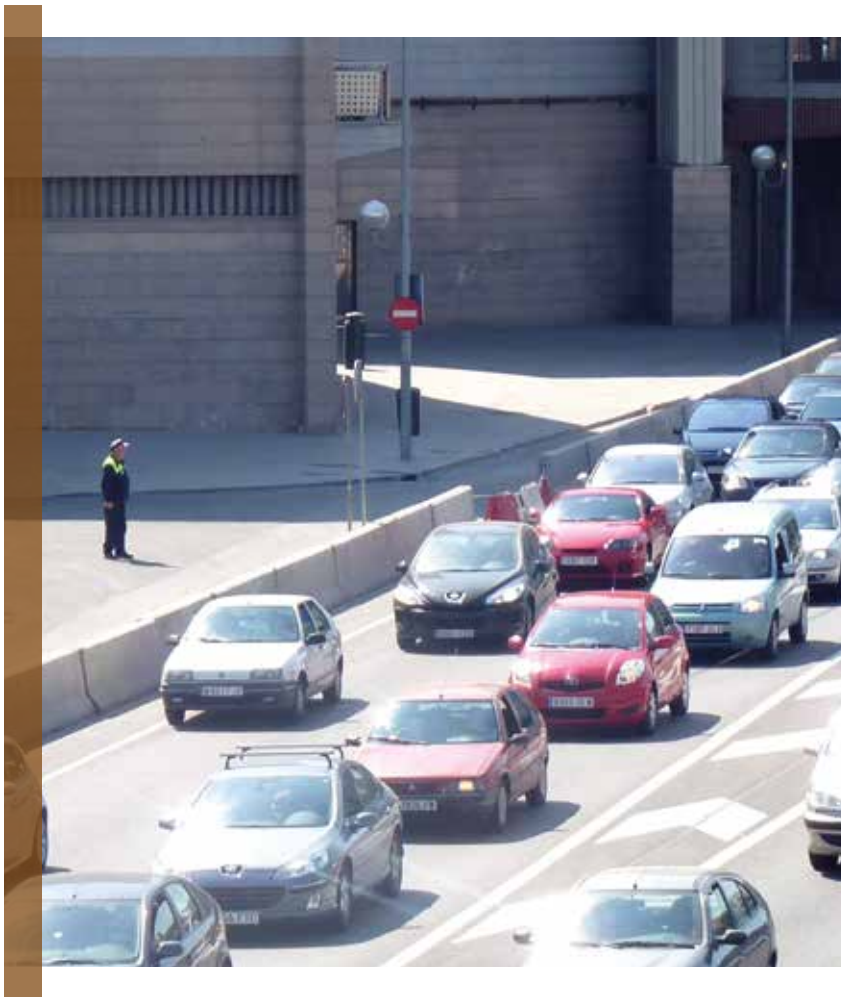
te del titular del coto. Como no podía ser de otra forma, en el Plan técnico aportado (Doc. 6 y 7) a las actuaciones y aprobado por la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente, ninguna medida se contempla al respecto, por la que tampoco puede basarse en el incumplimiento de

este, la exigencia de responsabilidad.”

“No puede afirmarse con rotundidad que el jabalí causante del siniestro procediera del coto que el día del siniestro no se realizó batida alguna, y que los terrenos del coto que lindan con la autovía

están vallados salvo los carriles de acceso y aceleración. Consecuentemente, si como sostiene el TS, en las sentencias que se han mencionado, es indispensable prueba inequívoca que acredite la procedencia, y esta corresponde al demandante, y ello no ha acontecido”.

Ocurre, en los últimos tiempos, que el titular de un seguro obligatorio concertado con la compañía A, designe para la defensa de sus intereses en reclamación de sus perjuicios en un hecho derivado del tráfico vial a un Letrado de su elección, y al concluir, con sentencia desestimatoria, y reclamar el importe de los gastos y costas recibe por respuesta de la entidad que la obligación de pago está condicionada a la estimación de la demanda (Punto 1-4, c)), tal y como resuelve la sentencia N° 319/2014, de 17 de noviembre, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia:



“Atendiendo al texto de la póliza estimamos que es suficiente con que la reclamación que formula el asegurado vaya dirigida contra un tercero, es

decir, contra una persona en la que no concurren las condiciones que fija la póliza en los diversos apartados en los que así se definen (el conductor, asegu-

rado, tomador, cónyuge, parientes), pero no puede venir condicionada la obligación de pago de los honorarios y los gastos fruto del contrato de asistencia jurídica, a que la sentencia que se dicte sea estimatoria de la demanda, como así exige la demandada cuando afirma que los daños se debieron a la culpa exclusiva del perjudicado o cuando afirma que resulte responsable civil un tercero ajeno al contrato, entre otros motivos porque dicho requisito no consta en la póliza y, por otro, porque sería contrario a los principios de toda reclamación, pues tratándose de una reclamación siempre es posible que la estimación sea total, parcial, o incluso desestimada”.

Otro tanto sucede respecto de la denegación del pago de las costas de la demanda adversa en idéntico caso que el precedente, y es resuelto, condenando, por la sentencia n° 118/2014, de 7 de mayo, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo.

Una sentencia especialmente contundente –pese a que no aplica todos los factores peticionados, ni acoge la solicitud de Lucro Cesante– la nº 139/2015, de 15 de abril, del Juzgado de lo Penal nº 3 de Cádiz, destaca junto a la aplicación máxima de los factores que estima, la conjunta de la Incapacidad Permanente Absoluta y la Gran Invalidez:

“8º.- Incapacidad permanente absoluta: este concepto es uno de los más controvertidos dado que en el punto siguiente se viene a interesar también la aplicación de la gran invalidez, aduciendo el Letrado de A.M.A. que procedería una de dichas incapacidades pero no ambas. Partimos para solventar la cuestión del hecho de que ambas se incluyen en el apartado referido a factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (como la anterior y otras que se verán seguidamente), precisándose que la incapacidad permanente absoluta comprende aquellos casos en que concurren secuelas que inhabiliten al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad, concretando seguidamente para los casos de gran invalidez que se aplicará en aquellos casos de personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejías, paraplejías, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.), precisando de ayuda de otra persona, y con la necesidad de ponderar la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida.

Pues bien, junto a ello hemos de tener en cuenta que el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octu-

bre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, a la hora de explicar el sistema que fija, refiriéndose a la tabla IV (donde se encuadran las incapacidades y la gran invalidez que venimos estudiando), señala que se corresponde con la tabla II de las indemnizaciones por muerte y le son aplicables las mismas reglas, singularmente la de posible concurrencia de los factores de corrección. Precisamente al explicar la mentada tabla II se indica igualmente que “los factores de corrección fijados en esta tabla no son excluyentes entre sí, sino que pueden concurrir conjuntamente en un mismo siniestro”.

Junto a ello, ha de tenerse en cuenta la distinta naturaleza de ambos conceptos no sólo porque el primero atiende más bien a factores de índole laboral del lesionado como sería la ocupación o actividad habitual



de la víctima, mientras que el segundo (gran invalidez) atiende a factores más bien de perjuicio moral y cuidados propios (vestirse, comer, desplazarse, necesidad de ayuda por otra persona, etc.). Es por esto por lo que se considera que ambos factores son compatibles entre sí y por tanto susceptibles de ser indemnizados a un mismo perjudicado y por un mismo siniestro, cuestión que si bien no pacífica, viene siendo admitida generalmente por nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 1ª, nº 622/2009, de 26 de octubre; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, nº 149/2014, de 24 de abril; o Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2ª, nº 207/2013, de 7 de mayo.

Por tanto, y estableciéndose un factor por incapacidad permanente absoluta que va de 90.705,43 euros a 181.410,84 euros, procede fijar en la cantidad máxima indicada (181.410,84 euros) la suma a indemnizar por este concepto, dada la edad de la perjudicada al tiempo de los hechos, y el estado en que desgraciadamente se encuentra.

9º.- Necesidad de ayuda de otra persona: este concepto integrante de la gran invalidez procede ser igualmente objeto de indemnización dando por reproducido lo expuesto en el apartado anterior. Y por el mismo, atendidos los mismos criterios que ya venimos indicando, procede determinar una indemnización en su nivel más alto, de 362.821,67 euros”.

No toda expresión, por muy coloquial –e incluso televisiva– que parezca es admisible, así, la sentencia nº 309/2015, de 22 de mayo, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valencia, enjuicia el supuesto en que cuando los Policías Locales acuden al domicilio de un ciudadano por un aviso de incendio, estando allí les grita e increpa “*fuera de mi casa, iros a tomar por el culo*” resultando condenado, como autor de una falta de respeto y consideración debida a la autoridad del art. 634 del CP, –si la hubiese hecho a partir del 2 de julio de 2015 no hubiese resultado condenado por despenalización de dicho tipo–:

“Sin que quepa ser amparada la interpretación pro domo sua que hace el ape-

lante en relación a que lo que regaló a los agentes, que se fueran a “tomar por culo” no

“Se dice por la demandada que la intervención de abogado y procurador no eran preceptivas. Es cierto que en las condiciones generales se habla de honorarios de abogado y procurador que actúen en interés del beneficiario en los procedimientos en los que sea preceptiva su intervención. Pero, como ya queda dicho, hemos de prescindir del contenido restrictivo de estas condiciones generales. La póliza suscrita por la asegurada, en su condicionado particular habla de defensa penal (entiéndase, en proceso penal); la lectura de esa expresión remite a cualquier lector medio a la intervención y defensa por profesionales propios del foro sin diferenciar entre los procesos en que tal actuación sea o no preceptiva; súmese a ello que la LCS, en su art. 76-d), se refiere a la libre designación de abogado y procurador –que es el derecho aquí ejercido sin limitación alguna a los supuestos de intervención legalmente preceptiva; por lo tanto, cualquier criterio excluyente o limitativo en este sentido debe constar consignado y ser conocido por el contratante del seguro, lo que en este caso no ocurre.

