

nº 57

Primer Trimestre. Año 2016



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

**Análisis del nuevo  
Baremo aprobado  
por la Ley 35/2015:  
indemnizaciones  
por secuelas y  
lesiones temporales**

**El informe  
médico  
concluyente**

**Prescrita la acción  
contra los  
fabricantes de la  
Talidomida  
(comentario de la  
sentencia del  
Tribunal Supremo de  
20 de octubre de  
2015)**



# ¡NO TE PIERDAS LAS ÚLTIMAS NOVEDADES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL!

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL AUTOMOVILÍSTICA.

EL HECHO DE LA CIRCULACIÓN AUTOMÓVIL,  
RESPONSABILIDAD Y SEGURO

Se analiza la evolución que ha tenido la responsabilidad civil automovilística y su aseguramiento, desde sus inicios hasta nuestros días, deteniéndonos en el análisis de las **dos nociones** que constituyen su ámbito material: Los conceptos de **“hecho de la circulación”** y **“vehículo a motor”**.

La obra incorpora las previsiones contenidas en la **Ley 35/2015**, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

**José Antonio Badillo Arias**

Marca: Aranzadi • CM: 10007023

**PVP: 81,73 €** + 4% de IVA



DÚO



PAPEL + EBOOK  
INCLUIDO EN EL PRECIO

**T. 91 754 90 12**

[masinfo@thomsonreuters.com](mailto:masinfo@thomsonreuters.com)

[www.tienda.aranzadi.es](http://www.tienda.aranzadi.es)



THOMSON REUTERS®



nº57

Primer Trimestre. Año 2016

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

[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

# SUMARIO REVISTA N° 57

## EDITORIAL

“De aquellos polvos, estos lodos”

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

## DOCTRINA

- Análisis del nuevo Baremo aprobado por la Ley 35/2015: indemnizaciones por secuelas y lesiones temporales

*Juan José Pereña Muñoz* ..... 9

- El informe médico concluyente

*Norberto Gallardo San Salvador* ..... 49

- Prescrita la acción contra los fabricantes de la Talidomida (comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015)

*Mariano Yzquierdo Tolsada* ..... 57

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 11 de febrero de 2016.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Atropello de especies cinegéticas. Aplicación de la disposición adicional novena de la Ley 6/2014, de 7 de abril, de modificación de la Ley de Seguridad Vial, para interpretar la Ley aplicable al caso en concreto ..... 67

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 17 de febrero de 2016.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Deber de declaración del riesgo. Dolo o culpa grave del tomador a pesar de que el cuestionario al que se le sometió fue genérico y que en el momento de adherirse al seguro no conocía la relación entre la patología sufrida y la enfermedad finalmente diagnosticada ..... 79

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 2 de marzo de 2016.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de enfermedad por exposición al amianto. Aplicación del Baremo para accidentes de circulación. Sucesión de viuda e hija en la posición del actor fallecido tras dictarse sentencia de instancia ..... 91

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 17 de marzo de 2016.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** El plazo de prescripción del artículo 23 de la LCS, en un supuesto de seguro de responsabilidad civil, empieza a contar desde el momento en que recae la firmeza de la sentencia que condena al asegurado a indemnizar a un tercero, y no desde el momento en que se conoce la reclamación por el perjudicado ..... 101

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 18 de marzo de 2016.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Responsabilidad extracontractual: lesiones por pisar un cristal roto en una sala de fiestas. La interposición de la denuncia penal fuera de plazo -pero dentro del trascurso de un año desde el inicio del cómputo de la prescripción- servirá como medio para interrumpir la misma, aunque se archive la causa penal sin trámite alguno. Condena a la sala de fiestas al aplicarse la responsabilidad por riesgo y no haberse acreditado la falta de culpa por su parte.....107

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 29 de febrero de 2016.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Se concede a la hija de un fallecido en accidente de circulación la cantidad de 28.499,69 euros en concepto de lucro cesante por fallecimiento, en aplicación del principio de reparación íntegra del daño consagrado en el anterior baremo y aplicando el nuevo sistema de valoración publicado con la Ley 35/2015 para la interpretación de aquel.....121
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 4 de marzo de 2016.  
**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Supuesto de robo de uso de vehículo por parte del conductor que carecía de permiso de circulación a su hermana, con el resultado de atropello de dos peatones. El consorcio abona la RC en el proceso penal al considerarse un robo de uso por "llaves falsas". Se desestima la demanda de repetición del Consorcio frente a la cía. aseguradora del vehículo.....133

## PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamentos relevantes

Por José M<sup>a</sup> Hernández-Carrillo Fuentes.....139

## ENTREVISTA A...

Alberto Pérez Cedillo y William Audland

Por M<sup>a</sup> Carmen Ruiz-Matas Roldán.....155

## NOTICIAS

➔ I Foro Aranzadi de Responsabilidad Civil.....161

**EDITA:**

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

**DIRECTOR:**

*Javier López y García de la Serrana*

**SUBDIRECTORA:**

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

**COORDINADORA DE CONTENIDOS:**

Carmen Reyes Vargas

**CONSEJO DE REDACCIÓN:**

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

**MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:**

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

**GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:**

*Juan Antonio Xiol Ríos, Mariano Medina Crespo y Javier López García de la Serrana*

**DISEÑO:**

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

**IMPRIME:**

*Aeroprint Producciones S.L.  
www.aeroprint.es*

**D.L. GR-1228/02**

**ISSN 1887-7001**



[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

## “De aquellos polvos, estos lodos”

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

drá un enorme esfuerzo de cada uno y la colaboración de todos. Este final, aunque complicado, nos es exigible por cuanto el papel que cada uno ocupamos nos obliga a llegar a ese final.

Pero, la mayor ruptura del procedimiento ha afectado nuclearmente a las víctimas directas y a otros perjudicados de las lesiones que antes generaban una etiqueta de faltas y ahora no son faltas, a los que se exige pasar de (a) un papel pasivo inicial que aparecía solventado por la respuesta judicial frente a esa figura de la falta y cuyo camino posterior aparecía salvaguardado por la propia mecánica judicial y todo el contexto de respuesta que se desarrollaba a partir de la misma, a (b) un papel activo y de responsabilidad individualizada en el que se le exige un conocimiento tan amplio y una dedicación tan grande a la aplicación práctica de este conocimiento que, desde el punto de vista del abajo firmante, prácticamente ninguno posee ni puede adquirir con facilidad.

Se exige a esa víctima que reclame directamente a una compañía cuyos datos debe obtener, con los datos del accidente que debe obtener, y con los informes médicos que también debe obtener. Se le exige que, leyendo una oferta motivada que debe contener todos los conceptos indemnizatorios desglosados y justificados, valore si le compensa adecuadamente sus daños que han sido evaluados siguiendo una norma muy amplia y compleja. Se le exige que conozca el siguiente paso que debe hacer si recibe una respuesta motivada de ruptura de nexo de causalidad biomecánica por parte de esa compañía a la que al final consiguió acceder. Se le exige que sepa moverse en el riquísimo pero intrincado laberinto del sistema indemnizatorio incluidos los contrapuestos criterios valoristas del crédito generado con el paso inexorable del tiempo hasta esa indemnización. Y, al final de ese vía crucis, cuando por criterios heterogéneos individualizados y, en ocasiones, descontrolados, no se llega a un acuerdo, tiene una opción, diseñada en el artículo 14 de la misma ley, de pasar a una mediación cuando todos los protagonistas es muy posible que estén enrocados en sus posiciones.

Mientras, toda la información médica de esas lesiones iniciales, que son la base documental esencial de todo el proceso posterior y que han recibido los Juzgados en función de guardia, siguen por caminos heterogéneos hasta su presumible desaparición por desmotivación debida a la inutilidad del esfuerzo.

**E**sta revista no tiene sección de cartas al director, pero cuando se recibe una carta como la que a continuación transcribo, no queda otra cosa que innovar, motivo por el que la incluyo en este editorial dado su interés y el cariño con el que la ha escrito su autor, Juan Antonio Cobo Plana, reconocido médico forense y director del Instituto de Medicina Legal de Zaragoza.

«Carta al director: “La preocupación de un médico forense”.

La despenalización de las faltas aplicada desde el día 1 de julio de 2015, añadida a la necesaria aplicación de la Ley 35/2015 desde el 1 de enero de 2016, ha generado una ruptura total del procedimiento utilizado anteriormente y destinado a conseguir una compensación resarcitoria razonable y proporcional del daño a las víctimas y otros perjudicados de accidentes de tráfico.

La Ley 35/2015 ha aumentado la vertebración de la valoración del daño hasta cotas de calidad muy elevadas, incluso consideradas internacionalmente, pero ha debido aumentar los conceptos resarcitorios, así como la complejidad y extensión de su valoración, y la necesidad de su justificación desglosada y otros elementos no menos importantes para conseguir ese objetivo primordial. Todo ello supone un cambio rotundo de la intervención de todos los operadores tanto jurídicos como intervinientes en las eventuales transacciones extrajudiciales que supon-

En ese camino, casi todos los que podrían aclarar y facilitar este camino están intentando encontrar, y en muchas ocasiones luchando entre ellos, un lugar desde donde realizar una acción práctica pero también garantizada en su objetivo de resarcir, compensar el daño y/o satisfacer de forma razonable y proporcional a la víctima o a esos otros perjudicados.

En esta situación ¿no sería posible establecer un camino alternativo que fuera capaz de organizar estos pasos que han quedado con zonas vacías y que fuera capaz de garantizar ese derecho a la compensación resarcitoria del daño final, pero también el camino de la recuperación máxima posible de esa salud perdida en un accidente de tráfico?.

¿No sería posible que los partes de lesiones, recibidos por el juzgado de guardia y apartados como inútiles por ser etiquetados de gravedad “no necesitada de una decisión judicial penal”, se remitieran a estructuras que fueran capaces de garantizar la recepción de datos sujetos a protección por su contenido privado como por ejemplo podrían ser la Oficina de Atención a las Víctimas, ampliando el concepto de víctima de delitos a víctimas, o estructuras similares de relación primaria con las víctimas? O cualquier otra solución para dar continuidad a una respuesta que garantizara un camino adecuado de esa información tan sensible y necesaria para garantizar una respuesta social.

¿No sería posible que esas oficinas para garantizar los derechos de las posibles víctimas se comunicaran con esas víctimas y/o otros perjudicados para dejarles leer sus posibles derechos para que decidieran qué camino tomar? ¿No sería posible que esas oficinas firmaran acuerdos previos para poder ofrecer “caminos” a esas víctimas, incluso de mediación precoz y, por ello, eficaces? ¿No sería posible establecer un control de seguimiento y, simultáneamente, garantista de las víctimas en esos caminos nuevos y complejos que deberían seguir hasta llegar a ese final de la compensación resarcitoria razonable y proporcional del daño provocado?

Y si no es posible nada de todo esto, ¿no sería posible diseñar otro camino útil?

Juan Antonio Cobo Plana. Médico Forense»

Después de leer esta carta, en la que se sugiere un método alternativo al eliminado por la despenalización de las faltas y sustituido por el previsto en el artículo 7 LRCSCVM reformado por la nueva Ley 35/2015, surgió el título de este editorial “De aquellos polvos, estos lodos”, pues la problemática puesta de manifiesto en la anterior carta tiene su origen en que el consenso y la transparencia se acabó el día 22 de mayo de 2014, cuando se presentó la propuesta del nuevo Baremo en la Dirección General de Seguros, pues como ponía de manifiesto en el editorial “Cómo se hacen las leyes”, publicado el pasado año en el nº 54 de esta revista, la tramitación parlamentaria de la Ley 35/2015 tuvo luces (artículos 32 a 143 LRCSCVM) y algunas sombras (artículo 7, 13 y 14 LRCSCVM). Decía que el Proyecto de Ley aprobado correspondía al consenso alcanzado por la mayor parte de los afectados (víctimas,



aseguradoras, juristas, doctrina,...), que entendían absolutamente necesario reformar el anterior Baremo para adecuarlo a la realidad social actual. Sin embargo, ponía de manifiesto que no todo había sido consenso y transparencia, pues en el Congreso de los Diputados se habían aprobado ciertas enmiendas muy importantes, como las modificaciones realizadas a los artículos 7, 13 y 14 de la LRCSCVM, modificaciones no previstas en el Proyecto de Ley y sobre las que ningún consenso se buscó, al menos con todos los miembros del grupo de expertos que realizó la Propuesta inicial. Y así “pasa lo que pasa”, que dicha reforma del procedimiento de la oferta y respuesta motivada está generando tensiones, las cuales se podrían haber evitado escuchando a las asociaciones de víctimas, a los juristas, a los forenses, etc., pues como se suele decir “más ven cuatro ojos que dos”.



Y es que fue muy llamativo cómo se aprobó la modificación de dicho artículo 7 de la LRCSCVM (mediante enmienda parlamentaria exenta del informe del Consejo de Estado y de los de otros organismos que por el contrario sí se pronunciaron sobre el resto del articulado proyectado), y eso que cuando el Gobierno aprobó el Proyecto de Ley de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación –el 10 de abril de 2015– y se presentó a las Cortes para su tramitación, ya se había aprobado un mes y medio antes –el 27 de febrero de 2015– el Proyecto de Ley Orgánica para modificar la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, en cuyo texto publicado el 6 de marzo de 2015 en el BOCG, ya se incluía la modificación del artículo 479.4 d) de la LOPJ, que establecía “La emisión de informes y dictámenes, a solicitud

de particulares en las condiciones que se determinen”, que posteriormente tras la tramitación parlamentaria y aprobación de Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se convirtió en el actual 479.5 d) de la LOPJ. Luego, al aprobar en abril el proyecto de Ley del nuevo Baremo sin la modificación del artículo 7, el Gobierno ya tenía previsto un mes y medio antes las nuevas facetas a desempeñar por los forenses, por lo que bien pudo –pero no quiso– haber tramitado la modificación del artículo 7 de forma normal, junto al resto de artículos, y no aprobarlo por la puerta de atrás vía enmienda parlamentaria. En todo caso si lo que se pretendía era eludir el debate parlamentario sobre dicho artículo así se consiguió, pues al no incluirse inicialmente en el texto del Proyecto de Ley, no se pudieron hacer enmiendas sobre el mismo por el resto de partidos, hablándose del nuevo proceder fijado en el artículo 7 solo al votarse la enmienda por la que se incluyó.

Por su parte, los que pensaban 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, se quedaron asombrados –más bien decepcionados–, pues en dicha Cámara se limitaron a reproducir literalmente las mismas enmiendas ya presentadas en el Congreso, incluso sin tener presente que alguna de ellas ya se habían aprobado parcialmente, por lo que el Senado no fue consciente de la trascendencia de las enmiendas aprobadas en el Congreso. Y no se dice todo esto porque no se esté de acuerdo con el nuevo régimen del artículo 7 (LRCSCVM), sino porque tratándose de un tema tan sensible se esperaba un gran debate sobre el mismo; se esperaba que se hablara –aunque no sea un tema claro– de una posible vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva; se esperaba que algún senador sacara a la palestra que entre la víctima y la aseguradora no existe relación contractual que justifique obligaciones por parte de la primera, pues con el nuevo requisito de “procedibilidad” se le exigen determinadas obligaciones a la víctima sin más justificación que facilitar el trabajo del asegurador; también se esperaba que algún senador pusiera de manifiesto la necesidad de que se pueda acudir al forense no solo en los supuestos de oferta motivada, también se esperaba oír que 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. Pero nada de ello ocurrió, la Ley se aprobó con la modificación del artículo 7 (LRCSCVM) y el nuevo régimen procedimental entró en vigor el pasado 1 de enero, cambiando el panorama de forma considerable, pues además de crearle una serie de obligaciones a la víctima que antes no tenía, ya no solo no se puede acudir al forense desde el principio, sino que únicamente puedes acudir al mismo al final del proceso curativo en el caso de que haya oferta motivada, dado que al modificarse igualmente el artículo 13 (LRCSCVM) se ha vetado la posibilidad de título ejecutivo salvo en supuestos de sentencia absolutoria o fallecimiento, luego los juzgados de instrucción –que desde la reforma del CP archivaban el 95% de las denuncias por lesiones en accidentes de circulación– ya no admiten el reconocimiento forense –necesario antes para la cuantificación del daño y poder dictarse el título ejecutivo–, que ha quedado reducido a supuestos muy reducidos.

Todo esto está generando un desconcierto y un cierto rechazo al nuevo Baremo absolutamente injustificado, pues no es el nuevo baremo el responsable de esta situación sino la reforma procedimental aprobada sin el mismo nivel de consenso que el resto, sin escuchar a los jueces, a los fiscales, a los abogados y tampoco a los forenses. Por eso, ya empiezan a oírse las primeras voces en el sentido de que nuestros Tribunales deben interpretar las nuevas exigencias que se imponen a los perjudicados por los accidentes de tráfico de una forma flexible, de forma que no suponga una minoración de sus derechos, y por supuesto una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, pues cuando la Directiva 2000/26/CEE (Cuarta Directiva sobre seguro obligatorio de circulación) introdujo el régimen de oferta y respuesta motivadas (plasmado en el artículo 7 de LRCSCVM), en un primer momento solo para los supuestos contemplados en la misma, posteriormente ampliado para todas las víctimas de los accidentes de circulación a través de la Directiva 2005/14 CE (Quinta Directiva sobre seguro obligatorio de circulación), en ambos casos, lo que se pretendía era proteger a las víctimas de los accidentes de circulación, instaurando unos mecanismos para que las entidades aseguradoras atiendan rápidamente a los lesionados, mostrando en todo momento una conducta diligente respecto a la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización. De ahí el apartado 2, párrafo 5º, del artículo 7 (LRCSCVM): “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”, que permanece vigente tras la Ley 35/2015 y que debe tenerse más presente que nunca.

En definitiva, lo pactado en su momento –sobre el que había un absoluto consenso– fueron los deberes recíprocos de colaboración (plasmados en el artículo 37 LRCSCVM), en base a los cuales el lesionado debe prestar, desde la producción del daño, la colaboración necesaria para que los servicios médicos designados por cuenta del eventual responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones. Y por su parte los servicios médicos proporcionarán al lesionado el informe médico definitivo que permita valorar las secuelas, las lesiones temporales y todas sus consecuencias personales. Dejando claro que a los efectos del artículo 7.3.c) de LRCSCVM carecerá de validez la oferta motivada que no adjunte dicho informe, salvo que éste se hubiera entregado con anterioridad. En este sentido conviene recordar que el artículo 7.3.c), totalmente vigente, establece que para que sea válida a los efectos de esta Ley, la oferta motivada deberá contener de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga 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. Obligación que no casa con la actitud de ciertas aseguradoras nada ética ni ajustada a la Ley –una minoría, pues la mayoría sí que están cumpliendo sus obligaciones– que están realizando ofertas motivadas por teléfono, sin aportar el informe médico del artículo 37 y privando a la víctima –al no disponer de documento justificativo de dicha oferta– del posible acceso al forense. Con ello no hacen sino empañar el trabajo del resto de aseguradoras, que están por la labor de tener una actitud honesta frente a la víctima, además de dar lugar a que quede en el olvido que el nuevo Baremo es la medida social más importante llevada a cabo en 2015, pues como ya he dicho en anteriores ocasiones, se preocupa de los menores de 14 años y de los discapacitados, del lucro cesante de los hijos que se quedan sin padres y del de las personas que aún no han accedido al mercado laboral, entre otros, pero sobre todo se ocupa como nunca hasta ahora de los grandes lesionados, que son los que más lo necesitaban, siendo el mejor baremo que actualmente hay en Europa, en cuanto a vertebración se refiere.

*Abril 2016*

## Análisis del nuevo Baremo aprobado por la Ley 35/2015: indemnizaciones por secuelas y lesiones temporales

**Juan José Pereña Muñoz**

Fiscal delegado de seguridad vial de la fiscalía provincial de Salamanca

### Sumario

#### **1. Introducción.**

#### **2. Indemnización por secuelas.**

2.1 Perjudicados a efectos de indemnización por secuelas.

2.2 Perjuicio personal básico en las secuelas.

2.2.1 Supuestos especiales.

2.2.1.1 Secuelas concurrentes.

2.2.1.2 Secuelas intergravatorias.

2.2.1.3 Secuelas agravatorias de estado previo

2.2.1.4 Concurrencia de secuelas normales con intergravatorias o agravatorias de estado previo.

2.3 Especial consideración del perjuicio estético.

2.4 Perjuicio personal particular en las secuelas

2.5 Perjuicio patrimonial en las secuelas.

2.5.1 Daño emergente en caso de secuelas permanentes

2.5.1.1 Gastos previsibles de asistencia sanitaria futura 2.4.1.1.1 Resarcimiento de los gastos de asistencia futura

2.5.1.2. Prótesis y órtesis

2.5.1.3 Rehabilitación domiciliar y ambulatoria

2.5.1.4 Ayudas técnicas o productos de apoyo para la autonomía personal.

2.5.1.5 Adecuación de la vivienda

- 2.5.1.6 Perjuicio patrimonial por el incremento de los costes de movilidad
- 2.5.1.7 La necesidad de ayuda de tercera persona
  - 2.5.1.7.1 Concepto
  - 2.5.1.7.2 Supuestos de necesidad de ayuda de tercera persona
  - 2.5.1.7.3 Estimación del número de horas necesarias en ayuda de tercera persona
  - 2.5.1.7.4 Criterios para la determinación de la cuantía indemnizatoria por el número de horas necesarias

#### 2.5.2. Lucro cesante en secuelas permanentes.

##### 2.5.2.1 Determinación de los ingresos netos del perjudicado

###### 2.5.2.1.1 El multiplicando

###### 2.5.2.1.2 Tipos de sujetos perjudicados en relación a su situación laboral

###### 2.5.2.1.3 El multiplicador

- a) Lesionado en situación de empleo en el momento del accidente.
- b) Lesionado en situación de desempleo en el momento del accidente o que lo hubiera estado en cualquiera de los tres años anteriores al mismo
- c) Lesionado menor de 30 años pendiente de acceder al mercado laboral
- c) Perjudicado pendiente de acceder al mercado laboral menor de 30 años y con nivel de formación superior.
- d) perjudicado con dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar

### 3. Indemnización por lesiones temporales

#### 3.1 Perjuicio personal básico en las lesiones temporales

#### 3.2 Perjuicio personal particular en las lesiones temporales

##### 3.2.1 Las intervenciones quirúrgicas

##### 3.2.2 Especial consideración de los traumatismos menores de la columna vertebral

#### 3.3 Perjuicio patrimonial en las lesiones temporales

##### 3.3.1 Daño emergente por lesiones temporales

###### 3.3.1.1 Gastos sanitarios 3.3.1.2 Gastos diversos resarcibles

##### 3.3.2 Lucro cesante por lesiones temporales

###### a) lesionado en situación laboral activa

###### b) lesionado dedicado con carácter exclusivo a las tareas del hogar

## 1. Introducción

La Ley 35/2015 consta de Preámbulo, un artículo único con nueve apartados, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales. De toda esta ley lo que más nos interesa, desde el punto de vista práctico para la indemnización, es el contenido en el Título IV que lleva por rúbrica "*Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*", que consta de 112 artículos (artículos 32 a 143 de la ley ambos inclusive), agrupados en dos capítulos.

El Capítulo I lleva por rúbrica: "*Criterios generales para la determinación de la indemnización del daño corporal*" (Sección 1.<sup>ª</sup> Disposiciones Generales y Sección 2.<sup>ª</sup> Definiciones).

El Capítulo II 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.

A su vez, en cada una de las causas de indemnización la ley distingue entre el perjuicio personal básico, perjuicio personal particular y perjuicio patrimonial, que los subdivide entre el daño emergente y el lucro cesante y que es, en definitiva, lo que va a ser objeto de estudio en esta ponencia en lo relativo a las secuelas permanentes y las lesiones temporales.

Responde esta ley al principio de reparación íntegra del daño causado y así lo establece

tanto en su exposición de motivos<sup>1</sup> como en el artículo 33 de la citada ley. *La reparación íntegra del daño y su reparación vertebrada constituyen los dos principios fundamentales del sistema para la objetivación de su valoración.*

*2. El principio de la reparación íntegra tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. Las indemnizaciones de este sistema tienen en cuenta cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias.*

*3. El principio de la reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad.*

No puede olvidarse que la ley 35/2015 no es sino una modificación del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (en lo sucesivo LRCSCVM), aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, en la que se introduce un nuevo Título IV, que es el que contiene el baremo. Reitero esto porque, como hemos visto hasta ahora, el capítulo primero del título cuarto contiene una serie de criterios generales, que han de ser aplicados a todo el contenido de la norma, mientras que el capítulo segundo contiene las reglas para la aplicación de esos criterios en la valoración del daño corporal contenido en las tablas a las que hemos hecho referencia.

Por tanto, parece que, en principio, todo el contenido de esta norma tiene rango de ley. Sin embargo, conforme al artículo 48, *Las bases técnicas actuariales, que contienen las hipótesis económico-financieras y biométricas del cálculo de los coeficientes actuariales, se establecerán por el Ministro de Economía y Competitividad.* Es decir, a partir del 1 de enero de 2017 es obligación del Ministro de Economía y Competitividad (o como se llame por entonces), la publicación anual de las bases técnicas actuariales,

que son las que contienen las reglas de cálculo para la determinación de las indemnizaciones y en especial del lucro cesante.

Esta referencia al Ministro de Economía y Competitividad nos viene a decir que van a ser publicadas mediante orden ministerial. La pregunta que debemos hacernos entonces es, ¿qué ocurre si los cálculos contenidos en las bases técnicas actuariales son contrarios o divergen de los criterios generales establecidos en el capítulo primero del título cuarto de la LRCVM? ¿Debemos aplicar automáticamente las cuantías indemnizatorias fundadas en las bases técnicas actuariales, aun cuando siendo una norma reglamentaria sea contraria a lo establecido en una norma legal?

No puede olvidarse aquí el contenido del artículo seis de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando establece que *Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.* En consecuencia y en aplicación de ese principio de jerarquía, entiendo que si apreciamos que las cuantías indemnizatorias establecidas en las tablas son contrarias a los criterios generales deberíamos solicitar, si fuera posible, una prueba pericial que armonice esas cuantías con los criterios generales.

Así, a primera vista y siguiendo las aportaciones hechas por Luis Carmelo Andrés Martínez, fiscal delegado de seguridad vial de Burgos, se aprecian ciertas irregularidades en las cuantías indemnizatorias establecidas en las tablas. En este aspecto y sin hacer un análisis en profundidad, podríamos preguntarnos por qué se da una especie de valle en las cuantías indemnizatorias del lucro cesante por muerte cuando los ingresos del fallecido son de 36.000 € anuales, volviendo a subir más adelante a partir de los 39.000 € anuales sin justificación alguna. *¿Cómo es posible que el lucro cesante de un allegado sin discapacidad sea 20 veces superior al de otro allegado con discapacidad, como ocurre cuando los ingresos del fallecido son, por ejemplo, de 110.000 euros anuales?*, o la falta de determinación de los puntos aplicables a las secuelas 01042, 01043 y 01044, todas ellas relativas al motor ocular.

Sorprende que, tras las urgencias legislativas del Ministerio de Justicia en el año 2015, no se haya publicado una corrección de errores del baremo y que la publicación de este esté jalónada en su contenido con varias fotocopias en el mismo Boletín Oficial del Estado, como la que

<sup>1</sup> 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

recoge la tabla 2.A.1 del baremo médico determinador de las secuelas, o la tabla 2.A.2, que recoge la valoración de los puntos por secuela en función de la edad del lesionado. O bien que no se haya hecho uso de la habilitación al gobierno que hace el número dos de la disposición final para modificar las cuantías por real decreto, incluso en la situación de funcionalidad en que nos encontramos la redactar esta ponencia.

Veamos un ejemplo de lucro cesante del cónyuge viudo para matrimonio con una duración de 21 años y la disminución de la cuantía de la indemnización cuando los ingresos de la víctima son entre 33000 y 39.000 euros netos anuales.

ingreso neto	Edad del cónyuge									
	Hasta	52	53	54	55	56	57	58	59	60
<b>9.000</b>	19.921 €	19.824 €	19.724 €	19.627 €	19.540 €	19.467 €	19.384 €	19.010 €	18.592 €	
<b>12.000</b>	26.562 €	26.431 €	26.299 €	26.169 €	26.054 €	25.956 €	25.845 €	25.347 €	24.790 €	
<b>15.000</b>	33.202 €	33.039 €	32.874 €	32.712 €	32.567 €	32.445 €	32.306 €	31.684 €	30.987 €	
<b>18.000</b>	39.843 €	39.647 €	39.449 €	39.254 €	39.081 €	38.934 €	38.767 €	38.021 €	37.185 €	
<b>21.000</b>	46.483 €	46.255 €	46.023 €	45.796 €	45.594 €	45.424 €	45.229 €	44.358 €	43.382 €	
<b>24.000</b>	53.124 €	52.863 €	52.598 €	52.339 €	52.108 €	51.913 €	51.690 €	50.695 €	49.580 €	
<b>27.000</b>	59.764 €	59.471 €	59.173 €	58.881 €	58.621 €	58.402 €	58.151 €	57.031 €	55.777 €	
<b>30.000</b>	66.208 €	66.078 €	65.748 €	65.423 €	65.134 €	64.891 €	64.612 €	63.368 €	61.975 €	
<b>33.000</b>	65.852 €	64.819 €	63.877 €	63.039 €	62.293 €	61.682 €	61.175 €	60.787 €	60.517 €	
<b>36.000</b>	65.496 €	63.215 €	61.006 €	58.884 €	56.836 €	54.903 €	53.058 €	51.315 €	49.673 €	
<b>39.000</b>	65.140 €	61.611 €	58.136 €	54.728 €	51.379 €	48.125 €	44.941 €	41.842 €	38.829 €	
<b>42.000</b>	80.448 €	75.625 €	70.831 €	66.082 €	61.365 €	56.723 €	52.126 €	47.587 €	43.107 €	
<b>45.000</b>	103.405 €	97.266 €	91.129 €	85.010 €	78.894 €	72.831 €	66.782 €	60.763 €	54.770 €	

<b>01042</b>	• Paresia (valorar según grado y tipo de diplopia)
<b>IV. Afectación Motor ocular interno o patético:</b>	
<b>01043</b>	• Parálisis (según grado y tipo de diplopia)
<b>01044</b>	• Paresia (valorar según grado y tipo de diplopia)

2.-También son perjudicados, con carácter excepcional, los familiares de grandes lesionados en los términos establecidos en el art. 36.3<sup>2</sup> (art. 94 de la Ley 35/2015).

El concepto de gran lesionado se contiene en la definición del art. 52: «A efectos de esta Ley se entiende por gran lesionado quien no

<sup>2</sup> 3. Excepcionalmente, los familiares de víctimas fallecidas mencionados en el artículo 62, así como los de grandes lesionados, tienen derecho a ser resarcidos por los gastos de tratamiento médico y psicológico que reciban durante un máximo de seis meses por las alteraciones psíquicas que, en su caso, les haya causado el accidente.

## 2. Indemnización por secuelas

A los efectos de esta ley se consideran secuelas “*las deficiencias físicas, intelectuales, orgánicas y sensoriales y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión y permanecen una vez finalizado el proceso de curación*” (artículo 93), a ellos se equipara en material de osteosíntesis que permanece al término de ese proceso.

### 2.1 PERJUDICADOS A EFECTOS DE INDEMNIZACIÓN POR SECUELAS

1.- En los supuestos de secuelas, son perjudicados los lesionados que las padecen.

*puede llevar a cabo las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de ellas», fijando el art. 51 que, “a efectos de esta Ley, se entiende por actividades esenciales de la vida ordinaria comer, beber, afeitarse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica”.*

Por otra parte, del art. 110 de la Ley 35/2015 recoge qué se entiende por «grandes lesionados», aquellos “*que han perdido la autonomía*

personal para realizar la casi totalidad de las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria.

2. Excepcionalmente, esta indemnización también procede en los supuestos de secuelas muy graves que alcancen, al menos, los 80 puntos y en las que se demuestre que el lesionado requiere la prestación a la que se refiere el apartado anterior”.

Con relación a los familiares grandes lesionados de que hacer las siguientes precisiones:

- Como hemos visto, tienen derecho a la indemnización por perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de familiares de grandes lesionados (art. 110.1 de la Ley 35/2015)<sup>3</sup>.

- Este perjuicio se cuantifica mediante una horquilla indemnizatoria que establece un mínimo y un máximo expresado en euros y los parámetros a tener en cuenta para fijar su importe son la dedicación que tales cuidados o atención familiares requieran, la alteración que produzcan en la vida del familiar y la edad del lesionado. (art. 110.3). Dicha cantidad está recogida en la tabla 2.B

4. Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de los familiares de grandes lesionados	De 30.000 hasta 145.000 euros
---	-------------------------------

- La legitimación para solicitar estas cantidades corresponde en exclusiva al lesionado, el cual deberá destinarla a los familiares (art. 110.4). Aquí es posible que en la práctica se nos planteen problemas en la medida que un gran lesionado puede estar incapacitado para gobernarse por sí mismo, en cuyo caso habrá que ir a su tutor o representante legal, que normalmente será algún de los familiares y si no estuviese nombrado, la representación deberá ostentarla el Ministerio Fiscal, conforme al artículo 3.7 de su estatuto y 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al igual que en todos aquellos casos en que pueda entrecerse una contraposición de intereses.

- Los familiares de grandes lesionados también tienen derecho a la indemnización por gastos de tratamiento médico y psicológico por

<sup>3</sup> 1. El perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de familiares de grandes lesionados compensa la sustancial alteración que causa en sus vidas la prestación de cuidados y la atención continuada de dichos lesionados cuando han perdido la autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria

alteraciones psíquicas, por un tiempo máximo de seis meses. El tratamiento médico o psicológico ha de ser necesario como consecuencia del accidente y el tiempo máximo de seis meses ha de entenderse referido a la duración del tratamiento y no al tiempo que pase desde que se produjo el accidente (Artículo 36.3).

## 2.2 PERJUICIO PERSONAL BASICO EN LAS SECUELAS

No plantea singulares diferencias con relación al seguido por el tradicional baremo. La tabla 2 A 1 recoge el baremo médico con una clasificación y valoración en puntos de las secuelas, dividida en 10 capítulos y un capítulo especial dedicado al perjuicio estético. Al igual que se venía haciendo, cada una de las secuelas tiene una horquilla o una asignación de puntos. En caso de horquilla, la concreción se efectuará atendiendo a la intensidad y gravedad de la secuela, sin tener en cuenta en sexo o la edad del lesionado, que tendrá su compensación en el baremo económico en la valoración del punto en el caso de la edad, o en el perjuicio personal particular en los demás casos.

A su vez, a cada una de las secuelas se le incorpora código numérico, que la acompañará a lo largo del baremo en el caso de estar recogida o referenciada en más de un lugar, como puede ser para el cálculo de secuelas concurrentes o agravatorias que veremos más adelante, o en caso de necesidad de prótesis u órtesis.

La tabla 2 A 2 recoge el baremo económico y el sistema es igual vigente en la actualidad, es decir, un sistema de puntos cuyo valor va decreciendo en función de la edad. El máximo de puntuación es de cien puntos y la edad máxima prevista es de 100 años, equiparándose a esta edad el improbable caso de que la supere, (100 o más).

### 2.2.1 Supuestos especiales

#### 2.2.1.1 Secuelas concurrentes

En el caso de que el lesionado sufra más de una secuela a consecuencia del accidente, el baremo, al igual que hacía el anterior no contempla una suma aritmética de las mismas, sino que emplea la llamada fórmula de Balthazar.

$$\frac{(100-M) \times m}{100} + M$$

Donde “M” es la puntuación de la secuela mayor y “m” la puntuación de la secuela menor.

Es decir, si A a consecuencia del accidente sufre varias secuelas que el informe médico forense nos valora en 70,40, 35,20 y 10, la primera operación se hará tomando la secuela valorada en 70 puntos y la secuela valorada en 10. Tras aplicar la fórmula nos dará un resultado de 73, con ese resultado volvemos a aplicar la fórmula, esta vez con la secuela valorada en 20, que nos dará un resultado de 78,4. Al darnos decimales ha de redondearse a la unidad superior, es decir a 79, volviendo a realizar la operación con la secuela valorada en 35, y así sucesivamente hasta que de un resultado final, con el que iremos a la tabla del baremo indemnizatorio.

### 2.2.1.2 Secuelas intergravatorias

Se trata de una novedad introducida por el baremo en el artículo 99 de la ley y consiste en aquellas secuelas concurrentes que, derivadas del mismo accidente y afectando funciones comunes, producen por su recíproca influencia una agravación significativa de cada una de ellas.

No deben confundirse con las que aparecen recogidas como bilaterales en el baremo médico, pues en estas su mayor perjuicio ya está recogido en la horquilla de puntos.

Como se trata de la concurrencia dos secuelas hemos de utilizar la fórmula de Balthazar y el resultado que nos de incrementarlo en un 10%.

Así por ejemplo, pueden considerarse secuelas entre agravatorias la amputación de un brazo y una pierna, pero no la amputación de ambos brazos al estar contemplada como bilateral en el baremo (secuela 03025).

### 2.2.1.3 Secuelas agravatorias de estado previo

Es también una novedad de la ley 35/2015, en la que se recoge expresamente la valoración de las llamadas lesiones recidivantes. Las define en su artículo 100 como *“La secuela que agrava un estado previo y que ya está prevista en el baremo médico se mide con la puntuación asignada específicamente para ella.”*

Para su valoración en puntos el baremo da una fórmula idéntica la fórmula de Balthazar  $[(M - m) / [1 - (m/100)]]$ , donde M es la puntuación de la secuela en el estado actual y “m” es la puntuación de la secuela preexistente. Si el resultado ofrece fracciones decimales, se redondea a la unidad más alta.





En cualquier caso, será un médico forense o perito de parte quien determine el carácter agravatorio de la secuela una puntuación actual y anterior.

#### 2.2.1.4 Concurrencia de secuelas normales con interagravatorias o agravatorias de estado previo

En este caso se utiliza la fórmula de Balthazar, pero efectos prácticos conviene calcular primero las interagravatorias y las agravatorias de estado previo con el fin de saber que el lugar ocupan en el orden en que han de ser aplicadas en la fórmula de Balthazar, en el hipotético caso de concurrir con otras normales.

#### 2.3 Especial consideración del perjuicio estético

Al igual que ocurría en el anterior baremo, el perjuicio estético se valora de manera independiente y su cuantía indemnizatoria se suma a la de las secuelas. Su puntuación deberá constar en el informe de estabilización de las secuelas emitido por el médico forense.

Su máxima puntuación es de 50 puntos.

Se regula en el artículo 101 a 103 y se divide en seis categorías, que van desde el importantísimo al ligero. En la nueva regulación de la ley 35/2015 se establecen una serie de criterios amplios para determinar que perjuicio estético debe corresponder a esas secuelas.

Se define como *“cualquier modificación que empeora la imagen de una persona”* y *“comprende tanto la dimensión estática como la dinámica”*. Se recogerán aquí tanto las secuelas que produzcan un afeamiento estético de la persona, cicatrices, quemaduras etc, como aquellas que se produzcan en las actividades ordinarias y habituales de la persona, coger, amputación de miembros, etc.

Su ponderación es conjunta y no por cada una de las secuelas que pudieran haberlo causado y sin tener en cuenta la edad y el sexo del perjudicado, ni la incidencia en las actividades ordinarias del mismo, cuya valoración se hará, como veremos, en el concepto de pérdida de calidad de vida, dentro del perjuicio personal particular. Este criterio ya se venía estableciendo anteriormente, al no aplicarse al perjuicio estético ningún factor de corrección, como se

aprecia en la STS de 12 de julio de 2013, sala 1ª ponente [ANTONIO SALAS CARCELLER](#)<sup>4</sup>.

Su indemnización es compatible con el coste de las operaciones de cirugía plástica necesarias para su corrección y si esta no fuera posible, esta circunstancia será de obligatoria valoración para determinar su intensidad, según se recoge en el artículo 100, por lo que se ha de comprobar que la misma figure en el informe médico.

Los grados de perjuicio estético, ordenados de mayor a menor, son los siguientes:

*a) Importantísimo, que corresponde a un perjuicio estético de enorme gravedad, como el que producen las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal.*

*b) Muy importante, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de dos extremidades o la tetraplejía.*

*c) Importante, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de alguna extremidad o la paraplejía.*

*d) Medio, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que produce la amputación de más de un dedo de las manos o de los pies, la cojera relevante o las cicatrices especialmente visibles en la zona facial o extensas en otras zonas del cuerpo.*

*e) Moderado, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las cicatrices visibles en la zona facial, las cicatrices en otras zonas del cuerpo, la amputación de un dedo de las manos o de los pies o la cojera leve.*

<sup>4</sup> No obstante, contra la razonado por la parte recurrente, no ha de aplicarse factor de corrección alguno a la indemnización del perjuicio estético, ya que tales factores de corrección únicamente están previstos para las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes o incapacidad temporal, siendo así que la regla novena establece que la ponderación de la incidencia que el perjuicio estético tenga sobre las actividades del lesionado (profesionales y extraprofesionales) se valorará a través del factor de corrección de la incapacidad permanente, en caso de que resulte para la realización de dichas actividades. La edad y el sexo de la persona lesionada no influyen en la calificación del perjuicio estético (regla octava), y los conceptos que generan factores de corrección propios de la incapacidad permanente hay que vincularlos a esta situación y no al perjuicio estético, que sólo indirectamente determinará su aplicación cuando comporte incapacidad.





f) *Ligero, que corresponde a un perjuicio estético de menor entidad que el anterior, como el que producen las pequeñas cicatrices situadas fuera de la zona facial.*(art. 102.2)

Su valoración se recoge en la tabla 2.A.1 y es conveniente que en el informe médico forense se recoja no sólo la puntuación, sino también la categoría del perjuicio.

Apartado Segundo. Capítulo Especial. Perjuicio estético		
11001	Ligero	1-6
11002	Moderado	7-13
11003	Medio	14-21
11004	Importante	22-30
11005	Muy importante	31-40
11006	Importantísimo	41-50

#### 2.4 Perjuicio personal particular en las secuelas

Como ocurre en los demás conceptos indemnizatorios, muerte y lesiones temporales, el perjuicio personal particular viene a sustituir los factores correctores que aparecían en el anterior baremo relativos a los daños morales complementarios. Se regulan en los artículos 105 a 112, concretándose sus importes en la tabla 2.B, dividiéndose en:

a) *Daños morales complementarios por perjuicio psicofísico, orgánico y sensorial*

La indemnización es una cuantía fija que irá de 19.000 a 96.000 €.

Tendrá lugar cuando una sola secuela alcance los 60 puntos o, si existiendo secuelas concurrentes, tras la aplicación de la fórmula de Balthazar, éstas alcanzan los 80 puntos.

Se recoge expresamente como criterio valorativo que la suma de las secuelas superen los 100 puntos, lo que supone una corrección al hecho de imponer un límite máximo de puntos en la valoración de las secuelas y se excluyen expresamente como criterio la afectación a las actividades de vida ordinarias ya que éstas van a ser indemnizadas a través del concepto de pérdida de calidad de vida<sup>5</sup>.

b) *Daños morales complementarios por perjuicio estético*

La indemnización es una cuantía fija que irá de 9.000 hasta 48.000 €.

<sup>5</sup> Art. 105 ley 352015

Tiene lugar cuando la puntuación de las secuelas por perjuicio estético alcance los 36 puntos. Al igual que en el supuesto anterior se excluye de la valoración de la afectación a las actividades de vida ordinarias y por el mismo motivo, valorándose especialmente la intensidad del perjuicio y la edad del lesionado.

*c) Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida consecuencia de las secuelas*

Las cuantías indemnizatorias varían en función de cómo se califique la pérdida de calidad de vida

Muy Grave de 90.000 € hasta 150.000 €

Grave de 40.000€ hasta 100.000 €

Moderado de 10.000 € hasta 50.000 €

Leve de 1.500 € hasta 15.000 €

La Organización Mundial de la Salud, en su propia constitución como organización y dentro de sus normas históricamente fundamentales, en 1948, esbozó un intento de hablar de calidad de vida como un bien personal complejo y subjetivo cuando define la salud como "... un estadio de completo bienestar físico, emocional y social y no solo como la ausencia de la enfermedad". En 1994, da el salto y la define como la "percepción del individuo de su posición en la vida en el contexto de la cultura y sistema de valores en los que vive y en relación con sus objetivos, expectativas, estándares y preocupaciones

Según el artículo 107, la pérdida de calidad de vida puede afectar a dos aspectos esenciales en el desarrollo habitual de la vida del perjudicado, la relativa a las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o la relativa a su desarrollo personal mediante actividades específicas.

La ley 35/2015 define la pérdida de autonomía personal como aquella que consiste en el *menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que impide o limita la realización de las actividades esenciales de la vida ordinaria*. (artículo 50) y en el artículo 51 considera como actividades esenciales de la vida ordinaria *comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica*, en tanto que en

desarrollo personal mediante actividades específicas, tiene su contenido legal en los artículos 53 y 54<sup>6</sup>.