Cumple añadir, por otra parte, que cuando la asegura-

puede serle tenido en cuenta.

Enviar a que les den por el antifonario a unos agentes de policía basta para la condena que viene dada, pues integra el desprecio al respeto debido a los agentes en ejercicio de sus funciones de policía. No son particulares sino agentes de policía, por lo que estaban en ejercicio de sus funciones cuando el recurrente los envió a que les diesen por ahí tildó de la calidad dicha”.

La sentencia nº 865/2013, de 30 de diciembre, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, decide respecto de la reclamación a una aseguradora, de los gastos de defensa penal correspondientes a abogado, procurador y peritos, y además excluye la prescripción, en base a las Sentencias de 10/10/06 y 12/6/07, “*la presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, pero el plazo legal de la misma comienza a correr de nuevo inexorablemente desde que el acto se da por terminado sin efecto al no haberse logrado avenencia*”.

da comunica a A la designación de abogado y procurador para la defensa de su condición de responsable civil subsidiario en el procedimiento penal, ningún reparo fue puesto por la aseguradora que subordinase la asunción de esa designación al carácter preceptivo de dichos profesionales en el proceso, por lo que era lógico que la aseguradora interpretase esa actitud como aceptación. La asegura-

dora permitió, sin reserva o advertencia alguna, la designación de los profesionales nombrados en la carta, no puede ahora sorprender a la aseguradora con limitaciones de las que en su momento no advirtió o puso en guardia a un asegurado que actuaba o con desconocimiento o error. En todo caso, generó en él la confianza de la inexistencia de reparo o inconveniente y, por ende, de su aceptación”.

En la determinación de la cuota mínima de día multa –sin prueba– hay criterios rotundos, así la sentencia nº 309/2015 de 22 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4ª): “... cuota diaria de cuatro euros, ya que la mínima está prevista para casos cercanos a la indigencia”, y la sentencia nº 279/2014, de 16 de mayo, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra “... situación de indigencia o miseria para la que jurisprudencialmente se reserva el importe mínimo legal de 2 euros”.

En ponencia de la Ilustrísima Sra. Fariña Conde, la sentencia nº 279/2014, de 16 de mayo, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra contiene interesantes razonamientos sobre la inclusión/exclusión de la condena de costas procesales en juicios de faltas, excluyéndolas:

“En efecto, debe tenerse en cuenta que los jueces actuamos bajo el principio de legalidad, no siendo lícito que sustituyamos la ley por nuestro criterio, por bien intencionado que éste sea, en cuanto nos convertiríamos con ello en legisladores. En este caso, estamos ante una materia, los accidentes de tráfico, en la que, hasta ahora, pese a no ser nueva la consideración de la complejidad técnica, no se ha querido hacer modificación alguna.

Por otro lado, deben también tenerse en cuenta otros principios como el de igualdad y seguridad jurídica. Si se deja al arbitrio del Juez la consideración de cuándo se precisa la intervención de abogado, a los efectos de cargar sobre el peculio del condenado los honorarios profesionales utilizados

por el perjudicado, habrá tantos criterios como jueces y con ello estaríamos abriendo las puertas al trato desigual en casos semejantes, además de ser infinitas las variables que pueden tenerse en cuenta, ya que no sólo sería la complejidad ex ante del asunto, juicio valorativo sin soporte legal, por otra parte, ni menos aún la cuantía de la responsabilidad civil ex delicto que, de por sí, no troca necesariamente un asunto en complejo técnicamente, sino otras variables, bien afectantes a aspectos extraprocesales, como las condiciones subjetivas de la persona que se valió de tales profesionales, nivel académico, etc....o derivadas del propio proceso (pruebas practicadas, dictámenes periciales contradictorios, etc..).

El juicio de faltas es uno de los procedimientos ordi-

narios en materia penal reservados para el conocimiento de infracciones penales de menor entidad, caracterizado por su simplicidad y rapidez, aunque sin que ello represente merma de las garantías procesales; en tal sentido, ya sea por el menor desvalor de las infracciones leves constitutivas de falta, ya sea por la propia tramitación procesal, rápida y antiformalista, del juicio de faltas, constituye, en todo caso, una opción del legislador el no exigir la intervención de letrado como preceptiva en ese tipo de procesos y dicha opción legislativa debe ser respetada. Por otra parte el artículo 124 C. Penal contempla que las costas incluirán los honorarios de la acusación particular, pero solo cuando se trate de delitos (no de faltas)”.

No es insólito que una aseguradora, de resultas de un proceso judicial, deba pagar una cifra importante, la abone en ejecución provisional en la primera instancia y en la segunda, se vea esta reducida, así sucedió en el caso resuelto en sentencia nº 26/2013, de 9 de abril, de la Sección 2ª de las Palmas. De un total de 289.513,69 recibidos con advertencia de sus obligaciones derivadas del Art. 533 de la LEC, el inicial ejecutante, debía devolver 134.625 euros de intereses -revocado- más intereses y costas en ejecución -esta vez promovida por la aseguradora- llegando el ejecutado a ser detenido y requerido mencionó “que ya no disponía del mismo, y que se lo había gastado en juergas, drogas y mujeres”. En criterio de esta sentencia -frente al de las acusaciones pública y privada- no se estiman existentes los delitos de apropiación indebida y de insolvencia punible:

“Para esta Sala el dinero que en su día recibió E no es susceptible de integrarse en ninguna de estas categorías pues en realidad le fue entre-

gado como pago anticipado de una deuda que le había sido reconocida judicialmente y del que podía disponer libremente sin deber de preservar-

lo o depositarlo para su posterior devolución.”

“En el presente caso, la ejecución provisional de una sentencia civil (v. art. 524 y sigtes. LEC) implica una posesión inicial lícita, pero no puede decirse con el necesario fundamento que, el dinero entregado, en méritos de dicha ejecución, tenga -en el momento de recibirse- un destino previamente fijado, pues la obligación de devolverlo únicamente procederá en el supuesto de que la sentencia de cuya ejecución se trate sea revocada. Consiguientemente, si, de forma unánime, se excluye de los títulos idóneos para la posible comisión de este delito el contrato de préstamo -en el que la obligación de

devolver el dinero recibido es incontestable desde el primer momento-, con mayor razón habrá de excluirse el supuesto de la ejecución provisional de la sentencia civil, en el que tal obligación únicamente surge si dicha sentencia es revocada. A este respecto, es de interés recordar que la Ley de Enjuiciamiento Civil carece de un precepto similar al art. 59 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión y al art. 12 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazo, en los que se establece una particular reenvío al delito de apropiación indebida”.

“... sin que a lo anterior tampoco pueda obstar la mera transcripción en alguno de los autos referidos del contenido del art. 533 LEC, pues su dicción no deja de ser una lógica amonestación futurible que no muta la naturaleza jurídica del dinero recibido por dicha vía y concepto, pues, si dicha recepción del dinero hubiera sido en calidad de depósito, la institución de la ejecución provisional quedaría netamente diluida en beneficio de una mera consignación judicial. En consecuencia, dado que el título por el que el acusado recibió el dinero no es de los que, conforme a las previsiones del art. 252 del Código Penal, puede entenderse que da lugar a la obligación de entregar o devolver el mismo, pues se recibe como pago anticipado de la deuda por parte de quien ha sido vencido en la instancia, no cabe la condena en base a dicho precepto en los casos en los que su devolución posterior deviene imposible al haberlo gastado su receptor que no estaba más que disponiendo de lo que, por título asimilado al de dueño, le fue entregado”.

“El que el art. 533 de la LEC establezca la consecuencia ló-



gica de que, en la hipótesis de revocación de la sentencia de instancia el vencedor de la litis y ejecutante provisional deba restituir lo procedente, que es en definitiva lo que el auto que despachaba la ejecución provisional establecía a modo de advertencia como añadido futurible, no modifica ni limita la verdadera naturaleza jurídica de la cantidad dineraria recibida en fase de ejecución de una sentencia civil, aunque dicha ejecución sólo tenga el carácter de provisional, que no es otra que la de la recepción de la misma a título de dueño y no de mero depositario. Y desde luego si la recepción del dinero fuese a título de depósito no tendría ningún sentido la institución de la ejecución provisional de una sentencia de instancia; para tales fines ya sería suficiente el instituto de la consignación judicial”.

“Cosa diferente es lo que ocurre a partir del momento en que se dicta la segunda sentencia y, sobre todo y específicamente, a partir del momento concreto en que el inicial acreedor toma conocimiento directo y personal -si hablamos de materia penal- de que se ha convertido en deudor por razón del dictado de esa segun-

da sentencia revocatoria, que no es el supuesto de autos. Es únicamente a partir de ese instante cuando, según las circunstancias del caso, pudiera cometerse hipotéticamente bien un delito de apropiación indebida bien un delito de alzamiento de bienes pues es a partir de ese mismo momento concreto cuando nace la obligación de devolver lo recibido. Pero nunca antes”.

“En este caso, como hemos visto, el acusado recibió, a través de su representación procesal, el importe del principal e intereses fijados en la sentencia de primera instancia el 28 de enero de 2004, y no es hasta el 19 de marzo de 2008, fecha ésta a la que, según dijo, ya se había gastado todo el dinero que le había sido entregado, bien en gastos personales bien en el abono de los honorarios de sus abogado, y procurador con lo que no cabe hablar de delito de apropiación indebida pues quien recibe un dinero como consecuencia de una ejecución provisional de una sentencia de condena al pago de una cantidad líquida tiene la libre disposición de lo percibido que podrá gastar según sus necesidades”.

Interesante -también desde el punto de vista de los parentescos funcionales y la indemnización- las consideraciones recogidas en la sentencia nº 10/2015, de 27 de marzo, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, diferenciando en la aplicación de la agravante mixta de parentesco del Art. 23 del CP respecto de la muerte -del hermano del acusado-, no así de la cuñada:

“Dicho precepto en su redacción actual dada por Ley 11/2003, de 29 de septiembre, establece “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

“En efecto, como dice la STS 812/2007, de 8 de octubre, dicho precepto “solo considera circunstancia que modifica la responsabilidad criminal la de ser el agraviado hermano del ofensor o de su cónyuge o conviviente. Al tratarse de una circunstancia de agravación en delitos como los aquí enjuiciados, operará como circunstancia agravante, y así ha sido apreciada por el Tribunal de instancia. Ello supone la imposibilidad de aplicación a supuestos distintos de los comprendidos en el precepto, aun cuando presenten con éstos alguna analogía. Por otra parte, se trata de una circunstancia que solamente puede ser apreciada respecto de aquellos en quienes concurra, sin que sea extensible a los demás partícipes en el hecho.

En el caso, el agraviado es cónyuge de un hermano del ofensor. Pero no es hermano del ofensor, ni tampoco es hermano de su cónyuge o conviviente, que es lo que exige la ley.



Dicho de otra forma, la agravante se apreciará cuando el autor dirija la acción contra su hermano o contra un hermano de su cónyuge. Pero no si se dirige contra el cónyuge de un hermano. Aunque los distintos supuestos presenten una evidente similitud, el texto de la ley penal no puede ser extendido a supuestos no previstos en ella en perjuicio del reo”.

Es verdad como bien dice la reciente STS 80/2015 , anali-

zando un supuesto parecido al enjuiciado, que “Puede parecer paradójico que el parentesco, a efectos penales, no sea bilateral, y funcione en sentido único (una mujer es pariente de su suegro, a efectos penales, y se le aplicará la agravante si le agrede, pero su suegro no es pariente de ella, conforme al art. 23, y si la agrede la agravante de parentesco no le será de aplicación), pero éste es el resultado de la reforma legal de 2003, y el principio de legalidad impone su aplicación”.

En orden a la objetividad de un perito médico -no sin razón se sienten desigualmente tratados en los tribunales-, la sentencia de 19 de febrero de 2014, de la Sección 5ª, de la Audiencia Provincial de Valencia:

“En cuanto a los informes periciales médicos emitidos por el Dr. Don G, este tribunal desde luego no puede partir de la falta de objetividad de un perito médico, aunque sea de parte, aunque desde luego, si la objetividad se puede cuanti-

ficar, no es ilógico presuponer una mayor objetividad en el médico forense, como perito oficial y no de parte. Por tanto, partimos de la honorabilidad del citado doctor. Ahora bien, no se pueden admitir sin más sus conclusiones de si-

“Ese informe forense que se considera más objetivo e imparcial y así hemos de admitirlo pues el informe del médico contratado por la demandada ha de ser fiel a quien le abona sus honorarios y por ello procura que la indemnización que ha de abonar quien le contrata no sea muy alta.”

Frente a la sentencia precedente, una consideración opuesta, en sentencia nº 142/2013, de 9 de abril, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca:

“...Conforme a ello la Jueza de Instancia ha entendido más atendible el informe imparcial del técnico en

mulación, cuando consta que hay un siniestro; una colisión entre vehículos; unas lesiones en los denunciados, ocupantes del vehículo colisionado; una objetivización de las mismas desde el primer momento; una relación de causalidad natural entre la colisión y las lesiones, así apreciada también por los informes médico forenses donde no se constata ninguna duda o reticencia; y ausencia de un tercer factor interruptor de dicha relación causal”.

medicina de la administración de justicia que el más interesado de la parte demandada”.

Tras obtener una importante indemnización en transacción con el Consorcio de uno de los dos letrados designados en documento privado, este último reclamó sus honorarios al cliente, que se negó a abonarlos arguyendo el convencimiento de que era el letrado de su compañía de seguros. Lo analiza y resuelve la sentencia nº 383/2013, de 23 de julio, de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia

“NOVENO.- Partiendo de dichas consideraciones jurídicas así como del resultado de las pruebas practicadas el Tribunal debe estimar el recurso de apelación revocando la sentencia y condenando al demandado a abonar al actor la cantidad de 19.008,72 euros, importe de la minuta de honorarios por la defensa jurídica prestada al mismo con ocasión del resultado lesivo a consecuencia del accidente de tráfico que sufrió el demandado.

El Tribunal considera que si bien es cierto que no ha

quedado acreditado la relación inicial del letrado actuante, Sr. Gumersindo con el demandado, Don Hugo dado que no eran conocidos y además el letrado actor acudió al hospital, donde estaba ingresado el demandado según él dijo «alguien del entorno del demandado que se puso en contacto con él»; no es menos cierto que desde dicha designación hasta el total cobro de la indemnización dada por el Consorcio de Compensación de Seguros, es decir durante un periodo de cuatro años el demandado ha estado asistido por el letrado actor y ade-

más sus actuaciones de defensa le llevaron al cobro de la indemnización.

Se alega por el demandado-apelado un error en el consentimiento por la creencia de que «era el letrado de su compañía de seguros» pero debemos considerar que dicho error no ha sido acreditado en tanto en cuanto como se ha dicho el demandado-cliente no solo no consta ninguna prueba de «haberse puesto en contacto con su compañía de seguros» para acreditar dicha relación véase que la relación dura desde 2004 hasta 2008 y cuando obvio otro asesoramiento pero es que además es que le encargo al letrado-actor gestionar el cobro de otra póliza de accidente de convenio con la empresa Chevron-Texaco (folios 333 y siguientes), es decir fuera de toda relación con la cía de seguros A.

La dejadez de la parte demandada frente a su letrado de «averiguar la situación del letrado actor» cuando disponía de medios para poder llegar acreditar que no pertenecía a la cobertura de defensa jurídica que amparaba la cía de seguros; y sin embargo, a pesar de ello y aun cuando su situación física podría ser mas limitativa que otro enfermo lo era a nivel de deambulación

pero no de cognición. Téngase en cuenta las declaraciones de su madre que fue a informarse de otro letrado conocido. Y sin embargo respecto del actor nada intentan averiguar o conocer más cuando no tenían relación. Resulta así mismo extraño que si tenía la convicción de que era de la cía aseguradora no percibiera de ésta remisión alguna de documentación. Manteniéndose siempre

la relación entre letrado actor y demandado.

Es cierto que no consta petición de provisión de fondos sin embargo debemos considerar que ello no es necesario para la prestación de servicios de asistencia jurídica por un letrado; tampoco la necesidad de una hoja de encargo profesional; ni otorgamiento de poder cuando no fue exigido por el juzgado.”

En materia de imposición de costas de la acusación particular, destacar la sentencia nº 244/2013, de 16 de mayo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Burgos:

“Sin embargo dicho criterio sufre una profunda modificación a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de junio de 2005, asumiendo la posición contraria. Es decir, siempre deberán incluirse en la condena las devengadas por la acusación particular, aunque no fueran expresamente solicitadas, y solo se podrá excluir su pago en la condena motivadamente. La sentencia indicada establece que «el Tribunal a quo explica en su fundamento de derecho noveno, que no las incluye en la condena «por no haber formulado la parte petición expresa en tal sentido». Sin embargo, la falta de solicitud explícita de inclusión de las costas de la acusación particular por tal parte, no debe ser obstáculo para que se condene a su pago al acusado o acusados, no pudiéndose deducir de la deficiente o incompleta fórmula empleada que su voluntad fuera renunciar o prescindir de este importante aspecto del contenido total resarcitorio.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Diciembre de 2004, núm. 1.458/04, «también en este

caso se encuentra consolidado el criterio de esta Sala que se declara en multitud de pronunciamientos (entre los más recientes, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2.000y 30 de junio del mismo año; 25 de enero, 12 de febrero y 15 de octubre de 2001) según el cual las costas del acusador particular han de incluirse entre las impuestas al condenado salvo que las pretensiones de aquél sean manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas en relación a las deducidas por el Ministerio Fiscal, o las acogidas en la sentencia, relegándose en la actualidad a un segundo plano valorativo el antiguo criterio de la relevancia”.

“En definitiva, la doctrina jurisprudencial de esta Sala en materia de imposición de las costas de la acusación particular, con excepción de algunas resoluciones aisladas que se apartan del criterio jurisprudencial consolidado, puede resumirse en los siguientes criterios, conforme a las resoluciones anteriormente citadas:

La condena en costas por delitos sólo perseguibles a ins-

tancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (artículo 124 del Código Penal de 1995).

La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1997, 16 de julio de 1998, 23 de marzo de 1999 y 15 de septiembre de 1999, entre otras muchas).

La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la sentencia (doctrina jurisprudencial citada).

Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 1998 , entre otras).

La condena en costas no incluye las de la acción popular (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1.995 y 2 de Febrero de 1996, entre otras)»”.