Por su parte el artículo 108 da los criterios para la clasificación de la pérdida de calidad de vida, considerando como *muy grave aquél en el que el lesionado pierde su autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria*.

*El perjuicio grave es aquél en el que el lesionado pierde su autonomía personal para realizar algunas de las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal. El perjuicio moral por la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional también se considera perjuicio grave.*

*El perjuicio moderado es aquél en el que el lesionado pierde la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal. El perjuicio moral por la pérdida de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo también se considera perjuicio moderado.*

*El perjuicio leve es aquél en el que el lesionado con secuelas de más de seis puntos pierde la posibilidad de llevar a cabo actividades específicas que tengan especial trascendencia en su desarrollo personal. El perjuicio moral por la limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo se considera perjuicio leve con independencia del número de puntos que se otorguen a las secuelas.*

Por tanto, se integran también en este concepto las distintas incapacidades que pueden ser reconocidas en el ámbito laboral, absoluta, total y parcial que se corresponden respectivamente con perjuicios graves, leves y moderados.

Los criterios que da la ley 35/2015 para moverse dentro de la horquilla de cada una de los perjuicios, son los del número e importancia de las actividades perdidas, así como la edad del perjudicado.

<sup>6</sup> Artículo 53. *Pérdida de desarrollo personal. A efectos de esta Ley se entiende que la pérdida de desarrollo personal consiste en el menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que impide o limita la realización de actividades específicas de desarrollo personal.*

Artículo 54. *Actividades específicas de desarrollo personal. A efectos de esta Ley se entiende por actividades de desarrollo personal aquellas actividades, tales como las relativas al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo, que tienen por objeto la realización de la persona como individuo y como miembro de la sociedad.*

## 2.5 Perjuicio patrimonial en las secuelas

### 2.5.1 Daño emergente en caso de secuelas permanentes

Una de las principales novedades de nuevo baremo es la regulación del daño emergente en estos casos, al recogerse los gastos previsibles de asistencia sanitaria (artículos 113 y 114), las indemnizaciones por prótesis y órtesis (artículo 115), la rehabilitación domiciliaria y ambulatoria (artículo 116), ayudas técnicas o productos de apoyo para la autonomía personal (artículo 117), adecuación de la vivienda (artículo 118), perjuicio patrimonial por el incremento de costes de movilidad (artículo 119) y la ayuda de tercera persona (artículo 120 a 125) que se concretan en las siguientes tablas:

Tabla 2. C.1. Gastos previsibles de asistencia sanitaria futura según secuela

Tabla 2. C.2 Ayuda de tercera persona. Horas de ayuda a domicilio según secuela.

Tabla 2. C.3 Ayuda de tercera persona. Indemnizaciones.

#### 2.5.1.1 Gastos previsibles de asistencia sanitaria futura

La modificación legislativa de los gastos sanitarios resarcibles que se produjo con la Ley 21/2007, de 11 de julio, por la que se modifica el apartado 1.6 del sistema de valoración de la LRCSCVM, supuso una drástica limitación de los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria al establecer que se satisfarán únicamente “hasta la sanación o consolidación de las secuelas”<sup>7</sup>. La introducción de este límite temporal ha sido severamente criticada, con toda justicia, por vulnerar gravemente el principio de reparación íntegra, fundamentalmente en el caso de grandes lesionados cuyos padecimientos, de carácter crónico, requieren tratamientos asistenciales y rehabilitación después de haberse producido la estabilización de las secuelas para mantener una digna calidad de vida<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Antes de la reforma el Tribunal Supremo tenía declarado que el sistema de valoración incluye la indemnización de los gastos médicos futuros ocasionados por el accidente, los cuales, debían indemnizarse íntegramente, siempre que se acreditara su nexo causal con el siniestro (SSTS 22.06.2009, 22.11.2010 y 8.6.2011).

<sup>8</sup> Rosa María Pérez, fiscal adscrita a la fiscalía de sala Coordinadora de seguridad vial en su ponencia sobre la reforma del baremo en las jornadas de fiscales especialistas en seguridad vial.

La nueva ley ha venido a sustituir esa limitación temporal sin establecer límites en cuanto a la duración de la asistencia sanitaria futura, si bien si establece unas cuantías máximas en la tabla 2.C.1, pues como bien apunta la fiscal ELENA AGÜERO RAMÓN-LLIN<sup>9</sup> “Conviene precisar que, en la medida en que la viabilidad de este sistema resarcitorio queda condicionado a que las indemnizaciones puedan financiarse con las primas que pagan los conductores a cargo del seguro obligatorio de automóvil, es fundamental que determinadas partidas -como puede ser esta- no se convierta en una fuente ilimitada de gasto que desborde todas las previsiones y haga el sistema insostenible.

Esta razón justifica que todos los conceptos deban valorarse e indemnizarse dentro de las reglas y criterios del sistema (el legislador abraza esta idea al referirse a la «objetivación de la valoración» como pieza clave de los principios fundamentales del sistema en el art. 33) y que se introduzcan determinados límites o barreras de contención del gasto”.

El artículo 55 de la ley 30/2015 define lo que debemos entender por asistencia sanitaria “a los efectos de esta Ley se entiende por asistencia sanitaria la prestación de servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como las prestaciones complementarias que se requieran para el diagnóstico o tratamiento de las lesiones y el transporte necesario para poder prestar la asistencia. A menos que sea objeto de una partida resarcitoria específica, se entiende que también incluye la prestación de servicios de rehabilitación”.

Las prestaciones que aquí se recogen, han de evaluarse en función de las necesidades de asistencia sanitaria que permanezcan en el momento de la estabilización de las lesiones y se refieren a aquellas que, por su carácter especializado, no puedan ser prestadas únicamente por la ayuda de tercera persona, a las que nos referiremos posteriormente.

Es indiferente que se trate de asistencia sanitaria prestada en el ámbito hospitalario o en el ámbito domiciliario, el requisito que determina su existencia es la especialidad y no en lugar donde se preste.

¿Todas las secuelas darán lugar a la indemnización por gastos previsibles de asistencia futura?. El artículo 113 distingue varios supuestos

<sup>9</sup> Indemnizaciones víctimas accidentes de tráfico. Editorial Tirant lo Blanch 2015

estableciendo presunciones *iuris et de iure, iuris tantum* y necesidad de prueba en cualquier caso.

Darán lugar en todo caso a compensación de gastos de asistencia sanitaria futura las siguientes secuelas, que la ley sitúa en la tabla 2.C.1:

- Estados de coma vigil o vegetativos crónicos.

- Secuelas neurológicas en sus grados grave y muy grave. (Llama la atención que en este artículo se exija en las secuelas neurológicas sean en sus grados muy grave y grave, mientras que en la tabla 2.C.1 en lo relativo a neurología la mayoría de las clasificaciones lo son en leve, moderada y grave, recogiendo solo como muy grave la secuela 01138 de trastorno cognitivo y daño neuropsicológico).

- Lesiones medulares iguales o superiores a cincuenta puntos.

- Amputaciones u otras secuelas que precisen colocación de prótesis.

Como presunción *iuris tantum*, es decir que darán lugar a indemnización por gastos de asistencia sanitaria futura salvo prueba en contrario, se recogen las siguientes:

- Secuelas con una puntuación igual o superior a 50 puntos, o concurrentes e intergravatorias que superen los ochenta puntos<sup>10</sup>.

Como secuelas que darán lugar a indemnización de gastos de asistencia sanitaria futura siempre que se pruebe por dictamen pericial médico la necesidad de ella se recogen las siguientes:

- Secuelas iguales o superiores a 30 puntos y que por su naturaleza puedan requerir un tratamiento periódico.

La obligación por el asegurador de resarcir los gastos de asistencia surge del artículo 83 de la Ley General de Sanidad que establece que los Servicios de Salud tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los ser-

vicios prestados en los supuestos de seguros obligatorios y en todos los supuestos en los que aparezca un tercero obligado al pago<sup>11</sup>.

El pago de estos gastos se realiza a través del Convenio Marco Asistencia Sanitaria Pública derivada de accidentes de tráfico, actualmente prorrogado hasta finales del año 2016<sup>12</sup>.

La periodicidad y cuantía de los gastos de asistencia sanitaria futura deberán acreditarse mediante el correspondiente informe médico de conformidad con las secuelas estabilizadas de las lesiones.

<sup>11</sup> Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes. A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados.

<sup>12</sup> Los centros sanitarios se comprometen a remitir, en el plazo de 60 días naturales desde la recepción de un lesionado, a las Entidades Aseguradoras intervinientes en el siniestro, un parte de asistencia por cada lesionado, que deberá ser cumplimentado correctamente según modelos que figuran como anexos II y III, así como factura, a la responsable del pago conforme a las normas del convenio, que detallará los conceptos y precios correspondientes a las distintas prestaciones, por los gastos sanitarios. Cuando la estancia del lesionado supere el período primeramente facturado o cuando no hayan sido incluidas en la primera factura todas las prestaciones, se tramitarán periódicamente nuevas facturas. La remisión del parte de asistencia y las facturas en plazo superior al señalado, por causa justificada, no repercutirá en cuanto a la aceptación de la Entidad Aseguradora o del Consorcio de Compensación de Seguros de hacerse cargo de las prestaciones derivadas del mismo. No se demorará, en ningún caso, la presentación de facturas por un período superior a un año, desde la fecha de la última asistencia continuada incluida en la factura. La Entidad Aseguradora y el Consorcio de Compensación de Seguros podrán rechazar las facturas presentadas fuera del citado plazo, así como aquellas que, presentadas dentro de plazo, no 4 fueran objeto de reclamación por un período de tres años. Estos plazos quedarán interrumpidos, en su caso, desde la fecha de la remisión del expediente por el centro sanitario o la Entidad Aseguradora a la Subcomisión de Vigilancia y Arbitraje, reiniciándose el cómputo del plazo desde la fecha de la notificación al centro sanitario de la resolución adoptada. Las prestaciones facturadas según lo señalado en los párrafos anteriores comprenderán todas las asistencias y períodos de control y revisiones hasta la total curación del lesionado con un límite temporal de dos años contados a partir de la primera asistencia. Las Entidades Aseguradoras y el Consorcio de Compensación de Seguros podrán solicitar las aclaraciones oportunas al contenido de las facturas dentro de los primeros veinte días naturales siguientes a la presentación de las mismas al pago. Asimismo y en dicho plazo podrán requerir de los centros sanitarios información complementaria y aclaratoria, quienes la facilitarán con las limitaciones que establece la legislación vigente.

<sup>10</sup> Son secuelas concurrentes las derivadas del mismo accidente (artículo 98)

son secuelas intergravatorias aquellas secuelas concurrentes que derivadas del mismo accidente y afectando funciones comunes producen por su recíproca influencia una agravación significativa de cada una de ellas (artículo 99)

Los gastos que no sean previsibles de acuerdo con las reglas anteriores sólo serán resarcibles en los supuestos previstos en el artículo 43 en materia de modificación de las indemnizaciones fijadas<sup>13</sup>.

#### 2.5.1.1.1 Resarcimiento de los gastos de asistencia futura (art. 114)

1. Los gastos de asistencia sanitaria futura serán abonados por las entidades aseguradoras a los servicios públicos de salud conforme a la legislación vigente y los convenios o acuerdos suscritos, dentro de los límites establecidos en la Tabla 2.C.1.

2. El lesionado podrá recibir las prestaciones de asistencia sanitaria por parte de centros públicos o, por parte de centros sanitarios privados que hayan suscrito conciertos con los servicios públicos de salud, también conforme a lo estipulado en dicha legislación y convenios.

3. Las entidades aseguradoras y los servicios públicos de salud podrán suscribir acuer-

<sup>13</sup> Una vez establecida, la indemnización sólo puede revisarse por la alteración sustancial de las circunstancias que determinaron su fijación o por la aparición de daños sobrevenidos

dos específicos al objeto de facilitar el pago a que se refiere el apartado anterior y garantizar las prestaciones sanitarias a los lesionados.

4. Los servicios públicos, a su vez, podrán concertar la asistencia sanitaria futura con centros privados que cuenten con los medios materiales y humanos necesarios y suficientes para prestarla.

Las cuantías que recogen estas partidas en ningún caso serán entregadas al lesionado, sino que deben ser satisfechas al centro sanitario que ha prestado el servicio, salvo el improbable caso de que el perjudicado se haya visto necesitado de adelantar el pago de los gastos médicos tenga derecho a su reembolso.

Veamos algunos ejemplos.

Estudiante de 22 años en el momento de la estabilización de las secuelas, por aplicación del art. 113.

Lesión permanente: tetraparesia grave en C5-C6. Código 01003

Con arreglo a la tabla 2.C.1 importe máximo anual de la asistencia sanitaria futura es de 12.000 €.

TABLA 2.C.1		
INDEMNIZACIÓN MÁXIMA ANUAL DE ASISTENCIA SANITARIA FUTURA SEGÚN SECUELA DEL ARTÍCULO 113		
código	DESCRIPCIÓN DE LAS SECUELAS	INDEMNIZACIÓN MÁXIMA ANUAL DE ASISTENCIA SANITARIA FUTURA SEGÚN SECUELA
<b>CAPÍTULO I - SISTEMA NERVIOSO</b>		
<b>A) NEUROLOGÍA</b>		
<b>1. Secuelas motoras y sensitivas de origen central y medular</b>		
F 01001	Estado vegetativo permanente	24.000 euros
<b>Tetrapleja</b>		
F 01002	Por encima o igual a C4 (Ninguna movilidad. sujeto sometido a respirador automático)	40.00 euros
F 01003	C5-C6 (Movilidad cintura escapular)	17.000 euros
F 01004	C7-C8 (Puede utilizar miembros superiores. Posible sedestación)	12.000 euros
<b>Tetraplesia</b>		
F 01005	Leve (Balance muscular Oxford 4)	4.000 euros
F 01006	Moderada (Balance muscular Oxford 3)	5.000 euros
F 01007	Grave (Balance muscular Oxford 0 a 2)	12.000 euros

Hay que recordar que las cuantías indemnizatorias por este concepto se abonan directamente a los centros sanitarios, no estando prevista su capitalización de acuerdo a la tabla TT1.

Dada su periodicidad anual, en cualquier caso será necesaria su justificación por parte del centro asistencial.

Apuntar simplemente que el hecho de que el pago se haga directamente entre aseguradora y centro sanitario, puede colocar la reclamación del impago por este concepto fuera del procedimiento, pues el centro sanitario o sistema de salud no es parte del mismo.

#### 2.5.1.2. Prótesis y órtesis

La satisfacción de las indemnizaciones por prótesis y órtesis, así como posteriores recambios de manera vitalicia, es otra de las novedades recogidas por el baremo. La necesidad esta indemnización venía recogida en la circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado<sup>14</sup>.

En concreto su conclusión vigésimo tercera insta los fiscales a una especial atención para que se contemplen estos conceptos indemnizatorios *La cuantificación de las pérdidas sufridas o daño emergente a consecuencia del siniestro debe comprender los daños y perjuicios efectivamente producidos y que resulten debidamente acreditados. En todo caso el resarcimiento incluirá el coste de las ayudas técnicas y ortopedia que precisen los lesionados como sillas de ruedas, prótesis o muletas, así como los gastos de asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica cuando sean necesarios en el proceso de curación. A tales efectos, los Sres. Fiscales velarán para que los informes médico forenses detallen de forma pormenorizada las distintas secuelas de los perjudicados, entidad, pronóstico futuro y los tratamientos y terapias que sean necesarias en el proceso de curación.*

La satisfacción de estos conceptos responde al principio de reparación íntegra "33.2. *El principio de reparación íntegra del daño tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los*

<sup>14</sup> Sin entrar a valorar la suficiencia de las cuantías establecidas en la Tabla IV, sí conviene destacar la existencia de otros gastos no incluidos en el esquema tabular derivados directamente del hecho generador y que deben ser objeto de indemnización ex art. 1.2 de la LRC. En concreto, los gastos de ortopedia y ayudas técnicas (sillas de ruedas manuales o eléctricas, muletas, camas especiales, sillas de baño, grúas, bitutores, cojines antiescaras o prótesis de amputados entre otros), que pueden a su vez requerir mantenimiento o sustitución





daños y perjuicios padecidos”. Ya que según el Preámbulo de la Ley 35/2015: “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” y además conforme al apartado 3: “El principio de reparación íntegra rige no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales e implica en este caso compensar, mediante cuantías socialmente suficientes y razonables que respeten la dignidad de las víctimas, todo perjuicio relevante de acuerdo con su intensidad”.

A los efectos de la presente Ley, tienen la consideración de prótesis «los productos sanitarios, implantables o externos, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura corporal o bien modificar, corregir o facilitar su función fisiológica» (art. 56) y de órtesis «los productos sanitarios no implantables que, adaptados individualmente al paciente, se destinan a modificar las condiciones estructurales o funcionales del sistema neuromuscular o del esqueleto» (art. 57).

Supone una importante innovación que el baremo regule la renovación de las prótesis futuras del perjudicado, hasta el punto de que puede plantearse la oportunidad de recogerlo como criterio en supuestos de accidente de tráfico ocurrido antes del uno de enero de 2016, como puede verse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016. Recurso 477/2014. Ponente: JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA<sup>15</sup>.

La regulación de estos conceptos se hace en el artículo 115.

#### *Prótesis y órtesis.*

*1. Se resarce directamente al lesionado el importe de las prótesis y órtesis que, por el co-*

<sup>15</sup> La posibilidad de indemnizar estos gastos futuros que traen causa del accidente de tráfico, como perjuicio patrimonial, ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación, etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos, dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de salud que conlleva el menoscabo psicofísico sufrido, está reconocida por la jurisprudencia de esta Sala (STS 22 de noviembre de 2010), sobre la base de entender los daños psicofísicos “en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud” y de aplicar como elemento de integración los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil que consideran daño (sigue pág 27).

*respondiente informe médico, precise el lesionado a lo largo de su vida.*

*2. La necesidad, periodicidad y cuantía de los gastos de prótesis y órtesis futuras deberán acreditarse mediante el correspondiente informe médico desde la fecha de estabilización de las secuelas.*

*3. La valoración tendrá en cuenta el tipo de secuela, la edad del lesionado, la periodicidad de la renovación de la prótesis u órtesis en función de su vida útil y el coste de las mismas, atendiendo a las necesidades y circunstancias personales del lesionado.*

*4. El importe máximo resarcible es el fijado en la tabla 2.C para este tipo de gastos.*

*5. El importe de estos gastos se podrá indemnizar en forma de capital utilizándose el correspondiente factor actuarial de conversión establecido en la tabla técnica de coeficientes de capitalización de prótesis y órtesis (TT3) incluida en las bases técnicas actuariales a las que se refiere el artículo 48.*

De este artículo se extraen las siguientes consecuencias, la indemnización se hace directamente al perjudicado, a diferencia de lo que ocurría con la asistencia sanitaria futura. Será por tanto el perjudicado quien deba satisfacer estos gastos al profesional protésico.

La necesidad de prótesis u órtesis habrá de hacerse a través de informe médico, que en el caso de la vía penal será a través del informe del médico forense, en el que deberá constar además de la necesidad, la periodicidad y la cuantía de esta indemnización. Ello hace que en la mayoría de los casos este informe vaya acompañado del de otros profesionales especialmente en lo que se refiere a la cuantía y duración de las prótesis.

Se puede plantear la duda al ser una prestación de duración vitalicia, sin una vez fijada esta puede modificarse a lo largo de la vida del perjudicado. Del tenor del artículo 115 parece deducirse que ese primer informe habrá de contener todos los datos y ser vinculante para todo el tiempo y sustituciones de la prótesis y órtesis que sean necesarias.

Cabe preguntarse si sería aquí de aplicación lo dispuesto en 43 *“Una vez establecida, la indemnización sólo puede revisarse por la alteración sustancial de las circunstancias que determinaron su fijación, o por la aparición de daños*

*sobrevenidos”*, teniendo en cuenta la evolución tanto en los precios como en la calidad de este tipo de productos. En principio parece que nada impediría la realización de informes médicos posteriores que aconsejen la modificación de la periodicidad de renovación, o incluso la renovación antes del periodo inicialmente establecido en el informe, motivado por ejemplo, por un notable avance tecnológico en la prótesis de que se trate, siempre dentro del límite que establece la tabla 2.C del anexo que actualmente es de 50.000 € por prótesis y renovación.

El informe médico habrá de ser fundamentado con arreglo a los criterios que señala el párrafo tercero del artículo como es la edad y las necesidades y circunstancias personales del lesionado. En este aspecto, debe tenerse en cuenta especialmente la profesión y modo de vida ordinario del lesionado para la elección de la prótesis y durabilidad de la misma. Piénsese por ejemplo en la necesidad de prótesis en un deportista o músico profesional que pueda seguir practicando el deporte con una prótesis adecuada.

#### La capitalización de la indemnización por prótesis, órtesis y sus recambios

El artículo 115 prevé que la indemnización por estos conceptos pueda hacerse capitalizando el valor de las prótesis y su durabilidad mediante la aplicación de los coeficientes contenidos en la tabla TT3, distinguiendo los supuestos de pérdida de autonomía que da lugar a pérdida de calidad de vida grave o muy grave y aquellos en los que la pérdida de calidad de vida es moderada.

La tabla contempla hasta los 100 años o más de edad y se establecen sólo los periodos de recambio que se ven en las diversas columnas (1, 3, 5, 7, 10, 15 y 20 años), por lo que el dictamen médico a que se refiere el artículo 115 habrá de elegir alguno de esos periodos. En caso de que el informe médico recoja un periodo de años de recambio distinto al previsto a la tabla, puesto que esta solo se aplica en casos de capitalización, será necesario pedir una aclaración en el informe o llevar al perito al juicio oral para que nos diga, a su juicio, cuál de los previstos en la tabla es el que más se aproximaría a su dictamen. Reitero que tales periodos temporales de recambio lo son únicamente para su conversión en cantidad alzada, por lo que, si no se opta por esta forma de indemnización, no existe ningún problema en cuanto al periodo de recambio, siempre dentro de los límites indemnizatorios que recoge la tabla de hasta 50.000€ por recambio.

En caso de varias prótesis de distinta duración entiendo que el cálculo se hará sumando las prótesis que tengan la misma duración, y aplicando al resultado el coeficiente que corresponda en función de la edad. Actuando así con cada prótesis o grupos de prótesis y sumando los totales parciales nos dará el capital a indemnizar.

Por último, hay que recordar que estos gastos son compatibles con los gastos previsibles de asistencia sanitaria futura que se recoge en la letra d el número tres del artículo 113.

Ejemplo: Pericles, que tiene 42 años en el momento de estabilización de las lesiones, sufre un accidente a consecuencia del cual le es amputada una pierna a la altura de la cadera. La secuela se recoge en la tabla 2.A.1 del baremo medico con la referencia 03132 y supone una pérdida de calidad de vida grave.

Para sustituir el miembro amputado le son colocadas tres prótesis:

Prótesis de fémur con encaje en la cadera valorada en 5.350 euros, que debe ser sustituida cada tres años.

Prótesis de rodilla valorada en 25.000 €, que debe ser sustituida cada tres años.

Prótesis de pie, valorado en 12.732 €, con una vida útil de cinco años.

Tanto el perjudicado como la compañía aseguradora están de acuerdo en capitalizar la indemnización del valor de las prótesis y sus recambios. Para ello agruparemos las prótesis según el tiempo de duración, fémur y rodilla por un lado y el pie por otro. La suma de las dos primeras nos da un total de 30.350 €. Con este dato iremos a la tabla TT3.

E) EXTERMIDAD INFERIOR		
1. Amputaciones		
	La valoración de esta secuela dependerá del grado de tolerancia de la prótesis (lesiones dérmicas, atrofia muscular y escala de satisfacción)	
	<b>Desarticulación del miembro inferior / Amputación a nivel de cadera</b>	
03132	Unilateral	60-70

Tabla técnica de coeficiente de capitalización de prótesis y órtesis (TT3)							
Pérdida de autonomía la que da lugar a pérdida de calidad de vida grave o muy grave							
Años de recambio de la prótesis u órtesis							
	cada 1 año	cada 3 años	cada 5 años	cada 7 años	cada 10 años	cada 15 años	cada 20 años
Edad	factores de capitalización actuarial						
42	24,227	8,0824	5,0595	3,7655	2,800	2,0553	1,6945

El coeficiente de conversión para las prótesis de tres años será de 8,0824, que multiplicaremos por 30.350, dando un resultado de 245.300,84 €.

Para la prótesis de cinco años el coeficiente es de 5,0595, multiplicado por 12.732 da un total de 64.417,554 €.

Sumando ambas cantidades la cantidad que le corresponde por la capitalización de la indemnización por secuelas es de 309.718,40 €.

### 2.5.1.3 Rehabilitación domiciliaria y ambulatoria (art. 116)

Al igual que hemos visto para los dos casos anteriores, se refiere a la rehabilitación futura, es decir, a la rehabilitación necesaria una vez producida la estabilización de las secuelas.

Se resarcen también al lesionado, refiriéndose al artículo a la rehabilitación domiciliaria y ambulatoria, por lo que habrá de ser el lesionado quien, una vez percibida la indemnización, abone los gastos correspondientes a quien le realizó la rehabilitación.

En el caso de que la rehabilitación se practicara en centro hospitalario habrán de entenderse con un gasto médico y se abonará directamente al centro que preste el servicio.

No se contempla para todo tipo de secuelas sino solamente las que se refieren a las letras a) b) y c) del apartado tres del artículo 113, una vez producida la estabilización, es decir estados de coma vigil o vegetativos crónicos, secuelas neurológicas en sus grados muy grave y grave, lesiones medulares iguales o superiores a 50 puntos.

Siguiendo iguales criterios en los supuestos anteriores, habrá de hacerse constar en el informe médico en el que conste la estabilización de las secuelas, la necesidad, periodicidad y cuantía de los gastos de rehabilitación futura.

El sistema recoge unos importes máximos anuales en el art. 116, que luego son reiterados en la tabla 2.C:

- Si el lesionado presenta un estado vegetativo crónico y tetrapleja, igual o por encima de C4, el máximo es de 13.500 euros anuales.
- Los casos en que coincidan tetraparesia grave, secuelas graves del lenguaje y trastornos graves neuropsicológicos, el máximo anual es de 9.500 euros
- En los demás casos, el máximo anual es de 5.850 euros.

En el segundo de los casos parece exigir que se den conjuntamente alguno de las tres secuelas enumeradas.

También se recoge la facultad de indemnización en forma de capital utilizándose el factor actuarial de conversión establecido en una tabla técnica TT1. Al igual que los supuestos en que está conversión está prevista, podemos preguntarnos si está es una facultad cuya elección corresponde al perjudicado o a la entidad aseguradora y si en caso de discrepancia o incapacidad del perjudicado puede ser acordada directamente por el juez.

Caso práctico. Andrea de 27 años en el momento de la estabilización, sufre un accidente que le provoca una tetrapleja por encima de C4 (art. 116.1) y que le supone una pérdida de autonomía muy grave. El máximo anual para rehabilitación domiciliaria es de 13.500 euros anuales. Andrea y la aseguradora están de acuerdo en capitalizar la indemnización anual. Acudiremos a la tabla TT1.

El coeficiente multiplicador será de 27,82, que nos dará una indemnización por este concepto de 375.570 €.

INDEMNIZACIONES POR SECUELAS TABLA 2.C PERJUICIO PATRIMONIAL			
DAÑO EMERGENTE			
Gastos de asistencia sanitaria futura, prótesis y órtesis, y rehabilitación domiciliaria y ambulatoria			
3. Rehabilitación domiciliaria y ambulatoria			
Estados vegetativos crónicos y tetraplejas igual o por encima de C-4		Hasta 13.500 euros anuales	
Tetraplejas, tetraparesias graves, secuelas del lenguaje y trastornos graves neuropsicológicos		Hasta 9.500 euros anuales	
resto de supuestos del artículo 116.4		Hasta 5.850 euros anuales	
Tabla técnica de coeficientes actuariales de conversión TT1			
Edad	Fallecimiento (perjudicado)	Secuelas (en general)	Secuelas con pérdida de autonomía que da lugar a pérdida de calidad de vida grave o muy grave
27	41.17	33.05	27.82

#### 2.5.1.4 Ayudas técnicas o productos de apoyo para la autonomía personal. (art. 117)

A los efectos de la presente Ley, son ayudas técnicas o productos de apoyo para la autonomía personal «los instrumentos, equipos o sistemas utilizados por una persona con discapacidad, fabricados especialmente o disponibles en el mercado, que potencian la autonomía personal o que tienen por objeto prevenir, compensar, controlar, mitigar o neutralizar deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la vida de relación» (art. 58). Igualmente, tienen la consideración de medios

técnicos «las ayudas técnicas incorporadas a un inmueble» (art. 59).

1. Se resarce directamente al lesionado el importe de las ayudas técnicas y los productos de apoyo para la autonomía personal que, por el correspondiente informe médico, precise el lesionado a lo largo de su vida por pérdida de autonomía personal muy grave o grave, con un importe máximo fijado en la tabla 2.C para este tipo de gastos.

Estos productos se concederán únicamente a aquellas personas que, de acuerdo con el

informe médico tengan una pérdida de autonomía personal grave o muy grave. Sin este requisito no podrá ser indemnizado conforme al baremo.

Se satisface directamente al lesionado, por lo que habrá de ser este quien aporte presupuesto o factura de los gastos.

*2. La necesidad, periodicidad y cuantía de las ayudas técnicas y de los productos de apoyo para la autonomía personal deberán acreditarse mediante el correspondiente informe médico desde la fecha de estabilización de las secuelas.*

*3. La valoración tendrá en cuenta el tipo de secuela, la edad del lesionado, la periodicidad de la renovación de las ayudas técnicas y los productos de apoyo para la autonomía personal en función de su vida útil y el coste de las mismas, atendiendo a las necesidades y circunstancias personales del lesionado.*

Para estas ayudas el baremo sigue el mismo criterio de remitirse al informe médico que se realice en la fecha de estabilización de las secuelas y de nuevo se plantean problemas de cómo actuar en el caso de que las circunstancias varíen de manera importante.

La tabla 2C señala como límite por este concepto 150.000 €, sin distinguir si se trata de cada uno de los periodos de renovación a que se refiere el número 3 del artículo o una cantidad global. Al no distinguir, a diferencia de las órtesis o prótesis, creo que la interpretación correcta sería entender que es un tanto alzado por el total de las ayudas técnicas a lo largo de la vida del lesionado, máxime al no estar prevista su satisfacción en modo alternativo de una renta vitalicia o un capital.

#### 2.5.1.5 Adecuación de la vivienda (art. 118)

*1. Se resarce el importe de las obras de adecuación de la vivienda a las necesidades de quien sufre una pérdida de autonomía personal muy grave o grave, incluyendo los medios técnicos, con el importe máximo fijado en la tabla 2.C para este tipo de gastos.*

*2. Si no fuera posible la adecuación de vivienda y se debiera adquirir o arrendar otra vivienda adaptada de características similares, se resarce la diferencia del valor en venta o de la renta capitalizada de ambas viviendas y los gastos que tal operación genere hasta el límite establecido en el apartado anterior. Las caracterís-*

*ticas similares se refieren a la ubicación de la vivienda, su tamaño y sus calidades constructivas.*

Del tenor del párrafo primero se establece como requisito para tener derecho a esta indemnización que el perjudicado una pérdida de autonomía personal grave o muy grave. El resarcimiento del importe será directamente al perjudicado y por tanto deberá ser este quien acredite el presupuesto factura de dichos gastos estableciéndose un límite máximo de 150.000 €, incluyéndose en este límite los medios técnicos a que hace referencia el artículo 59<sup>16</sup>.

A diferencia de los supuestos de daño emergente que hemos visto hasta ahora, aquí no se exige un informe médico o técnico en el momento de estabilización de las lesiones que contenga importe, necesidad de la reforma, etc. Por lo que habrá que estar a los medios de prueba que se aporten.

#### 2.5.1.6 Perjuicio patrimonial por el incremento de los costes de movilidad

El perjuicio patrimonial derivado del incremento de los costes de movilidad se resarce hasta un importe de sesenta mil euros en función de los criterios siguientes:

- a) *Grado de pérdida de autonomía personal del lesionado, en función de cómo le afecta a su movilidad.*

(viene de la pág. 23) patrimonial resarcible a toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso y, que al referirse a la indemnización del dicho daño corporal, establecen (artículo 10:202) que dicho daño patrimonial incluye “la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica”. Este criterio ha sido recogido en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al establecer expresamente en su artículo 115, el directo resarcimiento al lesionado del importe de las prótesis y órtesis que precise a lo largo de su vida, debiendo la necesidad, periodicidad y cuantía de los gastos de las prótesis y órtesis futuras acreditarse mediante el correspondiente informe médico desde la fecha de estabilización de las secuelas, teniéndose en cuenta para su valoración el tipo de secuela, la edad del lesionado, la periodicidad de la renovación de la prótesis y órtesis en función de su vida útil y el coste de las mismas, atendiendo a las necesidades y circunstancias personales del lesionado; gastos que se podrán indemnizar en forma de capital utilizándose el correspondiente factor actuarial de conversión establecido en la tabla técnica de coeficientes de capitalización de prótesis y órtesis incluida en las bases técnicas actuariales a las que hace referencia el art. 48 de la citada Ley.

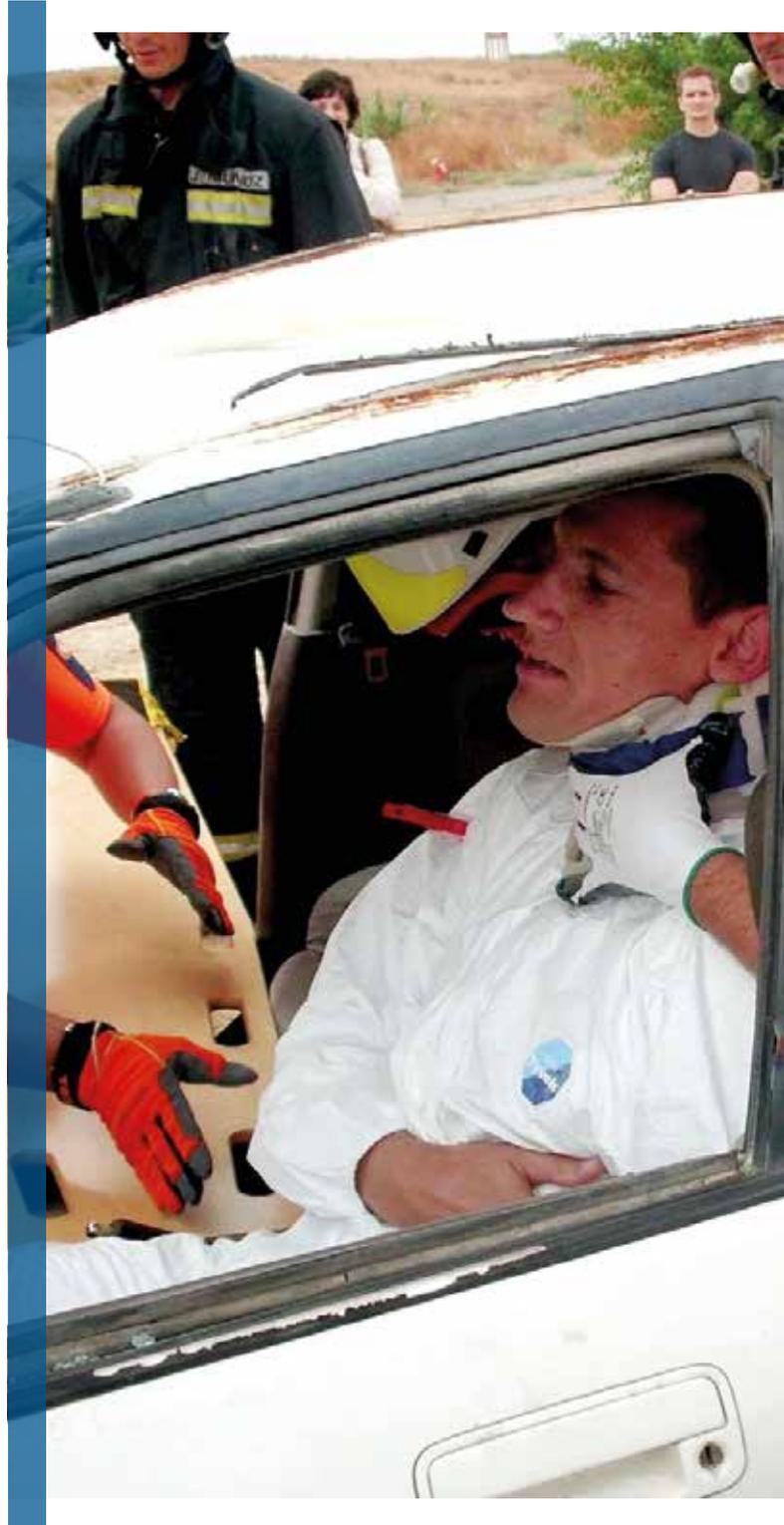
<sup>16</sup> Artículo 59. *Medios técnicos. A efectos de esta Ley son medios técnicos las ayudas técnicas incorporadas a un inmueble.*

- *b) Posibilidad de adaptación del vehículo que utilice el lesionado o, en caso de que ello no sea posible, necesidad de adquisición de un vehículo nuevo adaptado que, dentro de la gama de ese tipo de vehículos, guarde una cierta proporción con el vehículo sustituido. En caso de sustitución se descontará el valor venal del vehículo sustituido.*
- *c) Necesidad de futuras adaptaciones en función de la edad del lesionado y de la vida útil de las adaptaciones o del vehículo que, a estos efectos, se cifra en diez años.*
- *d) Sobrecoste de desplazamiento del lesionado, en caso de no adaptación o no adquisición de vehículo, cuando por la pérdida de autonomía personal tenga serias dificultades para utilizar medios de transporte público para seguir desarrollando sus actividades habituales.*

En este caso, el artículo 119 recoge principalmente la necesidad de adaptación del vehículo para la movilidad de la persona que a consecuencia del accidente de tráfico ha perdido o disminuido sus posibilidades de movilidad. El artículo no fija, como los anteriores, la necesidad de que la pérdida de autonomía personal sea muy grave o grave, sino que el criterio será exclusivamente la afección a la movilidad.

Tampoco hace referencia a la necesidad de que este perjuicio esté descrito en el informe médico de estabilización de las lesiones, si bien sería conveniente que se hiciera una referencia al mismo, de hecho en la tabla 2C se recogen como gastos por pérdida de autonomía personal las ayudas técnicas, la adecuación de vivienda, y el incremento de los costes de movilidad, aunque solamente se recoge la necesidad de que conste en el informe médico de estabilización de las secuelas lo referido a las ayudas técnicas, siendo conveniente, reitero, que en ese informe se recogiera al menos la conveniencia de la adecuación de vivienda y del vehículo en su caso.

La cuantía que establece la tabla 2 C parece referirse a un tanto alzado, con un límite de 60.000 €. Esto no plantea problemas cuando se trata de la adecuación o sustitución de un vehículo, sin embargo si pueden darse en los casos previstos en el apartado d), por ejemplo quien se vea necesitado de utilizar un taxi especial para sus desplazamientos, pues se trata de gastos periódicos. Entiendo que nada impide



que el lesionado llegue a un arreglo con la compañía aseguradora para un tanto alzado por estos conceptos, renunciando a la presentación de sucesivas facturas.

En esta misma línea nada se dice en el artículo de cómo se va a articular la necesidad de futuras adaptaciones que va a ocurrir cuando el vehículo haya agotado su vida útil que se presume en 10 años.



Elena Agüero en su libro *las Indemnizaciones a las Víctimas de Accidentes de Tráfico* comenta el siguiente ejemplo, “la lesión medular de Óscar repercute directamente en su movilidad. Óscar podrá adaptar su vehículo. Pensemos que la adaptación del vehículo tiene un coste de 6.000 euros. Cómo la vida útil del vehículo se estima en 10 años y Óscar tenía 30 en la fecha del accidente, se le indemnizará en un total de cinco reposiciones (5 x 6.000 euros) igual

a 30.000 euros, siempre dentro del máximo de 60.000 euros. Si no fuera posible se adaptará, Óscar podrá adquirir un vehículo nuevo adaptado de la misma gama, descontándose el valor venal del sustituido.

Finalmente si Óscar decide no volver a conducir, y su lesión medular le impide hacer uso de transporte público, se le indemnizará en la cantidad que se acredite como coste extra de movilidad, dentro del máximo de 60.000 euros”.

Es decir, que el primer presupuesto o factura de adaptación de vehículo este se multiplicaría tantas veces como fuera necesario en tramos de 10 años hasta que el lesionado alcance la edad de 80, si bien en el libro no aporta cómo llega a esa conclusión. Podría pensarse que los ochenta años podría ser un límite para dejar de conducir, sin embargo este límite no está previsto en la legislación administrativa de seguridad vial. Al igual que lo expuesto anteriormente, nada impide el acuerdo entre la aseguradora y el perjudicado por este concepto, dentro del límite de los 60.000 €.

Otra cuestión a debatir es si la adaptación del vehículo es para que el lesionado pueda seguir conduciendo, o por el contrario incluiría la adaptación del vehículo si fuera necesaria para ir como pasajero. Parece que donde la ley no distingue no se debe distinguir e incluir este último supuesto.

#### 2.5.1.7 La necesidad de ayuda de tercera persona

##### 2.5.1.7.1 Concepto (artículo 120)<sup>17</sup>

Han de tratarse de prestaciones no sanitarias, pues tratándose de prestaciones sanitarias serían incluidas dentro de los gastos médicos hospitalarios, que se indemnizará como gasto sanitario posterior a la estabilización de las secuelas.

No es necesario que la tercera persona que ayuda sea un profesional sanitario, ni tan siquiera

<sup>17</sup> 1. La indemnización de los gastos de ayuda de tercera persona compensa el valor económico de las prestaciones no sanitarias que precisa el lesionado cuando resulta con secuelas que implican una pérdida de autonomía personal.

2. No tienen la consideración de ayuda de tercera persona las prestaciones sanitarias en el ámbito hospitalario, ambulatorio o domiciliario, que pueda precisar el lesionado que, en su caso, se indemnizarán en concepto de gasto sanitario posterior a la estabilización de las secuelas.

3. El valor económico de la ayuda de tercera persona se compensa con independencia de que las prestaciones sean o no retribuidas.

ra que perciba una retribución por este concepto, pudiendo tratarse de un familiar o allegado que preste altruistamente esta ayuda, lo que lo equipara a las situaciones recogidas en la ley de dependencia, si bien en este caso la indemnización será siempre para el lesionado, que será quien retribuya, en su caso, a la persona que presta la ayuda.

La cuantía de la indemnización viene establecida con una precisión casi milimétrica en la tabla 2C3, en función de las horas y minutos necesitados y la edad del lesionado, como puede verse en este fragmento de tabla.

Horas/día	Edad del lesionado						
	1	2	3	4	5	6	7
Hasta							
1 hora	2.925,08 €	2.874,78 €	2.821,41 €	2.766,35 €	2.710,50 €	2.654,42 €	2.598,37 €
1 hora 15 minutos	8.409,61 €	8.265,00 €	8.111,55 €	7.953,24 €	7.792,70 €	7.631,46 €	7.470,30 €
1 hora 30 minutos	13.894,14 €	13.655,21 €	13.401,69 €	13.140,14 €	12.874,89 €	12.608,50 €	12.342,24 €
1 hora 45 minutos	19.378,66 €	19.045,43 €	18.691,83 €	18.327,04 €	17.957,09 €	17.585,54 €	17.214,18 €
2 horas	24.863,19 €	24.435,65 €	23.981,97 €	23.513,94 €	23.039,28 €	22.562,57 €	22.086,11 €
2 horas 15 minutos	30.347,72 €	29.825,86 €	29.272,11 €	28.700,84 €	28.121,48 €	27.539,61 €	26.958,05 €
2 horas 30 minutos	35.832,24 €	35.216,08 €	34.562,25 €	33.887,74 €	33.203,67 €	32.516,65 €	31.829,99 €
2 horas 45 minutos	41.316,77 €	40.606,29 €	39.852,39 €	39.074,64 €	38.285,87 €	37.493,69 €	36.701,93 €

rrentes, una vez aplicada la fórmula de Balthazar, sea igual o superior a 80.

Prevé asimismo la posibilidad de que no alcanzándose las puntuaciones indicadas, se considera que la ayuda es necesaria por verse especialmente afectada la autonomía personal.

Recordemos que la ley define la pérdida de autonomía personal como el menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que impide o limita la realización de las actividades esenciales de la vida ordinaria. (art. 50) y entiende por realización de actividades esenciales de la vida ordinaria comer, beber, afeitarse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica (art. 51).

Este criterio general se concretan los supuestos recogidos en la tabla 2.C.2, que describen las secuelas que producen los perjuicios que hemos visto, atribuyéndoles el número de horas, o una horquilla, que corresponden a cada una de las secuelas.