En la noche de San Juan un círculo cultural deportivo de Xanxenxo organizó una hoguera en la cual uno de los socios, al saltar sobre esta, cae ocasionándose importantes lesiones, cuya reparación económica reclamó frente a la compañía aseguradora de la organizadora, además de descartarlo en aplicación de su condición de socio, no tercero, la sentencia nº 213/2015 de 4 de junio, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra afirma:

“Por tanto, sería imputable a la asociación que organizó el festejo cualquier incidente dañoso ocurrido como consecuencia de la omisión de alguna medida que hubiera debido adoptar; a título de ejemplo, piénsese en un resbalón al pisar en el borde de la hoguera por hallarse el suelo impregnado de aceite o grasa, o en un tropiezo derivado de un firme irregular o un obstáculo imprevisto, o en la pérdida de concentración por el estallido de algún producto no apropiado que origine una llama o explosión en la hoguera justo cuando se toma impulso o se está saltando...

Pero en el supuesto enjuiciado no se ha probado que la caída que padeció el demandante fuera ocasionada por una acción u omisión imputable al Círculo Cultural Deportivo o a sus empleados, es decir, no se ha demostrado la existencia de un nexo causal entre las carencias que se atri-

buyen a la demandada (ausencia o insuficiencia de luz, mala formación de la hoguera, inadecuación del lugar por deficiente composición del terreno y falta de vigilante de seguridad) y el hecho de que el actor se trastabillase o perdiese el equilibrio.

Téngase en cuenta que el incidente se produjo cuando el demandante se dirigió a la hoguera y, sin coger apenas carrera, intentó saltarla sin éxito y cayó sobre las brasas, sin que conste que si fue debido a un resbalón o tropiezo con el suelo, a un paso mal calculado al tratar de coger impulso, a un error de cálculo, a la falta o insuficiencia de fuerza, o, en cualquier caso, cuál fue el motivo, por lo que la circunstancia de que no hubiera iluminación artificial -cuando las dimensiones de la hoguera se veían de manera clara-, o de que la hoguera se formara sobre un suelo de tierra -como venía haciéndose en los años ante-

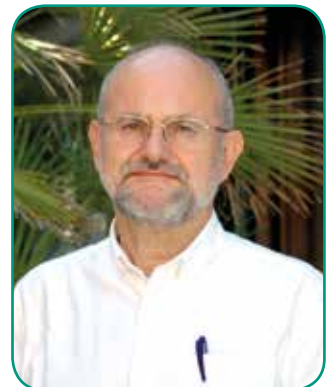
rios- o no hubiera personal de seguridad adscrito, tenga aquí mayor relevancia en tanto no se ha acreditado que ello guarde relación directa con la caída.

En otras palabras, no existen datos para relacionar las omisiones que se reprochan a la asociación asegurada por la parte demandada con la producción del daño, sin que la progresiva tendencia objetivizadora de la responsabilidad excontractual haya llegado, como ya se analizó, al extremo de invertir la carga de la prueba en actividades que, de por sí, entrañan un riesgo directamente ligado a la decisión personal de saltar por encima del fuego. La hoguera se desarrolló en el marco de la festividad y se puso a disposición de los socios para que, quien quisiera, pudiera participar brincando por encima, sin que la organización cuestionara, valorara o tuviera influencia alguna en relación con la decisión de cada uno de saltar, de manera que, si un usuario cualquiera, al finalizar la cena, espontánea, libre y voluntariamente, llevado por un móvil religioso, ancestral o, simplemente, de pura y sana diversión, decidió lanzarse sobre la hoguera, es porque, consciente de sus dimensiones y de las circunstancias de lugar y ocasión, asumió el peligro que conllevaba tal decisión o, en todo caso, minusvaloró dicho riesgo, pero no porque la actuación de los organizadores hubiera introducido elementos no previstos ni previsibles en la valoración del peligro y llevado al usuario a error sobre sus opciones de éxito, sino porque éste resolvió hacer lo mismo que había hecho en tantas ocasiones, si bien esta vez con un desenlace no previsto ni querido, pero que, a los ojos de un observador razonable, aparecía como perfectamente posible”.





entrevista a...



JUAN ANTONIO COBO PLANA

por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Doctor en Medicina y Cirugía, Especialista en Medicina Interna Especialista en Medicina Legal y Forense. Actualmente Médico Forense y Jefe de Servicio de Clínica Forense del Instituto de Medicina Legal de Aragón. Destaca por su labor investigadora relacionada siempre con las “enfermedades de la sociedad”, la violencia, los accidentes de tráfico, las drogas, las muertes en accidente laboral, la violencia de género, etc. Por ello, y si bien ha realizado múltiples publicaciones, su objetivo fundamental ha sido crear “modelos de utilidad” en sus investigaciones, trabajos que conlleven a una conclusión útil para la sociedad.

Aprovechando su próxima colaboración en el XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro que se celebrará en Valladolid en noviembre de este año, quisiéramos preguntarle qué opinión le merece la actividad desarrollada por nuestra Asociación en las materias que le ocupan.

La Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, su revista y sus reuniones son referencias obligadas para cualquier estudioso de estas materias y, también, para cualquier operador jurídico que deba manejar estos conceptos en su actividad cotidiana. Además es el mejor catalizador para facilitar el

intercambio profesional de las inquietudes, de las dificultades pero también de los avances y reflexiones que construyen una forma de “hacer” y se convierten en una nueva “cultura de valoración del daño” con el valor añadido de “ponerle cara” a las ideas.

Ante la inminente entrada en vigor del nuevo Baremo para la Valoración del Daño Personal en accidentes de Circulación, querríamos saber cuál es su opinión desde un punto de vista general sobre las reformas introducidas en el mismo

Es un nuevo salto de gran envergadura en la vertebración de la valoración del daño que asienta sobre los ya dados anteriormente.

La ruptura del lenguaje del daño a las personas con respecto al lenguaje laboral que contaminaba a los profesionales de la valoración del daño, la separación estructural clara de los daños personales y patrimoniales, el intento arquitectónico de dar a cada aspecto específico del daño un lugar específico y de aplicación excluyente, son avances que justificaban por sí mismos esta nueva norma.

De igual forma que justifican que el trabajo no pueda detenerse en este hito y deba seguir el camino de acercarse a la mejor valoración posible del daño a las personas.

No puedo, por limitación de conocimiento, valorar los cambios de procedimientos ni el nivel de adecuación internacional de los mismos. Tampoco puedo valorar, por ser incompetente en ese mundo, los aspectos de graduación económica de las compensaciones e indemnizaciones fijadas a consecuencia de la nueva norma.

En cuanto al tratamiento de las lesiones menos graves o traumatismos menores, ¿considera que el Baremo ha encontrado una solución que da respuesta tanto a las víctimas como a las aseguradoras?

La redacción de esa norma no me parece acertada porque, afectando a un número muy elevado de lesiones por accidentes de tráfico, va a ser uno de los temas más controvertidos y protagonistas de muchos desacuerdos frontales entre las partes y los propios mediadores, con desacuerdos que generaran procesos cuya gravedad y medios necesarios para concluir en una decisión no será proporcional al daño provocado, porque cada parte estará en dos posiciones antagónicas y, a medida que pase el tiempo, cada vez más irreconciliables.







Mi opinión con respecto a esa norma es que no tenía que haber aparecido con ese protagonismo excluyente. Eliminando la segunda parte del título del artículo “de la columna vertebral y “cervicales” del apartado 1, y con algunos cambios menos dogmáticos del valor de cada uno de los apartados que presenta, podría haber sido una regla general de valoración normal de causalidad “clínica directa” independientemente de que esa causalidad fuera posteriormente matizada durante el proceso de decisión judicial.

Si persiste el artículo tal y como se recoge en el proyecto, y se intenta una aplicación literal dogmática restrictiva, creo que se requerirá una prolongada reconducción hacia la ponderación razonable de cada uno de los apartados que la desarrollan.

¿Cómo cree que se desarrollará la nueva función del médico forense ante la despenalización de las falta por hechos de la circulación?

Hace ya muchos años que el médico forense, de forma implícita a su función y por muy diversas causas y no todas adecuadas, se convertía en un árbitro inicial de la valoración del daño. Tal y como parece diseñado el procedimiento que se seguirá, este papel deberá ser el que adopte por lo que, en ese aspecto, parece

que no habrá cambiado su papel de forma llamativa.

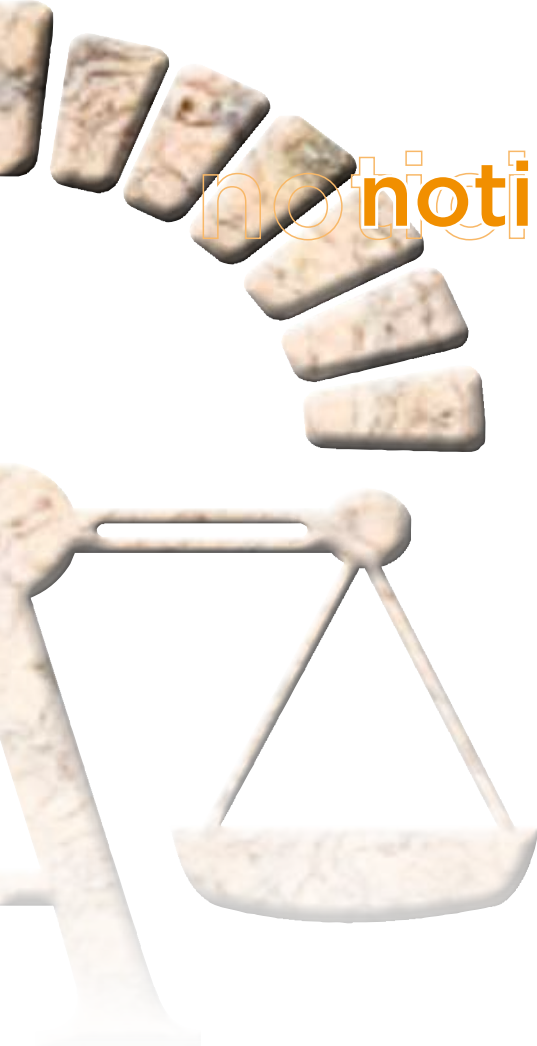
¿Cuáles son los aspectos fundamentales sobre los que debe pronunciarse el informe del médico forense?

La intensa vertebración de la nueva norma nos sitúa en la necesidad de reconsiderar todo lo que habíamos aplicado hasta este momento.

El médico forense, como todos los médicos peritos, los abogados y los mediadores médicos, y, por descontado, todos aquellos que deberán tomar decisiones en la aplicación de esta nueva norma, necesitarán apartar lo que sabían y habían aplicado, para aplicar una nueva forma de pensar, una nueva forma de preguntar, un nuevo lenguaje, una nueva forma de construir la prueba, o lo que es más práctico, pero menos profundo, tener otro “guión de trabajo”. Ese nuevo guión de trabajo para todos nosotros no es un parche sobre el anterior, es totalmente diferente.

Sí debo separar un aspecto que yo creo esencial para la nueva actuación forense será la potenciación de lo objetivo y evidente, el desarrollo de la fundamentación de las decisiones y, fundamentalmente, la aplicación de todo ello de forma metódica.

noticias y actividades



→ LA AEARCS Y THOMSON REUTERS ARANZADI FIRMAN UN ACUERDO DE COLABORACIÓN



La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro y Thomson Reuters, han firmado un convenio para facilitar a sus asociados el acceso, en condiciones especiales, a productos de Thomson Reuters Aranzadi.

Gracias a este acuerdo, los miembros de la Asociación disfrutarán de descuentos en productos como Checkpoint, Formación e-learning, Practicum y Aranzadi Digital. Además, solo por solicitar información, recibirán como obsequio un libro electrónico. Por otra par-

te, la Asociación contará con una presencia destacada en la Newsletter de Aranzadi Responsabilidad Civil y Seguro.

El acuerdo ha sido firmado por Javier López y García de le Serrana, secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro y por parte de Thomson Reuters Aranzadi, por Jorge Carlos Alonso, responsable de relaciones con Universidades, Asociaciones y Colegios Profesionales, en representación de Raúl Castillo, director Comercial de Thomson Reuters.

→ **PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN**

(TEXTO APROBADO POR EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS)

Por su innegable interés adjuntamos el texto del Proyecto de Ley de reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación aprobado por el Congreso de los Diputados y que actualmente se encuentra en el Senado.

Destacamos las modificaciones de los artículos 1, 4.3, 7, 13 y 14 de la ley RCSCVM así como la introducción de un nuevo título 4º cuyo contenido completo está disponible en la web de la Asociación www.asociacionabogadosrcs.org.

Preámbulo

I

Han transcurrido ya más de veinte años desde la entrada en vigor en 1995 del Sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al que en adelante nos referiremos con el nombre de «Baremo», que figura actualmente como Anexo en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Durante este tiempo, el conjunto de reformas que en el ámbito comunitario se han emprendido en relación con el seguro del automóvil, tendentes todas ellas a incrementar la protección a las víctimas mediante la garantía de una indemnización suficiente, justifican la conveniencia de revisar el sistema con el fin de introducir las modificaciones necesarias.

En España, una vez transpuestas las sucesivas directivas comunitarias que pretenden armonizar la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tráfico y que establecen los límites cuantitativos que debe cubrir el seguro obligatorio, nos seguimos encontrando con una enorme disparidad en las cuantías indemnizatorias al compararlas con otros países miembros de la Unión Europea, siendo evidente que nuestro país se sitúa detrás de los países europeos más avanzados en esta materia.

Así que no cabe duda de que es necesario reformar el vigente Baremo para que cumpla su función de una forma efectiva, buscando un justo resarcimiento de los perjuicios sufridos por las víctimas y sus familias como consecuencia de un siniestro de tráfico. El principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados no es efectivo en toda su dimensión, provocando situaciones injustas y en ocasiones dramáticas, con una pérdida añadida de calidad de vida, cuando además, ya se ha sufrido un daño físico, psíquico y moral, y que impone el deber al legislador de encontrar las formas idóneas que garanticen el cumplimiento de tan importante principio.

Hay que resaltar que de los riesgos generados por la actividad humana, el específico de la conducción aparece como uno de los más cercanos, de los más habituales, con el que todos coexistimos, ya sea generándolo o sufriendo sus consecuencias en forma de daños. Por su frecuencia, se trata de un riesgo que tiene un enorme

impacto en la realidad social y económica de un país.

De ahí la trascendencia de una interpretación uniforme de las reglas del sistema, que dote de certidumbre al perjudicado y a las entidades aseguradoras respecto de la viabilidad de sus respectivas pretensiones, garantizando una respuesta igualitaria ante situaciones idénticas, y que contribuya decisivamente a la rápida solución extrajudicial de los conflictos y, en suma, al equilibrio de recursos y a la dinamización de la actividad económica.

Con esta finalidad, los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia, conjuntamente con representantes de los sectores afectados, decidieron abordar la necesidad de un análisis sistemático sobre la reforma del sistema legal valorativo. De esta primera aproximación surgió la conveniencia de constituir una comisión de trabajo, integrada por un número reducido de expertos en la materia y representantes de los sectores afectados, creada por Orden comunicada de los Ministerios de Economía y Hacienda (en la actualidad de Economía y Competitividad) y de Justicia de 12 de julio de 2011.

Una vez vencido, el 31 de julio de 2013, el mandato de la Comisión de Expertos, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones estimó necesario constituir un Grupo de trabajo con las personas que formaron parte de dicha Comisión para ultimar las tareas de revisión. El Grupo de trabajo continuó las tareas de redacción de una propuesta

de texto articulado completo, acompañado de las tablas en las que se contienen las indemnizaciones que correspondería abonar en los casos de muerte, de lesiones permanentes (llamadas secuelas) y de lesiones temporales derivadas de accidentes de circulación, que ha sido objeto de un amplio consenso.

El nuevo Baremo se inspira y respeta el principio básico de la indemnización del daño corporal; su finalidad es la de lograr la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos para situar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tendría de no haberse producido el accidente. Para ello, también se identifican nuevos perjudicados y nuevos conceptos resarcitorios que no están recogidos en el Baremo vigente. Se sistematizan y dotan de sustantividad propia las indemnizaciones por daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) que el actual Baremo prevé de un modo significativamente simplista e insuficiente. Y se pone al día, mediante su aumento, el conjunto de indemnizaciones, destacando en particular las que corresponden a los casos de fallecimiento –y, en especial, la de los hijos de víctimas fallecidas– y de grandes lesionados.

La reforma supone, finalmente, una mejora manifiesta del sistema vigente, tanto desde la perspectiva de su consistencia jurídica y de su estructura como, en general, de las cuantías indemnizatorias que incorpora; supone también un apreciable progreso en el tratamiento resarcitorio de los perjudicados por los accidentes de tráfico y, en los términos en que se formula, mejora sustancialmente el sistema legal vigente, por lo que puede sustituirlo de un modo más justo y cabal.

Por su parte, el Congreso de los Diputados, el 2 de diciembre de 2014 y mediante una proposición no de ley, instó al Gobierno a presentar en el próximo periodo de sesiones un proyecto de ley de reforma del sistema de valoración para las indemnizaciones de los daños y perjuicios causados a las víctimas en accidentes de circulación.

II

Se ha optado por reformar el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, introduciendo el nuevo sistema, evitando su desarrollo en una ley diferente que conduciría a una clara dispersión normativa de la materia.

Razones de técnica legislativa aconsejan integrar en el articulado de la Ley las disposiciones de carácter normativo que establecen las nuevas reglas de aplicación del Baremo, que se alejan por completo del contenido clásico de un anexo. A su vez, el Anexo es el que incluye las nuevas tablas que cuantifican y modulan todos los nuevos conceptos indemnizables.

La Ley consta de Preámbulo, un artículo único con nueve apartados, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, y cinco disposiciones finales.

La principal novedad es la introducción de un nuevo Título IV en el Texto Refundido, que consta de 112 artículos, agrupados en dos capítulos. El primero se refiere a disposiciones generales y definiciones y el segundo incluye las reglas para la valoración del daño

corporal y, en sus tres secciones, se ocupa, respectivamente, de las indemnizaciones por causa de muerte, por secuelas y por lesiones temporales, que se plasman, respectivamente, en las tablas 1, 2 y 3.

En cada uno de esos supuestos se distingue entre el «perjuicio personal básico» (tablas 1.A, 2.A y 3.A), los «perjuicios particulares» (tablas 1.B, 2.B y 3.B) y el llamado «perjuicio patrimonial» (tablas 1.C, 2.C y 3.C), que a su vez distingue entre daño emergente y lucro cesante. Dichas tablas en ocasiones se subdividen en otras tablas como, por ejemplo, la 1.C.1, relativa a las indemnizaciones del cónyuge de la víctima por lucro cesante, la 1.C.2, referida a las indemnizaciones de los hijos en el mismo caso, o la 2 (secuelas) C (daño patrimonial) 3, relativa a las indemnizaciones de ayuda de tercera persona.