En el caso previsto en el apartado b), no alcanzar los cincuenta u ochenta puntos, así como aquellos supuestos de necesidad de ayu-

Vista la notable diferencia indemnizatoria existente sólo con la necesidad de 15 minutos más al día, muy fino y justificado habrá de estar el informe pericial.

#### 2.4.1.7.2 Supuestos de necesidad de ayuda de tercera persona

De un modo genérico el artículo 121 en su apartado a) estima que procede la necesidad de ayuda de tercera persona cuando se trate de secuelas en las cuales el perjuicio psicofísico, orgánico o sensorial es igual o superior a 50 puntos o el resultado de las secuelas concu-

da de tercera persona no contemplados en la tabla 2.C.2, pero que produzca la pérdida de autonomía personal análoga deberán acreditarse mediante la pericial médica correspondiente. Para aquellos casos de las secuelas previstas en la tabla, será necesario que se aporte también dictamen pericial, que motive detalladamente la necesidad de horas/día pues como hemos visto la indemnización varía mucho por unos simples minutos.

La determinación del número de horas de asistencia necesaria a tercera persona se llevará a cabo en la fecha de estabilización de las secuelas (artículo 124).

A partir de los 50 años de edad del lesionado, se presume que se produce un incremento de la penosidad en la necesidad de ayuda de la tercera persona, pues lo que se incrementa es la cuantía de la indemnización, no la duración de la misma, estableciéndose un factor de corrector en función de la edad.

a) desde los 50 hasta 60 años se aplica factor corrector de 1,10.

b) Desde 60 hasta 70 años se aplica un factor corrector de uno 1,15.

c) a partir de 70 años se aplica un factor corrector de 1,30.

TABLA 2.C.2		
HORAS DIARIAS DE NECESIDAD DE AYUDA DE TERCERA PERSONA SEGÚN SECUELA DEL ARTÍCULO 123		
código	DESCRIPCIÓN DE LAS SECUELAS	HORAS DIARIAS DE NECESIDAD DE AYUDA DE TERCERA PERSONA SEGÚN SECUELA
CAPÍTULO I - SISTEMA NERVIOSO		
A) NEUROLOGÍA		
<b>1. Secuelas motoras y sensitivas de origen central y medular</b>		
A 01001	Estado vegetativo permanente	16
<b>Tetraplejia</b>		
A 01002	Por encima o igual a C4 (Ninguna movilidad. Sujeto sometido a respirador automático)	16
A 01003	C5-C6 (Movilidad cintura escapular)	11-12
A 01004	C7-C8 (Puede utilizar miembros superiores. Posible sedestación)	7-8
<b>Tetraparesia</b>		
Segun compromiso funcional, motor, sensitivo, nivel de marcha, manipulación, compromiso sexual, de esfínteres		
A 01005	Leve (Balance muscular Oxford 4)	1-2
A 01006	Moderada (Balance muscular Oxford 3)	3
A 01007	Grave (Balance muscular Oxford 0 a 2)	5-6
<b>Hemiplejia</b>		
A 01008	Segun compromiso funcional, motor, sensitivo, nivel de marcha, manipulación, compromiso sexual, de esfínteres y dominancia	4-5
<b>Hemiparesia (Según dominancia)</b>		
A 01011	Grave (Balance muscular Oxford 0 a 2)	2
<b>Paraplejia</b>		
A 01012	Paraplejia D1	6-7
A 01013	Paraplejia D2-D5	6-7
A 01014	Paraplejia D6-D10	4-5
A 01015	Paraplejia D-11-L2	3

Para el improbable pero posible caso de que haya de determinarse el factor corrector el mismo día que cumple años el perjudicado, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 39<sup>18</sup>.

#### 2.5.1.7.3 Estimación del número de horas necesarias en ayuda de tercera persona (artículo 123)

La tabla 2.C.2 recoge las horas necesarias en función de la secuela producida, como he-

<sup>18</sup> El cómputo de edad se realiza de fecha a fecha, por lo que las edades previstas en las disposiciones de esta Ley se alcanzan pasadas las cero horas del día en que se cumplen los años correspondientes. Las horquillas de edades comprenden desde que se alcanza la edad inicial hasta las cero horas del día en que se cumple la edad final. La referencia a que alguien tenga más de un cierto número de años se entiende hecha a que haya alcanzado esa edad.

mos visto en la imagen anterior, y que será la regla general.

Junto a ello el artículo 123. 2 y 3 se ocupan de dos supuestos especiales:

a) Caso de que existan más de una secuela que precise necesidad de ayuda de tercera persona

*1. Para secuelas con necesidad de ayuda de tercera persona con un número de hasta seis horas, la valoración total del tiempo necesario se obtiene de sumar a las horas correspondientes a la secuela mayor el cincuenta por ciento de las horas establecidas en cada una de las otras.*

Ejemplo: designado que parece síndrome de cola de caballo completo (dos horas) y ade-

más parálisis del nervio ciático (una hora). El número de horas será de dos horas y 30 minutos.

2. Para secuelas con necesidad de ayuda de tercera persona con un número superior a seis horas, la valoración total del tiempo necesario se obtiene de sumar a las horas correspondientes a la secuela mayor el veinticinco por ciento de las horas establecidas en cada una de las otras.

Ejemplo: víctima que sufre un trastorno cognoscitivo muy grave, valorándose 11 horas necesarias y epilepsia no controlable con crisis semanales, valorada en cuatro horas. El número de horas será de 12.

Sin embargo, pese a la dicción del artículo el tema no va ser pacífico en lo relativo al concepto “en cada una de las otras”. Es decir, ha de debatirse si ese concepto se refiere a las otras secuelas en general, con independencia de las

horas que necesite, o si por el contrario se refiere a las otras de su categoría. La cuestión no es baladí dada la “precisión horaria” e indemnizatoria con que ha sido regulada.

Veamos un ejemplo:

Andrés, que tiene 31 años en el momento de estabilización de las secuelas, sufre un accidente con las siguientes secuelas:

Necesita ayuda de tercera persona, por tres conceptos :

A.- referencia A 01013 - Paraplejía D2-D5 que valoramos en el máximo.

B.- referencia A 01024. Síndrome de cola de caballo completo.

C.- referencia A01021, Paraparesia de miembro superior moderada. Que valoramos en el máximo.

TABLA 2.C.2

HORAS DIARIAS DE NECESIDAD DE AYUDA DE TERCERA PERSONA SEGÚN SECUELA DEL ARTÍCULO 123

A 01013	Paraplejía D2-D5	6-7
<b>Síndrome de cola de caballo</b>		
A 01024	Síndrome complejo (incluye trastornos motores, sensitivos y de esfínteres)	2
<b>Paraparesia de miembros superiores e inferiores</b>		
Según compromiso funcional, motor, sensitivo, nivel de marcha, manipulación, compromiso sexual, esfínteres		
A 01024	Moderada (balance muscular Oxford 3)	1-2

Por la paraplejía le corresponderían siete horas de ayuda de tercera persona y por cada una de las otras dos le corresponderían dos horas.

Si interpretamos que el número uno del artículo se refiere a todo tipo de secuelas, las horas de asistencia serán siete más el 25% de cada una de las otras, es decir, media hora por cada una de ellas, daría un total de ocho horas de asistencia. Acudiendo a la tabla 2.C.3 la can-

tidad a indemnizar por este concepto sería de 319.796,20 €.

Si, por el contrario, entendemos que en cada uno de los números del artículo se refiere a las secuelas de su categoría, el número de horas a indemnizar sería de siete por un lado y aplicando el número dos, dos horas por la segunda de las secuelas más el 50% de la tercera, lo que dará un total de tres horas, que sumadas

Tabla 2.C.3  
INDEMNIZACIONES DE AYUDA DE TERCERA PERSONA

Horas/día	Edad del lesionado						
	29	30	31	32	33	34	35
Hasta	29	30	31	32	33	34	35
8 horas	327.237,84 €	323.490,52 €	319.796,20 €	316.145,63 €	312.530,12 €	308.941,56 €	305.372,51 €

Tabla 2.C.3 INDEMNIZACIONES DE AYUDA DE TERCERA PERSONA							
Horas/día	Edad del lesionado						
	Hasta 29	30	31	32	33	34	35
10 horas	448.091,22 €	443.069,10 €	438.117,96 €	433.225,22 €	428.379,07 €	423.568,51 €	418.783,40 €

a las siete darán diez y la indemnización ascenderá a 438.117,96 €, es decir una diferencia de 119.000 € aproximadamente.

En mi opinión una interpretación sistemática del precepto puede llevar a la segunda de las soluciones, calificando las secuelas en función de que necesiten más o menos de seis horas diarias, pues la reducción de un 25 o un 50% de la segunda secuela tiene su justificación en la duración de esta y no en el hecho de estar acompañada por otra que dure más de seis horas o no. Si bien reconozco que puede tener el inconveniente interpretativo que de concurrir solo una secuela que requiera más de seis horas con otra que requiera menos, su clasificación en función del número de horas llevaría a la conclusión de no reducir ninguna de ellas, al ser únicas en su grupo. En definitiva será un tema a resolver por las distintas resoluciones judiciales.

#### b) Caso de que la víctima ya precisará ayuda de tercera persona con anterioridad al accidente.

En este caso el artículo 123 establece una fórmula similar a la establecida para el caso de secuelas agravatorias de estado previo que recoge el artículo 100. El número de horas será el que resulte de aplicar la siguiente fórmula  $(H - h) / [1 - (h / 100)]$  donde «H» son las horas correspondientes a las secuelas establecidas y «h» las horas asociadas al estado previo al accidente. Si el resultado ofrece fracciones decimales, se redondea a la hora más alta.

#### 2.5.1.7.4 Criterios para la determinación de la cuantía indemnizatoria por el número de horas necesarias (artículo 125)

Este artículo recoge los criterios que se presume han seguido las bases técnicas actuariales para concretar las cuantías indemnizatorias. A nivel práctico tienen escasa importancia dado que lo normal será acudir a la tabla 2.C.3 y aplicarla con arreglo a los dos parámetros allí recogidos, número de horas necesarias y edad del lesionado.

2. Esta cuantía se obtiene de multiplicar el multiplicando del coste de los servicios por el coeficiente del multiplicador.

3. El multiplicando del coste de los servicios se obtiene de calcular, en cómputo anual, el coste económico de las horas necesarias de ayuda de tercera persona. El precio hora de estos servicios se establece en el equivalente a 1,3 veces la hora del salario mínimo interprofesional anual.

4. El multiplicador es el coeficiente que para cada lesionado resulta de combinar los factores siguientes:

a) las percepciones públicas para ayuda de tercera persona a las que tenga derecho el lesionado,

b) la duración de la necesidad de ayuda de tercera persona, establecida desde la fecha de estabilización de las secuelas hasta el fallecimiento de la víctima,

c) los factores de incremento de necesidad de ayuda de tercera persona en función de la edad, previstos en el artículo 124,

d) el riesgo de fallecimiento y

e) la tasa de interés de descuento, que tiene en cuenta la inflación.

5. A los efectos de determinar el multiplicador podrán establecerse reglamentariamente otros criterios complementarios que tengan en cuenta otras contingencias relativas al lesionado y que sirvan a la mejor individualización del perjuicio.

6. Las prestaciones públicas para ayuda de tercera persona a las que tenga derecho el lesionado se estiman de acuerdo con las bases técnicas actuariales, pero puede acreditarse la percepción de prestaciones distintas a las estimadas.

Como dice número seis del artículo cualquier otro cálculo que se haga en función de criterios distintos a los establecidos en las bases técnicas actuariales deberá acreditarse cualquier medio de prueba, que generalmente será una pericial.

En definitiva los pasos a seguir para el cálculo de la indemnización por necesidad ayuda de terceras personas serán los siguientes:

1ª Determinación de la edad de la víctima en el momento de la estabilización de las secuelas. Ejemplo víctima de 20 años.

2ª Determinación del número de horas de necesidad ayuda de tercera persona en función de la secuela padecida. Para ello se ha de acudir a la tabla 2C2. Ejemplo tetraplejía C7. (ocho horas) y trastorno depresivo mayor crónico (dos horas).

3ª. Ver si hay más secuelas concurrentes y en su caso aplicar la fórmula del artículo 123. En este caso ocho horas más el 25% de dos horas. El número de horas final es de ocho horas y 30 minutos, según la primera de las interpretaciones o diez horas si atendemos a la segunda de las interpretaciones.

4ª Ver si son de aplicación los factores corrector del artículo 124.2. En nuestro ejemplo no se aplican al ser la víctima menor de 50 años.

5ª Determinar el multiplicando y multiplicador acudiendo a la tabla 2.C.3

30 años x 8 horas y 30 minutos = 353.385,16 € en la primera de las interpretaciones.

30 años x diez horas= 443.069,10 en la segunda de las interpretaciones.

#### 2.4.2. Lucro cesante en secuelas permanentes

La Ley 35/2015 regula el lucro cesante por las secuelas en los arts. 126 a 133 y lo define como *la pérdida de capacidad de ganancia por trabajo personal y, en particular, en el perjuicio que sufre el lesionado por la pérdida o disminución neta de ingresos provenientes de su trabajo*. (art. 126). En definitiva, se trata de acreditar aquella pérdida patrimonial que sufre el lesionado como consecuencia de no poder volver a desarrollar su vida laboral como lo hacía anteriormente al accidente y a consecuencia de las secuelas producidas por este.

Al igual que ocurre con el lucro cesante en el fallecimiento, el baremo hace un cálculo actuarial de lo que el lesionado deja de percibir a consecuencia de su incapacidad absoluta, total o parcial, hasta el momento de su jubilación, que se presume en los 67 años, conforme a las bases técnicas actuariales tomadas como referencia para la elaboración de este baremo, en tanto que las tablas que veremos a continuación recogen como edad máxima 65 o más años y se contempla en el articulado la dedicación total o parcial a las tareas del hogar.

Como de lo que se trata es de indemnizar al lesionado por los ingresos que deja de percibir como consecuencia de las secuelas, nos va a llevar necesariamente a la incapacidad para la vida laboral en sus diversos grados. Por ello el baremo regula en la tabla 2C4 el lucro cesante por incapacidad para realizar cualquier trabajo o actividad profesional, que se correspondería con la incapacidad absoluta, en la tabla 2C5 el lucro cesante por incapacidad para realizar su trabajo o actividad profesional, que se correspondería con la incapacidad laboral total y en la tabla 2C6 el lucro cesante por incapacidad que dé origen a una disminución parcial de ingresos en el ejercicio de su trabajo o actividad habitual, que se correspondería con la incapacidad laboral parcial.

También se prevé la indemnización por estos conceptos a aquellas personas menores de 30 años que no hubieran accedido al mercado laboral, si bien en estos casos solamente se recoge en la tabla 2C7 la incapacidad absoluta, y en la tabla 2C8 la incapacidad total.

Al igual que en la mayoría de las tablas indemnizatorias basadas en el cálculo actuarial, la cuantía concreta de la indemnización va a depender de dos factores el ingreso neto del perjudicado y la edad del mismo.

#### 2.4.2.1 Determinación de los ingresos netos del perjudicado

Lo primero que tenemos que ver por tanto, son los ingresos netos del lesionado, que además va a ser el multiplicando para el cálculo del lucro cesante<sup>19</sup>. ¿Qué datos hemos de considerar para acreditar los ingresos netos de la víctima? ¿Ha de ser siempre y únicamente los datos que consten en el impuesto sobre la renta de las personas físicas?

En la mayoría de las ocasiones los ingresos netos nos vendrán acreditados por la declaración de la renta, sin embargo, en otras ocasiones habrá que acudir a otros criterios, especialmente en los casos de trabajadores autónomos acogidos a la determinación de la renta por módulos o, en otros casos, como el de los taxistas o transportistas profesionales a los informes gremiales sobre el lucro cesante por paralización del vehículo. Así, la sentencia de la

<sup>19</sup> Artículo 127.1 para calcular el lucro cesante del lesionado se multiplica sus ingresos netos o una estimación del valor de su dedicación a las tareas del hogar o de su capacidad de obtener ganancias, como multiplicando, por el coeficiente actuarial que, con multiplicador, corresponda según las reglas que se establecen en los artículos siguientes.

audiencia Provincial de Madrid de 8 julio 2004 dice que:

*La determinación de los ingresos dejados de percibir como consecuencia de la imposibilidad de ejercer la propia profesión sólo puede ofrecer carácter objetivo e indiscutible en aquellos casos en los que el afectado percibe una nómina fija; en tal situación, la pérdida de ingresos se reduce lógicamente a una simple operación aritmética. Cuando, en cambio, la profesión ejercitada es de naturaleza liberal o empresarial, es necesario acudir a cálculos aproximativos o estimativos, cuyos presupuestos deberán obtenerse de los antecedentes inmediatos o incluso, en el supuesto de la profesión de taxista, que se desenvuelve en un marco de referencias reducido, en una estimación de los eventuales ingresos, descontados los gastos necesarios, que permita una proyección razonable.*

*En este sentido, la estimación que ha realizado la Federación Profesional del Taxi aparece sustentada en datos objetivos y razonados, que permiten computar una cifra de ingresos media en razón a los gastos del vehículo y a los días anuales trabajados a jornada completa. Resulta una cantidad diaria que no se estima irracional o arbitraria.*

*No se trata de que la información proporcionada por la Federación ostente una condición oficial. Ciertamente, la aludida Federación es una asociación dirigida a la defensa de los intereses de sus miembros; pero el contenido estimativo y de base estadística del informe emitido por su Secretario se encuentra detallado en sus conceptos, y ofrece una referencia convincente. De hecho, ha venido siendo objeto de aplicación en numerosas resoluciones judiciales como criterio orientador de indudable interés. Frente a su contenido, es claro que el perjudicado podrá argumentar la concurrencia de circunstancias personales que justifiquen unos ingresos de mayor entidad, al igual que la compañía aseguradora puede aducir argumentos obstativos a su cálculo y a las operaciones y conceptos que comprende.*

*Se trata de la aceptación de un cálculo estadístico sometido a las reglas de la lógica; es decir, de una estimación razonada y razonable. Desde otro punto de vista, debe señalarse que la circunstancia de que el perjudicado haya presentado dicho informe en defensa de sus intereses implica que admite y asume la cantidad resultante, que cuenta así con el apoyo de la prueba testifical consistente en la declaración del denunciante, declaración que además sustenta*

*el hecho de la paralización del vehículo durante el tiempo señalado en la resolución recurrida.*

*Finalmente, y en relación a la toma como referencia de las cantidades declaradas como renta, que la compañía aseguradora considera como más objetiva, no debe olvidarse que la declaración de la renta es una mera información unilateral que el contribuyente presta a la Hacienda, sin alcanzar valor probatorio alguno, pues la administración tributaria puede no aceptar sus manifestaciones y corregirla debidamente. Dicho con otras palabras, el hecho de que una persona afirme tener unos ingresos determinados, no significa que los tenga en realidad. Su carencia de verdadero valor probatorio implica que la afirmación incierta en esta materia nunca podría ser constitutiva de un delito de falsedad.*

*Tampoco cabría alegar en tal sentido la necesidad de respetar los propios actos, entendiéndose que quién declara unos determinados ingresos a efectos tributarios, no puede contradecirlos después a otros efectos que le sean beneficiosos. La necesidad de respetar los actos propios, como un verdadero principio general del derecho, capaz incluso de alcanzar fuerza vinculante, exige que éstos sean expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 7 de febrero, 30 de mayo, 30 de octubre de 1995 y 10 de julio de 1997), lo que es obvio no ocurre en una declaración de ingresos a efectos tributarios, dirigida a la administración pública, y que ninguna relación guarda con el ámbito privado en que se desenvuelven las relaciones contractuales del aseguramiento.*

*Interesante por su concreción, también relativa al lucro cesante por paralización del taxi es la AP Madrid, Sec. 14.ª, 262/2013, de 17 de junio Recurso 995/2012. Consta documentalmente acreditado que la codemandante doña Marisa es titular del autotaxi; que, tanto ella como su esposo, el demandante don Romeo, están dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social desde el 6 de abril de 1998 y el 9 de marzo de 1999, respectivamente; que el taxi permaneció paralizado en el taller, para su reparación, entre el 4 y el 25 de abril de 2011, ambos inclusive; y que los días de paralización computables son 14 -medio día el primero y el último y libranza obligatoria siete días-.*

*En la sentencia de esta Sala de fecha 21 de noviembre de dos mil seis (recurso de apela-*

ción 375/06 ) ya dijimos: «Es notorio que la explotación de la actividad de autotaxi genera unos ingresos brutos (recaudación bruta) y produce unos gastos fijos (seguros, nóminas del asalariado, etc.,) que se generan esté el vehículo en explotación efectiva o parado y otros variables (combustible, desgaste y conservación, etc.,) que no se generan más que estando el vehículo en explotación efectiva. El perjuicio debe ser probado por quien lo reclama, si bien, a diferencia del daño emergente, no puede ignorarse que casi siempre implica cálculo y valoración abstracta, máxime tratándose de una actividad empresarial como es la de auto-taxi, que por su propia naturaleza impide determinar a priori cual va a ser la concreta ganancia que habría reportado su normal explotación durante los días de paralización, por lo que debe acudir a criterios de experiencia profesional, estimaciones periciales o datos contenidos en las declaraciones fiscales del perjudicado, si bien teniéndose en cuenta que estos rendimientos cuando son declarados y fijados mediante el sistema de estimación tributaria por módulos (signos, índices o módulos), pueden no coincidir con los reales obtenidos por el contribuyente. El perjuicio para el actor durante el período de paralización, y es el que procede indemnizar, es el beneficio bruto real dejado de percibir (retribución bruta), con el que habrá de hacer frente a los gastos fijos que se generan por la explotación sea ésta efectiva o esté paralizada (seguros de vehículo y seguridad social, amortización y otros gastos -revisiones técnicas, etc.,-), menos los gastos variables que no se producen durante la paralización (combustible, desgaste y conservación, etc.,)».

En este caso, en la declaración conjunta del matrimonio del IRPF correspondiente al año 2010, doña Marisa declara unos ingresos por la actividad de 15.123 euros.

En el certificado expedido por el secretario de la Asociación gremial de auto-taxi de Madrid se «certifica» -en realidad es un mero informe- que «según se desprende de los antecedentes obrantes a mi cargo, la recaudación media diaria de un auto taxi en jornada normal, descontados los gastos propios de la actividad asciende alrededor de unos ciento veintidós euros con cinco céntimos (122,05 €)».

La recaudación media diaria aproximada que señala el informe de la Asociación gremial difiere relevantemente de la que declara la titular del autotaxi a la Hacienda Pública como rendimientos en el ejercicio precedente.

Por otra parte, en el «certificado» de dicha Asociación no se señalan ni los antecedentes que se tienen en cuenta para determinar la recaudación media diaria que se fija, ni los «gastos propios de la actividad» que se descuentan.

Además, la certificación profesional aportada realiza el cálculo de los rendimientos netos diarios sobre promedios en el sector y no sobre la actividad concreta del taxi que explota la codemandante y fija la recaudación media diaria que, por ello, no tiene en cuenta los gastos variables que no se producen por estar paralizado el vehículo (combustible, desgaste y conservación, etc.,) y ya hemos dicho que el perjuicio de la demandante durante el período de inactividad es el beneficio bruto dejado de percibir menos los gastos variables que no se producen durante la paralización.

Dos son los criterios que esta Sala, como órgano colegiado, ha venido aplicando para determinar el lucro cesante cuando se aporta declaración a la Hacienda Pública en la que aparecen ingresos de la actividad muy distintos de la recaudación media diaria consignada en la certificación expedida por la asociación gremial (sector autotaxi) y cuando en dicha certificación solo se señala la recaudación media diaria, cuales son, establecer una suma diaria teniendo en cuenta el transcurso del tiempo y necesaria actualización de los valores económicos (100 euros/día en la reciente sentencia de 22 de mayo de 2013, recurso de apelación 883/12 ), esto es, haciendo uso de un margen de discrecionalidad y criterios estimativos, o reducir el importe de la recaudación media diaria establecida en la certificación gremial por el concepto de consumos de explotación (gastos variables) que no se producen durante la paralización (combustible, etc.,), mediante la aplicación de un porcentaje sobre esa recaudación media diaria (hasta un 30% de minoración).

Cualquiera de los dos criterios lleva en este supuesto a una cantidad similar (100 euros/día u 85,44 euros mínimo/día).

AP Almería, Sec. 3.ª, 78/2010, de 17 de junio  
Recurso 34/2009. Ponente: **JESÚS MARTINEZ ABAD:**

Ahora bien, la amplia jurisprudencia en materia de lucro cesante, acertadamente citada tanto por la sentencia impugnada, como por las partes, sienta en definitiva el principio de que mediante dicho concepto de lucro cesante no puede pretenderse otra cosa sino indemnizar al perjudicado de los daños y perjuicios realmente sufridos por ese concepto, es decir por el con-

*cepto de ganancias dejadas de obtener, que no pueden ser futurible, sino que han de responder a la verdadera realidad de su empresa. Por ese motivo, es acertado que no pueda acudirse por regla general a criterios correspondientes a otros campos del derecho que, en todo caso, por definición no concretan, ni delimitan la situación real de la persona o entidad perjudicada, sino que, al contrario la difuminan y generalizan, como ocurre con el sistema fiscal llamado «de módulos» o de estimación objetiva, donde la Hacienda Pública, hace abstracción de la situación real de la empresa de pérdidas o ganancias, y acepta la cotización de la misma sobre la base de unos módulos preestablecidos, con independencia, se insiste, de cuál sea la real situación de la empresa en materia de pérdidas o ganancias. De acuerdo con lo dicho hasta ahora, es inevitable concluir que un sistema fiscal como éste en modo alguno puede servir para cumplir el mandato del artículo 1902 del Código Civil sobre la restitución integral de los daños producidos al perjudicado por la actuación negligente del agente, sin perjuicio de que tal sistema de módulos puedan servir en materia fiscal, ajena al ámbito en que nos hallamos. Y sin que ello suponga ningún fraude de ley cometido por el perjudicado, sino tan sólo la aplicación en cada campo del Derecho de la ley vigente en el mismo cuyos objetivos y finalidades son distintas, y por eso también lo es su contenido normativo.*

SAP Madrid 16/7/2015, Secc, 19, Nº de Recurso: 271/2015 *“El lucro cesante ha de deducirse no sólo la ganancia neta que pueda derivarse de la declaración del IRPF, declaración que se hace no en base a los ingresos reales, sino a través del sistema de módulos implantado por la Administración Tributaria”*<sup>20</sup>.

En definitiva, habrá que estar a los distintos medios de prueba para la acreditación de los ingresos netos del perjudicado, que pueden diferir de lo declarado en el impuesto sobre la declaración de la renta, teniendo en cuenta que la jurisprudencia citada es anterior al 1 de enero de 2016 fecha de entrada en del nuevo baremo y que parece referirse más al lucro cesante en los supuestos de lesiones temporales, al no preverse en el anterior baremo un cálculo actuarial para el lucro cesante por secuelas. En cualquier caso el artículo 128.2 da dos posibilidades cuales son los ingresos percibidos durante el año

anterior al accidente o la media de los tres anteriores si ésta fuere superior.

Otro caso a estudiar serán los supuestos de economía sumergida y salarios basura, no tanto desde el punto de vista de los grandes defraudadores, sino de aquellos que por necesidad se ven obligados a cobrar salarios, incluso inferiores al salario mínimo interprofesional, sin que conste como ganancia en ningún sitio. Considero que la solución ha de venir dada por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 128.3 en virtud del cual “en todo caso, el ingreso mínimo que siempre se tendrá en cuenta será un salario mínimo interprofesional anual”, pues no puede verse perjudicado quien se ve obligado a aceptar las condiciones de trabajo irrisorias, frente a quien se encuentra en situación de desempleo. En la actualidad, en el año 2016, el salario mínimo interprofesional es de 9172,80 € (14 pagas), esto nos lleva a aplicar en las tablas citadas a estos efectos la indemnización correspondiente a unos ingresos de 12.000 € por mor lo dispuesto en el artículo 127.2<sup>21</sup>, pues no se establece ninguna excepción para los casos de desempleo.

#### 2.5.2.1.1 El multiplicando

La determinación de los ingresos netos anuales va a constituir el multiplicando para el cálculo de la indemnización y, como ya hemos apuntado anteriormente, se partirán de los ingresos percibidos durante el año anterior al accidente o la media obtenida en los tres anteriores al mismo si ésta fuere superior (artículo 128.2), siendo la fecha inicial del cómputo, no la del accidente, sino la de estabilización de las secuelas, excepto en el caso de lesionados pendientes de acceder al mercado laboral, que se computará a partir de la edad de 30 años (artículo 128.4). Supuesto que analizaremos más adelante.

#### 2.5.2.1.2 Tipos de sujetos perjudicados en relación a su situación laboral

El baremo recoge las cuantías indemnizatorias en las tablas 2.C.4 para los casos de incapacidad absoluta; 2.C.5 para los casos de incapacidad total; 2.C.6 para los casos de incapacidad parcial; 2.C.7 para los casos de incapacidad absoluta de lesionados pendientes de acceder al mercado laboral menores de treinta años y 2.C.8. para los casos de incapacidad total de

<sup>20</sup> Un amplio estudio jurisprudencial sobre la materia puede verse en la ponencia sobre valoración del daño corporal en los siniestros de vehículos a motor elaborada por la fiscal delegada de seguridad vial de Asturias, María Adoración Peñín, para las jornadas de fiscales delegados de seguridad vial de 2016

<sup>21</sup> cuando el ingreso neto del lesionado se encuentre entre dos niveles de ingreso neto previsto en las tablas 2C que correspondan, se asigna el lucro cesante correspondiente al límite superior.

lesionados pendientes de acceder al mercado laboral menores de treinta años, distinguiendo varios supuestos:

- perjudicado que se encuentra trabajando.
- perjudicado en situación de desempleo en el momento del accidente o lo hubiera estado en cualquiera de los tres años anteriores al mismo.
- perjudicado pendiente de acceder al mercado laboral menor de 30 años.
- perjudicado con dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar.

Para todos los casos en artículos 129 recoge las reglas del multiplicando para el cálculo de la indemnización por secuelas permanentes en función del grado de incapacidad:

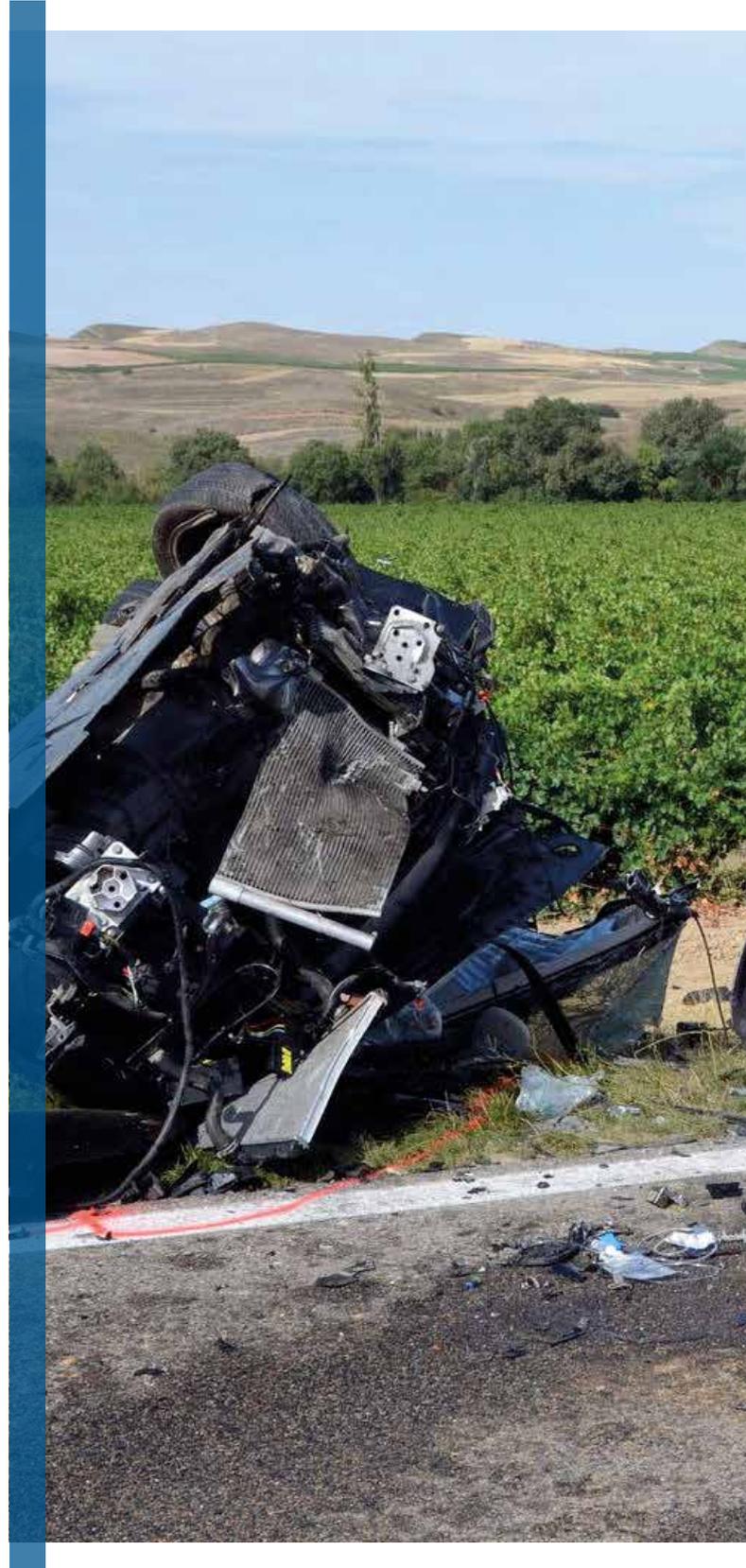
*La pérdida de ingresos de trabajo personal del lesionado en función del grado de incapacidad se determina de acuerdo con las reglas siguientes:*

*a) En los supuestos en que el lesionado queda incapacitado para realizar cualquier tipo de trabajo o actividad profesional se considera que el perjuicio que sufre es del cien por cien de sus ingresos.*

*b) En los supuestos en que el lesionado queda incapacitado para realizar su trabajo o actividad profesional habitual se considera que el perjuicio que sufre es del cincuenta y cinco por ciento de sus ingresos, hasta los cincuenta y cinco años, y del setenta y cinco por ciento, a partir de esta edad.*

*c) En los supuestos en que las secuelas que padezca el lesionado disminuyan parcialmente sus ingresos o su rendimiento normal en el ejercicio de su trabajo o actividad profesional habituales de forma acusada se considera que el perjuicio que sufre equivale al importe de los ingresos correspondientes a dos anualidades. Se presume que la disminución es acusada cuando es igual o superior al treinta y tres por ciento de los ingresos o del rendimiento normal para el trabajo o actividad profesional habitual.*

A nivel práctico, estos criterios orientativos no plantean problemas ya que normalmente nos limitaremos a acudir con la cuantía de los ingresos y la edad a lo que dispongan las tablas mencionadas. Únicamente mencionar, en relación a los supuestos de incapacidad parcial,



que el artículo 129 c) establece una presunción de disminución en los ingresos cuando esta es igual o superior al 33%, de modo similar al recogido en artículo 69 para el perjuicio particular con discapacidad física del perjudicado en caso de muerte, pero esta presunción puede ser des-



virtuada en virtud de informe pericial y nada impide apreciar el derecho a la indemnización en incapacidades inferiores a este porcentaje, cuando así se acredite, del mismo modo que al no decir el texto en todo caso, la presunción podrá ser destruida.

### 2.4.2.1.3 El multiplicador

Su cálculo lo recoge en el artículo 132, siendo las reglas generales de las establecidas en los números 1, 2, 3, y 4 recogiendo en el número cinco una excepción para los supuestos de perjudicados que no tenían ingresos dedicarse en exclusiva a las tareas del hogar de su unidad familiar, determinándose un incremento del 25% en la cuantía indemnizatoria, ya que en estos supuestos el lesionado no tiene prevista una pensión pública y se vería perjudicado en el cálculo actuarial.

Supuestos especiales en función de sujeto lesionado

a) Lesionado en situación de empleo en el momento del accidente.

Es el supuesto más sencillo y, en principio, no tiene ningún programa práctico acudiendo a las mencionadas tablas. La única especialidad puede derivarse de lo establecido en el artículo 132, en su apartado 4

Artículo 132. Multiplicador.

*4. Las pensiones públicas a las que tenga derecho el lesionado, tales como las de incapacidad permanente, absoluta, total o parcial, son objeto de estimación, pero puede acreditarse la percepción de pensiones distintas a las estimadas. En los supuestos de gran invalidez solo se computará en el multiplicador la parte correspondiente a la pensión de incapacidad permanente absoluta.*

Como apunta **PÉREZ TIRADO** “tal y como establecen las bases técnicas actuariales que fueron realizadas por el Instituto de Actuarios Españoles, para determinar las indemnizaciones a percibir por la víctima lesionada se deben tener en cuenta las compensaciones que el perjudicado recibe por pensiones públicas a consecuencia de una incapacidad permanente absoluta, total o parcial, las cuales restan con el objeto de que no exista un enriquecimiento injusto del perjudicado.

Pero, al mismo tiempo, ese mismo apartado establece que «*puede acreditarse la percepción de pensiones distintas a las estimadas*». Es decir, la pensión que se tiene en cuenta para el cálculo del lucro cesante es una pensión teórica que está basada en determinadas hipótesis que han sido establecidas en las citadas bases técnicas actuariales, a través de las cuales se establece una presunción iuris tantum que admite la prueba en contrario.

Cuando en ese artículo se dice «pensiones distintas», se debe interpretar de la misma forma que el artículo 88.3 donde se señala con total claridad que *«podrá acreditar que no tiene derecho a pensión pública alguna o que tiene derecho a una pensión distinta de la prevista en las bases técnicas actuariales del multiplicador»*.

De esta forma, podríamos decir que las hipótesis que han sido utilizadas sirven como un mecanismo legal automático para la aplicación de las Tablas de lucro cesante 2.C.4, 2.C.5 y 2.C.6 pero, pueden existir supuestos en Regímenes Especiales de la Seguridad Social (trabajadores autónomos especialmente) y en Regímenes Alternativos a la Seguridad Social (Mutualidad de la Abogacía, etc.) donde no se cumplan las hipótesis de las citadas bases técnicas actuariales y, por ello, la pensión del perjudicado sea distinta de la estimada o incluso no cobre pensión y se requiera, en estos supuestos, de un estudio actuarial del caso concreto para valorar el verdadero lucro cesante del perjudicado.

Podríamos decir, como una norma general, que esas Tablas se ajustan a todos aquellos supuestos donde la víctima cotizaba en el Régimen General de la Seguridad Social, pues sus ingresos y cotizaciones tienen una relación directa por imperativo legal, mientras que en Regímenes Especiales pueden existir diferencias, incluso importantes, entre el nivel de ingresos que tenía la víctima y el nivel de cotización que pudiera estar realizando al existir una libre elección del trabajador de la base que desea cotizar<sup>22</sup>.

b) Lesionado en situación de desempleo en el momento del accidente o que lo hubiera estado en cualquiera de los tres años anteriores al mismo.

La única peculiaridad que plantea es el cálculo de los ingresos netos, que deberá de hacerse bien computando los ingresos netos percibidos por su trabajo en el último año o la media de los percibidos en los tres años anteriores al accidente, computándose en esta media las prestaciones por desempleo que hubiera recibido.

Puede darse el caso de que el tiempo que estuvo desempleado en los tres años anteriores al accidente no percibiera prestación alguna, en cuyo caso se computará, a los efectos de deter-

minar los ingresos netos, como si hubiera percibido un salario mínimo interprofesional anual. Esto mismo se aplicará en los casos de parados de larga duración, es decir, aquellos que en el momento del accidente estuviera en situación de desempleo y no hubieran percibido prestación alguna en los tres años anteriores.

Las tablas 2.C. 4, 2. C.5 y 2.C.6 tienen una horquilla de edad que va desde los 16 años hasta la edad de 65, equiparándose a partir de ahí las cuantías. Ello plantea la duda de si hay que incluir en este grupo a aquellos lesionados menores de 30 años que han trabajado alguna vez en los tres años anteriores al accidente, una vez cumplidos los 16, edad mínima para acceder al mercado laboral, con independencia del tiempo que hayan estado dentro del mercado laboral, siempre que sea dentro de los tres años anteriores al accidente (artículo 128.3) y excluyéndolos, en consecuencia, de la indemnización que le correspondería en los casos de las tablas 2.C7 y 2 C8, con la correspondiente injusticia que se produciría en aquel que ha trabajado unos meses o un año en esa horquilla de edad, que se vería privado de la indemnización.

Así por ejemplo un lesionado con incapacidad total de 16 años de edad que hubiera percibido el salario mínimo interprofesional durante el último año, del año en 2015 es de 9.080,40, por lo que se le aplicaría según la tabla 2. C. 5 el correspondiente a un ingreso neto de 12.000 €, dando lugar a una indemnización por lucro cesante de 36.590 €.

Sin embargo, si no hubiera trabajado nunca en aplicación de la tabla 2.C.8 le correspondería una indemnización por lucro cesante de 129.350 €, correspondiente al 55% de 1,5 del salario mínimo interprofesional.

c) Lesionado menor de 30 años pendiente de acceder al mercado laboral

Se regula en el artículo 130 del baremo, previéndose sólo indemnización en los supuestos de incapacidad absoluta y total, dejando fuera los supuestos de incapacidad parcial.

En cálculo actuarial se hace sobre la ficción de que el lesionado empezaría a trabajar a los 30 años, *“la fecha inicial del cómputo será a partir de los 30 años”*, presumiéndose como salario el equivalente a un salario interprofesional anual y medio para el caso de incapacidad absoluta y el 55% de la cantidad anterior en el caso de incapacidad total.

<sup>22</sup> Pérez Tirado “El Resarcimiento del Lucro Cesante en el Nuevo Baremo: Excepciones a la Aplicación de las Tablas.” Ponencias del XV Congreso de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro

El inciso segundo del número dos del artículo 130 letra d entiende por *incapacidad total a estos efectos la imposibilidad de llevar a cabo una gran cantidad y variedad de actividades laborales*. Éste criterio interpretativo puede llevar a que el concepto de incapacidad total difiera del que pudiera establecer los tribunales médicos administrativos, debiendo de estarse a lo que disponga el informe médico de estabilización de las lesiones.

c.1) Perjudicado pendiente de acceder al mercado laboral menor de 30 años y con nivel de formación superior.

En este supuesto el artículo 130 prevé que las cantidades anteriores podrán incrementarse hasta un 20%.

La extensión plantea innumerables problemas. En primer lugar se establece un carácter facultativo “*podrán*”, pero sin embargo no se da ningún criterio para que se otorgue o no el incremento. Podrían considerarse como tales la proximidad a la finalización de estudios superiores, la dificultad o calidad de los estudios, la posibilidad estadística de incorporación al mer-

cado laboral en función del nivel de formación etc.

En segundo lugar, no se prevé un porcentaje concreto sino que este puede llegar hasta el 20% de incremento, omitiendo también cualquier tipo de criterio, por lo que entiendo habrán de conjugarse los criterios anteriores a título de ejemplo.

Por último, tampoco se dan unas pautas sobre lo que ha de entenderse por nivel de formación superior. Si éste se refiere únicamente al universitario o incluiría la formación profesional. Si dentro de cada uno de ellos habrá que estar a la proximidad de su finalización o basta con estar matriculado en el primer curso de los estudios, etc.

Ejemplo:

Un lesionado de 24 años que estaba finalizando la carrera de arquitectura, sufre un accidente con secuela de tetraplejía, sin haberse incorporado todavía al mercado laboral. Consideramos que el lesionado tiene una incapacidad absoluta, por lo que acudiremos a la tabla 2.C.7

LUCRO CESANTE POR INCAPACIDAD ABSOLUTA DE SESIONADOS PENDIENTES DE ACCEDER AL MERCADO LABORAL	
22	227.245 €
23	233.354 €
24	239.789 €
25	246.559 €
26	253.677 €

Dado que el perjudicado estaba próximo estar sus estudios universitarios de una carrera con posibilidades de empleo incrementaremos la cuantía en un 20%, siendo la cantidad a indemnizar de 287.746,8 € (239.789+47.957,8 €).

d) perjudicado con dedicación a las tareas del hogar de la unidad familiar.

Los criterios particulares para estos casos se recogen en el artículo 131 que a efectos prácticos son los siguientes:

Al igual en el caso anterior, solamente se prevé la indemnización en los supuestos de incapacidad absoluta o incapacidad total.