III

Uno de los aspectos más importantes de la reforma es, sin lugar a dudas, el tratamiento de los daños patrimoniales, como tercer eje del sistema totalmente separado de los daños extrapatrimoniales. Este tratamiento clarifica y regula con detalle las partidas resarcitorias en concepto de gastos y racionaliza el método de cálculo del lucro cesante.

En los supuestos de muerte se distingue entre un «perjuicio patrimonial básico», referido a gastos generales, que serán aquellos «gastos razonables que cause el fallecimiento, como el desplazamiento, la manutención, el alojamiento y otros análogos», con una cantidad mínima de 400 euros, y unos gastos específicos, que incluyen los de traslado del fallecido, repatriación, entierro y funeral.

En los supuestos de secuelas se establece que son resarcibles los gastos previsibles de asistencia sanitaria futura, que se abonan directamente a los servicios públicos de salud. Se resarcen directamente al perjudicado los de prótesis y ortesis, que ahora también incluyen los gastos correspondientes a las reposiciones necesarias; los de rehabilitación domiciliaria y ambulatoria; los relacionados con la pérdida de autonomía personal, tales como los necesarios para ayudas técnicas o productos de apoyo, para la adecuación de vivienda o para resarcir el llamado «perjuicio patrimonial por incremento de costes de movilidad», que incluye el actual gasto de adecuación del vehículo, pero que va más allá. También se resarcen al perjudicado 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.

Finalmente, en relación con las lesiones temporales, se distingue entre «gastos de asistencia sanitaria» y otros «gastos diversos resarcibles», que se refieren a todos aquellos gastos necesarios y razonables que genere la lesión en el desarrollo de las actividades esenciales de la vida ordinaria del lesionado y entre los que se destacan, a título de ejemplo, «el incremento de los costes de movilidad del lesionado, los desplazamientos de familiares para atenderle cuando su condición médica o situación personal lo requiera y, en general, los gastos necesarios para que queden atendidos el lesionado o los familiares menores o especialmente vulnerables de los que se ocupaba».

Respecto al lucro cesante, se supera el sistema actual del factor de corrección por perjuicios económicos, que com-





pensa sistemáticamente unos pretendidos perjuicios económicos, se hayan producido o no y, en caso de que se hayan producido, utiliza el criterio de aplicar un cierto porcentaje sobre el perjuicio personal básico. La reforma establece un modelo actuarial que parte de dos factores, el multiplicando y el multiplicador, cuyo producto determinará la indemnización correspondiente.

El multiplicando está constituido por los ingresos netos de la víctima fallecida. En defecto de ingresos, se valora el trabajo no remunerado de la dedicación (exclusiva, y en ocasiones incluso parcial) a las tareas del hogar y la pérdida de la capacidad de trabajo de aquellas personas, como menores o estudiantes, que todavía no han accedido al mercado laboral; en estos casos, se establecen reglas para determinar qué multiplicando correspondería y poder resarcir así el valor de las pérdidas correspondientes.

El multiplicador es un coeficiente que se obtiene para cada perjudicado y que resulta de combinar diversos factores, como la duración del perjuicio, el riesgo de fallecimiento del perjudicado, la tasa de interés de descuento o la deducción de las pensiones públicas.

En el ámbito de los perjuicios extrapatrimoniales, tal vez la mayor novedad se encuentra en la reestructuración del perjuicio personal básico en las indemnizaciones por causa de muerte y de su relación con los perjuicios particulares, que ahora se amplían. Así, a diferencia del sistema actual, que configura los perjudicados en grupos excluyentes, la reforma configura los perjudicados en cinco categorías autónomas y considera que sufren siempre un perjuicio resarcible y de la

misma cuantía con independencia de que concurren o no con otras categorías de perjudicados. Además, la condición de perjudicado tabular se completa con la noción de perjudicado funcional o por analogía, que incluye a aquellas personas que de hecho y de forma continuada, ejercen las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta o que asumen su posición. El alcance de la condición de perjudicado tabular se restringe al establecerse que puede dejar de serlo cuando concurren circunstancias que indiquen la desafección familiar o la inexistencia de toda relación personal o afectiva que «supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir».

Este sistema uniforme, en el que cada perjudicado obtiene de modo autónomo la indemnización correspondiente a su categoría, 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.

Artículo único. Modificación del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

El Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, queda modificado como sigue:

Uno. Se modifica el artículo 1 que queda redactado del siguiente modo:

«1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.

En el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta Ley.

2. Sin perjuicio de que pueda existir culpa exclusiva de acuerdo con el apartado 1, cuando la víctima capaz de culpa civil sólo contribuya a la producción del daño se reducirán todas las indemnizaciones, incluidas las relativas a los gastos en que se haya incurrido en los supuestos de muerte, secuelas y lesiones temporales, en atención a la culpa concurrente hasta un máximo del setenta y cinco por ciento. Se entiende que existe dicha contribución si la víctima, por falta de uso o por uso inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores, incumple la normativa de seguridad y provoca la agravación del daño.

En los supuestos de secuelas y lesiones temporales, la culpa exclusiva o concurrente de víctimas no conductoras de vehículos a motor que sean

menores de catorce años o que sufran un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil, no suprime ni reduce la indemnización y se excluye la acción de repetición contra los padres, tutores y demás personas físicas que, en su caso, deban responder por ellas legalmente. Tales reglas no procederán si el menor o alguna de las personas mencionadas han contribuido dolosamente a la producción del daño.

Las reglas de los dos párrafos anteriores se aplicarán también si la víctima incumple su deber de mitigar el daño. La víctima incumple este deber si deja de llevar a cabo una conducta generalmente exigible que, sin comportar riesgo alguno para su salud o integridad física, habría evitado la agravación del daño producido y, en especial, si abandona de modo injustificado el proceso curativo.

3. El propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con este por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal. Esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

El propietario no conductor de un vehículo sin el seguro de suscripción obligatoria responderá civilmente con el conductor del mismo de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por éste, salvo que pruebe que el vehículo le hubiera sido sustraído.

4. Los daños y perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño cor-

poral ocasionado por hechos de la circulación regulados en esta Ley, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios del Título IV y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo.

5. Las indemnizaciones pagadas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 tendrán la consideración de indemnizaciones en la cuantía legalmente reconocida, a los efectos de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, en tanto sean abonadas por una entidad aseguradora como consecuencia de la responsabilidad civil de su asegurado.

6. 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.»

Dos. Se modifica el primer párrafo del apartado 3 del artículo 4, que queda redactado del siguiente modo:

«3. La cuantía de la indemnización cubierta por el seguro obligatorio en los daños causados a las personas se determinará con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 1 de esta Ley.»

Tres. Se modifica el artículo 7, que queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 7. Obligaciones del asegurador y del perjudicado.

1. El asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes, así como los gastos y otros perjuicios a los que tenga derecho según establece la normativa aplicable. Únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1 de la presente Ley.

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa para exigir al asegurador la satisfacción de los referidos daños, que prescribirá por el transcurso de un año.

No obstante, con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, deberán comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda. Esta reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen, una declaración sobre las circunstancias del hecho, la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo de ser conocidas, así como cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño.

Esta reclamación interrumpirá el cómputo del plazo de prescripción desde el momento en que se presente al asegurador obligado a satisfacer el importe de los daños sufridos al perjudicado. Tal interrupción se prolongará hasta la notificación fehaciente al perjudicado de la oferta o respuesta motivada definitiva.

La información de interés contenida en los atestados e

informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad encargadas de la vigilancia del tráfico que recojan las circunstancias del accidente podrá ser facilitada por éstas a petición de las partes afectadas, perjudicados o entidades aseguradoras, salvo en el caso en que las diligencias se hayan entregado a la autoridad judicial competente para conocer los hechos, en cuyo caso deberán solicitar dicha información a ésta.

2. En el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, tanto si se trata de daños personales como en los bienes, el asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización si entendiera acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño, que cumpla los requisitos del apartado 3 de este artículo. En caso contrario, o si la reclamación hubiera sido rechazada, dará una respuesta motivada que cumpla los requisitos del apartado 4 de este artículo.

A estos efectos, el asegurador, a su costa, podrá solicitar previamente los informes periciales privados que considere pertinentes, que deberá efectuar por servicios propios o concertados, si considera que la documentación aportada por el lesionado es insuficiente para la cuantificación del daño.

El incumplimiento de esta obligación constituirá infracción administrativa grave o leve.

Trascurrido el plazo de tres meses sin que se haya presentado una oferta motivada de indemnización por una causa no justificada o que le fuera imputable al asegurador, se devengarán intereses de demora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de esta Ley. Estos

mismos intereses de demora se devengarán en el caso de que, habiendo sido aceptada la oferta por el perjudicado, ésta no sea satisfecha en el plazo de cinco días, o no se consigne para pago la cantidad ofrecida.

El asegurador deberá observar desde el momento en que conozca, por cualquier medio, la existencia del siniestro, una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización.

Lo dispuesto en el presente apartado será de aplicación para los accidentes que puedan indemnizarse por el sistema de las oficinas nacionales de seguro de automóviles, en cuyo caso toda referencia al asegurador se entenderá hecha a la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles (Ofesauto) y a las entidades corresponsales autorizadas para representar a entidades aseguradoras extranjeras.