Si se dedicaba exclusivamente a las tareas del hogar, se equiparan a la percepción de un

salario mínimo interprofesional anual para determinar los ingresos netos del multiplicando, que para el año 2016 es de 9172,80€ (14 pagas).

d.1) En los casos en que además de dedicarse a las tareas del hogar, conviva en la unidad familiar con personas menores de edad, discapacitados o mayores de 67 años, se incrementarán la equivalencia en un 10% de salario mínimo interprofesional por cada uno de los citados, siempre y cuando la unidad familiar sea de más de dos personas y sin que en ningún caso pueda superar el importe del salario mínimo interprofesional anual y medio. Hay que tener en cuenta que el incremento del 10% es sobre la cuantía del salario mínimo interprofesional y no sobre la que resulte de la indemnización. La limitación al salario y medio es lógica equiparándose a las personas meno-

res de 30 años pendientes de incorporarse al mercado laboral.

Determinados los ingresos netos acudiríamos a la tabla 2.C.4 en los casos de incapacidad absoluta y 2.C.5 en los supuestos de incapacidad total.

Una vez hallada la cantidad a indemnizar estas se incrementarán en un 25% (artículo 132.5). Ello es debido a que los cálculos actuariales se hacen descontando lo que el perjudicado percibiría como pensión pública de incapacidad permanente absoluta, total parcial ubicado que la dedicación exclusiva a las tareas del hogar no da derecho a esas pensiones es lo que motiva es incremento.

d.2) Si el perjudicado no tenía una dedicación exclusiva a las tareas del hogar, pero si una reducción de jornada de trabajo para compatibilizarlo con las tareas del hogar y cuidado de familia, se realizarán las mismas operaciones que en el caso anterior, si bien la cantidad a percibir será un tercio de lo que resulte de aquellas<sup>23</sup>.

Veamos un ejemplo Ana y Andrés sufren un accidente el 13 de febrero de 2016, a consecuencia del cual a Ana le queda como secuela una tetraplejía que le supone una incapacidad absoluta y Andrés sufre la amputación de su brazo derecho, que le supone una incapacidad total. Ana tiene 42 años, está casada y tiene una reducción laboral para compatibilizar la vida familiar, teniendo su cuidado dos hijos menores de edad.

Andrés tiene 32 años y se dedica exclusivamente a las tareas del hogar, está casado y convive con su padre de 80 años.

<sup>23</sup> El permiso de reducción de jornada por cuidado de familiares se encuentra recogido en el artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores que establece que *“quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de 12 años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de duración de aquella. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida. La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.*

Cálculo de la indemnización de Andrés:

El salario mínimo interprofesional de 2016 es de 9172,80 €. La unidad familiar es de tres miembros (Andrés, su pareja y su padre), siendo este último mayor de 67 años, por lo que la cantidad de ingresos netos debe incrementarse en un 10% lo que da un total de 10.090,08.

Como la incapacidad que le ha quedado como secuela es total hemos de ir a la tabla 2.C.5 y siendo el ingreso neto superior a 9000 e inferior a 12.000 se tomará este como valor.

Por tanto la cantidad a indemnizar por este concepto será de 21.611 €, que deberá ser incrementada en un 25% por su dedicación exclusiva dando un resultado de 27.013,75 €.

Cálculo de la indemnización de Ana:

La indemnización de Ana es por una secuela que le produce una incapacidad absoluta, en consecuencia hay que acudir a la tabla 2C4.

Como hemos visto en salario mínimo interprofesional para 2016 es de 9172,80 €. Ana convive con dos hijos menores de edad, además de su marido, por lo que esa cantidad debe incrementarse en un 20%, que da lugar a una cuantía de 11.007,36 €. Al igual que la anterior se tomará como ingreso neto la fila de 12.000 €.

La cantidad resultante será de 21.449 €, como Ana tiene una reducción laboral la cantidad a percibir por este concepto será un tercio de esta, es decir 7149,67 €.

En este punto Pérez en su ponencia “El Resarcimiento del Lucro Cesante en el Nuevo Baremo: Excepciones a la Aplicación de las Tablas”<sup>24</sup> sostiene que a la cuantía de 21.499€ habría que incrementar el 25% que recoge 132.5. En su charla dada en la Universidad de Salamanca en las Jornadas de estudio “El nuevo baremo indemnizaciones de tráfico” expuso los motivos y he de reconocer que son poderosos, si el 25% se da como consecuencia de no tener una pensión por dedicación exclusiva a las tareas del hogar, el hecho de tener una jornada reducida supone una cotización menor y, en consecuencia un pensión futura menor.

Sin embargo lamento no compartir el argumento por dos motivos, el primero es que no sería de aplicación a quien cotiza para una

<sup>24</sup> Ponencias XV Congreso Nacional de Abogados Especialistas en Responsabilidad Civil y Seguro págs. 263 y ss.

Tabla 2.C.5									
LUCRO CESANTE POR INCAPACIDAD PARA REALIZAR SU TRABAJO O ACTIVIDAD PROFESIONAL (TOTAL)									
ingreso neto	Edad lesionado								
Hasta	26	27	28	29	30	31	32	33	34
9.000,00	20.353 €	19.656 €	18.961 €	18.267 €	17.577 €	16.891 €	16.900 €	15.531 €	14.859 €
12.000,00	27.137 €	26.208 €	25.281 €	24.357 €	23.436 €	22.521 €	21.611 €	20.708 €	19.813 €
15.000,00	33.922 €	32.760 €	31.601 €	30.466 €	29.296 €	28.215 €	21.014 €	25.885 €	24.766 €

Tabla 2.C.7									
LUCRO CESANTE POR INCAPACIDAD PARA REALIZAR CUALQUIER TRABAJO O ACTIVIDAD PROFESIONAL (ABSOLUTA)									
ingreso neto	Edad lesionado								
Hasta	34	35	36	37	38	39	40	41	42
9.000,00	23.068 €	22.180 €	21.297 €	20.418 €	19.543 €	18.672 €	17.806 €	16.944 €	16.087 €
12.000,00	30.757 €	29.573 €	28.396 €	27.224 €	26.057 €	24.896 €	23.741 €	22.592 €	21.449 €

pensión mínima, que sería la misma tenga o no reducción de jornada, siempre que cumpla los requisitos legales para tener derecho a pensión de jubilación.

En segundo lugar por la sistemática del precepto, que se refiere al cálculo del lucro cesante con el multiplicando del apartado 1<sup>25</sup>, sin que se haga referencia a ese incremento, que aparece en el número 5 del artículo 132 dedicado exclusivamente “al lesionado que carece de ingresos por dedicarse en exclusiva a las tareas del hogar”. Argumento predicable al perjuicio patrimonial en el caso de fallecimiento en relación a los artículos 85, en relación a los artículos 83 y 88.

Conviene decir que esta cantidad hay que añadirla a la indemnización que le correspondería en esta misma tabla por sus ingresos netos laborales.

### 3. Indemnización por lesiones temporales

El artículo 134 define las lesiones temporales como las que sufre el lesionado desde el momento del accidente hasta el final de su proceso curativo o hasta la estabilización de la lesión y su conversión en secuela.

<sup>25</sup> “En los supuestos de incapacidad absoluta, respecto del trabajo no remunerado del lesionado que no obtenía ingresos por ser la persona que contribuía al sostenimiento de su unidad familiar mediante la dedicación exclusiva a las tareas del hogar, se seguirán las reglas siguientes:

a) Se valora dicho trabajo no remunerado en el equivalente a un salario mínimo interprofesional anual.

b) En unidades familiares de más de dos personas dicha equivalencia se incrementa en un diez por ciento del salario mínimo interprofesional anual por cada persona menor de edad, con discapacidad o mayor de sesenta y siete años que conviva con el lesionado en la unidad familiar, sin que ese incremento adicional pueda superar el importe de un salario mínimo interprofesional anual y medio.

Es decir, lo que habitualmente consideramos como el tiempo que tardó en curar de sus lesiones y en el número dos establece la compatibilidad de esta indemnización con la que proceda por secuelas o en su caso por muerte, compatibilidad que es obvia con las secuelas que, como el propio 134 recoge, no vienen a ser más que una estabilización de la lesión, que por su imposibilidad de ser curada en su totalidad, es decir, volver al estado anterior al accidente, se convierte en secuela. De hecho, como hemos visto, el momento de valoración de las secuelas es el informe de estabilización de las lesiones.

Supuesto especial es el caso de indemnización por lesiones temporales en caso de fallecimiento del lesionado antes de fijarse la indemnización, que recoge el artículo 44<sup>26</sup> y que lo único que hace es reconocer el derecho de los herederos al cobro de la indemnización que debía percibir el lesionado por el tiempo que tardó en curar de las lesiones, bien hasta el momento de su estabilización, bien hasta el momento del fallecimiento si éste fue anterior a la estabilización. Nótese que la indemnización corresponde a los herederos y no a los perjudicados en caso de fallecimiento, pues esta cantidad al haberse debido percibir en vida corresponde a la masa hereditaria del fallecido.

#### 3.1 Perjuicio personal básico en las lesiones temporales

Lo define el artículo 136, como “el perjuicio común que se padece desde la fecha del accidente hasta el final del proceso curativo o hasta

<sup>26</sup> La indemnización que deben percibir los herederos del lesionado se fijará de acuerdo con el tiempo transcurrido desde el accidente hasta la estabilización de sus lesiones, o en su caso, hasta su fallecimiento, si éste es anterior.

la estabilización de la lesión y su conversión en secuela”.

Se recoge en la tabla 3.A, que establece una indemnización por día de 30 € y que podríamos equiparar a lo que el anterior baremo denominaba día no impeditivo, siendo prácticamente idéntica la cuantía indemnizatoria ya que el baremo de 2014, último publicado, la establecía en 31,43 euros teniendo en cuenta que el IPC de los últimos años ha venido siendo negativo, si bien supone una disminución de un 4, 55% sustancioso para las aseguradoras al ser la indemnización de mayor uso.

### 3.2 Perjuicio personal particular en las lesiones temporales

Podríamos equipararlo a lo que hasta ahora veníamos considerando como días impeditivos y días hospitalarios, pues el número cinco del artículo 138 apunta en esa dirección<sup>27</sup>.

Se regula en la tabla 3.B y lo que hace el baremo es clasificar los días en función de la pérdida temporal de calidad de vida, distinguiendo entre muy grave, grave o moderado.

*Artículo 138.2 El perjuicio muy grave es aquél en el que el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales de la vida ordinaria. El ingreso en una unidad de cuidados intensivos constituye un perjuicio de este grado.*

*3. El perjuicio grave es aquél en el que el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar una parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de sus actividades específicas de desarrollo personal. La estancia hospitalaria constituye un perjuicio de este grado.*

*4. El perjuicio moderado es aquél en el que el lesionado pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal.*

En resumen, la estancia en la UCI se corresponderá con el perjuicio muy grave, la estancia hospitalaria con el perjuicio grave y los días impeditivos sin estancia hospitalaria con el perjuicio moderado, si bien estos criterios no son excluyentes y habrá que estar a lo que diga el informe médico.

Al igual que venía ocurriendo hasta ahora, a cada día de perjuicio personal particular de corresponde un único grado de perjuicio, que son progresivos y excluyentes entre sí.

<sup>27</sup> El impedimento psicofísico para llevar a cabo la actividad laboral o profesional se reconduce a uno de los tres grados precedentes





La indemnización por el perjuicio personal particular lleva incluida la indemnización por perjuicio básico, por lo que no habrá que sumar a esta indemnización los 30 €.

Las cuantías se recogen en la tabla 3.B y suponen una bajada de 6,41 € /día para los días no impeditivos, que no parece justificado y supone de nuevo un importante ahorro para las compañías aseguradoras, un aumento de 3,26 €/día por día hospitalario y el reconocimiento de una mayor penosidad de la estancia en la UCI al indemnizarse con 100 €/día.

#### INDEMINAZACIONES POR LESIONES TEMPORALES

Tabla 3

Tabla 3.B Perjuicio Personal Particular

Por pérdida temporal de calidad de vida

Indemnización por día (incluye la indemnización por perjuicio básico)

Muy grave	100 €
Grave	75 €
Moderado	52 €

### 3.2.1 Las intervenciones quirúrgicas

Se prevé en la tabla 3B una indemnización específica por intervención quirúrgica, que será de un tanto alzado que va desde los 400 hasta los 1600 €, en función de los criterios las características de la operación, complejidad de la técnica quirúrgica y tipo de anestesia.

Como apunta la fiscal delegada de seguridad vial de Oviedo, Adoración Peñín, hay distintas clasificaciones para poder valorar las características y complejidad de la operación.

Podemos citar la Clasificación de Altemeier: una clasificación de las operaciones quirúrgicas según su grado de limpieza y contaminación (algo que en nuestra materia ha de ser tenido en cuenta):

**Cirugía limpia:** sin aberturas a órganos huecos. No hay traumatismos o inflamación probable.

**Cirugía limpia contaminada:** abertura a vísceras huecas con una contaminación mínima. Ruptura de una asepsia mínima.

**Cirugía contaminada:** contaminación importante por el contenido intestinal. Franca ruptura de la asepsia. Herida traumática reciente de menos de 4 horas. Sistema genitourinario biliar abierto con bilis u orina infectada.

**Cirugía sucia:** herida traumática de más de 4 horas y/o tejidos desvitalizados. Contaminación fecal. Cuerpo extraño Viscera perforada. Inflamación bacteriana aguda. Presencia de pus.

O la Clasificación de la ASA (Sociedad Americana de Cirugía): una clasificación que tiene en cuenta el estado general del paciente antes de iniciar un procedimiento, de cara a la anestesia y riesgos operatorios:

Clase I: no hay alteraciones orgánicas, fisiológicas, bioquímicas o psiquiátricas. El proceso patológico para el cual se va a practicar la cirugía se encuentra localizado y no ocasiona alteraciones sistémicas

Clase II: alteraciones sistémicas ligeras a moderadas producidas bien por la condición a tratar, bien por otros procesos patológicos

Clase III: alteraciones sistémicas severas o enfermedades graves de cualquier índole incluso cuando no se puede definir el grado de discapacidad.

Clase IV: Indicativa de un paciente sistémico grave que hace peligrar su vida que no siempre es posible corregir mediante un procedimiento operatorio.

Clase V: paciente moribundo, con poca probabilidad de supervivencia que es remitido a cirugía in extremis<sup>28</sup>.

En este punto será conveniente solicitar, vía informe o declaración en la vista oral, al médico forense una concreción sobre los criterios citados anteriormente.

En todo caso, esta indemnización ha de considerarse compatible con la que corresponda por la estancia hospitalaria.

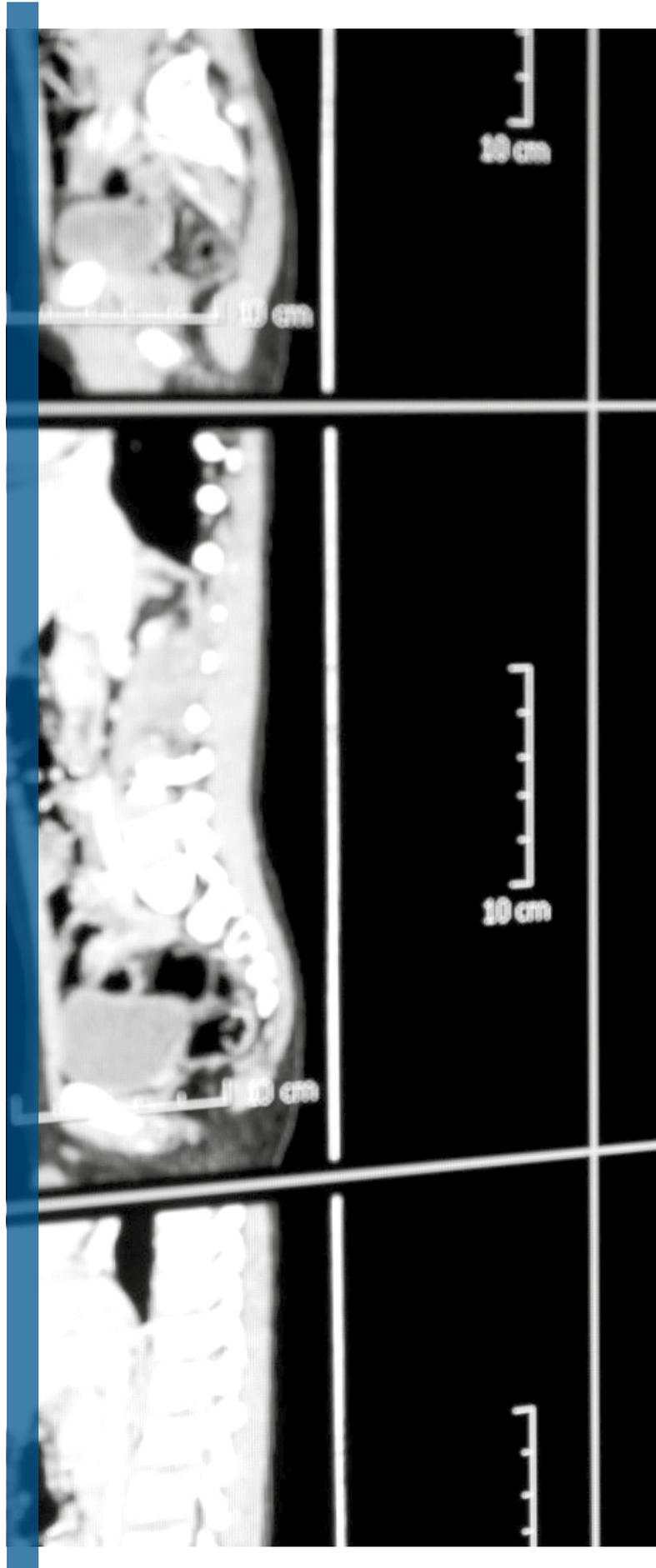
### 3.2.2 Especial consideración de los traumatismos menores de la columna vertebral

Desde hace un tiempo las compañías aseguradoras han venido manifestando su preocupación por los numerosos accidentes con resultado de lo que coloquialmente se conoce como latigazo cervical. Especialmente por el fraude que suele darse en este tipo de lesiones, ya que el dolor es muy difícil de objetivar. La media indemnizatoria por persona y lesión por este concepto está entre los 2000 y los 8500 €<sup>29</sup>.

Ello ha hecho que el legislador se ocupe especialmente de ellos en el artículo 135, especialmente dirigido a los médicos forenses o especialistas en medicina legal que hagan los informes,

<sup>28</sup> Valoración del Daño Corporal en Siniestros de Circulación con Vehículo a Motor. Ley 30/2015, de 22 de septiembre. Ponencia presentada en las Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial, Madrid 2016.

<sup>29</sup> Fuente *Promedio estadísticas Legal Biotec Abogados 2011/2013*





exigiéndoles un mayor rigor en los dictámenes que establezcan indemnización por esta lesión y siempre que vayan referidos a traumatismos cervicales menores, que el número tres del artículo extiende a toda la columna vertebral, cuando la única base para su diagnóstico sea la manifestación del lesionado sobre la existencia del dolor, no susceptible de ser verificado por otras pruebas médicas. Los criterios que deben darse para poder apreciar esta lesión son los siguientes:

a) *De exclusión, que consiste en que no medie otra causa que justifique totalmente la patología.*

b) *Cronológico, que consiste en que la sintomatología aparezca en tiempo médicamente explicable. En particular, tiene especial relevancia a efectos de este criterio que se hayan manifestado los síntomas dentro de las setenta y dos horas posteriores al accidente o que el lesionado haya sido objeto de atención médica en este plazo.*

c) *Topográfico, que consiste en que haya una relación entre la zona corporal afectada por el accidente y la lesión sufrida, salvo que una explicación patogénica justifique lo contrario.*

d) *De intensidad, que consiste en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, teniendo en cuenta la intensidad del accidente y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia.*

2. *La secuela que derive de un traumatismo cervical menor se indemniza sólo si un informe médico concluyente acredita su existencia tras el período de lesión temporal.*

En definitiva, habrá que estar a lo que recoja el informe médico sobre la lesión.

### 3.3 Perjuicio patrimonial en las lesiones temporales

Al igual que en los casos de fallecimiento y secuelas, el baremo los subdivide en daño emergente y lucro cesante.

#### 3.3.1 Daño emergente por lesiones temporales

A diferencia de lo que hemos visto hasta ahora, el daño emergente no va a presentar mayores problemas en la medida en que no van a suponer cuantías correspondientes a conceptos proyectables en el tiempo, sino únicamente la satisfacción de una serie de gastos que deberán ser acreditados. De hecho la tabla 3 habla únicamente de gastos de asistencia sanitaria y gastos diversos resarcibles, limitándose al establecer que se satisfará su importe. En definitiva, será un problema de prueba documental de aportación por los perjudicados de las facturas correspondientes a los gastos que recogen los artículos 141 y 142.

### 3.3.1.1 Gastos sanitarios

*Se resarcen los gastos de asistencia sanitaria, prótesis, órtesis, productos de apoyo para la autonomía personal, que por prescripción facultativa necesites lesionado hasta el final del proceso curativo o estabilización de la lesión y su conversión en secuela, siempre que se justifique debidamente ese médicamente razonables en atención a la agresión sufrida y sus circunstancias (art. 141.1).*

Estos gastos pueden ser satisfechos al lesionado en caso de que hayan sido abonados por este o directamente a los centros sanitarios.

Se asimilan a ello los gastos de transporte que el lesionado realice con ocasión de la asistencia sanitaria de sus lesiones temporales

### 3.3.1.2 Gastos diversos resarcibles

También se resarcen los gastos que la lesión genera en el desarrollo de las actividades ordinarias del día a día del lesionado, siempre que estén debidamente justificados y sean razonables en atención a sus circunstancias personales y familiares.

En particular, con los mismos criterios de razonabilidad del apartado anterior se indemnizarán por esta vía los costes de movilidad del lesionado, desplazamientos de familiares para atenderle cuando su condición médica o situación personal lo requiera, y en general, los necesarios para que queden atendidos él o los familiares menores especialmente vulnerables de los que se ocupa.

Es decir, se recogen todos los gastos precisos para el desplazamiento del lesionado o bien para el cuidado temporal de las personas a su cargo mientras éste es atendido en el centro (guarderías, canguros, personas que asistan a otras de edad avanzada, etc).

### 3.3.2 Lucro cesante por lesiones temporales

Se regula en el artículo 143 de un modo similar a las secuelas, en lo que se refiere a la acreditación de los ingresos netos, distinguiendo también el perjudicado que se encuentre trabajando y aquel que se dedique exclusivamente a las tareas del hogar.

a) lesionado en situación laboral activa. Se le indemnizará por la pérdida de ingresos netos proveniente de trabajo personal del lesionado, que se acreditará mediante la referencia a los percibidos en un periodo análogo a la lesión temporal durante el año anterior al accidente o

la media de los tres años inmediatamente anteriores al mismo, si ésta fuera superior.

Reproducimos aquí lo expuesto en el apartado del cálculo de ingresos netos en la indemnización por secuelas, especialmente en lo referido a unos colectivos como taxistas, transportistas o trabajadores autónomos.

b) lesionado dedicado con carácter exclusivo a las tareas del hogar. Se le indemnizará por la cantidad diaria de un salario mínimo interprofesional anual que para el año 2016 es de 21,84 euros/día, con las siguientes limitaciones:

- Si las lesiones curaron sin secuelas o con secuelas iguales o inferiores a tres puntos, la cantidad máxima a indemnizar será de una mensualidad del SMI, que en 2016 es de 655,20 €.

- En los demás casos, es decir, curación con secuelas superiores a tres puntos, será de aplicación los criterios que vimos en las secuelas. Se indemnizará en concepto de lucro cesante a razón de 21,84 euros/día durante todo el tiempo que tarde en curar de las lesiones, hasta su conversión en secuela, que habrá de ser superior a tres puntos. Esta cantidad de 21,84 euros/día se incrementará en un 10% por cada uno de los menores de edad, discapacitados, o mayores de 67 años que convivan con el lesionado, siempre y cuando la unidad familiar sea mayor de dos miembros.

En los dos casos la indemnización por lucro cesante de quienes se dedican con carácter exclusivo a las tareas del hogar es incompatible con el resarcimiento de los gastos generados por la sustitución de tales tareas, es decir, no es compatible con solicitar indemnización por haber tenido que contratar a otra persona que realice las tareas que venía haciendo en lesionado. Sin embargo, si podrá solicitarse esa indemnización dentro de los gastos diversos resarcibles que prevé el artículo 142.1, pero habrá de optarse entre una u otra.

- No es de aplicación la reducción prevista en el número tres del artículo 131, ya que el lucro cesante por lesiones temporales solamente se dará a quien se dedique con carácter exclusivo a las tareas del hogar, excluyéndose expresamente los supuestos de reducción de jornada por dedicación temporal a esas tareas.

De esas cantidades se deducirán las prestaciones de carácter público que perciba el lesionado por el mismo concepto. Por tanto, quedan excluidos de la indemnización por este concepto colectivos como funcionarios o trabajadores por cuenta ajena que perciban el 100 por 100 de sus haberes estando de baja laboral.



## El informe médico concluyente

**Norberto Gallardo San Salvador**

Médico Especialista en Medicina del Trabajo.  
Médico Especialista en Medicina de Familia.  
Perito Médico de Seguros

Antes de empezar a desmenuzar la composición que debe de tener un informe médico concluyente, vamos a centrar el tema y a hacer unas reflexiones sobre las modificaciones introducidas en la Ley 35/15, desde el punto de vista de la Valoración del Daño Corporal.

En primer lugar recordar que el artículo 135 de la nueva Ley, se refiere a la indemnización por traumatismos menores de la columna vertebral, en los siguientes términos:

1.- *Los traumatismos cervicales menores que se diagnostican con base en la manifestación del lesionado sobre la existencia de dolor, y que no son susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias, se indemnizan como lesiones temporales, siempre que la naturaleza del hecho lesivo pueda producir el daño de acuerdo con los criterios de causalidad genérica.*

Esto nos indica que las lesiones cervicales menores que se diagnostiquen por la manifestación del lesionado de la existencia de dolor y que no se puedan verificar con pruebas médicas complementarias, no podrán derivar en secuelas, sino que serán indemnizadas como lesiones temporales.

La manifestación del lesionado de la existencia de dolor va a existir siempre, pues en caso contrario se supone que no se han sufrido lesiones.

El problema viene cuando comprobamos que las pruebas médicas complementarias, generalmente no van a verificar lesión alguna a nivel cervical, y que lo que verdaderamente nos va a demostrar la existencia de una lesión es una completa y experimentada exploración clínica del lesionado, pero esta prueba que es la exploración clínica no está contemplada como requisito en este apartado.

Si repasamos las diferentes pruebas médicas complementarias existentes, comprobaremos su utilidad:

- **Exploraciones radiológicas:** Aportan escasa información en los traumatismos menores de la columna vertebral, siendo muy útiles para el diagnóstico de lesiones de mayor entidad (luxaciones, fracturas vertebrales, desplazamientos vertebrales, etc). Según las proyecciones que utilicemos (antero-posterior, lateral, laterales dinámicas u odontoides) nos dará información de la columna cervical, pero no esclarece prácticamente nada en los traumatismos menores de la columna vertebral, pues es ya conocido que desde el punto de vista médico, la existencia de una rectificación de la columna cervical o pérdida de la lordosis fisiológica, no significa más que existe una contractura muscular a dicho nivel que es la que mantiene dicha rectificación, no teniendo por que ser de origen postraumático, sino que normalmente es derivada de la actividad física y laboral de cada persona. Es la más utilizada de todas.
- **Ecografía:** Aporta información de los tejidos blandos cervicales, pero es de escasa utilidad en los traumatismos menores de la columna vertebral, por la débil especificidad de la prueba, siendo muy poco utilizada.
- **TAC:** es una prueba muy específica de lesiones óseas, pero de nula aportación en los traumatismos menores de la columna ver-



tebral. No suele utilizarse salvo para descartar patología ósea.

- **Resonancia magnética:** Es una prueba que nos da una gran información de todos los tejidos tanto blandos como óseos de la columna vertebral, pero que aporta escasa información en este tipo de traumatismos, porque los traumatismos menores de la columna vertebral no suelen producir lesiones visibles en una resonancia magnética, pues en ese caso ya no serían traumatismos menores, sino de mayor entidad. Es muy utilizada para descartar otro tipo de patologías y para comprobar la existencia de lesiones a nivel vertebral ante las continuas referencias de un lesionado de la existencia de dolor.
- **Electromiografía:** Es una prueba muy específica y objetiva para diagnosticar una afectación de una raíz nerviosa que produce una irradiación a miembros superiores



o inferiores (según el nivel de afectación), o una compresión medular, pero que no tiene utilidad en los traumatismos menores de la columna vertebral. Se utiliza para objetivar las sospechas de una afectación radicular o ante las constantes referencias de un lesionado en relación a la existencia de un dolor irradiado o de la existencia de unas parestesias en miembros superiores o inferiores.

- **Termografía:** Es una prueba diagnóstica muy poco específica, compleja de ejecución y de escasa implantación. Es muy poco utilizada.

Por tanto, como hemos comprobado, las pruebas médicas complementarias no son de utilidad en los traumatismos menores de la columna vertebral, o lo que es lo mismo cuando las pruebas médicas complementarias son positivas, muy probablemente no se trate de un traumatismo menor de la columna vertebral.

Siguiendo con la interpretación del artículo 135 de la Ley 35/15, nos viene a decir que la gran mayoría de los traumatismos menores de la columna vertebral, serán indemnizados como lesiones temporales, es decir como días de curación y sin secuelas, pues ya hemos visto anteriormente que van a ser lesiones diagnosticadas con manifestación de dolor por parte del lesionado únicamente.

La trascendencia de la exploración clínica del accidentado, que realmente sería la única prueba válida para diagnosticar una lesión a nivel de la columna vertebral no se contempla en este apartado, pero la estudiaremos más adelante, al hablar del informe médico.

En el punto 2 del artículo 135 se nos da otra visión de este asunto:

*2.- La secuela que derive de un traumatismo cervical menor, se indemniza solo si un informe médico concluyente acredita su existencia tras el período de lesión temporal.*

En el apartado 1 se indica que las lesiones que se diagnostiquen por las referencias dolorosas del lesionado, sin pruebas médicas complementarias, no se indemnizarán con secuelas, sino sólo con días de curación, pero en este apartado se nos dice que en un traumatismo menor de la columna cervical, para considerar la posibilidad de una secuela derivada del mismo, se debe de acreditar su existencia con un informe médico concluyente.

### Informe médico concluyente

Antes de entrar a valorar la composición de un informe médico concluyente, nos tenemos que trasladar al inicio del proceso evolutivo que se desarrolla en un accidente, después de producirse el mismo con un mecanismo de producción determinado, es decir a la primera asistencia médica recibida, puesto que es ahí donde se diagnostica la lesión inicial, a partir de la cual se desarrolla todo el proceso evolutivo seguido.

En la primera asistencia médica recibida, normalmente en un servicio de urgencias hospitalario, radica una gran trascendencia legal futura de la repercusión del accidente sufrido, porque todo lo que se indica en el informe inicial de la primera asistencia médica recibida después de haber sufrido un accidente tendrá una importancia vital para sustentar la existencia del propio accidente y de las lesiones sufridas.

El problema lo tenemos cuando el profesional médico de un servicio de urgencias hospitalario no es consciente de dicha trascendencia jurídica de ese informe y por tanto de los actos que él realice. Para un médico de un servicio de urgencias hospitalario, un lesionado que ha pasado el filtro inicial hospitalario con el diagnóstico de una lesión tipo IV (gravedad de I a IV, siendo I la más grave que no admite demora y IV la menos grave, que puede ser demorable), que se queja de dolor cervical y que es catalogado como una lesión cervical, es un paciente que principalmente y salvo excepciones (siempre generalizar implica equivocarse) ha acudido a dicho servicio hospitalario porque precisa el informe médico de dicha asistencia para posteriormente poder justificar la propia existencia del accidente sufrido, así como de las lesiones iniciales y la relevancia de las mismas.

Es decir a este paciente le podemos llamar de “guante blanco” para el médico, pues es un paciente que precisa poca atención, ninguna dificultad diagnóstica, escasa exploración clínica y rápida resolución del proceso, pudiendo emplear con el paciente unos 15 minutos (dependiendo de que le soliciten pruebas diagnósticas radiológicas).

El paciente habrá estado en la sala de espera del servicio de urgencias hospitalaria unas 4 horas de espera de atención, porque tienen preferencia las patologías más graves, y porque normalmente estos servicios de urgencia hospitalarios, están saturados de personas solicitando asistencia, siendo estos pacientes una de las causas de esta masificación de estos servicios, pues no olvidemos que son pacientes que no suelen acudir una única y primera vez, sino que suelen reiterar las asistencias futuras, pasados unos días del accidente, para intentar demostrar la mala evolución seguida y la importancia de las lesiones padecidas. De hecho un lesionado que en la primera asistencia recibida no le solicitan exploraciones radiográficas, ante la levedad de las lesiones, y con buen criterio médico, suele volver al mismo servicio transcurridas 24-48 horas con síntomas de empeoramiento, viéndose el médico obligado a solicitarle dichas pruebas radiológicas, pues en caso contrario parece que la entidad de las lesiones sufridas es mucho menor.

El médico a este tipo de pacientes no le suele hacer una exploración clínica detallada, sino que simplemente se dedica a indicar la sintomatología referida, a realizar una muy simple exploración clínica y a no dedicarle ninguna atención al apartado de diagnóstico clínico, lo

cual se traduce en indicar en el informe los dolores que refiere el paciente, a indicar la existencia de las limitaciones funcionales que puedan existir (limitaciones de movilidad, dolor, contracturas musculares...) y a poner en el apartado de diagnóstico, el término de cervicalgia, esguince cervical, síndrome del latigazo cervical, contractura muscular, rectificación cervical, etc, e incluso vemos que se llega a indicar como diagnóstico el término “accidente de tráfico”.

El médico sabe que este paciente es uno de los muchos que hay que precisan de la consecución de este informe médico de asistencia, pues no olvidemos que el porcentaje de pacientes que acuden a un servicio de urgencias hospitalario, más que con la intención de “ser curados”, con la intención de la consecución de este informe, es muy alta, siendo esta una de las causas de la masificación que presentan dichos servicios (pacientes que tienen que justificar la existencia de un accidente, de una lesión, de una enfermedad, para posteriormente conseguir una indemnización, justificar una baja laboral, una inasistencia al trabajo, etc...).

El médico debería de dedicarle más atención a este tipo de pacientes, especialmente al apartado de la exploración clínica y al de diagnóstico, pues si por ejemplo a un paciente con un traumatismo cervical menor, que se diagnostica en base a la manifestación del lesionado de la existencia de dolor, le hace una buena exploración clínica y si esta es negativa, lo indica en el informe, e indica que no hay patología aguda, y en el apartado de diagnóstico indica correctamente la inexistencia de patología, en lugar de expresar en el informe la sintomatología referida por el paciente y colocar el término cervicalgia en el apartado de diagnóstico con solo escuchar la palabra accidente de tráfico, muy probablemente este paciente no acudiría a dicho servicio ni a los 2 días, ni a la semana ni al mes que es lo que suele pasar casi siempre, pues para poder justificar la existencia de un proceso evolutivo no olvidemos que el lesionado va a tratar de justificarlo con una serie de asistencias periódicas a los servicios de urgencias hospitalarios.

Es por tanto crucial el hecho de que el médico del servicio de urgencias, con las limitaciones que implica el no saber como ha sido el accidente sufrido (más que por la referencia del propio lesionado), explore adecuadamente al paciente y lo que es lo más importante, exprese en el informe el resultado de esa exploración, indicando claramente si observa patología aguda postraumática o no y expresándolo asimis-

mo en el apartado de diagnóstico. Digo con la limitación de no conocer el mecanismo de producción del accidente, porque si el médico de estos servicios de urgencia pudiera conocer el mecanismo de producción del accidente (intensidad de colisión, como ha sido la colisión...) en muchas ocasiones podría indicar la inexistencia de lesiones, pues no es lo mismo recibir una colisión trasera a gran velocidad que recibir una colisión delantera por un vehículo que está saliendo de un aparcamiento marcha atrás, por estar aparcado en batería.

Lo ideal sería que el médico que atiende al lesionado en un servicio de urgencias hospitalario, conociese cómo ha sido el accidente, con qué intensidad, en qué posición estaba el lesionado, si estaba prevenido o estaba relajado, si estaba con la cabeza girada o mirando hacia atrás, si tiene antecedentes o patología previa, si llevaba el cinturón puesto o no, todos estos factores y muchos más son importantes a la hora de conocer las repercusiones de un accidente sobre una persona que lo sufre, pero la mayoría de ellas son desconocidas para el profesional que realiza la primera asistencia, y no solo eso, sino que la gran mayoría de las veces la única fuente de información que presenta el médico es el propio lesionado o sus acompañantes, y la información no es objetiva e incluso a veces no es cierta, por lo que el trabajo del profesional es más complicado de lo que a priori puede pensarse.

El diagnóstico tiene que ser consecuente con la exploración clínica realizada, no se puede poner una exploración clínica completamente normal, por ejemplo de una rodilla y en el apartado de diagnóstico indicar contusión de rodilla, o si tenemos una exploración normal de una columna cervical, no se puede indicar en el apartado de diagnóstico esguince cervical o cervicalgia postraumática, pues esto induce a errores en la valoración jurídica de estos términos.

Como hemos dicho anteriormente, no es consciente el médico de un servicio de urgencias hospitalario de la repercusión jurídica que tiene la hoja de papel que le entrega al lesionado al término de la asistencia y aunque en la formación que se le da a los médicos residentes de primer año antes de empezar a realizar guardias en los servicios de urgencias de un hospital, se han incluido nociones de estos temas, se debería de hacer más hincapié en todos estos apartados.

Todo lo referido para la primera asistencia médica, sirve igualmente para las asistencias

médicas posteriores que se puedan solicitar por parte de un lesionado, para poder justificar un proceso evolutivo de determinada duración.

Entramos ya a detallar los requisitos que debe de tener un informe médico concluyente.

Un informe médico concluyente debe de ser un informe que tenga conclusiones, y que estas conclusiones tengan sentido común y sean consecuentes con el accidente sufrido y las lesiones originadas.

Los requisitos para poder considerar a un informe médico como un informe médico concluyente, son las siguientes:

### 1.- Informe médico completo

Debe de ser un informe médico pericial adaptado a las normas para la valoración del daño corporal que figura en el capítulo II del título IV: Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

#### Datos de filiación e identificación

Un informe médico completo es un informe que además de identificar al profesional que lo emite, debe de identificar a la persona de quien se emite, sus datos de filiación, edad, fecha de nacimiento, estado civil, número de hijos, número del documento nacional de identidad, domicilio, profesión y dedicación.

#### Objeto del informe

Debe de indicarse claramente el objeto del informe realizado, quien lo solicita y fundamentalmente con que propósito se realiza.

#### Fuentes del informe

Expresar qué documentación se ha dispuesto para realizar dicho informe y si se ha explorado al lesionado, en cuantas ocasiones y en qué fechas.

#### Mecanismo de producción del accidente

Indicar cómo se ha desarrollado el accidente y cuáles son las fuentes de dicha información (atestado de los agentes de seguridad, referencia del lesionado, declaración amistosa de accidente...), expresando cuantos datos sean relevantes para entender el mecanismo de producción del mismo.

### Primera asistencia

Cuando se ha recibido la primera asistencia y en que servicio médico.

### Diagnóstico inicial

Cuál es el diagnóstico inicial, aunque posteriormente se diagnostiquen otras lesiones que hayan pasado desapercibidas en la primera asistencia.

### Tratamiento inicial

El tratamiento inicialmente recibido.

### Evolución

Explicar cuál es el proceso evolutivo seguido, de asistencias médicas, pruebas diagnósticas realizadas, consultas con otros especialistas, revisiones y tratamientos prescritos.

### Exploración clínica

Debemos de indicar cuántas ocasiones hemos reconocido al lesionado y en qué fechas, así como la exploración clínica tan exhaustiva como consideremos necesario.

### Estado final

Al final del proceso evolutivo se llega a la curación *ad integrum* o a la aparición de secuelas.

La aparición de secuelas se determina cuando las posibilidades terapéuticas se han agotado y la mejoría de las lesiones es inapreciable, habiéndose estacionado el proceso evolutivo.

Se debe de explicar la procedencia de cada secuela que exista, su origen, sin olvidar que debe de ser explicada su existencia por lesiones iniciales que puedan justificar su posterior aparición, es decir de una lesión inicial y su posterior evolución.

### Valoración del daño corporal

Debe de contemplar las secuelas existentes y su valoración de acuerdo al baremo de la nueva ley 35/2015, explicando la puntuación de cada una de ellas y los criterios seguidos para dicha puntuación.

Igualmente debe de contemplar la duración del proceso de curación, el perjuicio personal particular por pérdida temporal de calidad de

vida (perjuicio muy grave, grave, moderado y perjuicio personal básico), perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas, y cualquier otro perjuicio que presente, de los contemplados en la Ley 35/2015.

Al igual que en el apartado de las secuelas, en el perjuicio personal particular por pérdida temporal de calidad de vida, hay que explicar la duración contemplada de cada uno de dichos períodos.

Incluyo aquí una especial explicación de la diferencia que existe ente lo reflejado en el artículo 138, cuando se indica que “el impedimento psico-físico para llevar a cabo la actividad laboral o profesional se reconduce a uno de los tres grados precedentes”, refiriéndose al perjuicio personal muy grave, grave o moderado, lo cual nos indica que hay que valorar si las limitaciones psicofísicas que presenta el lesionado le impiden realizar su actividad laboral o no; y el segundo concepto es el de baja laboral, trámite administrativo que no siempre va unido a la permanencia en el tiempo de esas limitaciones psicofísicas en el lesionado, motivo por lo que habrá que desgranar ambos conceptos y explicarlos claramente, pues aunque en la teoría deberían de ir unidos ambos conceptos, en la práctica no ocurre así, pues hay numerosas causas por las que un médico de familia mantiene una baja laboral independientemente de las limitaciones funcionales que presente, siendo dichas causas no imputables al accidente en cuestión.

### Estudio del nexa causal

Hay que valorar los criterios de causalidad, como son:

- **De exclusión:** Que no medie otra causa que justifique totalmente la patología.
- **Cronológico:** Que la sintomatología aparezca en tiempo medicamente explicable, y que se reciba la primera asistencia médica antes de las 72 horas del accidente.
- **Topográfico:** Existencia de relación entre la zona corporal afectada por el accidente y la lesión sufrida, salvo explicación patogénica en contrario.
- **De intensidad:** Adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, teniendo en cuenta la intensidad del accidente y todas las variables que afecten a la probabilidad de su existencia.

- **De continuidad:** Existencia de un Proceso Evolutivo que justifique la evolución de las lesiones iniciales, hasta la estabilización o hasta la curación de las mismas.
- **De estado previo:** Que los antecedentes del lesionado y su estado previo no intervenga en el mecanismo de producción del accidente.

Surge aquí una duda de interpretación del artículo 135, pues este indica que los traumatismos cervicales menores que se diagnostican con base en la manifestación de la existencia de dolor por parte del lesionado y que no son susceptibles de verificación mediante pruebas médicas complementarias, se indemnizan como secuelas temporales siempre que cumplan con los 4 primeros criterios de causalidad expuestos anteriormente.

En el apartado 1 del artículo 135, se indica que los criterios de causalidad se aplicarán a los demás traumatismos menores de la columna vertebral, referidos en el baremo médico de secuelas.

La pregunta es si para el resto de secuelas del baremo se exige que cumplan con estos criterios de causalidad o como se dice textualmente en la Ley, solo es para las lesiones vertebrales menores.

La respuesta entiendo que debe de ser afirmativa, que sí es exigible al resto de secuelas, porque si recordamos, ya se exigía dentro de las normas del sentido común en la valoración de secuelas con los baremos de las anteriores leyes, en concreto de la Ley 30/95 y 34/2003. Si ya exigíamos su cumplimiento como parte de la justificación de la existencia de una secuela con estas leyes, cómo no se va a exigir en las secuelas de esta ley, que expresamente las indica para las lesiones de la columna vertebral.

## Conclusiones

Siempre un informe médico pericial debe de terminar con unas conclusiones breves, fáciles de entender, concretas y claras, sin olvidar de poner la fecha del informe, e intentando que la extensión del informe sea lo más corta posible, pues cuanto más breve y concreto sea, invitará más a su lectura.

## 2.- Condiciones del médico que emite el informe

- El profesional que emite un informe médico pericial o informe médico concluyente

debe de tener una formación adecuada a la pericia realizada, que demuestre unos conocimientos teóricos y prácticos en la materia, habiéndose formado en Valoración del Daño Corporal.

- El profesional debe de tener un cierto prestigio dentro de la materia que se esté tratando, siendo en este caso en general dentro de la Valoración del Daño Corporal, y especialmente que no esté calificado como falta de rigor y de prestigio entre el resto de los profesionales.

Una vez que hemos visto en que consiste un informe médico concluyente, volvemos a la lectura e interpretación del artículo 135 de la Ley 35/2015, quedando por tanto que las lesiones menores de la columna vertebral que se manifiesten solo por las referencias de dolor por parte del lesionado, sin que se objetiven en pruebas diagnósticas, solo se podrán valorar como lesiones temporales, salvo que exista un informe médico concluyente que indique la posibilidad de la existencia de secuelas.