3. Para que sea válida a los efectos de esta Ley, la oferta motivada deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Contendrá una propuesta de indemnización por los daños en las personas y en los bienes que pudieran haberse derivado del siniestro. En caso de que concurren daños a las personas y en los bienes figurará de forma separada la valoración y la indemnización ofertada para unos y otros.

b) Los daños y perjuicios causados a las personas se calcularán según los criterios e importes que se recogen en el Título IV y el Anexo de esta Ley.

c) Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se dis-

ponga para la valoración de los daños, incluyendo el informe médico definitivo, e identificará aquéllos en que se ha basado para cuantificar de forma precisa la indemnización ofertada, de manera que el perjudicado tenga los elementos de juicio necesarios para decidir su aceptación o rechazo.

d) Se hará constar que el pago del importe que se ofrece no se condiciona a la renuncia por el perjudicado del ejercicio de futuras acciones en el caso de que la indemnización percibida fuera inferior a la que en derecho pueda corresponderle.

e) Podrá consignarse para pago la cantidad ofrecida. La consignación podrá hacerse en dinero efectivo, mediante un aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del órgano jurisdiccional correspondiente, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada.

4. En el supuesto de que el asegurador no realice una oferta motivada de indemnización, deberá dar una respuesta motivada ajustada a los siguientes requisitos:

a) Dará contestación suficiente a la reclamación formulada, con indicación del motivo que impide efectuar la oferta de indemnización, bien sea porque no esté determinada la responsabilidad, bien porque no se haya podido cuantificar el daño o bien porque existe alguna otra causa que justifique el rechazo de la reclamación, que deberá ser especificada.

Cuando dicho motivo sea la dilatación en el tiempo del

proceso de curación del perjudicado y no fuera posible determinar el alcance total de las secuelas padecidas a causa del accidente o porque, por cualquier motivo, no se pudiera cuantificar plenamente el daño, la respuesta motivada deberá incluir:

1.º La referencia a los pagos a cuenta o pagos parciales anticipados a cuenta de la indemnización resultante final, atendiendo a la naturaleza y entidad de los daños.

2.º El compromiso del asegurador de presentar oferta motivada de indemnización tan pronto como se hayan cuantificado los daños y, hasta ese momento, de informar motivadamente de la situación del siniestro cada dos meses desde el envío de la respuesta.

b) Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga, incluyendo el informe médico definitivo, que acrediten las razones de la entidad aseguradora para no dar una oferta motivada.

c) Incluirá una mención a que no requiere aceptación o rechazo expreso por el perjudicado, ni afecta al ejercicio de cualesquiera acciones que puedan corresponderle para hacer valer sus derechos.

5. En caso de disconformidad del perjudicado con la oferta motivada, las partes, de común acuerdo y a costa del asegurador, podrán pedir informes periciales complementarios, incluso al Instituto de Medicina Legal siempre que no hubiese intervenido previamente.

Esta misma solicitud al Instituto de Medicina Legal podrá realizarse por el lesionado aunque no tenga el acuerdo de la

aseguradora, y con cargo a la misma. El Instituto de Medicina Legal que deba realizar el informe solicitará a la aseguradora que aporte los medios de prueba de los que disponga, entregando copia del informe pericial que emita a las partes.

Asimismo, el perjudicado también podrá solicitar informes periciales complementarios, sin necesidad de acuerdo del asegurador, siendo los mismos, en este caso, a su costa.

Esta solicitud de intervención pericial complementaria obligará al asegurador a efectuar una nueva oferta motivada en el plazo de un mes desde la entrega del informe pericial complementario, continuando interrumpido el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones judiciales. En todo caso, se reanudará desde que el perjudicado conociese el rechazo de solicitud por parte del asegurador de recabar nuevos informes.

6. Reglamentariamente podrá precisarse el contenido de la oferta motivada y de la respuesta motivada, así como las cuestiones relativas al procedimiento de solicitud, emisión, plazo y remisión de entrega del informe emitido por el Instituto de Medicina Legal correspondiente. Igualmente, dicha normativa garantizará la especialización de los Médicos Forenses en la valoración del daño corporal a través de las actividades formativas pertinentes.

7. En todo caso, el asegurador deberá afianzar las responsabilidades civiles y abonar las pensiones que por la autoridad judicial fueren exigidas a los presuntos responsables asegurados, de acuerdo con lo establecido en los artículos 764 y 765 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las pensiones provisionales se calcularán de conformidad con los límites establecidos en el Anexo de esta Ley.

8. Una vez presentada la oferta o la respuesta motivada, en caso de disconformidad y a salvo del derecho previsto en el apartado 5 de este precepto, o transcurrido el plazo para su emisión, el perjudicado podrá bien acudir al procedimiento de mediación previsto en el artículo 14 para intentar solucionar la controversia, o bien acudir a la vía jurisdiccional oportuna para la reclamación de los daños y perjuicios correspondientes.

No se admitirán a trámite, de conformidad con el artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandas en las que no se acompañen los documentos que acrediten la presentación de la reclamación al asegurador y la oferta o respuesta motivada, si se hubiera emitido por el asegurador».

Cuatro. Se modifica la letra b) del artículo 9, que queda redactada del siguiente modo:

«b) Cuando los daños causados a las personas hubiesen de sufrirse por éstas durante más de tres meses o su exacta valoración no pudiera ser determinada a efectos de la presentación de la oferta motivada a que se refiere la letra a) de este artículo, el órgano jurisdiccional correspondiente, a la vista de las circunstancias del caso y de los dictámenes e informes que precise, resolverá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad ofrecida y consignada por el asegurador, atendiendo a los criterios del Título IV y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo de esta Ley. Contra la resolución judicial que recaiga no cabrá recurso alguno».

Cinco. Se modifica el artículo 13, que queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 13. Diligencias en el proceso penal preparatorias de la ejecución.

Cuando en un proceso penal, incoado por hecho cubierto por el seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria en la circulación de vehículos de motor, recaiera sentencia absolutoria, si el perjudicado no hubiera renunciado a la acción civil ni la hubiera reservado para ejercitarla separadamente, el juez o tribunal que hubiera conocido de la causa dictará auto, a instancia de parte, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado, amparados por dicho seguro de suscripción obligatoria y según la valoración que corresponda con arreglo al sistema de valoración del Anexo de esta Ley.

Se procederá de la misma forma en los casos de fallecimiento en accidente de circulación y se dictará auto que determine la cantidad máxima a reclamar por cada perjudicado, a solicitud de éste, cuando recaiga resolución que ponga fin, provisional o definitivamente, al proceso penal incoado, sin declaración de responsabilidad.

El auto referido se dictará a la vista de la oferta motivada o de la respuesta motivada del asegurador o del Consorcio de Compensación de Seguros, y contendrá la descripción del hecho, la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de éstos.

En todo caso, antes de dictarse el auto, si en las actuacio-

nes no consta oferta motivada o respuesta motivada según las prescripciones de esta Ley, el juez convocará a los perjudicados y posibles responsables y sus aseguradores, incluido, en su caso, el Consorcio de Compensación de Seguros, a una comparecencia en el plazo de cinco días, a fin de que pueda aportarse la oferta o la respuesta motivada, o hacerse las alegaciones que consideren convenientes.

Si en la comparecencia se produjera acuerdo entre las partes, el mismo será homologado por el juez con los efectos de una transacción judicial.

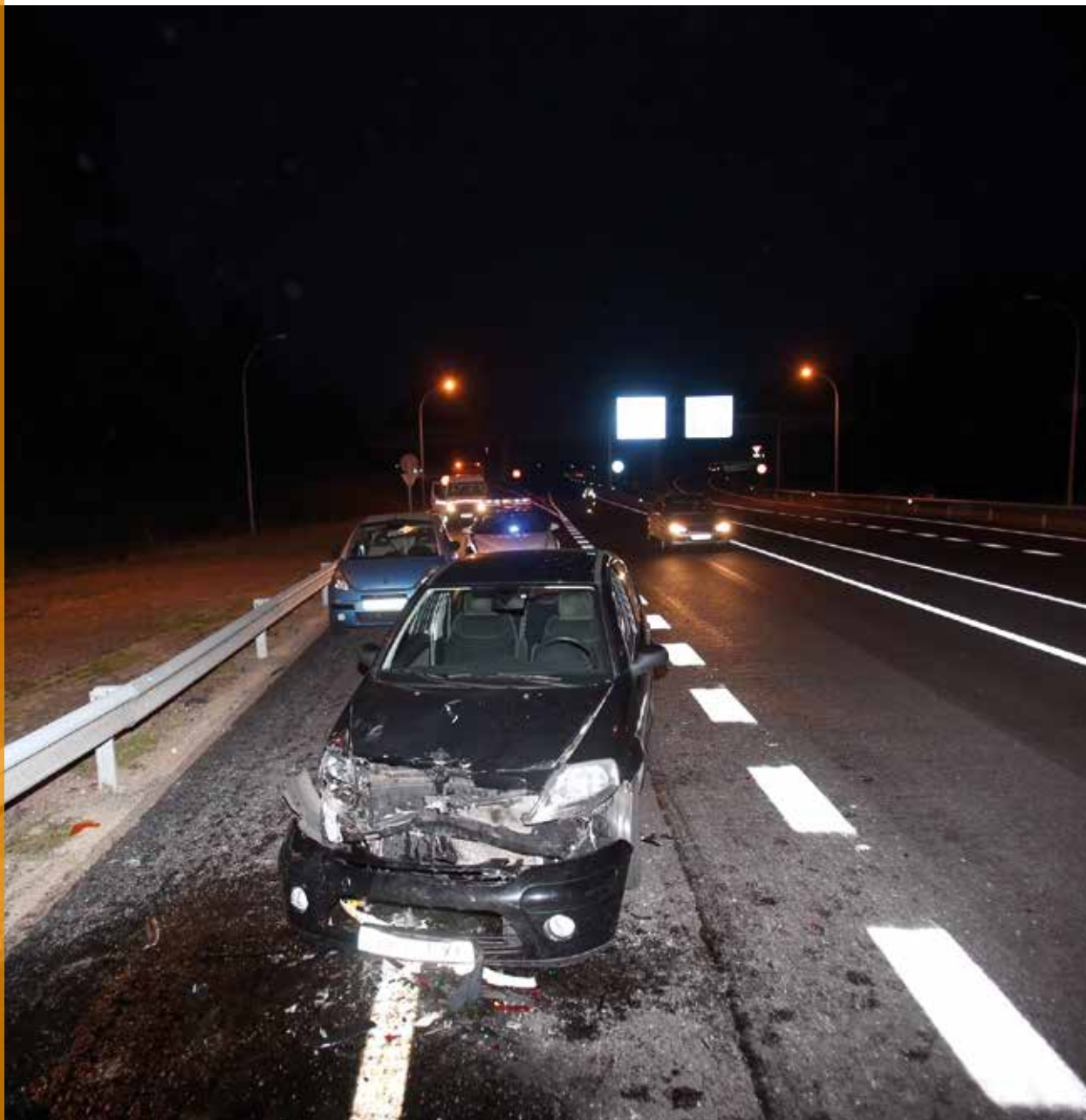
De no alcanzarse el acuerdo, se dictará auto de cuantía máxima en el plazo de tres días desde la terminación de la comparecencia y contra el mismo no podrá interponerse recurso alguno.»