Yo me pregunto si es que los informes médicos que se presentaban hasta ahora no eran concluyentes, y la respuesta obligada es que entiendo que sí, que siempre ha habido y habrá buenos informes de buenos profesionales y malos informes de malos profesionales; que es lo que ha cambiado ahora para que se exijan informes médicos concluyentes, y lo que ha cambiado es un aumento de exigencia en el rigor de estos informes, puesto que los profesionales son los mismos los que hay en el 2016 que los que había en el 2015, lo que esta nueva Ley está “exigiendo” es que los informes médicos que se presenten (llamados concluyentes), no solo tengan un mínimo de calidad, sino que tengan un grado alto de excelencia, que estén hechos por profesionales con prestigio, es decir que tengan rigor, que cumplan con las normas y los requisitos indicados en la Ley 35/2015 y en definitiva que cualquier perito médico que estudie y compruebe uno de estos informes pueda decir que están bien realizados, independientemente de las opiniones que se evacuen en ellos.

Es aquí donde nuevamente hacemos especial atención en lo referido al inicio del artículo, cuando nos referíamos a la exploración clínica realizada, que es la “prueba” que se convierte en más importante a la hora de valorar estas lesiones, pues si tenemos solo la referencia de dolor por parte del lesionado y no tenemos

pruebas diagnósticas complementarias que puedan objetivar lesiones, solo nos queda la exploración clínica, donde hay que destacar que lo importante no es que sea una completísima exploración clínica por aparatos y maniobras exploratorias, sino que debe de ser una exploración clínica completa, que sea consecuente con las lesiones sufridas inicialmente y con las supuestamente diagnosticadas a posteriori, que sea congruente con el proceso evolutivo seguido y con el resultado de los tratamientos realizados, pues no parece de recibo que nos encontremos lesionados que después de realizar un tratamiento rehabilitador, estén con más sintomatología y con más limitaciones que al inicio del mismo, es decir que estén peor que antes, pues en estos casos los tratamientos son más de tipo paliativo que curativo.

Para esta exploración clínica es fundamental la experiencia clínica del profesional que la realice y que emita el informe, pues sólo la experiencia clínica puede suplir las deficiencias que hay en la relación médico-paciente en este tipo de accidentes y de lesionados, pues no olvidemos que se está reconociendo a una persona y que en función del reconocimiento realizado puede variar el resultado final indemnizatorio, por lo que los intereses creados son múltiples y el grado de colaboración de un paciente no siempre es del cien por cien.

### El presente y el futuro

La Ley 35/2015 nos trae un aumento de exigencia de calidad en los informes médicos periciales que se realicen (informes médicos concluyentes), el problema surgirá a la hora de confrontar los informes médicos de dos partes enfrentadas en la valoración de los daños causados por un accidente de circulación, lo cual siempre ha sucedido y seguirá ocurriendo, y en la práctica lo que va a suceder es que el escalón de calidad que estamos subiendo con esta nueva exigencia de la Ley, va a conseguir por un lado que las compañías de seguros negocien más siniestros que antes de la aparición de la nueva Ley con los letrados de los lesionados, por facilidad y rapidez de las mismas compañías y por el trabajo que va a suponer interponer una demanda con la nueva Ley para un letrado, lo cual va a hacer que estos, por comodidad, tiendan a negociar muchos más casos que antes y a interponer menos demandas, y por otro lado se va a conseguir que todos los letrados que soliciten unas secuelas como consecuencia de un accidente de un cliente suyo, se vean obligados a solicitar un informe médico

de calidad a un profesional de prestigio, dejando de lado a algunos profesionales que por su reputación o falta de rigor en sus informes no van a poder llegar al listón de calidad exigidos por la nueva Ley.

Es pronto todavía para conocer la dirección y la corriente que tomarán los siniestros acaecidos a partir del uno de enero del 2016, pero parece ser que las compañías de seguros están haciendo que sus servicios médicos valoren a todos los lesionados cuya responsabilidad recae en dicha compañía (tanto contrarios como asegurados), siendo lógico este proceder pues con la nueva Ley se necesita un informe médico para realizar una oferta motivada a la parte contraria, y entiendo que ante cualquier intento de negociación por parte de la compañía, el letrado del lesionado solicitará el informe médico que sustente la oferta motivada realizada, lo cual hasta ahora no se venía haciendo, pues solamente valoraban a algunos de los lesionados y otros se llegaba a un acuerdo sin intervención ni del médico ni del abogado de la compañía, con lo cual aumentará el volumen de trabajo de los servicios de valoración del daño corporal de las compañías de seguros a corto plazo y disminuirá a corto plazo el volumen de trabajo de sus asesorías jurídicas, aunque a medio plazo volverá a aumentar.

Igualmente los letrados de los lesionados intentarán negociar un mayor número de casos que con anterioridad a la entrada de la Ley, especialmente los casos de escasa entidad y trascendencia, dejando reservados las demandas judiciales para los grandes lesionados, los cuales al haber salido más favorecidos con la nueva ley, sea más difícil llegar a un acuerdo entre ambas partes.

Queda por último hacer un comentario al escaso número de solicitudes de valoración de los lesionados por los Institutos de Medicina Legal, lo cual entiendo que es debido a la desconfianza que los letrados puedan tener sobre estos profesionales en el sentido que una vez que el equipo de médicos forenses emitan su informe va a ser muy difícil por no decir que imposible rebatir sus argumentos en la misma jurisdicción civil en la que ellos han intervenido, y por tanto a corto plazo el número de solicitudes va a ser muy bajo, y a medio plazo dependerá del nivel de rigidez en las negociaciones que adopten las compañías de seguros, pues en caso de que ese nivel sea muy alto, probablemente se tienda a volver a solicitar la ayuda de estos profesionales de la administración de justicia.



# Prescrita la acción contra los fabricantes de la Talidomida (comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015)

**Mariano Yzquierdo Tolsada**  
Catedrático de Derecho Civil de la  
Universidad Complutense

## Sumario

### 1. Hechos

- 1.1. Antecedentes
- 1.2. La solución de primera instancia
- 1.3. La solución de la Audiencia Provincial
- 1.4. Los motivos de casación

### 2. Resolución jurídica

### 3. Comentario

- 3.1. Un lapsus llamativo, aunque irrelevante
- 3.2. La tipología de los daños, en su relación con el transcurso del tiempo
  - 3.2.1. Daños duraderos y lesiones corporales
  - 3.2.2. Daños diferidos
  - 3.2.3. Daños continuados y daños permanentes
  - 3.2.4. Daños sobrevenidos
- 3.3. El voto particular

### 4. Conclusión

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) pone fin al litigio planteado por la Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE). Se declara la prescripción de la acción, pues si las graves malformaciones de los niños cuyas madres habían consumido el medicamento durante su embarazo eran daños manifestados en el mismo momento del nacimiento, éste fue el momento que marcó el inicio de la prescripción. El procedimiento iniciado para que se reconociera la condición de afectados por la talidomida en orden a hacer a éstos acreedores de las ayudas públicas no supuso interrupción de la prescripción.

En el pasado número de la Revista (nº 56, pgs. 105 y 106) se dio noticia de la Sentencia, acompañada de un breve comentario crítico del letrado **EUGENIO MOURE**. Aporto con este trabajo un estudio que tiene algo de contrapunto, pues mi opinión sobre la Sentencia es, en cambio, favorable en términos generales.

## 1. Hechos

### 1.1. Antecedentes

Hacia finales de 1950 comenzaron a comercializarse en Europa unos medicamentos fabricados por la compañía farmacéutica alemana Grünenthal GmbH que contenían talidomida y que se presentaban al público como sedantes que calmaban las náuseas durante los primeros meses de embarazo. El fármaco tuvo un gran éxito, pero resultó ser un teratógeno. Miles de bebés, hijos de las mujeres que habían sido tratadas con ese producto, nacieron en todo el mundo con graves e irreversibles malformaciones, particularmente severas en los casos de focomelia, es decir, la carencia o excesiva cortedad de las extremidades.

Cuando fueron comprobados los efectos del medicamento por el doctor **WIDUKIND LENZ** y su compañero de la Clínica Universitaria de Hamburgo, el español **CLAUS KNAPP**, el producto fue retirado en los países donde había sido comercializado. España fue de los últimos, pues hasta enero de 1963 aún había talidomida en las farmacias. Fue la catástrofe farmacológica más importante del siglo XX.

La Asociación de Víctimas de la Talidomida en España (AVITE) se creó en 2003, a la vista de que Grünenthal GmbH había desestimado la concesión de ayudas económicas a los afectados españoles. En 2010 se publicó el Real De-

creto 1006/2010, que regulaba un procedimiento para el reconocimiento y abono de determinadas ayudas públicas que consistían en un único pago con límite inferior de 30.000 euros y superior de 100.000 euros. El reconocimiento de los concretos beneficiarios y las cantidades concedidas a cada uno serían resueltos por el INSERSO. Finalmente, la Asamblea General de AVITE celebrada el 12 de marzo de 2011 acordó demandar a la farmacéutica Grünenthal Pharma, S.A. La demanda fue presentada el 12 de febrero de 2012.

### 1.2. La solución de primera instancia

En sentencia de 19 de noviembre de 2013, el Juzgado de Primera Instancia número 90 de Madrid declaró como afectados por la talidomida a los socios de AVITE incluidos en el listado contenido en la resolución del INSERSO en aplicación del Real Decreto 1006/2010 y condenó a la mercantil demandada a indemnizar a cada uno la suma de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía reconocido por la Administración, más los intereses legales desde la interposición de la demanda y costas.

### 1.3. La solución de la Audiencia Provincial

En sentencia de 13 de octubre de 2014, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso planteado por Grünenthal Pharma, S.A., apreció la prescripción de la acción y revocó la sentencia dictada en primera instancia, sin costas. La Sentencia afirma que si los daños derivados de la ingestión del medicamento eran detectables desde el momento del nacimiento, los perjudicados estaban en disposición de ejercitar la acción al menos cuando cumplieron la mayoría de edad. También entiende que en materia de daños continuados, el cómputo del plazo de prescripción queda diferido al momento en el que se genera el resultado definitivo, pero ello no sucede así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida. Y si los daños quedaron detectados desde el mismo momento del nacimiento de los niños víctimas de la focomelia, sus secuelas quedaron concretadas en ese momento como defectos permanentes. Ello, con independencia de que pudieran haberse manifestado nuevos daños con posterioridad, como era el caso de las escoliosis y la artrosis, que deben seguir el régimen de los daños sobrevenidos, cuya prescripción no comienza hasta la manifestación de los mismos.

En definitiva, la acción se hallaba prescrita ya cuando la demanda se ejercitó. Y el reco-

nocimiento oficial de talidomídicos y la consecuencia del mismo de cara al derecho a percibir las ayudas previstas en el Real Decreto 6/2010 no afectan a la prescripción de la acción, pues la misma no se puede entender que estuviera interrumpida hasta la obtención de los correspondientes diagnósticos, que además bien podrían haber sido obtenidos mucho antes.

#### 1.4. Los motivos de casación

Los recurrentes basaron su recurso, como es lógico, en el punto de la prescripción extintiva de la acción. Concretamente, consideraban, sin decirlo con plena claridad terminológica, que los daños no tenían la condición de *permanentes*, sino que eran daños *continuados*. O lo que es lo mismo, el plazo de prescripción no pudo comenzar a correr hasta el momento en el que los perjudicados conocieron el alcance de sus daños, cosa que no podía haberse producido antes de que el Real Decreto 1006/2010 les reconociera legalmente la condición de afectados: era, pues, su reconocimiento como beneficiarios de las ayudas públicas lo que marcaba el *dies a quo*, sin que resultara factible separar o diferenciar etapas o tramos en función del tipo de daños.

### 2. Resolución jurídica

La STS de 20 de octubre de 2015 desestima el recurso de casación, declarando prescrita la acción. Según la Sentencia, si se trataba de daños cuya manifestación podía localizarse en el calendario, la acción comenzó a prescribir como lo hacen los daños *permanentes*, y no como lo hacen las acciones que reclaman el resarcimiento por los daños continuados, que responden a una conducta que comienza y permanece dañando sin cesar, pero sin que se pueda conocer con exactitud las concretas fechas de producción de los daños.

### 3. Comentario

#### 3.1. Un lapsus llamativo, aunque irrelevante

Vaya por delante que, al confirmarse la sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo reproduce el error cometido por la instancia –error, por lo demás, que no afecta al fondo de la cuestión, pero que resulta muy llamativo–: si se dice que los perjuicios eran detectables en el momento del nacimiento y se añade que «como máximo todos los perjudicados estuvieron en disposición de ejercitar la acción de reclamación (sic, en términos de la Audiencia) cuando alcanzaron la mayoría de

edad», se ignora de modo clamoroso que en nuestro Derecho, la prescripción también corre contra los incapaces. En el Derecho anterior al Código civil, jugaba el principio «*contra non valentem agere non currit praescriptio*», pero el criterio se modificó cuando, desde la promulgación del Código, el artículo 1932 estableció: «*Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluso las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley. Queda siempre a salvo a las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción*».

O lo que es lo mismo, la prescripción corre contra el incapaz. Los niños afectados por la ingesta de talidomida por sus madres durante el embarazo, una vez comprobado que la pasividad de sus padres supuso la prescripción de la acción, lo que sí tienen es la posibilidad de reclamar contra sus padres por no haber reclamado a tiempo. Parece una broma cruel, pero este triunfo de la seguridad jurídica sobre la justicia es justo lo que el legislador quiso, pese a lo que parecen insinuar o ignorar las Sentencias de Audiencia Provincial y Tribunal Supremo.

#### 3.2. La tipología de los daños, en su relación con el transcurso del tiempo

Pero el lapsus resulta irrelevante para lo que importa. La Sentencia alarmó, naturalmente, a los afectados, pero también a los sanitarios y a los medios de comunicación, y a los tertulianos que opinan de las resoluciones judiciales sin haberlas leído previamente, y a los internautas que son invitados a votar (¿?) si una sentencia les parece bien o mal. Unos y otros demuestran qué cierta es una cosa: si en todas o casi todas las demás ciencias, tanto experimentales como sociales, las personas mostramos nuestras reservas ante cualquier tema controvertido por conciencia de la propia ignorancia y también por cierto sentido del ridículo, en cambio en Derecho eso no pasa. Como el ser humano, desde que tiene uso de razón, tiene también un cierto sentido de lo justo y de lo injusto, ello da pie para que se opine también de lo que es legal y de lo que es ilegal, de lo que es lícito y de lo que es ilícito, y ello sin tener quien opina unos previos conocimientos jurídicos. En efecto, cuando por rueda de prensa se anunció el sentido de la deliberación celebrada y la respuesta que iba a tener la Sentencia que comentamos cuando fuera redactada, las cosas que se oyeron y leyeron rondaron los límites del insulto hacia los Magistrados de la Sala Primera.

Pero lo cierto es que la Sentencia de 20 de octubre de 2015 es impecable en términos de estricta técnica jurídica, y no hace otra cosa que aplicar una muy consolidada doctrina jurisprudencial en materia de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual. Una doctrina que permite diferenciar las siguientes categorías de daños:

### 3.2.1. Daños duraderos y lesiones corporales

En general, hay que decir que cuando nos movemos en el terreno de los daños duraderos, la cuestión es que, una vez manifestados, se conoce con relativa aproximación que se van a continuar produciendo de forma continuada. Un buen ejemplo lo constituyen los gastos de atención que anualmente necesitará satisfacer el afectado por una gran invalidez. El plazo de prescripción comienza a contar desde que existe constancia médica definitiva del alcance de la lesión.

Cuando se trata, en fin, de lesiones corporales, contar «desde que lo supo el agraviado» obliga a hacerlo desde que se conozcan de manera definitiva los efectos del daño padecido, lo que suele ocurrir cuando tiene lugar el alta médica definitiva o parte definitivo de secuelas, pues hasta entonces no existe seguridad ni sobre el restablecimiento completo ni sobre la irreversibilidad plena. Así, entre otras muchas, las SSTS de 4 mayo 2000 (Recurso núm. 2255/1995. Ponente: García Varela, Román), 22 junio 2001 (Recurso núm. 1445/1996. Ponente: Vázquez Sandes, José Ramón), 29 mayo 2003 (Ponente: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel), 26 mayo 2004 (Recurso núm. 2005/1998. Ponente: García Varela, Román).

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en un visible afán por extraer del principio de la aplicación restrictiva de la prescripción toda la rentabilidad que pueda tener, ha llegado en ocasiones a decir que el alta médica puede ser irrelevante. Ello será así cada vez que el conocimiento definitivo de las secuelas tiene lugar en un momento posterior. Ciertamente, puede existir, en efecto, un alta médica en relación con unas secuelas que son susceptibles de mejora, lo que puede servir para que el inicio del cómputo se produzca en ese ulterior momento, que el demandante considera auténticamente definitivo (SSTS de 8 octubre 1988 [Ponente: López Vilas, Ramón], y 15 julio 1991 [Recurso núm. 783/1989. Ponente: Burgos Pérez de Andrade, Gumersindo]). Incluso se ha llegado a admitir que si el enfermo puede sanar y llega a sanar, es en el momento de la curación cuando habrá comenzado la acción a prescribir (STS de 21 abril 1986

[Ponente: Excmo. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández]). Y si no se llega a sanar, se ha dicho que hay que aguardar a conocer el alcance invalidante de las secuelas (SSTS de 4 marzo 2002 [Recurso de Casación núm. 3153/1996. Ponente: García Varela, Román], 13 febrero 2003 [Recurso de Casación núm. 1281/1997: Ponente: Auger Liñán, Clemente] o 22 julio 2003 [Recurso de Casación núm. 3786/1997. Ponente: González Poveda, Pedro]). O incluso que si el catéter persiste en el interior del cuerpo de la paciente, con el alta definitiva aún no se conoce el «quebranto padecido» (STS de 22 noviembre 1999 [RJ 1999, 8618]).

A mi juicio, estos criterios añaden alguna dosis de inseguridad jurídica en el sistema. No





hay que esperar a la emisión de nuevas altas médicas para poder reclamar por aquello que ya haya quedado definitivamente acreditado. Así, la STS de 19 enero 2011 (Recurso núm. 1331/2007. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio) entiende que si el contagio postransfusional ya tuvo en el caso un diagnóstico definitivo, no vale esperar tres años en la creencia de que los plazos todavía no han comenzado a contar contra los laboratorios que fabricaron los hemoderivados en cuestión. Otra cosa es que si después del alta se constatan nuevos daños, deba comenzar otro plazo prescriptivo para reclamar su resarcimiento (serán entonces daños sobrevenidos, que son aludidos también en la Sentencia objeto de este comentario). O que lo acreditado por el momento no sea defi-

nitivo, pero es que entonces no será la fecha de la curación la que determine el inicio del cómputo, sino, nuevamente, el alta definitiva.

### 3.2.2. Daños diferidos

No se podrá hablar de inicio de la prescripción cuando se trate de daños diferidos, esto es, de esos daños que se manifestarán tiempo después de ocurrido el evento dañoso. Pueden, por ejemplo, ser defectuosos los cimientos de un edificio, o desconocerse que determinado aparato de radiación de una clínica de rehabilitación traumatológica ha desprendido sustancias nocivas, o ignorarse que la lata de conservas se halla infectada de botulismo, que al cabo será determinante de la ceguera de quien la consuma. Está claro que nunca habrá comenzado a prescribir la acción hasta que no se hayan manifestado los daños y se tenga certeza de su alcance. Solución, pues, parecida al caso de las lesiones corporales. Aunque reducido a su ámbito de aplicación, la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear, establece expresamente la distinción: «(...) queda admitida la distinción entre daño inmediato y daño diferido, según que el mismo se produzca, advierta o se conozca al responsable dentro del plazo de diez años, a contar desde que el accidente tuvo lugar, o fuera de dicho plazo, respectivamente».

Un caso paradigmático fue el finalmente resuelto por la STS de 15 septiembre 2001 (Recurso de Casación núm. 1934/1996. Ponente: De Asís Garrote, José). Los efectos nocivos de la inhalación de polvo de sílex se habían cebado sobre aquellas trabajadoras, en quienes casi veinte años después de abandonar la empresa comenzaron a aparecer los síntomas de silicosis. Si ésta es una enfermedad de carácter progresivo, el *dies a quo* ha de situarse en el momento de la declaración de la incapacidad. Pero esta regla cabe también aplicarse a los daños materiales.

### 3.2.3. Daños continuados y daños permanentes

Diferente al de los daños duraderos es el supuesto de los daños continuados o de tracto sucesivo. Si en los daños duraderos existe un acto dañoso que termina (vgr., el accidente de tráfico) y unos efectos dañosos que se van a prolongar en el tiempo (la invalidez), aquí estamos ante otra modalidad: la conducta comienza y permanece, produciendo daños continuados a lo largo de toda su duración. Son los daños producidos en unas cosechas por obras o por explotaciones industriales, las inmisio-

nes y molestias vecinales, la contaminación, las emanaciones, las trepidaciones, las filtraciones de aguas, etc., casos sobre los que después se ofrecerán concretos datos jurisprudenciales. Como dice la STS de 5 abril 1988 (Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albácar López) «el mero transcurso del tiempo y sin precisión alguna de una nueva conducta activa del autor del daño, hace aparecer unos perjuicios nuevos distintos de los anteriores, que en razón de ser debidos únicamente al acto inicial, a los que ata una estricta relación de causalidad, son lógicamente imputables a quien con su conducta los desencadenó».

Veamos los hechos que concluyeron con la STS de 16 julio 1991 (Recurso núm. 1367/1989. Ponente, Casares Córdoba, Rafael). Una vaquería que funcionaba ilegalmente había perjudicado a la familia, y particularmente al hijo del demandante. Pero si habían ya abandonado la vivienda, la conducta dañosa continuada tuvo ese día su final, y justo ese día comenzó a correr el plazo de prescripción. Que cupieran las sanciones administrativas porque la industria en cuestión permaneciera en funcionamiento es una cosa, pero otra distinta era que pudiera con éxito reclamarse una indemnización tres años después del abandono de la vivienda afectada: No podía -dice la sentencia- «entrar en juego consideración alguna ni respecto de daños continuados en sentido estricto, ni de daños permanentes o de efectos permanentes».

Me resulta más correcta la expresión, que comenzara a usar **DE ÁNGEL YÁGÜEZ** entre nosotros, de «conducta dañosa continuada», pues lo que cualifica la situación es, más que un determinado tipo de daños, una conducta que dura y que perdura. Y ahí es donde es posible plantear dos hipótesis distintas, según sea posible individualizar o no concretos períodos o fracciones de tiempo con resultados lesivos. Algo que constituye el núcleo mismo de esta Sentencia de 20 de octubre de 2015. Así por ejemplo, si un muro ocasiona daños de modo permanente en el fundo contiguo, el plazo anual debe comenzar a correr desde el último daño manifestado, pues la conducta reprochable no es tanto la activa que en su día originó la aparición del daño, sino la omisiva y continuada, consistente en no poner en práctica las medidas para eliminar o mitigar el daño. Ello ha de significar la posibilidad de pedir indemnización solamente por los daños causados dentro del año anterior a la demanda. Puede verse, en esta línea, la STS de 24 octubre 1988 (Ponente: Excmo. Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández), para el caso de unas cosechas dañadas con anterioridad al

año de presentación de la demanda. Parece que esos son a los que se aplica cada vez más la denominación «daños permanentes», referida a los que son producto de un acto instantáneo que tiene unos concretos efectos también identificables (SSTS de 17 diciembre 1979 [Ponente: De la Vega Benayas, Carlos] y 12 diciembre 1980 [Ponente: De Castro García, Jaime]).

Un buen ejemplo de tales daños permanentes lo ofrece la STS de 12 febrero 1981 (Ponente: Fernández Rodríguez, Antonio), que trata de las voladuras efectuadas en una cantera y perjuicios resultantes de las explosiones: «cabe entender que la reclamación formulada es por los perjuicios originados en el año inmediato anterior a la fecha de la presentación de la demanda, determinando en su virtud que se haya producido un perjuicio, cual es el motivador de la reclamación de que se trata, derivado en definitiva de una sola actividad, surgida de la actividad en la referida cantera, consecuencia de la prosecución continuada de explosiones integradora, en relación de concausa, de conducta dañosa resultante, y sin posibilidad por ello de cómputo de inicio del plazo de prescripción hasta la producción de ese resultado».

Y añade el Alto Tribunal: «de entender lo contrario, (...), como si fuera posible fraccionar en etapas o hechos diferentes la serie continuada de los mismos que originó el daño (...) se llegaría al absurdo, y como de tal índole rechazable, que quien por tolerancia o por cualquier otro motivo legítimo y hasta acaso digno de encomio, hubiese dejado pasar el plazo de inicio de una de las circunstancias concadenantes, cooperantes y en manifestación de concausa del resultado dañoso cuya indemnización se reclama, tendría que resignarse a padecer indefinidamente los males que la impericia, el abandono o la negligencia de un tercero tuvieran a bien conferirle, quedando éste facultado y libre para seguir de continuo obrando de una manera imprudente y perjudicial, aspectos ambos que pugnarían abiertamente con los más elementales principios de justicia y equidad».

Distinta es la situación de la conducta dañosa que genera de manera progresiva los daños, pero sin que se puedan individualizar los momentos de producción de los mismos, que son los daños continuados en sentido estricto. Fue equivocada la solución que pregonaron las SSTS de 12 enero 1906 (CL 1906, 16), 23 junio 1913 (CL 1913, 136) y 8 julio 1947 (RJ 1947, 939), cuando entendieron que la acción comienza a prescribir desde que se produce el daño, con independencia de que sus efectos se prolon-

guen en el tiempo. Obsérvese bien: desde que se produce el daño y no desde que cesa, pues el perjudicado –según esta idea– pudo accionar desde que conoció el suceso originario.

El Tribunal Supremo cambió afortunadamente de tesis, estableciendo desde la STS de 5 diciembre 1960 (RJ 1960, 3787) que la prescripción debe comenzar a computarse desde la producción del resultado definitivo. Suele tratarse de daños extracontractuales derivados de obras en viviendas colindantes (SSTS de 19 septiembre 1986 [Ponente: Martín-Granizo Fernández, Mariano], 27 junio 1990 [Ponente: Fernández-Cid de Temes, Eduardo] y 24 junio 1993 [Recurso núm. 3458/1990. Ponente: Barcala Trillo-Figueroa, Alfonso]), humedades en viviendas por riegos en la propiedad contigua o filtraciones por roturas de tuberías (SSTS de 25 junio 1990 [RJ 1990, 4889] y 17 julio 1992 [RJ 1992, 6433]), etc. Particularmente interesantes resultan los casos de inmisiones contaminantes (SSTS de 16 enero 1989 [Ponente: López Vilas, Ramón] y 28 enero 2004 [Recurso de Casación núm. 882/1998. Ponente, O’Callaghan Muñoz, Xavier]): mientras no desaparezca la causa contaminante no comienza a contar el plazo de prescripción. En la duda, la indeterminación del momento inicial no se puede resolver en contra del demandante, sino en contra del que alega la prescripción (STS de 10 marzo 1989 [Ponente: López Vilas, Ramón]).

Precisamente esta noción de los daños permanentes ha sido el manejado en la Sentencia objeto del presente comentario. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid de 19 de noviembre de 2013 había sido la primera en el mundo que condenó a la farmacéutica Grünenthal por la tragedia. Pero la Sentencia fue revocada por la dictada por la Audiencia Provincial, y ésta fue a su vez confirmada por la dictada por el Tribunal Supremo el 20 octubre 2015: si se llegasen a manifestar nuevos daños debidos a la ingesta de la talidomida pero aún no manifestados, estaríamos ante daños *sobrevenidos* que abrirían un nuevo plazo de prescripción, pero sucede en cambio que los ya manifestados se conocían desde hace décadas, y si hubiera que esperar a que se manifestaran otros nuevos, entonces la acción no prescribiría nunca.

Se comprenderá fácilmente que, en ocasiones, la distinción entre los casos de posible identificación de los daños y los casos en que tal individualización no es posible se convierte en el auténtico nudo gordiano del litigio. Así sucedía, por ejemplo, en el supuesto que conclu-

yó con la STS de 12 diciembre 1980 (Ponente: De Castro García, Jaime): las emanaciones de gas, cenizas y polvo que dañaron notablemente aquellos castañares provenían de la industria demandada, y ésta alegó sin éxito que por muy continuada que fuera la conducta, eran perfectamente individualizables los daños manifestados en los distintos años con lo que solamente procedía resarcir los daños correspondientes al último año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda. El Tribunal Supremo entendió que no cabe llevar a cabo un fraccionamiento artificioso que dé lugar a la creación de «tantos términos iniciales cuanto fuesen los días en que se realizase, a través del tiempo, la acción lesiva para la esfera jurídica ajena». La forma de cómputo que sitúa el *dies a quo* en la fecha de iniciación de la actividad perjudicial puede proceder cuando se trate de «actos dañosos presentados en su realización con la sustantividad necesaria para iniciar el cómputo», (siempre que...) «conste inequívocamente el tiempo de comienzo de la acción lesiva». En definitiva, «no pueden ser identificados los supuestos de daños continuados en su precisa acepción y daños permanentes u originados por la subsistencia en su efecto de un acto instantáneo, con aquellas situaciones en que una serie de actos sucesivos provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de nocividad más acusado que la simple suma de los repetidos agravios».

En definitiva: en caso de daños continuados, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia sino «hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese definitivo resultado que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y concordante precisamente con la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección» (STS de 13 de marzo de 2007 [Ponente: Almagro Nosete, José]). O lo que es lo mismo, «para el cómputo del plazo de prescripción es preciso conocer cuál es el comienzo de éste, que conlleva la posibilidad del ejercicio de la acción; la doctrina jurisprudencial ha entendido que no hay tal posibilidad cuando el hecho determinante se oculta o se desconoce, en cuyos casos comienza el cómputo de la prescripción cuando se tuvo conocimiento del acto perjudicial o del daño objeto de reclamación» (STS de 29 octubre 2008 [Recurso de Casación núm. 942/2003. Ponente: García Varela, Román]).

### 3.2.4. Daños sobrevenidos

Una interesante cuestión se plantea cuando existen daños que sobrevienen con posterioridad a la decisión que puso fin a la contienda (sentencia, laudo arbitral o transacción). En efecto, cuando el resarcimiento se verifica por medio de la indemnización, puede darse el caso de que, evaluados y compensados los daños producidos, se manifiesten posteriormente otros daños diferentes. Sería el caso del paciente de un radiólogo a quien fue preciso amputar la falange de un dedo como consecuencia de una defectuosa radiación, pero a quien, habiendo sido satisfecha la indemnización correspondiente, se le manifiestan después nuevos daños que tienen el mismo origen y que, por supuesto, fueron de imposible previsión. O el caso, ciertamente frecuente, de la víctima de un accidente de circulación que, ignorante de la secuela postraumática que aparecerá meses después, transige con el asegurador del contrario recibir una indemnización que, lógicamente, no comprende lo que no existe (SSTS de 23 febrero 1995 [Recurso núm. 3471/1991. Ponente: Barcala Trillo-Figueroa, Alfonso] y 23 noviembre 2007 [Recurso de Casación núm. 4331/2000. Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier]).

Dada la brevedad del plazo, en más de un supuesto cuando se manifiesten las secuelas ya habrá transcurrido el mismo, si contamos desde la manifestación del primer daño. Por ello se admite sin reparos que los daños inicialmente valorados por el juez son sólo los manifestados hasta ese momento. Respecto de ellos queda cerrada la posibilidad de una nueva demanda, por aplicación del principio de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC. Pero si después de pronunciada sentencia se manifiestan daños nuevos que atienden a la misma causa originaria y no pudieron ser previstos en la sentencia ya dictada y firme, se reabre un nuevo plazo de prescripción, como el propio párrafo segundo del artículo 222.2 LEC. establece al regular que *se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen*, pues ha surgido un «elemento posterior e imprevisto y extraño a la sentencia» (STS de 20 abril 1988 [Ponente: Latour Brotons, Juan], en idea ya preconizada por la STS de 9 febrero 1988 [Ponente: Carretero Pérez, Adolfo]): «El principio de seguridad jurídica que la inmutabilidad de la cosa juzgada entraña proclama que la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso». (...) pero un elemental principio de justicia obli-



ga a matizar el anterior principio y a establecer como regla de excepción aquella que predica que no es aplicable la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieren agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño a la sentencia».

Expresamente prevista la posibilidad de daños sobrevenidos y su solución en la línea



apuntada la tenemos en el art. 67, pº 2º de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear: «Quienes hayan formulado una acción de indemnización dentro de los plazos legales establecidos (diez años, conforme al párrafo 1º) podrán hacer una reclamación complementaria en el caso de que el daño se agrave pasados dichos plazos, y siempre que no se haya dictado sentencia definitiva por el Tribunal competente». Naturalmente, el precepto únicamente pue-

de merecer una interpretación correctora, pues la posibilidad de nuevo juicio existe aunque haya mediado esa sentencia definitiva, pues ésta sólo habrá podido referirse a unos daños ya causados y manifestados.

Como es lógico, el plazo comenzará a correr desde el momento en que el daño sobrevenido sea conocido por la víctima (STS de 8 de febrero de 1983 [Ponente: Santos Briz, Jaime]). El criterio es entonces el mismo que el seguido más arriba para los «daños diferidos», que no dejan de ser una especie de los daños sobrevenidos. Ello es así incluso aunque la primera indemnización haya sido consecuencia de una sentencia penal condenatoria, pues la cosa juzgada de la sentencia penal tiene sus efectos en relación con los daños efectivamente indemnizados, no con las nuevas manifestaciones o secuelas (STS de 9 febrero 1988 [Ponente: Carretero Pérez, Adolfo]).

Y a estos daños sobrevenidos se refiere también, de modo bastante incidental, la STS de 20 de octubre de 2015 cuando se refiere a las escoliosis que pudieran manifestarse en el futuro.

### 3.3. El voto particular

En mi opinión, no es de recibo que, existiendo ya plena y cabal noticia del daño sufrido a través del alta expedida por los facultativos que intervinieron al accidentado, se dé preferencia a las certificaciones de las Comisiones Técnicas Calificadoras o de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social (o, en su caso, a la decisión final que llegue a tomarse en la jurisdicción social) para que, siendo posteriores, quede subrepticamente alargado el plazo. Pero así lo entienden las SSTS de 30 septiembre 1992 (Recurso núm. 879/1990. Ponente, Martín-Granizo Fernández, Mariano), 21 diciembre 1999 (Recurso de Casación núm. 771/1995. Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier), 22 enero 2003 (Recurso de Casación núm. 5303/1999. Ponente: Ortega Torres, Teófilo), 13 febrero 2003 (Recurso de Casación núm. 1281/1997. Ponente: Auger Liñán, Clemente), 1 febrero 2006 (Ponente: Seijas Quintana, José Antonio), 7 octubre 2009 (Recurso de Casación núm. 1207/2005. Ponente: Marín Castán, Francisco), 24 mayo 2010 (Recurso de Casación núm. 644/2006. Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio), 11 febrero 2011 (Recurso de Casación núm. 1418/2007. Ponente: Marín Castán, Francisco), 19 septiembre 2011 (Recurso de Casación núm. 1232/2008. Ponente: Xiol Ríos, Juan Antonio) 9 enero 2013 (Recurso de Casación núm. 1574/2009. Ponente: Xiol Ríos,

Juan Antonio) y 4 febrero 2015 (Recurso de Casación núm. 1471/2012. Ponente: Salas Carceller, Antonio). No compartimos este parecer. Estas entidades tienen como cometido determinar la situación laboral de la víctima, y no deberían servir sino en el ámbito estrictamente laboral. El Tribunal Supremo entiende que esta solución no deja de ser una manera de interpretar de manera restrictiva el instituto de la prescripción, lo que siempre es algo saludable. Y lo viene entendiendo de modo tan permanente que ya se aprecia como doctrina jurisprudencial la que dice que en sede de accidentes de trabajo las cosas deben suceder de otro modo a lo que son los daños en el resto de las parcelas o escenarios de la responsabilidad civil.

Pues bien, el voto particular hace uso de esta doctrina para decir lo que no deja de ser lógico: tiene poco sentido que si el expediente que finaliza con la evaluación por la Seguridad Social interrumpe el *dies a quo* de la acción de responsabilidad civil que después se pueda entablar contra el empresario, ¿por qué no había de interrumpirlo el expediente por el que se vino a aplicar el Real Decreto 1006/2010, conforme al cual venía a reconocerse la condición de afectados por la talidomida y la puntuación que merecían las secuelas? ¿Por qué no situar el inicio del cómputo en la fecha en la que la Sentencia firme del orden social se pronunció sobre la incapacidad o invalidez de los afectados?

El parecer mayoritario de la Sala –y a mi juicio, con razón–, prefiere pensar que «una cosa es el reconocimiento oficial de la condición de afectado, o lo que es igual, la confirmación de un estado de salud que ya existía con anterioridad, para beneficiarse de las ayudas públicas, y otra distinta la prescripción». Si en materia de accidentes de trabajo se ha preferido edificar una doctrina distinta, será –aunque nada diga la Sentencia que se comenta– porque en definitiva, lo que tenga que satisfacer el empresario se ha de aminorar con lo satisfecho por la Seguridad Social. Ello se ve bien claro cuando se trata de incapacidades transitorias, situaciones en las que la Seguridad Social paga en concepto de salarios dejados de percibir, no resultando ni lógico ni justo que después se pueda exigir una suma al empresario que desprece lo ya cobrado por el trabajador accidentado. Luego si en Seguridad Social ya se está postulando una pretensión de resarcimiento, tiene cierta lógica que quede interrumpido el plazo. Algo que, por lo dicho con anterioridad, no compartimos, pero repetimos que tiene cierta lógica. Pero es que en cambio, las cantidades que correspondieron a los afectados por la talidomida confor-

me al Real Decreto 1006/2010 no eran propiamente indemnizaciones sino ayudas públicas. El voto particular encuentra similitud entre ambas situaciones, pero pensamos que tal similitud no existe.

#### 4. Conclusión

A mi juicio, el Tribunal Supremo ha dictado una Sentencia –que cierra judicialmente lo que sin duda fue la mayor catástrofe farmacéutica del siglo XX– con seguridad muy impopular, pero absolutamente correcta y ajustada a lo que ha venido siendo una jurisprudencia que, salvando la falta de uniformidad terminológica, era visiblemente lineal. El comienzo del plazo de prescripción en supuestos de daños *continuados* o de producción sucesiva e ininterrumpida se debe retrasar hasta la producción del definitivo resultado, pero «esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida», pues entonces estamos ante *daños permanentes*. «Lo que se reclama nada tiene que ver con daños futuros o de reciente aparición (ésos serán ya otra cosa: daños *sobrevenidos*). Lo que se reclama es una indemnización calculada en función de los puntos de discapacidad reconocidos administrativamente a las personas en cuyo nombre se ejercita la acción, evidentes desde el momento del nacimiento, y que la demandante atribuye a la ingesta de la talidomida durante la gestación. Nada más».

Es destacable que la Sentencia contenga un guiño: todo lo resuelto «no anula una eventual expectativa de que la administración tome conciencia de situaciones como la acontecida, o de cualquier otra especie, y le haga frente, como ya hizo en el año 2009». En una palabra, en la responsabilidad civil nos movemos en el terreno *horizontal* del Derecho, que es el de la justicia puramente conmutativa, y cuyo papel no es el de aliviar cualesquiera desgracias, sino el de decidir si tiene que ser el bolsillo del perjudicado quien asuma las consecuencias del daño sufrido o se dan las condiciones para que esas consecuencias se desplacen hacia otro patrimonio diferente (el del autor material del daño o el de otra persona). Ello nada tiene que ver con el hecho de que, gracias a instrumentos de Derecho público, se puedan conceder ayudas a las víctimas del terrorismo o a los agricultores que ven arruinadas sus cosechas por una riada o incluso a los perjudicados por una catástrofe causada por un producto farmacéutico que no hayan podido exigir del fabricante una indemnización por no haberla pedido a tiempo y hayan visto desestimada su pretensión.



# jurisprudencia

## Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

### **Atropello de especies cinegéticas. Aplicación de la disposición adicional novena de la Ley 6/2014, de 7 de abril, de modificación de la Ley de Seguridad Vial, para interpretar la Ley aplicable al caso en concreto**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 11 de febrero de 2016.

**Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto**

#### **Fundamentos de Derecho**

**PRIMERO.**- Sobre las 22,30 horas del 9 de enero de 2012, en una carretera de la provincia de Burgos, un turismo conducido por su propietario, don Alfredo, asegurado con seguro de daños propios por la compañía Direct Seguros, SA, atropelló a un jabalí que irrumpió de forma súbita en la calzada, procedente del terreno acotado del coto de caza NUM000, que la Junta Vecinal titular tenía arrendado a don José Carlos.

A consecuencia del accidente, el turismo sufrió daños, el importe de cuya reparación, 4.251,13 euros, fue abonado en su mayor parte

(4.071,13 euros) por la compañía aseguradora, salvo la franquicia de 180 euros, pagados por don Alfredo; y éste sufrió a su vez un impacto en la cara, que provocó la rotura de una prótesis que llevaba en la dentadura superior, el coste de cuya restauración ascendió a 5.990,30 euros. Don Alfredo y Direct Seguros formularon demanda de indemnización de dichos respectivos perjuicios contra el arrendatario del coto de caza, que fue estimada por el Juzgado.

Partió, éste, en su sentencia de que, dada la fecha de acaecimiento del accidente, la normativa a aplicar era la contenida en la disposición adicional novena de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial [en lo que sigue, la "Ley de Seguridad Vial"], introducida en el texto articulado de dicha Ley (Real Decreto Legislativo 2339/1990, de 2 de marzo) por la Ley 17/2005, de 19 de julio. Esa era «la normativa sobre tráfico y seguridad vial vigente» a la que, en orden a determinar «la responsabilidad por los accidentes de tráfico provocados por las especies cinegéticas», remitía la frase final del apartado 1 del artículo 12 de la Ley 4/1996, de 12 de julio, por la que se regula el ejercicio de la caza en la Comunidad Autónoma de Castilla y León [la "Ley de Caza de Castilla y León"], en la redacción dada por la disposición adicional tercera de la Ley 10/2009, de 17 de diciembre, de Medidas Financieras.

La referida disposición adicional novena de la Ley de Seguridad Vial, titulada «Responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas», rezaba así:

«En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación». Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, sólo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado». También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma o en su señalización».

Y a tenor del apartado 3 del mismo artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León, introducido por la disposición final octava de la Ley 19/2010, de 22 de diciembre, de Medidas Financieras y Creación del Ente Público Agen-



cia de Innovación y Financiación Empresarial de Castilla y León: «Se entiende, a los efectos de esta ley, que el titular cinegético o arrendatario en su caso, cumple los requisitos de debida diligencia en la conservación de los terrenos cinegéticos acotados cuando tenga aprobado el correspondiente instrumento de planificación cinegética y su actividad cinegética se ajuste a lo establecido en éste.

«Reglamentariamente podrán establecerse otros requisitos de índole administrativa o de buenas prácticas cinegéticas».



Continuó señalando el Juez que, conforme al párrafo segundo de la antes transcrita disposición adicional novena de la Ley de Seguridad Vial, se requería, para imponer responsabilidad al arrendatario del coto demandado, que el accidente hubiera sido «consecuencia directa de la acción de cazar o de la falta de diligencia en la conservación del terreno acotado». Falta de diligencia –añadió–, que «tendrá lugar cuando el coto no tenga aprobado el plan cinegético o la actividad cinegética no se ajuste al mismo, cosa que ocurre cuando no se da captura a las piezas previstas en el mismo, originándose una

sobrepoblación que opera como causa de accidentes, siendo el titular o arrendatario del coto el que debe probar haber actuado con la debida diligencia [...]. También hemos señalado en varias resoluciones que el titular o arrendatario del coto de caza es responsable cuando el accidente tiene lugar en un llamado punto negro, es decir tramo en el que son frecuentes los siniestros por atropello de piezas de caza que acceden a la calzada, y no acredita haber adoptado medidas especiales para evitar que los animales irrumpen en la calzada por dicho tramo». Y aplicó tales criterios al supuesto litigioso con los pronunciamientos siguientes: «[E]n el presente caso, si bien el coto del cual es arrendatario el demandado tiene aprobado un plan cinegético y no consta vulneración, ni tampoco que no se hayan efectuado las capturas y batidas en el mismo previstas, lo cierto es que, tal como señalaron los agentes de la Guardia Civil, en el tramo donde se produjo el siniestro se habían producido en fechas recientes otros atropellos, siendo en tal sentido un punto negro, no constando que el demandado haya adoptado medida alguna dirigida a evitar la irrupción de animales por dicho tramo –postes reflectantes o con sustancias olorosas, bocas de gato, etc.–, de donde su responsabilidad».

Conviene reseñar, en fin, que el Juez dejó constancia en su sentencia de que la mayoría de los Magistrados integrantes de la Audiencia Provincial de Burgos mantenían una interpretación diferente de la referida disposición adicional novena de la Ley de Seguridad Vial, al entender que la responsabilidad civil (de carácter subjetivo) del titular de aprovechamiento cinegético prevista en el párrafo segundo de dicha disposición sólo era aplicable a aquellos accidentes de tráfico ocasionados por atropellos de especies cinegéticas en los que al conductor del vehículo, en la expresión del párrafo primero de la misma disposición adicional, «se le pueda imputar el incumplimiento de las normas de circulación»; y, de no ser éste el caso, la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético seguía siendo la (de carácter objetivo) establecida en el apartado 1 del artículo 33 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza, y en el artículo 35.1.a) de su Reglamento, para «los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados». En consideración a lo cual, el Juez de primera instancia añadió, tras el último de los párrafos de su sentencia arriba transcritos, que «no consta que el conductor del vehículo, aquí demandante, haya incurrido en negligencia por infringir las normas de circulación, por lo cual, tanto por el criterio de responsabilidad subjetiva como por el de

responsabilidad objetiva, debe establecerse la responsabilidad del demandado en cuanto que arrendatario del coto de caza de donde procede el jabalí atropellado».

El arrendatario del coto interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, salvo en lo referente a la imposición a aquél de las costas de la primera instancia.

La sentencia de apelación comienza desestimando el primero de los motivos de impugnación del apelante, en el que éste denunció que la calificación por el Juzgado como «punto negro» del lugar del accidente constituía un error en la valoración de la prueba, y alegó que ninguna norma amparaba la tesis de que el titular cinegético debiera adoptar una diligencia especial en función de la frecuencia de accidentes. Señala a tal efecto la Audiencia a quo que, aunque el lugar concreto del siniestro no pueda calificarse estrictamente como «punto negro», porque faltan datos sobre la frecuencia en él de atropellos de especies cinegéticas, tales atropellos sí son reconocidamente frecuentes en la carretera en la que el accidente se produjo, y no consta medida alguna del demandado apelante en orden a evitar la irrupción de jabalíes en ella. Pero añade que, sea como fuere, «tal cuestión no es en este caso relevante, ni determinante, pues el Tribunal comocriterio mayoritario acoge el planteamiento objetivo en la responsabilidad por siniestro derivado de la presencia de especies cinegéticas, conforme al criterio que se expone en el Fundamento Jurídico siguiente, dada la inexistencia de culpa acreditada en el conductor implicado». Fundamento Jurídico, el referido, en el que la Audiencia se pronunció, en esencia, en los términos siguientes:

«Del art. 33 de la Ley de Caza y el art. 35 de su Reglamento que lo complementa, resulta con claridad la aplicación del principio de responsabilidad por riesgo en el supuesto de daños causados por piezas de caza, que sin duda tiene su fundamento en que la caza es una actividad voluntaria de naturaleza lúdico-deportiva que implica un indudable riesgo para terceros y en concreto para los vehículos que circulan por las vías públicas colindantes (zonas de seguridad) con los acotados, que es lo que determina que conlleve, inherente, la responsabilidad de los daños que se produzca, pues aun aplicando la legislación viaria no puede hacerse abstracción de que en el siniestro intervino una pieza de caza y susceptible de aprovechamiento cinegético. «Es evidente que la responsabilidad objetiva que resulta de la legislación estatal no

es el principio inspirador de la nueva regulación de responsabilidad que resulta de la Disposición Adicional Novena de la Ley de Seguridad Vial. La imputación de responsabilidad de la nueva normativa tiene más bien carácter subjetivo [...]

«Ahora bien, el hecho de que la Disposición Adicional Novena de [rectius: introducida por] la Ley 17/2005 establezca en el párrafo 2.º que, "en estos siniestros", la responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y de los propietarios de los terrenos, en su caso, "solo será exigible": "cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de la falta de diligencia en la conservación del terreno", supone que esta limitación de responsabilidad sólo es de aplicación al supuesto de reclamación por daños personales y patrimoniales de accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas, en los que al conductor del vehículo se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación; y así ha de entenderse la expresión "en estos siniestros"; por lo que si la circulación es correcta y adecuada, la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético de procedencia deriva del riesgo creado con tal aprovechamiento. En los supuestos de conducción negligente, antirreglamentaria, no opera la responsabilidad objetiva del titular del aprovechamiento cinegético, que sólo responderá en los supuestos en que el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de la falta de diligencia en la conservación del acotado; pero en los supuestos en que no exista incumplimiento de normas de la circulación por parte del conductor del vehículo rige, no la Disposición Adicional Novena, sino el art. 33 de la Ley de Caza y el art. 35 de su reglamento, máxime en casos como el presente en los que examinada la prueba documental puede comprobarse que la parte titular de la explotación cinegética no cumplió en sus justos y estrictos términos el programa de actuación cinegética establecido».

La sentencia de la Audiencia Provincial está acompañada de un voto particular concurrente. El Magistrado que lo formula sostiene la misma interpretación de los datos normativos que había acogido, siguiéndole confesadamente, el Juez de Primera Instancia; pero termina coincidiendo con la mayoría de la Sala en la procedencia de desestimar el recurso de apelación interpuesto por el arrendatario del coto, por las razones siguientes: «Lo cierto es que por una parte no se acredita culpa concreta del conductor y por otra la parte demandada no ha acreditado haber actuado diligentemente en la conservación del acotado. «Contrariamente a lo

que señala la sentencia apelada no consta que el lugar del accidente tenga la consideración de "punto negro" de accidentes cinegéticos ya que la guardia civil que declaró en la vista no precisó que lo fuera y solo de modo genérico que en la carretera en general sí hay accidentes con piezas de caza, sin que tampoco diera datos concretos.

«Por otra parte, el titular cinegético o arrendatario debe acreditar no solo que tiene aprobado el Plan cinegético correspondiente, sino que su actividad cinegética se ha ajustado a lo establecido en éste, en especial y por afectar a la seguridad vial lo relativo al cumplimiento de las medidas de control de la caza y otras que puedan incidir en aquélla, así como cualquier otra que se establezca reglamentariamente.

«En el presente caso: «El Plan cinegético aprobado preveía aumentar el número de solicitudes de autorización de batidas a 3 monterías, poder ojear la misma mancha más de dos veces por temporada y realizar esperas en cualquier época del año con autorización expresa del Servicio Territorial. «Consta como las monterías autorizadas al acotado a celebrar en diciembre de 2010 y en 24 de febrero de 2011 no se realizaron.

«La Junta certifica la realización de menos de monterías en la temporada 2011/2012 de las autorizadas en su plan cinegético, habiéndose aportado autorizaciones del Servicio Territorial para realizar monterías el 14 de enero y el 18-2-2012 así como esperar entre el 13 de abril y el 13 de mayo, todas ellas ya posteriores a la fecha del accidente y constando sólo el resultado de la primera de las indicadas. «En definitiva, a falta de constancia de culpa del conductor y en aplicación sensu contrario del apartado 3 del art. 12 Ley autonómica de caza, cabe concluir que no se ha acreditado que la actividad cinegética de la parte demandada en el control de la especie de caza mayor jabalí se haya ajustado al plan cinegético aprobado, por lo que no habiendo acreditado diligencia en la conservación del acotado debe responder la parte demandada del daño causado».

Contra la sentencia de la Audiencia, don Jose Carlos ha interpuesto recurso de casación por la vía del número 3.º del artículo 477.2 LEC, fundando el interés casacional en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

**SEGUNDO.-** El recurso se articula en un único motivo, que denuncia infracción de la disposi-

ción adicional novena de la Ley de Seguridad Vial y del artículo 12, apartados 2 y 3, de la Ley de Caza de Castilla y León, vigentes en la fecha de acaecimiento del accidente. El ahora recurrente aduce que la interpretación de dicha disposición adicional que se sostiene en la sentencia impugnada, en el sentido de limitar su ámbito de aplicación a aquellos accidentes de tráfico por atropello de especies cinegéticas en los que pueda imputarse al conductor incumplimiento de las normas de circulación, es errónea; y que la valoración de si existió, o no, por su parte «falta de diligencia en la conservación del terreno acotado» debió hacerse aplicando la norma de apartado 3 del artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León, que interpretó con rango de ley el significado del referido criterio de imputación de responsabilidad. Y sostiene, en fin, que la interpretación y aplicación correctas de los preceptos legales mencionados debe comportar la desestimación de la demanda, puesto que: el lugar de accidente no podía considerarse un «punto negro»; el siniestro no fue consecuencia de acción de cazar alguna; y la existencia del plan cinegético del coto, y el cumplimiento de sus previsiones, quedaron establecidos en la sentencia de primera instancia, y no fueron discutidos en sede de apelación, ni desvirtuados en la sentencia impugnada.

Examinaremos, en primer lugar, la alegación del recurrente relativa a la interpretación de la disposición adicional novena de la Ley de Seguridad Vial. Y es oportuno comenzar señalando que mediante la Ley 6/2014, de 7 de abril, de modificación de la Ley de Seguridad Vial, se dio a dicha disposición adicional una nueva redacción que, también bajo el título «Responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas» reza así:

«En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en las vías públicas será responsable de los daños a personas o bienes el conductor del vehículo, sin que pueda reclamarse por el valor de los animales que irrumpan en aquellas.

«No obstante, será responsable de los daños a personas o bienes el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno, cuando el accidente de tráfico sea consecuencia directa de una acción de caza colectiva de una especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de aquél». También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produzca el accidente como consecuencia de no haber reparado la valla de cerramien-

to en plazo, en su caso, o por no disponer de la señalización específica de animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos».

Es, hoy, la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.

Evidentemente, la disposición adicional que acaba de transcribirse no es aplicable al caso de autos; pero ha venido a demostrar que, si se aceptase que la interpretación de la disposición adicional novena aplicable al caso litigioso sostenida en la sentencia impugnada respondió a la voluntad del legislador de 2005, se habría producido, menos de nueve años después, un giro copernicano en la voluntad legislativa en materia de responsabilidad por accidentes de tráfico ocasionados por el atropello de especies cinegéticas en las vías públicas.

Resulta, en efecto, patente que esa categoría de accidentes –en la que, ahora como antes– hay que entender también incluidos, si se quiere por analogía, los vuelcos, salidas de vía, colisiones con otros vehículos o atropellos de viandantes, que reflejen el intento del conductor de evitar la colisión con el animal ha sido considerada por el legislador de 2014, siempre y ante todo, no como un tipo de «accidentes de caza», realización del riesgo creado por el aprovechamiento cinegético, sino como un tipo de «accidentes de circulación», realización del riesgo creado por la conducción de vehículos a motor: utilizamos –se notará palabras del artículo 1 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor– a cuya regulación hay que entender que se remite el párrafo primero de la hoy disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley de Seguridad Vial, a los efectos de integrar el régimen de la responsabilidad del conductor que dicha disposición establece. El que el valor del animal no sea indemnizable obedece, con seguridad, a su consideración como *res nullius*. Es una opción legítima del legislador asignar a una de las actividades de riesgo en concurrencia el coste (de aseguramiento) de los eventos dañosos que sean realización de riesgos típicos de tales actividades. Las críticas que ha recibido ya, acusándole incluso de haber cedido ante el grupo de presión de los cazadores, probablemente habrían sido menos, y quizá no tan acerbas, si –como sucede en otros países– la cobertura del seguro obligatorio de vehículos a motor alcanzara también en España, con carác-



ter general, a los daños y perjuicios causados por fallecimiento o lesiones del conductor; o si, al menos, el legislador de 2014 hubiera añadido al párrafo primero de la disposición adicional de la que ahora se trata, para la concreta categoría de accidentes que contempla, una excepción a dicha exclusión de cobertura que establece el artículo 5.1 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor. Adviértase, en fin, que el tenor del párrafo segundo de la referida disposición adicional no impone limitar la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético exclusivamente al supuesto de «acción de caza» que en él objetivamente se describe: no excluye, por tanto, que aquél –como cualquier otra persona– pueda ser considerado responsable del accidente en apli-



cación de la norma general del artículo 1902 CC. Eso sí, sin presunciones en su contra de culpa ni de imputación objetiva a la misma del evento dañoso; y sin calificar como culpa la omisión de medidas para impedir la irrupción de las piezas de caza en las vías públicas que, atendidas las circunstancias del caso concreto, eran imposibles de adoptar, o cuyo coste de implantación, incluido el de sus potenciales efectos perjudiciales sobre la fauna cinegética (pensamos en el cercado o vallado perimetral del coto en su linde o lindes con vías públicas), superaba su previsible beneficio en la evitación del tipo de accidentes de que se trata. Pues todo eso es lo que, con seguridad, ha querido desterrar el legislador de 2014, al eliminar el supuesto de la «falta de diligencia en la conservación del te-

rreno acotado» que contenía el párrafo segundo de la disposición adicional novena aplicable al caso de autos, y que tan profunda división generó en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales acerca de la carga y el contenido de la prueba correspondiente: en la excelente-Sentencia 1310/2009, de 22 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, puede encontrarse abundante información al respecto.

Centrándonos ya en dicha disposición adicional novena, introducida por la Ley 17/2005, hemos de dar la razón al ahora recurrente, y antes al Juez de Primera Instancia y al Magistrado de la Audiencia firmante del voto particular, en que la interpretación que de dicha disposición adicional se sostiene en la sentencia impugnada -muy minoritaria, por cierto, en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales- no puede compartirse. Por las razones que siguen: 1.<sup>ª</sup>) La disposición adicional sexta de la Ley 19/2001, de 19 de diciembre, de reforma del texto articulado de la Ley de Seguridad Vial, ya había establecido que: «En accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, será causa legal que permita atribuir responsabilidad al conductor del vehículo por los daños producidos en un accidente de circulación el hecho de que se le pueda imputar un incumplimiento de las normas de circulación que pueda ser causa eficiente de los daños ocasionados; ello sin perjudicarse la responsabilidad que sea exigible a quien corresponda conforme a la normativa específica y de que sean probadas debidamente las circunstancias del accidente».

Por tanto, desde la entrada en vigor de dicha disposición, el régimen jurídico de la responsabilidad en la categoría de accidentes de que se trata era, en el Derecho del Estado al menos, una responsabilidad de carácter objetivo, conforme los artículos 33.1 de la Ley de Caza y 35.1.a) de su Reglamento, del titular del aprovechamiento cinegético, o en su defecto, del propietario del terreno, salvo que se le pudiera imputar al conductor un incumplimiento de las normas de circulación que pudiera ser causa eficiente del accidente. Se notará que dicho régimen jurídico es sustancialmente idéntico al que habría regido después de la entrada en vigor de la disposición adicional novena de la que ahora se trata, conforme a la interpretación que de la misma sostiene la sentencia impugnada. Y carece de buena lógica pensar que el legislador del 2005 intervino para mantener el mismo régimen jurídico; o para modificarlo únicamente en el sentido de que la responsabilidad del con-

ductor incumplidor de las normas de circulación no existiera cuando se diesen los supuestos del párrafo segundo de dicha disposición adicional. Y es, por lo demás, difícilmente concebible que, de haber querido introducir esa modificación –porque de otro modo el párrafo segundo resultaría superfluo–, el legislador empleara en él las palabras «sólo serán exigibles».

2.ª) Los antecedentes parlamentarios de la disposición adicional novena que nos ocupa fueron, en lo que hemos logrado averiguar, las Propositiones no de Ley núm. 161/001799 del Grupo Parlamentario Catalán (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 449 de 2 de diciembre de 2002), y núm. 161/001900 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 481, de 7 de febrero de 2003). Y la lectura de los debates que suscitaron en el Congreso (cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Medio Ambiente, núm. 8973, de 13 de noviembre de 2003, págs. 27712- 27718) refleja que en la base de dichas iniciativas estaba la consideración de que los titulares de los aprovechamientos cinegéticos estaban sufriendo un trato injusto, que se atribuía –sin razón alguna, por cierto– a que los tribunales no estaban interpretando o aplicando correctamente la disposición adicional sexta de la Ley 19/2001. Se dijo, por ejemplo, al respecto: «Es bueno que, como antecedente, tengamos presente que las especies de fauna se mueven libremente, tienen una circulación libre y no es posible controlar sus movimientos. Esto incide sobre la presunta responsabilidad, derivada de la aplicación incorrecta de la norma, de estimar que es el titular del coto o del terreno cinegético el responsable. También es bueno tener claro como antecedente algo que es obvio en las normas de circulación y seguridad vial, y es que el conductor juega un papel determinante, tanto en la responsabilidad como en la seguridad de la conducción: es el agente activo fundamental [...]. Cuando los jueces, en una interpretación no correcta desde mi punto de vista de la acción legal anterior y de la normativa actual, pueden suponer que el titular del terreno cinegético siempre es el responsable están cometiendo un error muy importante, porque no puede tener ninguna responsabilidad directa en el accidente que se produce, y la razón fundamental es el carácter de *res nullius* de la pieza de caza. Por otra parte, como ya he señalado anteriormente, las especies se mueven libremente [...]».

3.ª) La interpretación de la disposición adicional novena sostenida en la sentencia impug-





nada no se compadece con la generalidad de su título «Responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas»: sin añadir nada semejante a «en los que se pueda imputar al conductor incumplimiento de las normas de circulación».

4.ª) La interpretación que, de la repetida disposición adicional, sostuvieron en el presente caso el Juez de Primera Instancia y el Magistrado de la Audiencia que formuló voto particular, es la que se ha aplicado por esta Sala en las Sentencias 277/2014, de 22 de mayo (Rec. 232/2012) y 455/2014, de 9 de septiembre (Rec. 1955/2012), ésta última del Pleno.

5.ª) En fin, conforme al artículo 3.1 CC, las normas deben interpretarse también «atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»; y si respetuosamente asumimos que a dicha realidad atiende –el primero– el legislador, habrá que convenir, a la luz de la redacción que la Ley 6/2014 ha dado a la disposición adicional novena, en que la interpretación dada en la sentencia impugnada a dicha disposición, en su redacción vigente en la fecha de accidente, no se acomoda a la realidad social actual. Ahora bien, cabalmente en atención a lo anterior, esta Sala quiere confirmar expresamente la doctrina que se desprende de su Sentencia 3/2015, de 25 de febrero (Rec. 2244/2012): la de que, de la norma del párrafo primero de la disposición adicional novena de la Ley de Seguridad Vial introducida por la Ley 17/2005, no cabe extraer la conclusión de que la responsabilidad del conductor se limitaba al supuesto del incumplimiento por él de las normas de circulación. No quedaba excluida –quiere decirse– la responsabilidad del conductor conforme a las normas de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, no pudiendo considerarse «fuerza mayor extraña a la conducción» la irrupción en la carretera de animales de caza. Doctrina que confirmamos, a fin de eliminar cualquier duda que pudiera haber creado al respecto la anterior Sentencia de esta Sala 245/2014, de 14 de mayo (Rec. 2563/2011); por más que, en el caso que finalmente decidió, el demandante gravemente perjudicado, pasajero en el vehículo que había colisionado con una piara de jabalíes, y que reclamaba indemnización a la compañía aseguradora del vehículo, había obtenido ya una cierta indemnización, mediante transacción con la sociedad de cazadores titular del aprovechamiento cinegético del que los animales procedieron y con su aseguradora; y ésta había satisfecho también a la aseguradora a todo riesgo del vehículo el importe de los daños ma-

teriales sufridos por éste a consecuencia de la colisión con los jabalíes.

**TERCERO.-** Nuestros pronunciamientos en el precedente Fundamento de Derecho no pueden, sin embargo, conducir a la estimación del motivo único de recurso. En la reciente Sentencia de esta Sala 625/2015, de 20 de noviembre (Rec. 702/2015), se recuerda que: «La sentencia núm. 440/2012, de 28 de junio, con cita de numerosas sentencias anteriores, declara que "en aplicación de la doctrina de equivalencia de resultados y carencia de efecto útil del recurso no puede surtir efecto en casación un motivo que no determine una alteración del fallo recurrido. De acuerdo con esta doctrina, no procede el recurso cuando la eventual aceptación de la tesis jurídica del recurrente conduce a la misma solución contenida en la sentencia recurrida [...], incluso cuando no es correcta la doctrina seguida por la sentencia impugnada si la estimación no produce una modificación del fallo [...]. Conforme a este criterio, no procede acoger el recurso cuando, pese al fundamento de alguno de los motivos que lo sustentan, el fallo deba ser mantenido con otros argumentos"». También han aplicado dicha doctrina, entre muchas, las Sentencias 587/2015, de 26 de octubre (Rec. 1704/2013) y 534/2015, de 20 de octubre (Rec. 549/2010), ésta última del Pleno de la Sala.

En el presente caso, la condena al arrendatario del coto a indemnizar los perjuicios reclamados por los demandantes, ahora recurridos, resulta justificada porque, frente a lo que se afirma en el recurso de casación (al que no acompaña recurso extraordinario por infracción procesal), la sentencia impugnada se pronunció en el sentido siguiente: «máxime en casos como el presente en los que, examinada la prueba documental, puede comprobarse que la parte titular de la explotación cinegética no cumplió en sus justos y estrictos términos el programa de actuación cinegética establecido»; pronunciamiento, éste, que se reafirma -con los amplios detalles que hemos dejado transcritos más arriba- en el voto particular concurrente.

Cabe añadir que la ya mencionada Sentencia de esta Sala de 22 de mayo de 2014 estableció un patrón de «diligencia rigurosa» en la conservación de los terrenos acotados, ante los riesgos y previsibles consecuencias que pueden provocar las piezas de caza mayor al cruzar la carretera, y los beneficios que se obtienen de la actividad cinegética. Conviene señalar, no obstante, que esa doctrina ha dejado de ser aplicable tras la modificación de la disposición adicional novena de la Ley de Seguridad Vial efectuada por la Ley 6/2014, de 7 de abril.

En fin, lo arriba manifestado acerca de por qué procede desestimar del único motivo del recurso permitiría a esta Sala no pronunciarse sobre la alegación del recurrente en el sentido de que la valoración de si existió, o no, por su parte «falta de diligencia en la conservación del terreno acotado» debió hacerse aplicando la norma del apartado 3 del artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León : de hecho, así se hizo en la sentencia impugnada. Pero sí quiere la Sala expresar su criterio de que, a tenor de las reglas 8.ª y 21.ª del artículo 149.1 de la Constitución Española, la Comunidad Autónoma de Castilla y León carece de competencia legislativa en materia de régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad civil por accidentes de tráfico en general, incluidos los ocasionados por atropello de especies cinegéticas.

**CUARTO.-** Desestimado el recurso procede, conforme al artículo 398.1 LEC en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley, imponer las costas a la parte recurrente y, conforme al apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta LEC, acordar la pérdida del depósito constituido. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por don José Carlos contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2013 por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Burgos en el recurso de apelación 214/2013.

2.- IMPONER las costas al recurrente.

3.- ACORDAR LA PÉRDIDA del depósito.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. 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, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleón Prieto y Xavier O'Callaghan Muñoz. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Fernando Pantaleón Prieto, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

La sentencia de referencia, trata de clarificar el nuevo régimen de responsabilidad civil por atropello de especies cinegéticas y como debe interpretarse la Disposición Adicional Novena de la Ley de Seguridad Vial que se introdujo mediante la Ley 6/2014, de 7 de abril, que es la vigente Disposición Adicional Séptima del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.

Realiza la sentencia un interesante análisis comparativo del cambio de la normativa que se ha producido en 2001, 2005 y 2014, introduciéndose en su Fundamento de Derecho Segundo la expresión “giro copernicano” que trataremos de analizar en dos sentidos muy distintos.

Concretamente, dice la sentencia:

*“Es, hoy, la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.*

*Evidentemente, la disposición adicional que acaba de transcribirse no es aplicable al caso de autos; pero ha venido a demostrar que, si se aceptase que la interpretación de la disposición adicional novena aplicable al caso litigioso sostenida en la sentencia impugnada respondió a la voluntad del legislador de 2005, se habría producido, menos de nueve años después un giro copernicano en la voluntad legislativa en materia de responsabilidad por accidentes de tráfico ocasionados por el atropello de especies cinegéticas en las vías públicas”.*

Un primer aspecto: interesante mensaje sobre el uso que puede darse a una normativa actual (pondré por ejemplo la Ley 35/2015, de 22 de septiembre de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación), en relación con una norma que ya ha dejado de estar vigente pero que debe seguir aplicándose a los accidentes ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley (pondré por ejemplo el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación contenido en el Anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, con efectos para los accidentes ocurridos hasta el 31.12.2015).

Puede servir esta comparativa de ley anterior con ley actual, para realizar interpretaciones integradoras, que permitan resolver lagunas o falta de concreción que podían existir en la norma ya derogada, cuando todavía esa norma se tiene que aplicar para accidentes ocurridos durante su vigencia ratificando, de esta forma, actuaciones tales como la realizada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 29 de diciembre de 2015 (Ponente: Fermín Javier Zubiri Oteiza), donde al encontrarse con la dificultad de determinar el lucro cesante en un caso de muerte ocurrido en el año 2013, señala:

*“A tal objeto, estimamos que pueden servir como pauta orientadora los criterios que en relación con el lucro cesante se contemplan en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, norma esta que, si bien no es aplicable directamente al caso que nos ocupa, e incluso no entrará en vigor hasta el próximo día 1 de enero de 2016, ya ha sido publicada en el BOE del pasado día 23 de septiembre de 2015”.*

En este sentido, se puede utilizar como argumento que el legislador de la Ley 35/2015, no ha querido realizar tampoco un “giro copernicano”, y en cambio, que la nueva ley puede servir como pauta orientativa para aplicar algunos de sus criterios en accidentes ocurridos con anterioridad al 01.01.2016, en especial, en aquellos casos donde la normativa anterior no contenía una adecuada sistemática para la fijación de indemnizaciones (lucro cesante, prótesis futuras, etc.).

Pero la sentencia que analizamos, creo que podría titularse “LA NEGACIÓN DE UN GIRO COPERNICANO QUE ES EN REALIDAD COPERNICANO”, pues trata de retorcer la gramática, para no reconocer una cruda realidad, la cual, puede afectar muy gravemente a deter-

## COMENTARIO

minadas víctimas de accidentes de tráfico y, podemos decir con absoluta claridad, que la normativa que valida y justifica dicha sentencia puede generar en determinadas ocasiones una absoluta desprotección de víctimas inocentes.

Si en ocasiones se había dicho, con sorna, que “el legislador es cazador”, pues era la única forma de comprender la evolución legislativa en esta materia, me permito decir, de forma respetuosa, que la sentencia omite la magnífica crítica realizada por el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, Don Eugenio Llamas Pombo, que en una magistral ponencia en el XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro decía:

“Puede afirmarse que el texto de la regulación que en esta materia introduce la Ley 6/2014 infringe no uno, sino todos los principios que sustentan nuestro sistema de responsabilidad civil, pues no respeta ni las reglas generales de la imputación, ni las reglas de la causalidad, ni las que presiden la reparación del daño. En efecto,....con la única finalidad de exonerar de responsabilidad a los titulares de los cotos de caza, se imputa la responsabilidad:

- *A quien no causa el daño, sino a quien lo padece.*
- *A quien no crea el riesgo, sino que es la víctima del mismo.*
- *Al margen absolutamente de su conducta diligente o negligente.*
- *Con el inexplicable “paliativo” de no cubrir los daños sufridos por el animal que causó el accidente”.*

Desde 1970, con la Ley de Caza, debían responder, en todo caso, el titular del coto de caza y, subsidiariamente el propietario, por los daños causados por las especies cinegéticas, pero en este siglo XXI se ha producido el verdadero “giro copernicano”, pues en la Ley 10/2001 ya se introdujo algún matiz para derivar la responsabilidad al conductor del vehículo “... se le puede imputar un incumplimiento de las normas de circulación que pueda ser causa eficiente de los daños ocasionados”.

No tendrían bastante los “cazadores” para que en la Ley 17/2005 ya se dijera “...se le puede imputar un incumplimiento de las normas de circulación”, y como si no fuera importante suprimiéndose la expresión “que pueda ser causa eficiente de los daños ocasionados”, sin que ya sea precisa una relación de causalidad entre dicho incumplimiento y la generación del accidente.

Y como debieron ver los “cazadores” que se podía dar todavía otra vuelta a la tuerca, en la Ley 6/2014, ya se regula “...será responsable de los daños a personas o bienes el conductor del vehículo...”, aunque esta vez, son tan “amables” que no imponen pagar el valor del animal atropellado, aunque mucho me temo, que en la próxima reforma el conductor deberá pagar el jabalí.

De la objetividad del titular del coto de caza a la objetividad de la responsabilidad para el conductor, aunque sea inocente y no tenga culpa alguna.

Deseo que no hayan accidentes, pero si un conductor de ciclomotor, circulando con absoluta corrección, con total prudencia, colisiona contra un animal quedando tetrapléjico, espero que ese animal sea un burro o una vaca, pues su propietario deberá responder de tan graves lesiones (artículo 1905 CC), pero si desgraciadamente atropella a un jabalí, nuestra legislación y la sentencia, dicen que es responsable tan prudente conductor y que ningún derecho indemnizatorio le corresponde.

Menos mal que la sentencia comentada termina ratificando la condena al arrendatario del coto porque no cumplía con sus justos y estrictos términos el programa de actuación cinegética establecido, aunque con la nueva normativa y la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, pueden ya dejar de tener los propietarios de esos cotos la “diligencia rigurosa” en la conservación de los terrenos acotados, pues ahora no pasa nada, el conductor es el responsable.

# Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

## Deber de declaración del riesgo. Dolo o culpa grave del tomador a pesar de que el cuestionario al que se le sometió fue genérico y que en el momento de adherirse al seguro no conocía la relación entre la patología sufrida y la enfermedad finalmente diagnosticada

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 17 de febrero de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

### Fundamentos de Derecho

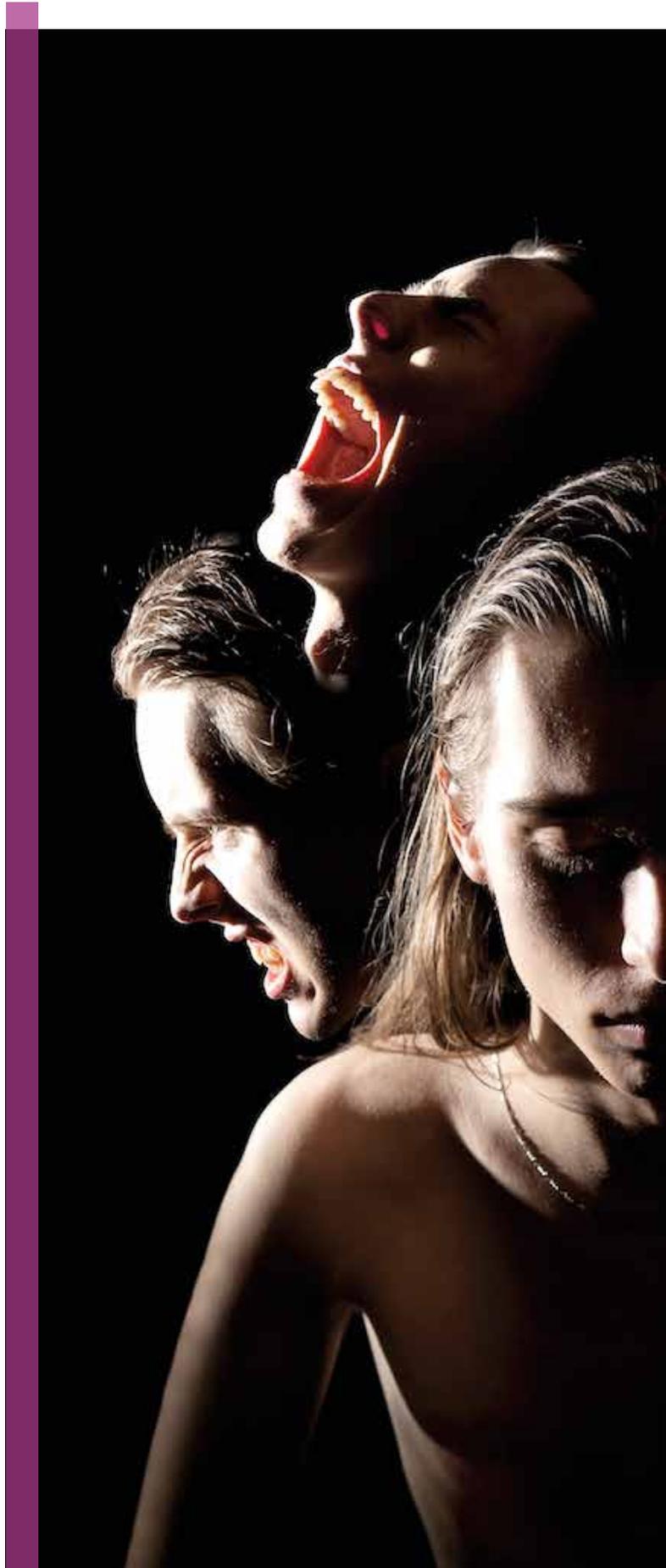
**PRIMERO.**- El presente litigio versa sobre la reclamación de un asegurado contra su compañía de seguros exigiéndole el pago de la cantidad que decía corresponderle en virtud de los seguros de vida e invalidez suscritos tras haberle sido reconocida una invalidez permanente absoluta por trastorno bipolar, pretensión que fue desestimada íntegramente en segunda instancia al apreciarse dolo o culpa grave en el tomador respecto de su deber de declarar el riesgo por haber ocultado su enfermedad.

Los datos más relevantes del litigio son los siguientes:

1.- No se discute que con fecha 16 de mayo de 2003 el demandante D. Pedro Antonio se adhirió a las pólizas colectivas de seguro de vida y accidentes de las que era tomador El Corte Inglés S.A. y aseguradora Seguros El Corte Inglés, Vida, Pensiones y Reintegros S.A. que, entre otras garantías, cubría el riesgo de invalidez permanente absoluta con una suma asegurada de 60.000 euros. Tampoco se discute que tres años después, el 16 de mayo de 2006, se amplió el capital de dichos seguros a la par que se incrementaba la prima, ni que el 1 de agosto de 2008 el demandante y la referida entidad aseguradora suscribieron la póliza de protección personal y seguro de vida individual n.º NUM002, que también cubría dicho riesgo, en este caso con un capital de 60.101,20 euros. Es un hecho probado que la aseguradora presentó en cada ocasión un breve cuestionario de salud y que, preguntado el demandante en el momento de la firma sobre si había tenido o tenía alguna limitación física o psíquica o enfermedad crónica y sobre si había padecido en los cinco años anteriores alguna enfermedad o accidente que hubiera requerido de tratamiento médico o de intervención quirúrgica, en todos los casos respondió a ambas preguntas negativamente (folios 38, 40 y 43 de las actuaciones de primera instancia), respondiendo en cambio afirmativamente a la pregunta de si se encontraba en buen estado de salud (folios 38 y 43). Salvo el último, los cuestionarios fueron rellenados a ordenador por los empleados de la entidad aseguradora, pero con las contestaciones suministradas por el tomador previa formulación de las preguntas.

2.- A consecuencia de un trastorno bipolar diagnosticado el 4 de febrero de 2009 que ocasionó una larga baja médica, mediante resolución de 15 de marzo de 2010 el INSS reconoció al Sr. Pedro Antonio una invalidez permanente absoluta (folio 174), procediendo seguidamente este a comunicar el siniestro y formular la oportuna reclamación pecuniaria a la compañía de seguros, que se opuso alegando que el demandante había incumplido su deber de declarar el riesgo ocultando información relevante sobre su estado de salud, en concreto que se encontraba en tratamiento médico por problemas de depresión desde mucho antes de contratar el primer seguro, y decidió extinguir los seguros en vigor.

3.- En consecuencia, el demandante inició el presente litigio en reclamación de la suma asegurada (60.000 euros con cargo a la póliza colectiva n.º NUM000 y 60.101,20 euros con cargo a la póliza de protección personal) más





intereses del art. 20 LCS y costas. En apoyo de sus pretensiones y por lo que ahora interesa, adujo, en síntesis, lo siguiente: a) que tratándose de contratos de adhesión, las pólizas fueron preparadas por la oficina de El Corte Inglés Seguros; b) que fue un empleado de esta compañía quien rellenó en cada ocasión el correspondiente cuestionario de salud en el que las preguntas y las respuestas aparecían impresas sin que el tomador llegara a leerlas ni a rellenarlas personalmente, no siendo preguntado por el empleado sobre su salud ni requerido para que aportase documentación médica, por lo que en ningún momento fue consciente de estar ante un cuestionario de salud; c) que en todo caso, según art. 89 LCS, salvo en caso de dolo del asegurado, el asegurador no puede rescindir el contrato pasado un año desde la vigencia del seguro, por lo que debe asumir desde entonces la eventual reticencia o inexactitud del asegurado en la declaración del riesgo; d) que en este caso no concurre dolo del asegurado en los términos que viene interpretando la jurisprudencia, porque en ningún momento tuvo conocimiento de padecer ninguna enfermedad mental antes de que se le diagnosticase el trastorno bipolar (4 de febrero de 2009), no pudiendo confundirse la depresión («trastorno depresivo reactivo») con el «trastorno afectivo bipolar» que condujo a su invalidez, debiendo soportar el asegurador las consecuencias que derivan de un cuestionario de salud no suficientemente preciso y que fue rellenado por su agente.

4.- La compañía de seguros se opuso a la demanda alegando, en síntesis, lo siguiente: a) que todos los datos sobre la salud del asegurado que se incorporaron a los respectivos cuestionarios fueron suministrados directa, personal e inmediatamente por el mismo, dictándose los al agente, que se limitó a su transcripción; b) que lo relevante es la firma del asegurado cuando refleja la efectiva voluntad del firmante, no la autoría formal del rellenado material del cuestionario; c) que el tomador infringió su deber de declarar exactamente el riesgo al ocultar «patologías, diagnósticos, atenciones, tratamientos y pruebas médicas» a las que estaba siendo sometido en el momento de suscribir las pólizas, ya que los antecedentes psicopatológicos se remontaban al año 1995 y desde entonces había recibido tratamiento médico psiquiátrico por cuadro depresivo –situación concurrente cuando se firmó el primer seguro el 16 de mayo de 2003–; d) que la aseguradora no tenía obligación de realizar reconocimiento médico; y e), que en consecuencia no procedía la imposición de intereses de demora.

5.- La sentencia de primera instancia estimó únicamente la reclamación por invalidez fundada en la póliza colectiva de seguro de vida y accidente n.º NUM000 de fecha 16 de mayo de 2003, condenando a la compañía al pago de la cantidad reclamada (60.000 euros) al no haberse suscitado discusión sobre la suma asegurada, pero sin imponer los intereses del art. 20 LCS. Sus razones fueron, en síntesis y por lo que ahora interesa, las siguientes: a) el art. 10 LCS, al establecer que el tomador del seguro tiene el deber de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, impone obligaciones tanto a la entidad como al propio tomador, cuyo deber de declaración se limita a la contestación del cuestionario al que se le somete; b) en este caso la compañía cumplió su obligación de presentar un cuestionario al asegurado al tiempo de firmar el contrato (doc. 4 de la demanda y docs. 1, 2y 3 de la contestación), c) para valorar si el tomador cumplió con el deber de declarar el riesgo «se hace preciso analizar previamente la existencia de enfermedad del demandante que guarde relación con la causa de la invalidez declarada posteriormente y la conciencia o conocimiento de la misma por el asegurado al tiempo de rellenar el cuestionario»; d) del análisis de la prueba resulta que el asegurado no fue consciente de su enfermedad ni al contratar la primera póliza (16 de mayo de 2003) ni al solicitar su ampliación (16 de mayo de 2006), «ya que el tratamiento farmacológico de tipo depresivo se constituye de manera más intensa y continuada a partir del año 2007», mientras que, por el contrario, sí fue plenamente consciente «de su enfermedad y del seguimiento de un tratamiento mixto farmacológico y psicológico de tipo depresivo» al contratar el seguro de protección personal (1 de agosto de 2008), y ello a pesar de que el diagnóstico definitivo de trastorno bipolar y la declaración de incapacidad se produjeran con posterioridad.

6.- La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de la aseguradora, desestimó en consecuencia la impugnación del demandante respecto de los intereses moratorios y desestimó la demanda en su totalidad. Sus razones son, en lo que ahora interesa y en síntesis, las siguientes: a) el contrato de seguro es un contrato aleatorio configurado sobre la consideración de un riesgo que debe ser exactamente valorado por el asegurador mediante la información suministrada por el asegurado; b) el deber de declarar el riesgo (art. 10 LCS) se configura actualmente como un deber de contestación o respuesta al cuestionario que tiene la obligación de presentar el asegurador, debiendo





el asegurado aportar, mediante su declaración veraz, todas las circunstancias que conozca al contratar que puedan influir en la valoración del riesgo, así como las que acontezcan durante el curso del contrato que puedan agravarlo, y el asegurador cumplir con un deber de diligencia concretado en presentar un cuestionario en el que se reflejen las cuestiones de influencia en el riesgo, siendo el cuestionario el que determina «los límites y el contenido de la declaración» del tomador, de tal manera que si el asegurador no hace las preguntas oportunas conducentes a que pueda concretarse la entidad y circunstancias del riesgo, es él quien ha de soportar las consecuencias y no el tomador; c) para el asegurado el incumplimiento de su deber supone que entre en juego el art. 10.2.º LCS y, por tanto, la pérdida de la prestación únicamente si se acredita que actuó con reserva o inexactitud debida a dolo o culpa grave, concurriendo estos en «las declaraciones que tienen como fin alidad el engaño del asegurador, aunque no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte», y en «las declaraciones efectuadas con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario»; d) la sentencia apelada había valorado erróneamente la prueba practicada, pues de la misma cabe concluir que ya al tiempo de suscribirse la primera póliza el tomador era consciente de su enfermedad, dado que en la numerosa prueba documental incorporada a las actuaciones se observa (folio 466, informe del Equipo de salud mental de Santa Fe de 10 de marzo de 2008), como antecedentes personales, que el asegurado había padecido doce años antes un «cuadro depresivo que requirió tratamiento específico», que en el informe de 30 de enero de 2012 (folio 493) se refirió la existencia de antecedentes psicopatológicos que se remontaban al año 1995, con numerosos antecedentes personales de esa enfermedad («tres años de Hª psicoanalítico-psiquiátrico y en 95-97 crisis», así como «numerosos informes del Área de Atención Primaria en las que constan episodios de trastornos depresivos tratados con medicación») y, en fin, que también en el informe del INSS que sirvió de base para la declaración de incapacidad del demandante se hizo mención tanto a la existencia de antecedentes por depresión, que se remontaban al año 1995, como al inicio de tratamiento psiquiátrico a comienzos de 2003; d) estos hechos probados permiten desestimar la pretensión del demandante, no solo la formulada con base en la póliza de 2008 sino también la formulada con base en la póliza de 2003 (única estimada por la sentencia apelada), siendo «sintomático» para llegar a tal conclusión el contenido del referido informe de 10 de marzo de 2008 en el que, además de re-

señarse antecedentes por depresión doce años antes -1996-, se hace una expresa referencia a la preexistencia de una «síntomatología sugerente de un trastorno afectivo que oscila entre la depresión y la euforia», que «son los síntomas o episodios propios del trastorno bipolar que se diagnosticó finalmente en febrero de 2009», lo que conduce a concluir que cuando el demandante contestó a las preguntas que se le formularon sobre su salud, «faltó claramente a la verdad, ocultando conscientemente patologías, diagnósticos, atenciones y pruebas médicas a que estaba siendo sometido al menos desde 2003, por tanto, con anterioridad a 16-5-03».

7.- El demandante recurrió la sentencia de segunda instancia en casación y por infracción procesal, pero únicamente se ha admitido el recurso de casación. Como beneficiario de justicia gratuita el recurrente fue declarado exento de constituir los depósitos para recurrir exigidos por la ley.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación se formula por interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, con fundamento en la infracción de los arts. 10 y 11 LCS, en concordancia con el art. 89 del mismo texto legal y jurisprudencia que los interpreta, en cuanto al deber de declarar el riesgo en el cuestionario de salud presentado por la aseguradora (motivo primero) y en cuanto a la interpretación de la mala fe del asegurado para que pueda privársele de la prestación (motivo segundo).