Seis. Se introduce un nuevo artículo 14, con el siguiente contenido:

«Artículo 14. Procedimiento de mediación en los casos de controversia.

1. En caso de disconformidad con la oferta o la respuesta motivada y, en general, en los casos de controversia, las partes podrán acudir al procedimiento de mediación de conformidad con lo previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

2. A tal efecto, será el perjudicado quién podrá solicitar el inicio de una mediación, en el plazo máximo de dos meses, a contar desde el momento que hubiera recibido la oferta o la respuesta motivada o los informes periciales complementarios si se hubieran pedido.



3. Podrán ejercer esta modalidad de mediación profesionales especializados en responsabilidad civil en el ámbito de la circulación y en el sistema de valoración previsto en esta Ley, que cuenten con la formación específica para ejercer la mediación en este ámbito. El mediador, además de facilitar la comunicación entre las partes y velar porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes, desarrollará una conducta activa tendente a posibilitar un acuerdo entre ellas.

4. Recibida la solicitud de mediación, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En particular, el mediador informará a las partes de que son plenamente libres de alcanzar o no un acuerdo y de desistir del procedimiento en cualquier momento, así como que la duración de la mediación no podrá ser superior a tres meses, que el acuerdo que eventualmente alcancen será vinculante y podrán instar su elevación

a escritura pública al objeto de configurarlo como un título ejecutivo».

Siete. Se introduce un nuevo Título IV (artículos 32 a 143) con el siguiente enunciado: “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”.

(Contenido completo del Título IV y Anexos disponible en la web de la Asociación www.asociacionabogadosrcs.org)



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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

NOVEDAD EDITORIAL



RESPONSABILIDAD CIVIL, EXTRA CONTRACTUAL

Parte general
Delimitación y especies.
Elementos. Efectos o consecuencias

Mariano YZQUIERDO TOLSADA

Dykinson, S.L.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

1ª edición, septiembre 2015
668 páginas, 52,00 euros

OFERTA ESPECIAL: 49,40 euros

SUMARIO: PARTE GENERAL. **Capítulo I.** Responsabilidad criminal y responsabilidad civil. **Capítulo II.** Responsabilidad civil pura y responsabilidad civil derivada del delito: Una injustificada dualidad normativa. **Capítulo III.** Responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual. **Capítulo IV.** La acción u omisión. **Capítulo V.** El daño. **Capítulo VI.** La relación de causalidad. **Capítulo VII.** Los factores de atribución (I). En la responsabilidad por actos propios. **Capítulo VIII.** Los factores de atribución (II). En la responsabilidad por actos ajenos. **Capítulo IX.** Los factores de atribución (III). en la responsabilidad por el hecho de los animales y de las cosas inanimadas. **Capítulo X.** La legitimación activa en la responsabilidad civil. **Capítulo XI.** La legitimación pasiva en la responsabilidad civil. **Capítulo XII.** Vías o cauces de reclamación. **Capítulo XIII.** La prescripción de la acción de responsabilidad civil. **Capítulo XIV.** Las formas de reparación. **Capítulo XV.** El seguro de responsabilidad civil. PARTE ESPECIAL (EN PREPARACIÓN). **Capítulo XVI.** la responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación. **Capítulo XVII.** La responsabilidad civil en la navegación aérea, la energía nuclear y la caza. **Capítulo XVIII.** La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. **Capítulo XIX.** La responsabilidad civil por los daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen). **Capítulo XX.** La responsabilidad civil por los daños a la propiedad intelectual o a la propiedad industrial. **Capítulo XXI.** La responsabilidad civil por accidentes de trabajo. **Capítulo XXII.** La responsabilidad civil de las Administraciones públicas. **Capítulo XXIII.** La responsabilidad civil de los administradores de sociedades y de los administradores concursales. **Capítulo XXIV.** La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. **Capítulo XXV.** A modo de cierre. La competencia legislativa en materia de responsabilidad civil: ¿Estado y Comunidades Autónomas?

Dykinson, S.L.

EDITOR-LIBRERO

www.dykinson.com // info@dykinson.com

C/ Meléndez Valdés, 61 - Madrid

(Barrio de Argüelles)

Tlf. 915442869 - 915442846

12 noviembre

- 15:00h. Asamblea General de la Asociación
Lugar: Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid
- 16:00h. Entrega de documentación y acreditaciones
- 16:30h. Inauguración del Congreso
D. Jesús Verdugo Alonso, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid
- 17:00h. 1ª Ponencia
El dolo penal como exclusión de cobertura en los seguros de RC: ideas y vueltas en la jurisprudencia
D. Antonio del Moral García, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo
- 18:00h. 2ª Ponencia
La despenalización de las faltas en la reforma del Código penal y los efectos en los procedimientos por acciones de circulación de la disposición adicional cuarta
D. Manuel Estrella Bata, Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz
- 19:00h. 3ª Ponencia
Problemática de la intervención de terceros en los procesos de responsabilidad civil
D. José Luis Somoza Spiegelberg, Presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña
- 21:00h. Cóctel Cena
Lugar: Teatro Calderín - Salón de los Espejos
Calle de las Angustias, 3. Valladolid
- 23:00h. Ruta Nocturna por la Ruta Real de Las Sábila desde el Teatro Calderín

13 noviembre

- 09:30h. 4ª Ponencia
El resarcimiento de los perjuicios personales causados por la muerte en el nuevo Baremo: nuevos perjuicios
D. Mariano Medina Crespo, Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro
- 10:30h. Pausa - Café
- 11:00h. 5ª Ponencia
El resarcimiento del trabajo doméstico no remunerado: el trato del ama de casa en el nuevo Baremo
D. Miguel Martín Casals, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona
- 12:00h. 6ª Ponencia
El resarcimiento del lucro cesante en el nuevo Baremo. Excepciones a la aplicación de las tablas
D. José Peris Trillas, Abogado
- 13:00h. Mesa Redonda
Indemnización por tratamientos nocivos de la columna vertebral
D. Juan Antonio Cubo Plaza, Médico Forense y director del Instituto de Medicina Legal de Zaragoza
D. Javier Guerra Quereño, Médico especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica
D. Eugenio Labarta Cabos, Jefe médico sección de AME
- 14:00h. Almuerzo de trabajo
- 16:30h. 7ª Ponencia
Novidades en materia de prescripción de acciones civiles por RC: inducciones a los disparates
D. Mariano Viqueiro Tolaño, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid
- 17:30h. 8ª Ponencia
La pericia biomécnica y el informe médico concluyente: su incidencia en la valoración de los daños por traumatismos axiales de la columna vertebral
D. Francisco Salmerón Román, Presidente de la Sociedad 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid
- 18:30h. 9ª Ponencia
El contrato de seguro y la protección del consumidor: la construcción jurídica del control de transparencia
D. Francisco Javier Ontañón Moreno, Catedrático de Derecho Civil y Seguros de la Sala Primera del Tribunal Supremo
- 19:30h. Cierre del Congreso
- 21:00h. Recogida por los autobuses en los hoteles para traslado a la Cena de Gala.
- 21:30h. Cena de Gala y barra libre amenizada por el grupo Flaneta 86
Hotel AC Santa Ana
Lugar: Camino de la Flecha s/n, Valladolid

14 noviembre

- 11:00h. Recogida en los hoteles por los autobuses
- 11:30h. Excursión por la Ruta del Vino de Rueda, Ruta de Isabel y Huellas de Santa Teresa
- 14:00h. Almuerzo

XV Congreso Nacional

Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

Valladolid
12-14 nov. 2015
Palacio de Congresos
Conde de Ansúrez



Información e inscripciones

www.asociacionabogadosrcs.org • 902 361 350

ORGANIZAN:



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



icava
Ilustre Colegio de
Abogados de Valladolid

PATROCINA:



Ayuntamiento de
Valladolid



**DIPUTACIÓN
DE VALLADOLID**



COLABORAN:



THOMSON REUTERS
ARANZADI



TIRANT LO BLANCH