En el motivo primero se alega que, de conformidad con el art. 10 LCS, el referido deber no comporta una obligación general y abstracta de declarar todas las circunstancias conocidas por el tomador que puedan influir en su valoración, sino que «se traduce en el deber más concreto y limitado de contestar verazmente al cuestionario que el asegurador le someta», quedando asimismo limitado «a las circunstancias "conocidas" por el tomador», de tal forma que si el asegurador no somete cuestionario alguno o el cuestionario es confuso, genérico, abstracto o incompleto y no pregunta expresamente sobre las circunstancias pretendidamente ocultas, o bien cuando este ha sido rellenado por la propia aseguradora solicitando únicamente la firma del asegurado sin que este fuera consciente de la relevancia de las declaraciones que emitía, es el asegurador quien asume el riesgo de la inexactitud, citándose al respecto las SSTS de 18 de mayo de 1993, 31 de diciembre de 2003 y 31 de mayo de 1997 -a la que se remite la anterior-. También se citan y extractan la SAP de Granada (Sección 5.ª) de 22 de enero de 2010, sobre un

caso en que el cuestionario era absolutamente genérico y no contenía ninguna pregunta relativa a la causa del siniestro en concreto, y la SAP de Granada (Sección 4.ª) de 27 de mayo de 2003 sobre un caso en el que la declaración de asegurado no se identificaba con el cuestionario, ya que se trataba de un modelo general que se tenía en el ordenador y se ponía a la firma de todos los clientes si contestaban afirmativamente a las preguntas que se les hacían. En aplicación de esta doctrina el motivo sostiene que la aseguradora solo puede ampararse en la ocultación del riesgo: a) si el asegurado conocía la patología que posteriormente ocasione su invalidez; y b) si el asegurado, a sabiendas de su estado, oculta datos sobre las circunstancias interesadas por la aseguradora, bien mediante revisión médica o bien mediante un cuestionario de salud preciso y concreto.

En opinión del recurrente no concurren estos presupuestos, porque él se limitó a firmar un boletín de adhesión al seguro colectivo de El Corte Inglés en mayo de 2003, ofrecido por esta entidad para clientes con tarjeta de compra y en el que se integraba el cuestionario de declaraciones del asegurado, que se rellenó a ordenador por el agente de la entidad aseguradora, quien se limitó a dárselo al asegurado para firmar, sin practicar prueba o reconocimiento médico alguno y sin advertirle de su relevancia, todo lo cual implica que las declaraciones de salud se efectuaron de forma mecánica al imprimir la póliza, sin que en ningún momento se velara por que el asegurado fuera consciente de su contenido y relevancia.

En segundo lugar se afirma que no cabe apreciar ocultación del riesgo si el asegurado, al declarar, no conocía la patología que posteriormente ocasione la invalidez, como según el recurrente sucedió en el presente caso, ya que en el momento de adherirse a un seguro y contratar el otro (en mayo de 2003 se adhirió a la póliza de vida e invalidez, en 2006 se amplió el capital de esta póliza y en 2008 contrató un seguro de protección personal) el asegurado no presentaba la patología causante de la invalidez (trastorno bipolar), pues esta no le fue diagnosticada hasta febrero de 2009, sin que los antecedentes de depresión reactiva fueran diagnosticados como enfermedad o el recurrente tuviera conciencia de estar enfermo con anterioridad a presentar la sintomatología que derivó en el trastorno bipolar y que se inició a principios del año 2009. En el motivo segundo se alega que, poniendo en relación el art. 10 LCS con el art. 89 LCS, el asegurador no puede denunciar la reticencia o inexactitud transcurrido

un año de la firma del seguro a menos que se demuestre el dolo del asegurado, «cláusula de incontestabilidad» que no es aplicable en atención a la jurisprudencia sobre la inexistencia de mala fe en el asegurado en casos de ausencia o falta de conocimiento suficiente de su enfermedad –con cita de las SSTS de 13 de octubre de 1989, 18 de mayo de 1993, 30 de septiembre de 1996 y 31 de mayo de 1997–, doctrina que entiende de aplicación y que habría sido vulnerada por la sentencia recurrida toda vez que en el presente caso en ningún momento antes del diagnóstico del trastorno bipolar (4/2/2009) el asegurado tuvo conocimiento de ser víctima de una enfermedad mental y de los riesgos que entrañaba.

En trámite de oposición la aseguradora recurrida ha solicitado la desestimación del recurso y ha alegado, en síntesis, respecto del primer motivo, que los argumentos del recurrente contradicen los hechos probados según los cuales (fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida) el demandante faltó claramente a la verdad al ocultar patologías, diagnósticos, atenciones y pruebas médicas a las que estaba siendo sometido al menos desde 2003, y esto pese a que las preguntas sobre su salud contenidas en los respectivos boletines de adhesión y en el seguro de protección personal eran «un auténtico cuestionario» y cumplían «fuera de toda duda» los requisitos del art. 10 LCS, constituyendo tal conducta del asegurado, según la sentencia recurrida, «un claro supuesto de dolo o culpa grave» y obviándose además por el recurrente que es irrelevante la autoría formal del rellenado material del cuestionario de salud (con cita de las SSTS de 24 de junio de 2006, 31 de diciembre de 2003, 23 de septiembre de 1997 y 25 de noviembre de 1993). En cuanto al motivo segundo, se insiste en que sí que se trató de verdaderos cuestionarios de salud y en que no cabe atribuirles una consideración distinta por el recurrente, ya que la interpretación de los contratos es función reservada en exclusiva al tribunal de instancia (con cita de las SSTS de 27 de septiembre de 2007, 17 de diciembre de 2010 y 22 de marzo de 2012), sin que exista el menor atisbo de irracionalidad en sus conclusiones que justifique su revisión por esta Sala, siendo el punto de partida la letra del contrato cuando no existan dudas (con cita de la STS de 9 de diciembre de 2008). En esta línea se concluye que la sentencia recurrida valora adecuadamente la prueba documental e interpreta también correctamente los cuestionarios como auténticos cuestionarios de salud, apoyando en dicha interpretación y valoración su conclusión acerca la actuación dolosa del asegurado.

**TERCERO.-** Los dos motivos, que se examinan conjuntamente por su estrecha relación entre sí, han de ser desestimados por las siguientes razones:

1ª) La jurisprudencia de esta Sala sobre el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS (entre las más recientes, SSTS de 2 de diciembre de 2014, rec. 982/2013, y 4 de diciembre de 2014, rec. 2269/2013, que a su vez citan y extractan las SSTS de 14 de junio de 2006, rec. 4080/1999, 11 de mayo de 2007, rec. 2056/2000, 15 de noviembre de 2007, rec. 5498/2000, y 3 de junio de 2008, rec. 154/2001) viene declarando que dicho precepto, ubicado dentro del título I referente a las disposiciones generales aplicables a toda clase de seguros, ha configurado, más que un deber de declaración, un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunte por el asegurador, ya que este, por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo, debe preguntar al contratante aquellos datos que estime oportunos. Esta configuración se aclaró y reforzó, si cabe, con la modificación del párrafo primero de este art. 10, al añadirse un último inciso según el cual «[q]uedará exonerado de tal deber (el tomador del seguro) si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él» (STS de 2 de diciembre de 2014).

En consecuencia, para la jurisprudencia la obligación del tomador del seguro de declarar a la aseguradora, antes de la conclusión del contrato y de acuerdo con el cuestionario que esta le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, se cumple «contestando el cuestionario que le presenta el asegurador, el cual asume el riesgo en caso de no presentarlo o hacerlo de manera incompleta (SSTS 25 de octubre de 1995; 21 de febrero de 2003; 27 de febrero de 2005; 29 de marzo de 2006; 17 de julio de 2007, rec. 3121/2000)». (STS de 4 de diciembre de 2014). Configurado así este deber, según la STS de 4 de diciembre de 2014 las consecuencias de su incumplimiento son las establecidas en el artículo 10 II LCS y consisten en: «a) La facultad del asegurador de 'rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitudes del tomador del seguro'. «b) La reducción de la prestación del asegurador 'proporcionalmente a la diferencia entre la

prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo'. Esta reducción se produce únicamente si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración de rescisión. «c) La liberación del asegurador del pago de la prestación. Este efecto solo se produce, según el artículo 10 II, último inciso, LCS, '[s]i medió dolo o culpa grave del tomador del seguro'».

Por tanto, sigue diciendo la STS de 4 de diciembre de 2014, mientras que la «reducción de la prestación del asegurador no exige que concurren circunstancias de dolo o culpa grave del tomador del seguro, sino sólo la existencia de reticencias o inexactitudes en la declaración, y, en virtud del principio de roga-ción procesal, según la jurisprudencia consolidada de esta Sala (en contra, STS de 12 de abril de 2004), que el asegurador ejercite la pretensión en el momento procesal oportuno (SSTS de 7 de junio de 2004; 15 de julio de 2005, rec. 612/1999)», por el contrario «la facultad del asegurador de rechazar el siniestro y de liberarse de la obligación de indemnizar solamente puede ejercitarse en caso de que en la declaración previa de riesgos haya mediado dolo o culpa grave por parte del tomador del seguro...», concurriendo dolo o culpa grave «en las declaraciones que tienen como finalidad el engaño del asegurador, aunque no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (arts. 1260 y 1261 CC), y en las declaraciones efectuadas con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario», debiéndose partir en casación de que «la determinación de si un determinado supuesto es meramente culposo por parte del tomador, o bien se debe a culpa grave, es delibere apreciación del tribunal sentenciador, por cuanto, versando sobre la aplicación de conceptos jurídicos, estos han de resultar de los hechos, conductas y circunstancias que el órgano judicial fija y valora (SSTS 12 de agosto de 1993; 24 de junio de 1999; 14 de junio de 2006, rec. 4080/1999)».

Esta misma jurisprudencia ha matizado que el tomador no puede justificar el incumplimiento de su deber por la mera circunstancia de que el cuestionario fuera rellenado por el personal de la aseguradora o de la entidad que actuara por cuenta de aquella, pues lo verdaderamente relevante es que, por la forma en que se rellenó, pueda concluirse que el tomador del seguro no fue preguntado por esa información relevante, de tal forma que, «en los casos en que el cuestionario es rellenado por los empleados de la compañía aseguradora sin que se haya recabado de la tomadora del



seguro la contestación de las preguntas, por mucho que aparezca su firma al final del cuestionario, no habrá habido infracción del deber de declarar aquella circunstancia relevante para la determinación del riesgo, porque de hecho no habrá sido preguntado por ella. Pero si consta acreditado, como es el caso, que los empleados rellenaron el cuestionario con las contestaciones suministradas por la tomadora, previa formulación de las preguntas que incluían aquellas relativas a haber padecido con anterioridad una enfermedad de cáncer, en ese caso hemos de entender que ha existido una infracción del deber de declaración» (STS de 4 de diciembre de 2014, rec. 2269/2013).

2ª) La sentencia recurrida no se opone a la referida doctrina jurisprudencial, pues el recurrente sostiene que sí hay oposición desde una particular interpretación de los hechos que no se corresponde con los que la sentencia recurrida declara probados. Así, consta probado que las pólizas colectiva e individual que sirven de fundamento a la reclamación del recurrente contenían los correspondientes cuestionarios de salud (en el primer caso como un apartado del boletín de adhesión denominado «declaraciones del solicitante» y, en el segundo, como un documento anexo) en los que, por lo que aquí interesa, se preguntó al recurrente si había tenido o seguía teniendo alguna limitación física o psíquica o enfermedad crónica, a lo que respondió que no, si había padecido en los últimos cinco años alguna enfermedad o accidente que hubiera necesitado de tratamiento médico o de intervención quirúrgica, a lo que igualmente respondió que no, y si se consideraba en ese momento en buen estado de salud, a lo que respondió que sí, por lo que cabe concluir, en línea con las sentencias de las dos instancias, que la compañía de seguros cumplió con su obligación legal (art. 10 LCS) presentando el cuestionario al hoy recurrente al tiempo de asegurarse.

Por otra parte, también es un hecho acreditado que, con excepción del último, referente al seguro de protección personal suscrito en 2008 -que según la sentencia de primera instancia sí fue rellenado a mano por el asegurado-, los cuestionarios no fueron cumplimentados por el hoy recurrente de su puño y letra sino que fueron rellenados en cada caso por el respectivo empleado de El Corte Inglés, sirviéndose del ordenador. No obstante, a tenor de la doctrina expuesta, el tomador no puede justificar el incumplimiento de su deber por la mera circunstancia de que el cuestionario fuera rellenado por el personal de la aseguradora o de la entidad que actuara por cuenta de aquella,

siendo lo relevante, como es el caso, que conste acreditado que los empleados rellenaron el cuestionario con las contestaciones suministradas por el tomador, previa formulación de las preguntas sobre su salud.

Llegados a este punto, configurado jurisprudencialmente el deber del tomador de declarar el riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que le pregunta el asegurador, y recayendo en este las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto (en el que se omitan circunstancias que puedan influir en la exacta valoración del riesgo), la controversia se contrae a determinar si las preguntas formuladas fueron o no conducentes a que, en sus circunstancias, el tomador pudieran razonablemente advertir o ser consciente de la existencia de antecedentes médico-sanitarios relacionados con su estado de salud que la aseguradora debiera conocer para poder identificar y valorar correctamente el riesgo asegurado con las coberturas de vida e invalidez contratadas. En este sentido, pese a que las preguntas fueron genéricas, sin referencia a ninguna patología o enfermedad en particular, es determinante –base fáctica sobre la que se sustenta la razón decisoria de la sentencia recurrida– que, desde como mínimo doce años antes de la firma de la primera póliza, el asegurado venía padeciendo una patología de depresión que condujo a la enfermedad (trastorno bipolar) causante de su invalidez, tratándose de antecedentes depresivos que, lejos de manifestarse de forma esporádica, como episodios aislados, dieron lugar a numerosas crisis que merecieron sucesivas actuaciones de los servicios de atención primaria y que precisaron tratamiento con medicación. Y es igualmente determinante que, según la sentencia recurrida, en el informe del equipo de salud mental de Santa Fe emitido con fecha 10 de marzo de 2008, se hiciera referencia a que estos antecedentes (cuadro depresivo) cursaron con sintomatología (trastorno afectivo que oscilaba entre la depresión y la euforia) muy similar o característica de la propia del trastorno bipolar.

En consecuencia, siendo cierto que no se preguntó al asegurado sobre una patología en concreto y que al adherirse al seguro colectivo (mayo de 2003, con ampliación de capital en mayo de 2006) no podía conocer la relación entre aquellas depresiones y la enfermedad que le sería diagnosticada en febrero de 2009, pese a ello, teniendo antecedentes de enfermedad psíquica (depresión) que venían mereciendo atención y tratamiento continuado desde al

menos doce años antes de su adhesión, nada justificaba que respondiera negativamente a la pregunta de si había tenido o tenía alguna limitación psíquica o enfermedad crónica, y menos aún que también negara haber padecido en los cinco años anteriores alguna enfermedad que precisara tratamiento médico cuando resulta que el tratamiento psiquiátrico se inició a comienzos del año 2003, pocos meses antes de su adhesión a la póliza colectiva, pues al hacerlo estaba sustrayendo conscientemente, a sabiendas, del conocimiento de la aseguradora, datos relevantes sobre su estado de salud (patologías, diagnósticos, atenciones, pruebas médicas, tratamientos médicos) que conocía perfectamente, que además estaban directamente relacionados con las preguntas formuladas y, en fin, que indudablemente, por la naturaleza y coberturas de los seguros contratados, debía percibir como objetivamente influyentes para valorar el riesgo cubierto.

**CUARTO.-** Conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC, procede imponer las costas al recurrente.

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

#### FALLAMOS

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Pedro Antonio contra la sentencia dictada el 3 de mayo de 2013 por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Granada en el recurso de apelación 8/2013.

2.º E imponer las costas a la parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Fernando Pantaleón Prieto. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmada y rubricada. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marín Castán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

## COMENTARIO

Por **Pedro Torrecillas López***Abogado. Vocal Asociación Abogados RCS en Andalucía Oriental*

Esta sentencia viene a corroborar el criterio mantenido en los últimos años por el Tribunal Supremo en las reclamaciones que efectúan los asegurados contra sus compañías aseguradoras exigiéndole el pago de las coberturas establecidas en las pólizas de vida o invalidez, y en este supuesto concreto la pretensión fue desestimada íntegramente en segunda instancia al apreciarse dolo o culpa grave en el tomador respecto de su deber de declarar el riesgo por haber ocultado su enfermedad.

El T.S. en dicha resolución afirma que es indiferente quien redacte el cuestionario de salud, agente, corredor, representante, etc., o si son de puño y letra del tomador las respuestas o son impresas, habida cuenta que lo verdaderamente importante es que se acredite que al tomador se le hicieron las preguntas

Hay que destacar que está acreditado que la aseguradora presentó un breve cuestionario de salud firmado por el asegurado en la que se le efectuaba una serie de preguntas, con carácter genérico, en el sentido de si había padecido en los cinco años anteriores alguna enfermedad o accidente que hubiera requerido de tratamiento médico de intervención quirúrgica, en todos los casos respondió a las preguntas negativamente.

Considero que esta sentencia es totalmente coherente con la línea jurisprudencial mantenida por el T.S. en este tipo de reclamaciones derivadas de pólizas de vida o invalidez.

Hay dos cuestiones, a mi entender, que son muy relevantes en la fundamentación de la resolución comentada, en primer lugar se afirma que someter al asegurado a un cuestionario de salud es totalmente preceptivo conforme a lo dispuesto en el art. 10 de la L.C.S. y dicho cuestionario más que un deber de declaración es un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunte por el asegurador, ya que este, por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo, debe preguntar al contratante aquellos datos de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo.

En segundo lugar el T.S. en dicha resolución afirma que es indiferente quien redacte el cuestionario de salud, agente, corredor, representante, etc., o si son de puño y letra del tomador las respuestas o son impresas, habida cuenta que lo verdaderamente importante es que se acredite que al tomador se le hicieron las preguntas del cuestionario y respondió a las mismas.

Y por último, en esta sentencia, al contrario de lo afirmado en otra que se ha dictado con posterioridad y que vamos a comentar igualmente, se considera que las preguntas genéricas sobre el estado de salud, sin referencia a ninguna patología, son totalmente válidas y correctas, ya que si

Está acreditado que la aseguradora presentó un breve cuestionario de salud firmado por el asegurado en la que se le efectuaba una serie de preguntas, con carácter genérico, en el sentido de si había padecido en los cinco años anteriores alguna enfermedad o accidente que hubiera requerido de tratamiento médico de intervención quirúrgica, en todos los casos respondió a las preguntas negativamente

## COMENTARIO

se le pregunta al tomador que si había tenido o seguía teniendo alguna limitación física o psíquica o enfermedad crónica o si había padecido en los últimos años alguna enfermedad o accidente que hubiera necesitado de tratamiento médico o de intervención quirúrgica, cabe afirmar que la aseguradora había cumplido con su obligación legal conforme a lo dispuesto en el art. 10 LC.S. Por lo que si el asegurado había ocultado cualquier circunstancia que pudiera influir en la valoración del riesgo, obviamente estaría incumpliendo con sus obligaciones contractuales.

Justo un mes después de la sentencia comentada, se ha dictado otra resolución por el T.S., con fecha 16 de marzo de 2016, Recurso 157/16, y en este caso afirmamos que es totalmente incoherente con la línea jurisprudencial mantenida por dicho Tribunal, toda vez que utilizando la misma fundamentación llega a interpretaciones y conclusiones totalmente diferentes.

Se considera que la aseguradora no cumplió previamente con su deber de someter al asegurado la cumplimentación de un cuestionario de salud, propiamente dicho, sin posibilidad, por tanto, de que este pudiera cumplir con su deber de responder a hechos o circunstancias que pudieran ser relevantes para la valoración del riesgo y ello porque debido a que las preguntas que se le hacen son de tipo genérico, es decir según esta última sentencia, en el caso que ocupa, se le tendría que haber preguntado al asegurado que si padecía cáncer, y no preguntas estereotipadas acerca de la salud en general. Se afirma que no puede considerarse que el asegurado, al no mencionar dicha enfermedad padecida, infringiera el deber de contestación o de respuesta que le impone el artículo 10 de la L.C.S.

Termina afirmando la sentencia que el asegurado no ha incurrido en dolo contractual, pues el contrato de seguro no solo era accesorio del contrato principal de préstamo, sino que además le vino impuesto por la entidad bancaria, de forma que difícilmente puede considerar que el asegurado indujo a la otra parte a la celebración del contrato de seguro (art. 1269 del C.C.).

Sin duda alguna esta última sentencia, totalmente incoherente con la línea jurisprudencial mantenida por el T.S. en los últimos años, está generando pánico en el sector asegurador, habida cuenta de que es insostenible afirmar que en un cuestionario de salud deben estar incluidas las preguntas específicas de todo tipo de enfermedades que puedan influir en el riesgo asegurado. Obviamente es más lógico y de sentido común, lo afirmado en la primera sentencia de fecha 17 de febrero, al considerar que determinadas preguntas de tipo genérico (ha padecido o padece alguna enfermedad por la que haya estado sometido a tratamiento médico en los últimos cinco años, et...), son correctas y cumplen con la legalidad exigible por el art. 10 de la L.C.S.

Si un tomador ha estado o está sometido a un tratamiento por cáncer, cuando contrata el seguro y se le pregunta por su estado de salud y si ha estado en tratamiento médico, y contesta que no, obviamente está faltando a la verdad, está ocultando información a la aseguradora, es consciente de lo que está haciendo, porque la pregunta es clara y precisa. Otra circunstancia es que las preguntas no fuesen claras y que pudieran infundir algún error en los asegurados al dar sus respuestas.

Finalmente, afirma que el asegurado no incurre en dolo contractual porque el contrato de seguro era accesorio del contrato principal y además le es impuesto por la entidad bancaria, en base a lo dispuesto en art. 1.269 del C.C. Parece olvidar la sentencia que la entidad bancaria o entidad comercial, es mera intermediaria o comisionista, toda vez que las partes contratantes son la aseguradora y el tomador del seguro, y obviamente la compañía de seguros no obliga ni induce al asegurado, se limita a ofrecer unas garantías y prestaciones a cambio de una prima, y está sometido a lo preceptuado en la L.C.S., y en este caso específico al art. 10 de la referida Ley, y si el asegurado, incumple, oculta datos, engaña, no lo hace a la entidad bancaria, quien no es parte en el contrato de seguro, sino a la aseguradora que es quien debe de hacer frente al riesgo cubierto.

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

### Indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de enfermedad por exposición al amianto. Aplicación del Baremo para accidentes de circulación. Sucesión de viuda e hija en la posición del actor fallecido tras dictarse sentencia de instancia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª),  
de 2 de marzo de 2016.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López y García de la Serrana

#### Fundamentos de Derecho

Resumen de Antecedentes.

**PRIMERO.**- 1. El problema que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, abordado ya por la Sala con reiteración, también en casación unificadora, según luego se verá, consiste en determinar si debe reconocerse o no una indemnización de daños y perjuicios por una enfermedad profesional causante de una incapacidad permanente absoluta (I.P.A.) y del posterior fallecimiento de un trabajador.

2. En la demanda presentada el día 11 de julio de 2013 el trabajador pidió una indemni-

zación por daños y perjuicios, derivados de su enfermedad profesional, por un importe global de 445.767,28 euros. Tras el fallecimiento del causante, el 24 de noviembre de 2014 con 54 años de edad, la viuda y su hija, como sucesoras del mismo, se personaron en las actuaciones e interpusieron el presente recurso de casación unificadora contra la sentencia de suplicación del T.S.J. de Asturias de 31 de octubre de 2014 que había confirmado la desestimación de la demanda, al considerar que, pese al contacto del mismo con el amianto, no estaba suficientemente probado que la exposición al amianto por falta de medidas de seguridad fuese la causa del cáncer de pulmón que le había ocasionado la incapacidad permanente absoluta.

3. Como sentencia contradictoria, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al artículo 219 de la L.J.S., se cita por las recurrentes la dictada por esta Sala el 5 de marzo de 2013 (Rcud. 1478/2012). En los hechos probados de esta sentencia consta que el causante ingresó en la el 9-12-1971, inicialmente como oficial 3º electricista, causando baja el 31-5-1999 como consecuencia de un ERE. En la prestación de servicios en los años 70 estuvo expuesto al amianto, junto con otros trabajadores pertenecientes al gremio de electricidad, puesto que para las envolturas de los cables se utilizaba ese material que cubría a los tubos para estancarlos. No usaba mascarilla, no se obligaba a los trabajadores al uso de las existentes de papel que sólo eran utilizadas cuando había humo. La empresa eliminó la utilización de material de aislamiento con contenido de amianto en buques de nueva construcción desde 1980 y a partir de esa fecha sólo se manejaba amianto para buques en proceso de reparación. No se ha acreditado que por la empresa se realizasen mediciones periódicas para controlar las concentraciones de fibras por centímetro cúbico en las zonas en que prestó servicios el causante, que pasó un total de 12 reconocimientos médicos ordinarios no semestrales generales y no específicos de asbestosis por los servicios médicos de la empresa en fechas que van desde finales del año 1971 al mes de marzo de 1998. El 29-9-2002 fue declarado en incapacidad permanente absoluta por enfermedad profesional, falleció el 1-12-2005, y se reconoció pensión de viudedad a su esposa en régimen de enfermedad profesional.

Ante esos hechos la sentencia de suplicación desestimó la demanda por entender que no se había acreditado la existencia de un nexo causal entre el daño existente y los incumplimientos empresariales de la normativa sobre

protección frente al amianto. Pero nuestra sentencia la casa y reconoce la indemnización solidaria al constar la existencia de una I.P.A. derivada de enfermedad profesional por exposición al amianto e incumplimiento empresarial de las medidas de seguridad al efecto.

4. Concorre el requisito o presupuesto de contradicción entre sentencias exigido en el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para viabilizar el recurso de casación unificadora interpuesto, como también admite el Ministerio Fiscal en su informe. En ambos casos se discutía la posible responsabilidad de la empresa en los daños causados a los trabajadores, derivados de la misma enfermedad profesional (asbestosis), como consecuencia de haber trabajado para la misma empresa durante un largo período de tiempo, estando expuestos al amianto en los dos casos, sin que en ninguno de los supuestos se llevaran a cabo los reconocimientos médicos ni otras medidas de seguridad. Los dos trabajadores eran fumadores habituales y habían sido declarados en incapacidad permanente absoluta por enfermedad profesional. Pudiera ser cierto, que el periodo real de exposición al amianto de los dos trabajadores fuera diferente, pero esa hipotética diferencia, que, desde luego, no se desprende con seguridad de los datos fácticos de las sentencias comparadas, carece de relevancia a los efectos de la contradicción, dado el notorio efecto letal que el contacto con ese producto puede producir en ambos períodos. Y pese a todas las señaladas coincidencias, como vimos, la sentencia impugnada entiende que no existe una evidencia clara de que la patología del trabajador tuviera su origen en la exposición a las fibras de amianto y, en consecuencia, desestima la demanda en reclamación de daños, mientras que la de contraste condena a la empresa al abono de una indemnización al haber causado la exposición al asbesto, o al menos agravado, las dolencias padecidas por el trabajador.

Debe reseñarse la evolución trascendente que ha experimentado la jurisprudencia social desde la STS/IV 30-9-1997 (R. 22/97) hasta la más reciente de 30-6-2010 (Sala General, R. 4123/08) en esta materia de responsabilidad por daños derivados de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales, en especial en temas de culpabilidad y de carga de la prueba, doctrina recogida en el art. 96-2 de la L.J.S. que justifica el nuevo criterio en orden a la existencia o no de contradicción, al ponerse ahora el acento en el aspecto fáctico; a saber: en la existencia o no en la fecha de los hechos de las medidas necesarias para prevenir o evitar el

riesgo cuya adopción compete a los deudores de seguridad.

Las alegaciones relativas a la diferencia entre las pretensiones ejercitadas, al accionar aquí el trabajador y en la de contraste la viuda, carecen de relevancia. En efecto, aparte que en el caso contemplado por la referencial inició el proceso el trabajador y lo continuaron la viuda y su hija, como, finalmente, ha ocurrido en este, resulta que lo relevante es que en ambos casos se pide una indemnización por los datos de todo tipo causados por una enfermedad profesional, indemnización que se ha denegado por falta de un nexo causal entre el amianto y la enfermedad profesional. Por ello, es irrelevante quien pida la indemnización o que el daño se cuantifique como propio o del causante, ya que, el derecho a la indemnización nace del mismo hecho de la conducta de la empleadora, razón por la que la controversia en ambos supuestos se reduce a determinar si el daño sufrido tiene su origen en la exposición al amianto y se debe al incumplimiento por la empresa de sus deberes en materia de seguridad en el trabajo.

**SEGUNDO.-** 1. El recurso, como también propone el dictamen del Ministerio Fiscal, debe ser favorablemente acogido porque, con independencia de que, como esta Sala tiene reiteradamente declarado en las resoluciones de contraste, no es posible negar la relación de causalidad física o material entre el trabajo relacionado con el polvo de amianto y la enfermedad profesional que aquejaba al causante y que determinó incluso el reconocimiento por el INSS de su incapacidad permanente absoluta por tal contingencia, igual que luego la pensión de viudedad de su cónyuge.

En efecto, si la existencia de una enfermedad profesional relacionada con la exposición al amianto ha sido reconocida por el Equipo de Valoración de Incapacidades, organismo técnico dependiente del INSS, entidad que debe hacer frente al pago de la prestación por tal contingencia, resulta contradictorio poner en duda, cual hace la sentencia recurrida la conexión entre el carcinoma pulmonar padecido por el causante y el contacto por el mismo con el amianto, para concluir achacando el cáncer de pulmón al tabaco con manifiesto olvido de lo dispuesto en el art. 96-2 de la L.J.S. y de la doctrina de esta Sala sobre la materia. En efecto, reiteradas sentencias de esta Sala, entre otras muchas, las SSTS/IV 24-enero-2012 (rcud 813/2012), 30-octubre-2012 (rcud 3942/2011), 10-diciembre-2012 (rcud 226/2012), 5-marzo-2013 (rcud 1478/2012) o 5- junio-2013 (rcud

1160/2012), vienen declarando que se puede declarar la responsabilidad empresarial por los daños que tengan su causa en enfermedades profesionales por entenderse que existe nexo causal entre la falta de medidas de seguridad en el periodo temporal de aparición y desarrollo de la enfermedad profesional cuando concurre, por una parte, base fáctica para afirmar que el centro de trabajo carecía de los dispositivos de precaución reglamentarios, que no se habían observado, en lo esencial, las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador -o, en suma, si no se habían adoptado por la empresa, deudora de seguridad, todas o las esenciales medidas exigibles y necesarias en la correspondiente época para prevenir o evitar el riesgo-, y, además, la responsabilidad subsiste cuando aun de haberse adoptado por la empresa todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, no se acredita que el daño no se habría producido, dado que la prueba de los hechos impeditivos, extintivos u obstativos también incumbe al empresario como deudor de seguridad.

En este sentido, como se dice en nuestra sentencia de 9-6-2014 (R. 871/2012) y se reitera con otras palabras en la de 4-5-2015 (R. 1281/2014), esta Sala tiene señalado que "Tratándose de enfermedad profesional, de una contingencia con desarrollo ajeno esencialmente a la conducta del trabajador, ante la constatada falta de las legales y reglamentarias medidas de seguridad en el desarrollo de un trabajo de alto riesgo de enfermedad profesional -ya se ha indicado que, al menos, desde el Decreto de 10-enero-1947, creador del seguro de enfermedades profesionales, en el cuadro de enfermedades profesionales se incluye directa y expresamente la asbestosis-, no puede presumirse, tanto más ante la inexistencia de cualquier prueba objetiva en sentido contrario, la ineficacia total de las referidas medidas preventivas establecidas en las sucesivas normas imperativas que las han ido perfeccionando -amparadas muchas de ellas en la experiencia y estudios técnicos sobre los condiciones de trabajo en las distintas circunstancias efectuadas o contrastadas en distintos países conforme a los continuos avances científicos y técnicos-, para prevenir, evitar o, como mínimo, disminuir los riesgos, pudiendo establecerse, en consecuencia, que entre los hechos admitidos o demostrados y el hecho "presunto" existe "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", siendo correcto, por tanto, el razonamiento efectuado en la sentencia recurrida en el sentido

de que “la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad profesional declarada por exposición continua al amianto. En suma, no cabe duda de que los incumplimientos supusieron un notable y significativo incremento del riesgo para la salud del trabajador, de forma que es probable que de haberse seguido desde el principio las prescripciones de seguridad reglamentarias el resultado no hubiese llegado a producirse”.

Indudablemente es dable presumir, como viene efectuado gran parte de la doctrina jurisprudencial –y se reitera en las citadas SSTS/IV 18-mayo-2011 (rcud 2621/2010) y 16-enero-2012 (rcud 4142/2010)–, que, en supuestos como el ahora enjuiciado, “la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad profesional declarada por exposición continua al amianto, ante la certeza o máxima probabilidad que de haberse cumplido las prescripciones de seguridad exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse en todo o en parte”.

Además, como se razona en nuestra STS/IV 30-junio-2010 (Sala General –rcud 4123/2008), “la propia existencia de un daño pudiera implicar –se ha dicho– el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable]”. Por lo que a idéntica conclusión podemos llegar aplicando la jurisprudencia de esta Sala contenida en la referida STS/IV 30-junio-2010, que aplica la clásica normativa civil de la culpa contractual, conforme a la cual “la exigencia de responsabilidad necesariamente ha de calificarse como contractual, si el daño es consecuencia del incumplimiento contractual”, que “La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más





allá -incluso- de las exigencias reglamentarias” y que, en cuanto a la carga de la prueba, “ha de destacarse la aplicación -análoga- del art. 1183 CC, del que derivar la conclusión de que el incumplimiento de la obligación ha de atribuirse al deudor y no al caso fortuito, salvo prueba en contrario; y la del art. 217 LECiv, tanto en lo relativo a la prueba de los hechos constitutivos [secuelas derivadas de AT] y de los impeditivas, extintivos u obstativos [diligencia exigible], cuanto a la disponibilidad y facilidad probatoria [es más difícil para el trabajador acreditar la falta de diligencia que para el empresario demostrar la concurrencia de ésta]” y que “el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL], pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente”.

En efecto, en el presente caso, actualizado el riesgo de enfermedad profesional para enervar su posible responsabilidad el empleador (deudor de seguridad) había de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, lo que no efectúa ante la constatada existencia de falta de las esenciales y preceptivas medidas de seguridad, pero además tampoco justifica que aun de haberse adoptado todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, el daño no se habría producido, lo que tampoco ha efectuado dado que la prueba de los hechos impeditivos, extintivos u obstativos también incumbía al empresario como deudor de seguridad.

2. La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa obliga a casar la sentencia recurrida, dada la normativa aplicable en materia de protección frente al amianto que cita nuestra sentencia de contraste y que damos por reproducida al efecto, por cuanto la empresa no adoptó las medidas de seguridad exigibles en la época, lo que facilitó que el mismo inhalara el amianto que, aunque se estimara que no fue la causa del carcinoma pulmonar, no se puede negar que si agravó las dolencias pulmonares y coadyuvó al fallecimiento en edad temprana del causante, cual muestra la pericial practicada. Por ello, debe concluirse que es procedente la reclamación de daños y perjuicios que se articula.

**TERCERO.-** 1. Para el cálculo de la indemnización debe hacerse en primer lugar la siguiente consideración: como la demanda pidiendo una indemnización de 445.767,28 euros se presentó por el trabajador perjudicado quien falleció el 24 de diciembre de 2014, cuando ya se había dictado la sentencia objeto del presente recurso, siendo sucedido en su situación procesal por su mujer e hija, tal dato comporta el que las mismas conserven los derechos que el tenía y no otros. Consecuentemente, tienen derecho a la indemnización que correspondía al causante al tiempo de fallecer y no más, lo que comporta que para su cuantificación se tengan en cuenta las cuantías indemnizatorias del Baremo de Accidentes de Tráfico que estaban aprobadas para el año 2014. Dada la fecha de fallecimiento del causante, no sería razonable reconocer a las recurrentes, cual piden, subsidiariamente, las indemnizaciones que, como viuda e hija, les otorgan las Tablas I y II del Baremo citado, pues, la demora de los Tribunales en resolver no puede perjudicar los derechos generados por su causante, quien los ejercitó y no los ingresó en su patrimonio por su fallecimiento antes de obtener sentencia favorable, lo que no impidió la transmisión de los mismos a sus herederos, conforme al art. 659 del Código Civil.

2. Sentado lo anterior, dado que el causante falleció a los 54 años, hay que entender que la insuficiencia respiratoria que aquejaba era severa y que suponía un restricción de tipo IV (< del 50 por 100), lo que con arreglo a la Tabla VI del Baremo, cuyo capítulo 2 enumera las secuelas del tronco y les da los puntos indemnizatorios, hace que le correspondan 90 puntos, dada la temprana edad a la que dejó el trabajo y demás circunstancias concurrentes. Los 90 puntos deben multiplicarse por 2.837,55 euros, valor del punto en el año 2014, y da un resultado de 255.379,5 euros como indemnización de la Tabla III del Baremo a pagar por lesiones permanente de todo tipo.

Como factor corrector por daños morales de la Tabla IV del Baremo, la parte recurrente reclama 191.151,88 euros, pretensión a la que se accede por las siguientes razones: La Tabla IV del Baremo, como factor corrector por incapacidad permanente absoluta otorga una indemnización de 95.862 euros a 191.725 para el año 2014, lo que muestra que la pretensión se encuentra dentro de los parámetros que la norma deja al arbitrio del juzgador quien considera razonable conceder el máximo pedido, habida cuenta la edad del causante, así como que esta Sala en su sentencia de 23 de junio de 2014 (Rcud. 1257/2013) entendió que el factor corrector por





la incapacidad permanente absoluta de la Tabla IV sólo compensa daños morales. Se dirá que no procede dar el máximo por este factor corrector, pero la importancia de las secuelas lo justifica. Además, esa solución la abona el hecho de que no se reconozca cantidad alguna por el concepto de daño moral complementario que contempla la citada Tabla IV y que permite conceder una indemnización adicional de hasta 95.862,67 euros por daño moral a quienes tengan una sola secuela valorada en más de 75 puntos, cual era el caso del trabajador fallecido que pudo pedirla y sólo reclamó la antes dicha. El argumento de que ningún daño moral por incapacidad permanente sufre quien no estaba en activo cuando se le reconoció la IPA no es de recibo, porque lo que se repara no es la pérdida de un trabajo, sino el daño moral que ocasiona la pérdida de capacidad laboral por enfermedad profesional cuando se tienen sólo 54 años y, teóricamente, se podría buscar un nuevo trabajo.

Tampoco cabe reducir la cuantía de la indemnización con base en que el fallecimiento prematuro del causante ha supuesto una hipotética minoración del perjuicio padecido por el mismo, por cuanto, como antes se dijo la cuantía indemnizatoria ya estaba fijada antes del fallecimiento del causante, quien la había reclamado en vía judicial en el ejercicio de derechos que formaban parte de su patrimonio y la transmitió a sus herederos. La Sala no desconoce que por Ley 35/2015 se ha modificado el T.R.L.R.C.S.C.V.M., dándosele una nueva redacción que en sus artículos 32 a 143 regula un nuevo sistema de valoración de daños y perjuicios, un nuevo Baremo, que en sus artículos 45 y siguientes, regula la forma de cuantificar la indemnización que corresponde a los herederos en los casos en que el lesionado fallece antes de fijarse la indemnización que le corresponde, según el nuevo Baremo, lo que hacen reconociendo a los herederos una parte de la indemnización que correspondía al fallecido, cantidad a la que se suma la indemnización que les corresponde como perjudicados. Pero, aparte que la aplicación de los artículos 45 y 47 de la nueva norma, cuya entrada en vigor se produjo tras fallecer el causante, nos llevaría a fijar por todos los conceptos una indemnización por cuantía superior a los 400.000 euros, esto es similar a la que deriva de la aplicación del antiguo Baremo, resulta que no se debe olvidar que la doctrina de esta Sala viene reiterando que el "Baremo" se aplica en esta jurisdicción con carácter orientador, para facilitar la vertebración y motivación de la cuantificación de la indemnización que debe perseguir la íntegra reparación del daño. Al usarse con carácter orientador, el juez



de lo social puede usar uno u otro "Baremo", apartarse de las normas del mismo y moverse con libertad de criterio dentro de los márgenes que conceda, siempre que justifique las razones de su decisión final, cual aquí se hace.

El cálculo anterior se ha efectuado con arreglo a la actualización del Baremo Anexo a la Ley de Seguro en la Circulación Vehículos de Motor aprobado por Resolución de 5-3-2014 de la Dirección General de Seguros. Corresponde, por tanto una indemnización de 446.531,38 euros, ligeramente superior a la pedida por las recurrentes en el suplico, solución que no es incongruente por dar más de lo pedido, ya que entendemos que, como se pide la aplicación de los valores del Baremo en 2014 por determinados conceptos, pretensión a la que accedemos, la diferencia se debe a la simple subsanación de un error material (aritmético) en el cálculo.

**CUARTO.-** Procede absolver a la SEPI, cual la misma pretende, por cuanto ninguna responsabilidad tiene en los hechos que dan origen a la indemnización reconocida. La SEPI sólo tiene acciones en la sociedad, pero no ha participado en la dirección de su actividad, ni en la de las sociedades a las que la misma ha sucedido, razón por la que, al no haber tenido intervención alguna en la actividad industrial que genera la obligación de indemnizar que se reconoce, procede su absolución.

**QUINTO.-** Las precedentes consideraciones obligan a estimar el recurso y a casar y anu-

lar la sentencia recurrida reconociendo a las recurrentes la indemnización pretendida por cuantía de 446.531,38 euros con cargo a S.A. y con absolución de la otra codemandada. Sin costas.

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

#### FALLAMOS

Que estimando, como estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Nuria Fernández Martínez en nombre y representación de DOÑA y DOÑA (herederas de D....) contra la sentencia dictada el 31 de octubre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 1695/2014, interpuesto contra la sentencia de fecha 9 de abril de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón, en autos núm. 587/2013, seguidos a instancias de DON contra S.A. y, debemos casar y anular la sentencia recurrida y revocar la de instancia en el sentido de estimar la demanda y reconocer a las recurrentes una indemnización de 446.531,32 euros por los conceptos indicados en esta resolución, más los intereses legales desde la fecha de esta resolución con cargo a quien condenamos a su pago con absolución de la Sin costas. Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

La Sala Social del TS aborda en esta sentencia como órgano sentenciador la cuantía del crédito resarcitorio que correspondía a un trabajador que reprochaba a su empresa la enfermedad que padecía (carcinoma pulmonar causado por la inhalación de amianto) y el cual falleció cuando el TSJ había confirmado la desestimación de la demanda acordada en primera instancia. Formalizado el recurso de casación por su viuda y su hija como herederas suyas, el TS lo estima y encara la cuantificación del crédito resarcitorio transmitido por herencia a las sucesoras del difunto. El TS valora los perjuicios padecidos por el trabajador fijando como

indemnización la que hubiera establecido a su favor en el caso de que no hubiera fallecido. Dado que el crédito resarcitorio que se cuantifica es el que correspondía al trabajador, sin perjuicio de que se transmita a sus herederas, es inequívoco que comprendía la reparación de los perjuicios que el trabajador había padecido hasta el momento de su muerte y también los que hubiera seguido padeciendo de no haber fallecido y que, como consecuencia precisamente de su fallecimiento, dejó de padecer.

El TS es consciente de la irregularidad del supuesto a resolver y por eso se plantea si la cuantificación del crédito tiene que ser objeto de alguna reducción o ha de ser la que se habría establecido si el óbito no hubiera acaecido. A tal efecto, se hace eco de la regulación introducida por el nuevo Baremo de Tráfico, refiriéndose específicamente a la regla establecida para el caso del perjudicado que, habiendo sufrido lesiones permanentes, fallece antes de haberse establecido su indemnización. Pero, para justificar la falta de aplicación del criterio al que se atiene dicha regla (art. 45 de la LRC y SCVM), el TS acude a un doble argumento.

El primero consiste en afirmar que la cuantía del crédito que hizo valer en vida el perjudicado estaba ya fijada antes de su fallecimiento, habiendo ejercitado unos derechos que ya formaban parte de su patrimonio y que transmitió a sus herederos, rechazando que sea procedente reducir la indemnización que se habría reconocido al interfecto si no hubiera fallecido. El TS acude así a una expresión equívoca, pues, en el caso de autos, las indemnizaciones no estaban fijadas cuando se produjo el fallecimiento y el hecho de que existan normas legales que, utilizables con carácter orientativo, fijan las cuantías de los diversos conceptos perjudiciales no supone su fijación, pues ésta es la que, en caso de pleito, establece el juez.

El segundo argumento consiste en señalar que el juez social acude con carácter orientador al Baremo de Tráfico para facilitar la vertebración indemnizatoria y motivar la cuantificación que considera pertinente; y que, para ello, puede utilizar tanto el Baremo derogado como el nuevo, guiándose en su elección por el cumplimiento de la reparación íntegra y pudiendo apartarse del escogido cuando encuentre razones que lo justifiquen. En este caso, el TS decide utilizar el Baremo que estaba vigente cuando el trabajador falleció y no manejar las reglas del que entró en vigor en 2016. Pero debe tenerse en cuenta que aquél permite la reducción de la cuantía resarcitoria

## COMENTARIO

por razón del fallecimiento prematuro del lesionado, como atestigua perfectamente la STS (Sala 1ª) de 13 de septiembre de 2012, de modo que una recta interpretación de las normas de un Baremo y otro conduce a que el crédito resarcitorio no incluya la compensación de los perjuicios que devienen imposibles precisamente por razón del fallecimiento de su titular.

Desde un punto de vista estrictamente judicial, bajo la perspectiva de que una indemnización no puede reparar perjuicios que se sabe que no van a producirse, parece plausible sostener que, abordando el tratamiento resarcitorio de un lesionado permanente que fallece de modo prematuro cuando todavía no se ha reconocido y cuantificado su crédito, no cabe diferenciar el fallecimiento que se produzca antes de haber ejercitado judicialmente su acción resarcitoria y el que tenga lugar después de haberlo hecho pero sin que todavía haya recaído sentencia.

Tan consciente era la dirección letrada de la viuda e hija del demandante fallecido de que, al interponer el recurso de casación como sucesoras del fallecido, ellas mantuvieron la pretensión indemnizatoria que éste había deducido, pero propusieron subsidiariamente que, de no acogerse por completo aquélla, se resarcieran los perjuicios padecidos por ellas como consecuencia de la muerte. La indicada petición subsidiaria fue desestimada sin ni siquiera desestimarla, por estimarse la principal, relativa a fijar la cuantía del crédito resarcitorio como si el fallecido estuviera vivo y, por tanto, integrando la indemnización con la reparación de todos aquellos perjuicios que el trabajador habría padecido después de la fecha de su muerte si no se hubiera muerto. Naturalmente, el TS no podía entrar, como pedían las sucesoras del occiso a reconocerles indemnización alguna como perjudicadas por el fallecimiento. Parece que la solución correcta del caso tendría que coincidir con la proporcionada por la sentencia mencionada de la Sala 1ª del TS, resarcándose los perjuicios padecidos por el trabajador perjudicado hasta el momento de su fallecimiento, con transmisión hereditaria de su crédito, y que, a su vez, los perjudicados por la muerte promovieran un segundo proceso para obtener el resarcimiento correspondiente a un fallecimiento derivado de una enfermedad profesional contraída por causa imputable al empresario.

La diferencia entre el caso resuelto por la Sala 1ª y el resuelto por la 4ª radica en que, en el primer caso, la acción resarcitoria que ejercitaron los herederos del fallecido se hizo valer después de haber tenido lugar su fallecimiento y sin que antes se hubiera ejercitado la acción resarcitoria del lesionado, mientras que en el segundo caso fue el trabajador perjudicado quien promovió el proceso laboral en ejercicio de su acción y que sólo después de haber recaído la sentencia resolutoria del recurso de suplicación fue sucedido por sus herederas, quienes hicieron valer en casación la acción que había ejercitado su causante y cuya acción estaba afectada por la *perpetuatio* correspondiente a la situación de *litispendencia*. Pero es inequívoco que, mantenido el ejercicio de la acción resarcitoria que había activado el demandante, el fallecimiento de éste no podía desconocerse como circunstancia relevante que tenía que influir en la cuantificación del crédito resarcitorio porque, una vez fenecido, no cabía que el crédito a reconocer comprendiera el resarcimiento de unos perjuicios que ya se sabía que el trabajador no iba a padecer como consecuencia precisamente de haber muerto.

Para un comentario de mayor envergadura quedaría la cuestión de si no habría de haberse solucionado la cuestión mediante la modalidad de la renta vitalicia que hubiera impedido el resarcimiento de los perjuicios por venir y no venidos; también, la de si podrían haberse valorados los perjuicios pretéritos de carácter temporal que el trabajador padeció desde que fuera dado de baja por su enfermedad, culminada (en principio) con la declaración de su incapacidad permanente absoluta (y digo, en principio, porque la verdadera culminación fue la mortal); e igualmente, si no tendría que haberse ponderado el perjuicio personal que sufrió el trabajador afectado al saber que, por su enfermedad, se habían reducido de forma drástica sus expectativas de supervivencia, siendo un perjuicio excepcional que, dejado de contemplar por los Baremos de Tráfico, debería resarcirse de forma cumplida.

# Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**El plazo de prescripción del artículo 23 de la LCS, en un supuesto de seguro de responsabilidad civil, empieza a contar desde el momento en que recae la firmeza de la sentencia que condena al asegurado a indemnizar a un tercero, y no desde el momento en que se conoce la reclamación por el perjudicado**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 17 de marzo de 2016.

**Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller**

## Fundamentos de Derecho

Resumen de Antecedentes.

**PRIMERO.**- El día 29 de abril de 1998 el trabajador don Imanol sufrió lesiones al caer un andamio móvil en la obra en la que trabajaba como empleado de TCM, entidad que había sido subcontratada por Contace S.A., habiendo sido esta última subcontratada a su vez por Eama S.A., que era la encargada de la construcción de la nave donde ocurrieron los hechos. Como consecuencia de ello se siguió juicio ordinario nº 289/2001 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid, en el que era demandada Eama S.A., la que fue emplazada en fecha 6 de junio

de 2001. Se dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2004 por la que se condenaba a dicha demandada, que apeló la sentencia, la cual fue confirmada por la Audiencia Provincial, con fecha 8 de marzo de 2007, mediante sentencia que fue notificada el día 16 del mismo mes. Eama S.A. comunicó dicha circunstancia a su aseguradora Allianz S.A. el 22 de marzo siguiente. La sentencia condenatoria adquirió firmeza con fecha 5 de mayo de 2009 al dictar esta Sala auto de inadmisión del recurso de casación interpuesto por Eama S.A.

El 8 de febrero de 2010 esta última demandó a Allianz, como aseguradora por responsabilidad civil, solicitando la condena a hacer frente a todas las responsabilidades de la mercantil Eama S.A. que deriven del procedimiento instado por don Imanol ante el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid, autos de juicio ordinario 289/2001, en todas sus instancias, ante la Audiencia Provincial y Tribunal Supremo, y que a fecha de interposición de la demanda ascendían a 241.265,50 € (235.570,15 euros de la ejecución 786/2005 y 5.695,37 euros de la ejecución 2138/2009), así como los gastos de defensa jurídica que había soportado Eama S.A. La demandada se opuso alegando, en primer lugar, que la acción estaba prescrita. El Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Madrid dictó sentencia de fecha 13 de noviembre de 2012 por la que desestimó la demanda al apreciar que la acción ya había prescrito cuando se interpuso la demanda. Contra dicha sentencia recurrió en apelación la demandante y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) dictó sentencia de fecha 19 de noviembre de 2013 confirmando la de primera instancia, con imposición de costas a la recurrente.

Contra dicha sentencia recurre en casación la demandante Eama S.A.

**SEGUNDO.-** La Audiencia, en el fundamento jurídico de su sentencia, a efectos de resolver la cuestión referida a la prescripción, cita el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro, según el cual «las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si el seguro es de personas». Afirma que en el caso presente nos encontramos ante un seguro de daños, siendo el riesgo asegurado «la cobertura de la responsabilidad civil que pueda derivarse para el asegurado por hechos que sean consecuencia de la actividad desarrollada por el mismo», incluyendo «en las coberturas del contrato la responsabilidad exigible al asegurado (directa, subsidiaria o solidaria) derivada de



reclamaciones que se efectúen contra el mismo, exclusivamente por daños personales sufridos por los subcontratistas, los empleados de éstos y/o dependientes, durante la realización de tareas por cuenta del asegurado», según se indica en la póliza suscrita. Por tanto, el plazo de prescripción de la acción que se ejercita, en este caso, es de dos años.

A continuación añade que: «El cómputo de dicho plazo se lleva a cabo a partir del momento en que "Eama, S.A." tiene conocimiento de la demanda interpuesta contra ella por el perjudicado, es decir el 6 de junio de 2001, fecha en que es emplazada en el procedimiento que



se siguió en el Juzgado de 1ª Instancia nº 26 de Madrid, como se indica en el hecho tercero de la demanda; a partir de ese momento debió poner en conocimiento de la aseguradora los hechos acontecidos, la demanda interpuesta contra ella y su intervención en el procedimiento; no obstante no comunicó dichas circunstancias a "Allianz" hasta el día 22 de marzo de 2007, comunicación que fue recibida al día siguiente. En consecuencia, teniendo en cuenta que desde la fecha en que la actora tiene conocimiento de la demanda interpuesta contra ella por D. Imanol hasta que se lo comunica a la aseguradora, han transcurrido más de dos años, esta Sala aprecia la prescripción de la acción, procediendo la

confirmación de la sentencia dictada en primera instancia, sin que sea necesario abordar el resto de los motivos de apelación.....».

**TERCERO.-** El único motivo del recurso de casación se refiere a la infracción de los artículos 23 y 73 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) en relación con los artículos 1961 y 1969 CC.

El artículo 23 LCS dispone que «las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si el seguro es de personas». No se discute que el plazo aplicable en el presente caso es el de dos años puesto que el seguro de responsabilidad civil corresponde a la primera de dichas categorías, pero la parte recurrente cuestiona la solución que respecto de la fijación del dies a quo establece la sentencia impugnada que lo hace coincidir con la fecha en la cual se comunicó a la entidad asegurada la demanda que contra ella había interpuesto el perjudicado. El motivo ha de ser estimado y, con él, el recurso de casación, pues hay que distinguir, por un lado, el ejercicio dentro de plazo legal de la acción derivada del contrato de seguro y, por otro, el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que puedan corresponder al asegurado frente a la aseguradora en orden a hacerle conocedora de la reclamación y del proceso judicial seguido para exigir la responsabilidad civil de dicho asegurado.

El artículo 73 LCS dispone que «por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho».

Esta Sala ha declarado en algunas ocasiones que el plazo de prescripción comienza a correr desde el momento de la firmeza de la sentencia que condena al asegurado a indemnizar a tercero (SSTS 210/2006, de 28 febrero, y 109/2013, de 8 de marzo), siguiendo así lo establecido en el artículo 1969 CC, por considerar que es a partir de dicho momento cuando la acción puede ejercitarse en toda su plenitud ya que se habrá determinado judicialmente la obligación de indemnizar y la cuantía de la indemnización que ha de satisfacer el asegurado, pues una interpretación adecuada del citado artículo 1969 CC requiere que la posibilidad de ejercicio sea efectiva y no una mera posibilidad legal,

siendo así que sólo en aquel caso la inactividad involuntaria del reclamante producirá efectos prescriptivos.

En concreto, la sentencia 109/2013, de 8 de marzo, afirma lo siguiente: «El dies a quo para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse (SSTS de 27 de febrero de 2004 y 24 de mayo de 2010, 12 de diciembre 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. Pues bien, es cierto que el ejercicio de la acción estaba condicionada al resultado de una sentencia previa civil que determinó el importe de la condena que la ahora recurrente pretende recuperar de la compañía aseguradora, por lo que sería la firmeza de sentencia, que se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, la que debería tomarse como día inicial para computar el plazo de su ejercicio, que es el de dos años».

En este caso la declaración de firmeza de la sentencia condenatoria para Eama S.A. se produjo por auto de esta sala de fecha 5 de mayo de 2009 por el que se acordaba la inadmisión de los recursos de casación formulados contra la sentencia que condenaba a la ahora demandante, por lo que al interponer la demanda con fecha 30 de diciembre de 2009, la acción no había prescrito.

**CUARTO.-** Al considerar esta Sala que no existe la prescripción que ha sido apreciada por la sentencia impugnada, procede casar la sentencia recurrida y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, teniéndose por interpuesta la demanda en tiempo, se resuelva sobre las pretensiones formuladas en la misma. Así se ha acordado en sentencias como la 285/2009, de 29 abril (dictada por la Sala en pleno al resolver Recurso 325/2006) por considerar procedente en tal caso «devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas (...)» teniendo en cuenta que «otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba».

**QUINTO.-** La estimación del recurso determina que no proceda condena al pago de las costas causadas por el mismo (artículo 394 y 398 LEC), y que haya de ser devuelto a la parte recurrente el depósito constituido.

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

## FALLAMOS

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Eama S.A., contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) en Rollo de Apelación nº 190/2013, dimanante de autos de juicio ordinario nº 147/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 35 de dicha ciudad.

2.º Casar la sentencia recurrida declarando la inexistencia de prescripción de la acción entablada, con devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial a fin de que dicte nueva sentencia resolviendo el recurso de apelación con respeto a la anterior declaración.

3.º Declarar como doctrina jurisprudencial que «el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de dos años, establecido en el artículo 23 LCS para el seguro de daños respecto de la reclamación del asegurado a su aseguradora, en los casos en que haya existido reclamación judicial, es el de la notificación de la resolución que determina la firmeza de la sentencia condenatoria, pues desde ese momento puede ejercitarse la acción de modo efectivo y con pleno conocimiento del alcance de la obligación de indemnizar».

4.º No haber lugar a condena al pago de las costas causadas por el presente recurso, con devolución a la parte recurrente el depósito constituido. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Fernando Pantaleón Prieto. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Salas Carceller, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

**A**unque no es el objeto principal de esta sentencia del alto tribunal, lo que subyace en el fondo del asunto, son las consecuencias que tiene el hecho de que el asegurador tenga conocimiento del siniestro de responsabilidad tras la condena del asegurado, sin que haya podido ejercitar su derecho de defensa, tal como viene regulado en el artículo 74 LCS. Con relativa frecuencia los aseguradores se quejan de los perjuicios de distinta índole que les ocasionan los asegurados al no dar cumplimiento a estos deberes en su debido momento.

Estos perjuicios se acentúan aún más, si cabe, en los seguros de responsabilidad civil, en los que el hecho, a efectos de lo dispuesto en el art. 16 LCS, es el daño al tercero y en no pocas ocasiones, como el caso que nos ocupa, el asegurador tiene conocimiento del mismo mediante la notificación judicial, habiendo transcurrido, a veces, años desde la reclamación al asegurado.

Esto conlleva que los aseguradores, además de hacer renovaciones de pólizas con una siniestralidad falseada, lo que sin duda dará lugar a unos resultados técnicos negativos, no pueden organizar de forma adecuada sus medios a la hora de afrontar el siniestro, ni, en su caso, su defensa o estrategia jurídica. Muchas veces, lo que se persigue por parte de los asegurados es mejorar sus estadísticas de siniestralidad con el fin de que las condiciones de renovación de sus pólizas de responsabilidad civil no se vean perjudicadas por los malos resultados.

Los hechos analizados en esta sentencia provienen de los daños sufridos el 29 de abril de 1998 por un trabajador, al caer de un andamio móvil en la obra en la que trabajaba.

El accidente se produjo cuando el operario se encontraba trabajando en el suelo con una radial y fue golpeado por un andamio que, sin disponer de las necesarias medidas de seguridad, estaba siendo desplazado sin haber sido previamente desmontado por operarios de alguna de las empresas intervinientes. Por tales hechos, tras la demanda del trabajador, se condenó a la empresa contratista principal a abonarle la cantidad de 241.265,50 €. por los daños y perjuicios sufridos.

La sentencia fue notificada a la empresa condenada el 16 de marzo de 2007 y ésta comunicó dicha circunstancia a su aseguradora Allianz S.A., el 22 de marzo siguiente. La sentencia condenatoria adquirió firmeza con fecha 5 de mayo de 2009 al dictar la Sala 1ª del TS auto de inadmisión del recurso de casación interpuesto por Eama S.A, que era la entidad condenada.

Con relativa frecuencia los aseguradores se quejan de los perjuicios de distinta índole que les ocasionan los asegurados al no dar cumplimiento a estos deberes en su debido momento. Esto conlleva que los aseguradores, además de hacer renovaciones de pólizas con una siniestralidad falseada, lo que sin duda dará lugar a unos resultados técnicos negativos, no pueden organizar de forma adecuada sus medios a la hora de afrontar el siniestro, ni, en su caso, su defensa o estrategia jurídica

## COMENTARIO

Tras la demanda de la empresa asegurada contra la entidad Allianz, tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia Provincial de Madrid, desestiman las pretensiones de la actora, por entender que la reclamación estaba prescrita, según lo establecido en el artículo 23 LCS, que establece el plazo de dos años, por tratarse de un seguro de daños

La cuestión que ahora se plantea es que la aseguradora rechaza la reclamación porque entiende que la misma está prescrita, al haber tenido conocimiento del accidente años después de su ocurrencia y de la reclamación del perjudicado a su asegurada.

Tras la demanda de la empresa asegurada contra la entidad Allianz, tanto el juzgado de primera instancia como la Audiencia Provincial de Madrid, desestiman las pretensiones de la actora, por entender que la reclamación estaba prescrita, según lo establecido en el artículo 23 LCS, que establece el plazo de dos años, por tratarse de un seguro de daños.

Aplicando el citado artículo, la AP de Madrid considera que el cómputo de dicho plazo se lleva a cabo a partir del momento en que "Eama, S.A." tiene conocimiento de la demanda interpuesta contra ella por el perjudicado; es decir el 6 de junio de 2001, y, comoquiera que comunicó la sentencia a la aseguradora el 22 de marzo de 2007, la reclamación está prescrita.

El Tribunal Supremo, a nuestro juicio, acertadamente, estima el recurso de casación de la empresa asegurada, argumentando que debe distinguirse, por un lado, el ejercicio dentro de plazo legal de la acción derivada del contrato de seguro y, por otro, el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que puedan corresponder al asegurado frente a la aseguradora en orden a hacerle conocedora de la reclamación y del proceso judicial seguido para exigir la responsabilidad civil de dicho asegurado.

En tal sentido, la Sala considera que el plazo de prescripción comienza a correr desde el momento de la firmeza de la sentencia que condena al asegurado a indemnizar a tercero, siguiendo así lo establecido en el artículo 1969 del CC, por entender que es a partir de dicho momento cuando la acción puede ejercitarse en toda su plenitud, ya que se habrá determinado judicialmente la obligación de indemnizar y la cuantía de la indemnización que ha de satisfacer el asegurado, pues una interpretación adecuada del citado artículo 1969 del CC requiere que la posibilidad de ejercicio sea efectiva y no una mera posibilidad legal, siendo así que sólo en aquel caso la inactividad involuntaria del reclamante producirá efectos prescriptivos.

En definitiva, aunque no lo dice expresamente la sentencia, pensamos que una cosa son los incumplimientos contractuales del asegurado, en el sentido, en este caso, de no comunicar la existencia del siniestro en el plazo establecido en el artículo 16 LCS y, otra distinta, es que esta demora en la notificación del siniestro dé lugar a que empiece a correr el plazo de prescripción establecido en el artículo 23 LCS.

Así, en estos casos en los que existe una comunicación tardía del siniestro, la entidad aseguradora, en base al citado artículo 16 LCS, podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración, pero, como decimos, este retraso no dará lugar a que empiece a contar el plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

# Tribunal Supremo

## RESPONSABILIDAD CIVIL

**Responsabilidad extracontractual: lesiones por pisar un cristal roto en una sala de fiestas. La interposición de la denuncia penal fuera de plazo –pero dentro del trascurso de un año desde el inicio del cómputo de la prescripción– servirá como medio para interrumpir la misma, aunque se archive la causa penal sin trámite alguno. Condena a la sala de fiestas al aplicarse la responsabilidad por riesgo y no haberse acreditado la falta de culpa por su parte**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),  
de 18 de marzo de 2016.

**Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**

### Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.**- Hacía las 4,30 horas del día 9 de noviembre de 2008, don Feliciano se hallaba en la sala de fiestas «Macumba», explotada por la compañía Macumba Club de Clubes, S.L. [en adelante, «Macumba»], cuando pisó un cristal roto en la zona de acceso a los baños y cercana al área de reservados del local, que atravesándole la zapatilla se le clavó en la planta del pie izquierdo.

Como consecuencia de ello, don Feliciano sufrió lesiones de las que tardó en curar noventa días, de los que treinta fueron con carácter impeditivo; y le quedaron, como secuelas, ta-

lalgia postraumática, cicatriz dolorosa y cojera por claudicación de la marcha.

La fecha del alta de dicha incapacidad temporal fue el 18 de febrero de 2009. El 3 de julio del mismo año don Feliciano presentó denuncia penal, firmada por su letrado, contra el representante legal de la sala Macumba, en la que solicitó ser examinado por el Médico Forense, y a fin de que se acordase la celebración del correspondiente juicio. El 18 de enero de 2010 el Juzgado de Instrucción decretó el archivo de la denuncia por prescripción de la infracción penal, al calificarla, en su caso, como falta. Y el recurso de reforma que el Sr. Feliciano interpuso contra esa resolución fue desestimado por el mismo Juzgado mediante auto de fecha 10 de marzo de 2010, que le fue notificado en forma y no recurrió. El día 8 de marzo de 2011 don Feliciano interpuso demanda contra la compañía Macumba, en la que, ejercitando una acción de responsabilidad civil extracontractual, solicitó que se condenase a la demandada a indemnizar al actor en la cantidad de 11.393,91 euros.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que desestimó la excepción de prescripción extintiva de la acción ejercitada, entró en el fondo del asunto y, estimando parcialmente la demanda, condenó a Macumba a pagar a don Feliciano la cantidad de 10.937,37 euros. En orden a desestimar la referida excepción de prescripción, el Juzgado se pronunció, en lo esencial, en los siguientes términos:

«[A]parece de lo actuado que si bien el hecho litigioso tiene lugar el día 9 de noviembre de 2008 y la demanda de esta litis se interpone el 8 de marzo de 2011, en ese término, de la documental aportada y no impugnada ha quedado acreditado que la fecha del alta de su incapacidad temporal provocada por los hechos no se produce hasta el 18 de febrero de 2009 [...], que el 3 de Julio de 2009 se interpone denuncia penal por estos hechos que se archivan por prescripción de la infracción por auto de 18 de Enero de 2010, auto que, recurrido en reforma, es resuelto por auto de 10 de marzo de 2010, de donde no cabe sino concluir que el plazo de prescripción resultó interrumpido por la interposición de la denuncia, y desde que se archivó ésta definitivamente, el 10 de marzo de 2010, hasta el 8 de marzo de 2011 en que se interpone la demanda no había transcurrido el año exigido por el artículo 1968-2 del Código Civil».

Y sobre el fondo del asunto, procede transcribir los siguientes párrafos de la sentencia del Juzgado: «[E]n los supuestos de culpa ex-



tracontractual rige la llamada inversión de la carga de la prueba, tal y como reiteradamente ha puesto de manifiesto la Jurisprudencia, haciendo por tanto recaer sobre aquel que por acción y omisión provocó el riesgo la carga de la prueba de que se utilizó toda la diligencia para evitar la causación del mal; lo que supone en el plano práctico que el actor debe probar exclusivamente el nexo causal sobre el que no se extiende la presunción de culpabilidad, debiendo el demandado probar que ha agotado toda la diligencia para evitar la causación del mal, pues el principio subjetivista que inspira a los artícu-



los 1902 y siguientes del Código Civil, ha evolucionado determinado por los avances técnicos de la vida moderna, que originan la creación de circunstancias de peligro por el uso de ciertos instrumentos o aparatos, por lo que se ha traído al ámbito de la responsabilidad civil a la denominada responsabilidad por riesgo, que impone al que está al frente de una fuente de peligro y a los que tienen relación con él las consecuencias de la producción del daño (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1990), objetivación de la culpa que llega incluso a considerarse cuando las garantías adoptada para

evitar el daño previsible no son suficientes, aun cumpliéndose las disposiciones legales y reglamentarias que tratan de preverlo, pues quiere decirse que aquellas fueron escasas y deficientes; siendo uniforme la jurisprudencia al proclamar la doctrina según la cual quien crea un riesgo, aunque su actuar originario sea lícito, debe perchar con los siniestros que aquél provoque, pero hace falta que se trate de una actividad realmente creadora de riesgo y que de ella se favorezca la titular (S. 16 II 88; 5 V 88).

«Partiendo de la anterior doctrina y de la prueba practicada, esencialmente la testifical de don Alfonso y don Blas, ha resultado acreditado que el pasado día 9 de noviembre de 2008, D. Feliciano se encontraba alrededor de las 4,30 horas en la Sala de Fiestas Macumba cuando pisó un cristal en una zona de acceso a los baños y cercana al área de la zona de reservado del local, que atravesándole la zapatilla se le clavó en la planta del pie. Y esto es así por cuanto si bien es cierto que no aporta entrada alguna al local del citado día, esta circunstancia viene avalada por los dos testigos, no resultando por otro lado extraño que la citada entrada no se haya presentado pues es incluso fácil que tras varias horas en la discoteca, al parecer entraron a la una de la madrugada, ésta hubiera podido perderse; del mismo modo, esta circunstancia, junto al largo tiempo transcurrido, justifica las pequeñas contradicciones en cuanto al lugar de los hechos que evidencian los testigos y que incluso hace más creíble su versión que si éstas hubieran sido idénticas; por otro lado, tampoco puede negarse el hecho por la circunstancia de que no se pidiera el libro de reclamaciones, pues parece evidente que ante un hecho como el acaecido con importante pérdida de sangre del demandante, las personas que se encontraban con él estuvieran más preocupadas en atenderle que en presentar una reclamación. «Frente a esto la parte demandada no ha acreditado que adoptara todas las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de los hechos, pues sin perjuicio de que se contraten lo que se denominan "equipos de barqueros", que son las personas encargadas de recoger los vasos rotos, y de que además los camareros estén encargados de hacerlo, es evidente que resultaba insuficiente, pues fueran pocos o muchos los cristales existentes en el local, había cristales y éstos podían causar daños, por lo que debe concluirse la responsabilidad de la demandada procediendo su condena a las cantidades que se determinen».

La compañía Macumba interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia del Juzgado. En primer término, la apelante insistió

en su tesis de que la acción ejercitada se había extinguido por prescripción:

«Esta parte no desconoce que el plazo de un año para el ejercicio de la acción por culpa extracontractual comienza a computarse desde la fecha de la sanidad o el alta del perjudicado; si bien no compartimos el carácter suspensivo del plazo de prescripción que la Juez de instancia otorga a la presentación de la denuncia penal nueve meses después del acaecimiento de los hechos, que fue archivada por prescripción de la infracción penal, sin que se acordara la incoación de diligencias previas ni se notificara la misma al denunciado. [...]

«Es así que la denuncia formulada de contrario no debe tener carácter interruptivo, como tampoco sirve para invocar la excepción de prejudicialidad penal, toda vez que considerar que la presentación de la denuncia transcurrido el plazo de prescripción de la infracción penal sirviera para interrumpir el plazo de prescripción de la acción establecido en el artículo 1968.2 del Código Civil no siendo un requisito de procedibilidad civil, se estaría permitiendo a las partes disponer de los imperativos plazos de prescripción establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, pues de forma totalmente artificial se ampliaría el plazo de prescripción de un año, vulnerándose de plano el principio de seguridad jurídica. «Pues bien, al no ejercitarse la acción penal de forma idónea y oportuna para conservar los derechos del demandante, ésta no puede servir para interrumpir el plazo de prescripción, de forma que el dies a quo para computar el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual no es el 10 de marzo de 2010, como ha considerado la Juez de instancia, sino el 18 de febrero de 2009, no siendo interrumpida la prescripción por la presentación de una denuncia fuera de plazo.

«Asimismo, si consideramos que cualquier acción o denuncia penal sirve para interrumpir los plazos de prescripción establecidos en la Ley se está produciendo una perversión de las acciones legales disponibles al ciudadano en contra de los plazos de prescripción que abogan por la seguridad jurídica, utilizándose para ampliar de forma artificial los plazos de prescripción que se establecen en el ordenamiento jurídico, a más de convertirse en un instrumento dilatorio de los plazos de prescripción y generador de un fraude procesal que vulnera de forma manifiesta la seguridad jurídica».

Y en cuanto al fondo de asunto, la compañía apelante alegó, en síntesis, que la responsabili-

dad por riesgo aplicada en la sentencia de primera instancia no estaba justificada, conforme a la doctrina jurisprudencial, puesto que sólo es aplicable a las actividades especialmente peligrosas; lo que no cabe predicar de la explotación de una discoteca. Y tras citar varias sentencias de esta Sala, la parte apelante escribió:

«Según la doctrina anteriormente expuesta, la actividad de discoteca por sí misma no genera un especial peligro, sino que forma parte de los riesgos generales de la vida, de modo que es el demandante quien tiene la carga de identificar y probar la culpa o negligencia en la que hubiera incurrido el demandado, y no se ha acreditado.

«Sin embargo, el Juez de instancia sí considera probada la contratación de "equipos de barqueros" para recoger los vasos y que los camareros también estaban encargados, esto es, la existencia de medidas de seguridad para evitar daños por parte de mi representada.

«A pesar de ello, la Juzgadora concluye que las medidas de seguridad adoptadas por mi mandante no fueron suficientes porque el daño se ha producido; deducción que resulta totalmente arbitraria, de un lado, porque como hemos expuesto anteriormente no resulta aplicable la teoría del riesgo si no se prueba la situación de especial peligro y, de otra parte, porque se omite en la sentencia cualquier referencia a las circunstancias que han rodeado al accidente y que permitirían justificar la insuficiencia de las medidas a las que se refiere el Juez de instancia, desconociéndose por esta parte cuáles son los hechos objetivos que le han llevado a concluir que las medidas de seguridad adoptadas por la discoteca no fueron suficientes, pues tampoco precisa el estado de limpieza de la discoteca o si hubo fallo en las medidas de seguridad adoptadas ni se cuestiona su idoneidad».

La Audiencia Provincial acogió la excepción de prescripción extintiva de la acción, que la demandada apelante había reproducido, y dictó sentencia por la que, revocando la de primera instancia, desestimó la demanda de don Feliciano; bien que sin imponerle las costas, porque, en palabras de la propia Audiencia, «concurren en el supuesto las serias dudas de derecho, relacionadas con el alcance de la prescripción pese a la previa denuncia interpuesta».

Tras citar Sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 2012 y 19 de febrero de 2013, la Audiencia se pronunció en los siguientes términos: «En el caso que nos ocupa los hechos son los relatados, un accidente ocurrido en una

discoteca cuando el demandante pisó un cristal que había en el suelo y que no advirtió; el hecho tuvo lugar el 9 de noviembre de 2008 y la demanda se interpuso el 8 de marzo de 2011, dos años y cuatro meses después. «El perjudicado presentó denuncia el 3 de julio de 2009 firmada por su letrado contra el representante legal de la Sala Macumba, solicitando ser reconocido por el Médico forense y a fin de que se acordase la celebración del correspondiente juicio, pero esta denuncia no dio lugar a tramitación de proceso penal alguno, ni a que se investigaran los hechos, ni a que se entendiera ejercitada la acción penal por consiguiente, y ello porque a la fecha de interposición de la denuncia ya estaba prescrita, y así se declaró como única actividad del juzgado de instrucción por auto de 18 de enero de 2010. La parte presentó recurso de reforma contra esta resolución, y el recurso fue desestimado por auto de 10 de marzo de 2010.

«De este modo no compartimos los razonamientos de instancia cuando desestima la prescripción de la acción por el proceso penal entendiendo que el plazo de prescripción quedó interrumpido por la presentación de la denuncia y hasta que se archivó ésta definitivamente, pues si cuando se interpuso la denuncia la acción penal ya estaba prescrita no es ese un acto que inicie un proceso penal, de modo que la tardía denuncia no puede suspender los plazos de ejercicio de una acción civil que ningún obstáculo ha tenido para su ejercicio».

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia, don Feliciano ha interpuesto recurso de casación por interés casacional. En su único motivo, se denuncia infracción de los artículos 1968.2º, 1969 y 1973 CC, en relación con los artículos 1902 y 1908.1º del mismo cuerpo legal, y los artículos 111 y 114 LECrim. Y se alega, para justificar el interés casacional del recurso, que la resolución impugnada contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias de esta Sala 340/2010, de 24 de mayo, 437/2012, de 28 de junio, y, sobre todo, en la Sentencia 896/2011, de 12 de diciembre. En el desarrollo del motivo, el recurrente argumenta que la Sentencia de esta Sala 896/2011, de 12 de diciembre, que la Audiencia a quo cita en apoyo de su decisión, avala en realidad la posición del recurrente de que la denuncia, aunque la acción penal esté prescrita cuando aquélla se interpone, interrumpe el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual hasta la fecha en que adquiere firmeza la resolución decretando el archivo, notificada correctamente al perjudicado. Y añade que la misma conclusión se desprende de las Senten-

cias de esta Sala 340/2010, de 24 de mayo, y 437/2012, de 28 de junio, también en casos en los que el procedimiento penal había finalizado por prescripción de la acción penal. Señala, por lo demás, el recurrente que lo que él denunció fue la comisión de un delito, aunque el Juzgado de Instrucción no aceptara esa calificación.

La compañía recurrida comenzó su escrito de oposición afirmando que el asunto del que la sentencia impugnada trata: «[E]s un asunto de hecho y no de derecho, es un asunto de prescripción calculado de fecha a fecha y no un asunto de por qué se produce la prescripción. Nos explicamos mejor: el asunto de que tratamos ahora versa sobre si la presentación extemporánea de una denuncia penal, cuando los hechos penales ya han prescrito, puede producir la interrupción de la prescripción de los plazos civiles. Y este asunto y los razonamientos que llevan a su resolución no quebrantan sentencia alguna de ese máximo Tribunal al que nos dirigimos». Y tras citar adhiriéndose varios párrafos de la sentencia de la Audiencia, finaliza con la alegación siguiente: «En conclusión. No toda denuncia penal sirve para interrumpir la prescripción civil. Es evidente que una denuncia penal presentada cuando la acción penal ya ha prescrito, no suspende el plazo de la acción civil. De acoger la tesis propuesta por el recurrente, se daría la paradoja de que las acciones civiles no prescribirían nunca, ya que 30, 40 o 100 años después de un accidente, se podría presentar una denuncia penal, la cual sería archivada (de forma idéntica a como se ha producido el archivo penal en la presente causa) y eso daría lugar a un nuevo plazo de un año para la interposición de la demanda civil». El recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1ª) Como ha recordado la Sentencia del Pleno de esta Sala 544/2015, de 20 de octubre (Rec. 3140/2014), reiterando una doctrina establecida, entre otras, en las Sentencias 116/2015, de 3 de marzo (Rec. 518/2013), y 334/2015, de 8 de junio (Rec. 2027/2014): «La fijación del día inicial del plazo de prescripción presenta una doble dimensión, fáctica y jurídica, de manera que aunque el juicio fáctico, ligado a la valoración probatoria, corresponde en principio al tribunal de instancia, en ejercicio de sus facultades exclusivas, y no es revisable en casación, por el contrario la apreciación de la prescripción desde el plano jurídico permite a esta Sala revisar la decisión de la instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables (por todas, STS 2-4-2014, rec. n.º 608/2012)».

Y no cabe duda de que la cuestión que el presente recurso plantea –aun descrita como lo hace la parte recurrida– es una cuestión jurídica; y por tal la ha tenido la propia sentencia impugnada, al estimar, en su pronunciamiento sobre costas, que concurren «serias dudas de derecho, relacionadas con el alcance de la prescripción pese a la previa denuncia interpuesta».

2ª) Es jurisprudencia constante de esta Sala, la que ha reiterado la Sentencia 6/2015, de 13 de enero (Rec. 3118/2012), en los términos siguientes: «Como resulta de los artículos 111 y 114 de la LECrim, en relación con el 1969 CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio (SSTS de 5 de julio de 2007, RC n.º 2167/2000; 3 de mayo de 2007, RC n.º 3667/2000; 6 de mayo de 2008, RC n.º 5474/2000; 19 de octubre de 2009, RC n.º 1129/2005 y 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006). De ahí que constituya también constante doctrina de esta Sala que, en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al artículo 114 LECrim (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 2007, RC n.º 595/2001; 3 de mayo de 2007, RC n.º 3667/2000; 1 de octubre de 2009, RC n.º 1176/2005, 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006). «Por tanto, seguido un pleito penal sobre los mismos hechos, éste subsiste, como impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil en el orden correspondiente, hasta que no alcance firmeza la sentencia absoluta o resolución de sobreseimiento libre o provisional y, por tanto, archivo, una vez notificada al perjudicado, esté o no personado en las actuaciones».

Otras Sentencias de esta Sala, como las ya mencionadas 199/2014, de 2 de abril y 334/2015, de 8 de junio, utilizan la expresión «efectos interruptores [de la prescripción ex-

tintiva de la acción civil] del proceso penal», en lugar de decir que «retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil». No hay diferencia de criterio: la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil extracontractual se interrumpirá cuando, al promoverse el proceso penal, el plazo de un año haya comenzado ya a transcurrir conforme a lo que, sobre su dies a quo, dispone el artículo 1968.2º CC y ha establecido la jurisprudencia de esta Sala al aplicarlo a los diferentes tipos de daños; y en el caso contrario, se retrasará el inicio del cómputo de dicho plazo. Lo expresó así para el primer supuesto, reiterando que en él la prescripción se interrumpe, y no meramente se suspende, la Sentencia 657/2010, de 3 de noviembre (Rec. 2117/2006): «Deben rechazarse las alegaciones de los recurrentes referidas a la suspensión y no interrupción del plazo de prescripción. Conforme a reiterada jurisprudencia, si el tiempo de prescripción de la acción civil ya hubiera iniciado su cómputo en el momento en el que se promueva la acción penal, como sucede en el presente litigio, ésta interrumpe el cómputo (SSTS de 26 de junio de 1969, 9 de marzo y 3 de octubre de 2006). La suspensión de la prescripción solo se produce cuando alguna norma específica así lo ha establecido (STS de 12 de junio de 1997, RC n.º 2121/1993), lo que no sucede en el presente caso».

En fin, la Sentencia 13/2014, de 21 de enero (Rec. 30/2010), dice: «[T]anto la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 196/1988, 220/1993, 89/1999, 298/2000, 125/2004 y 12/2005, entre otras) como la jurisprudencia de esta Sala, con base en los artículos 111, 112 y 114 LECrim, 1969 CC y 270 LOPJ, vienen declarando que cuando se hayan seguido actuaciones penales por los mismos hechos el plazo de prescripción de la acción civil no comienza a correr hasta la notificación al perjudicado de la resolución que ponga fin al proceso penal. Más concretamente, en relación con las actuaciones penales en las que el perjudicado se hubiera reservado las acciones civiles para ejercitarlas separadamente, mantienen la misma doctrina las sentencias de esta Sala de 19 de julio de 2007 (recurso n.º 2715/00), 11 de octubre de 2007 (recurso n.º 4203/00), 25 de junio de 2008 (recurso n.º 3987/01) y 15 de diciembre de 2010 (recurso n.º 1118/07)».

Somos conscientes de las dudas y discrepancias que las referidas líneas jurisprudenciales han generado en la doctrina científica: como la duda, ya de base, de si son adecuadas a un ordenamiento jurídico que admite sin restriccio-

nes que la reclamación extrajudicial interrumpa la prescripción extintiva de las acciones (art. 1973 CC). O como la opinión de que, cuando la regla general del artículo 112 LECrim «ejercitada sólo la acción penal, se entenderá ejercitada también la civil»- no entre en juego por haberse reservado expresamente el perjudicado esa última acción, sería teóricamente más correcto que el proceso penal -caso haber comenzado ya a correr el plazo de prescripción de la acción civil- tuviera efectos meramente suspensivos, no interruptores, de la prescripción; e incluso que sus efectos fueran sólo suspensivos aun aplicándose la regla del artículo 112 LECrim, de asumirse que la acción de responsabilidad civil ex delicto y la acción de responsabilidad civil extracontractual son acciones distintas. Pero, tanto para tales cuestiones, como para las aún más concretas que suscita el presente caso, esta Sala debe mantener su jurisprudencia -reiterada y constante durante tantos años, mientras el legislador no decida, si lo estima oportuno, modificar los datos normativos. Así lo exige el valor de la seguridad jurídica, esencial en materia de prescripción extintiva, en la que, además, ha de ponderarse cuidadosamente la eventual afectación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: se trata de una jurisprudencia a la que, sin duda, multitud de personas como el ahora recurrente han venido ajustando su proceder en orden a precaver la extinción por prescripción de sus pretensiones.

3ª) Esta Sala ha considerado sin fisuras que, desde que la denuncia en vía penal se interpone, la acción penal está ya «pendiente» y el proceso penal «promovido», en el sentido y a los efectos de lo dispuesto en los artículos 111 y 114 LECrim; con las consecuencias anteriormente expresadas sobre la prescripción extintiva de la acción civil. En palabras de la Sentencia 112/2015, de 3 de marzo (Rec. 753/2013): «[L]a denuncia en vía penal -con sus posibles efectos en el orden civil- supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil, al tiempo que el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impide que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho».

4ª) La referida doctrina no encuentra excepción por razón del resultado que la denuncia llegue a tener: es aplicable, por ceñirnos al grupo de casos que ahora nos ocupa, aunque la denuncia termine archivada por estar prescrita la infracción penal (falta, en la mayoría de los casos) que los hechos denunciados constituirían.

Así se desprende -como atinadamente señala el ahora recurrente- de las Sentencias 340/2010, de 24 de mayo (Rec. 644/2006), y 437/2012, de 28 de junio (Rec. 546/2009); y de otras muchas, como la Sentencia 386/2010, de 16 de junio (Rec. 939/2006). Y también asiste a esa parte la razón, cuando señala que la tesis sostenida por la Audiencia a quo no encuentra apoyo alguno -pese a haberla citado extensamente en la Sentencia de esta Sala 896/2011, de 12 de diciembre (Rec. 2107/2208). En ella, «valorando que es práctica habitual de los juzgados de instrucción incoar el juicio de faltas tan pronto tienen noticia del hecho criminal por atestado o parte facultativo, para, seguidamente, proceder a decretar el archivo provisional de la causa por igual plazo (seis meses) que el legalmente establecido (artículo 131.2 CP) para que esta clase de infracción prescriba», se declaró que, desde la óptica del Derecho Civil, no es aceptable condicionar los efectos interruptores de la prescripción civil que cabe atribuir al proceso penal precedente «al cumplimiento del presupuesto objetivo de procedibilidad penal consistente en la necesaria denuncia». Y ello, al objeto de declarar que, en el caso que dicha Sentencia contempló, «toda vez que no se presentó denuncia en plazo (la personación se hizo sólo y exclusivamente en calidad de perjudicado, sin imputar hecho alguno a persona concreta), y que, por consecuencia, el procedimiento penal no se reabrió, la reanudación del plazo prescriptivo anual de la acción por culpa extracontractual ha de situarse, no en la fecha del accidente (argumento de la AP), sino en la fecha en que adquirió firmeza (por el transcurso del plazo de tres días para recurrirla) la resolución [...] decretando el archivo provisional del juicio de faltas».

5ª) Atinadamente advierte la parte recurrente que también tendrá que ser así para el presente caso: uno y otro tienen en común que el Juzgado de Instrucción no ha realizado investigación alguna sobre los hechos denunciados; y, en el caso que ahora nos ocupa, sí se cumplió el «presupuesto objetivo de procedibilidad penal consistente en la necesaria denuncia».

Esta Sala confirma, con carácter general, que el número y la entidad de las actuaciones que integren el proceso penal antecedente resulta irrelevante en orden a su eficacia interruptora -o, en su caso, impeditiva del comienzo de la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil extracontractual.

6ª) No hay base objetiva alguna para considerar artificioso el proceder de don Feliciano al

presentar denuncia penal de los hechos causantes de su lesión, ni para atribuirle, al tiempo de presentarla, la seguridad de que sería archivada sin más trámites por prescripción de la infracción penal. Y a la luz de la reiterada y constante jurisprudencia de esa Sala que se ha dejado expuesta, de ningún modo cabría reprochar al ahora recurrente que haya empleado esa vía de la denuncia penal, y no la reclamación extrajudicial, para interrumpir la prescripción de su acción civil de indemnización de daños y perjuicios.

7ª) El acogimiento de la tesis del ahora recurrente de ninguna manera comporta -por reiterar palabras de la ahora recurrida- «la paradoja de que las acciones civiles no prescribirían nunca, ya que 30, 40 o 100 años después de un accidente se podría presentar una denuncia penal, la cual sería archivada (de forma idéntica a como se ha producido el archivo penal en la presente causa) y eso daría lugar a un nuevo plazo de un año para la interposición de la demanda civil». El repetido alegato ignora que, como declaró la Sentencia de esta Sala 1105/2001, de 20 de noviembre (Rec. 2361/1996 «Sucede que la incoación de una causa penal muy posterior, o la apertura o reapertura, sobre el hecho dañoso, no puede servir para que se reavive la prescripción que ya se había consumado y que no puede ser eliminada de ese modo (Sentencias de 14-2-1978, 2-2-1984, 20-10-1987, 24-6-1988 y 10-5-1994)». Y en el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, las Sentencias 290/2013, de 25 de abril (Rec. 1524/2010), y 578/2013, de 6 de octubre (Rec. 539/2011). En el caso de autos, si don Feliciano hubiera presentado la denuncia penal más de un año después de la fecha en la que recibió el alta médica de la lesión padecida (18 de febrero de 2009), tal denuncia no habría servido para interrumpir y dar lugar al reinicio del cómputo del plazo de la prescripción, ya consumada, de la acción de responsabilidad civil extracontractual que ejercitó en su demanda. Pero el ahora recurrente presentó su denuncia el 3 de julio de 2009; interrumpió, con ello, la prescripción; y el nuevo plazo (entero) de un año no pudo comenzar a transcurrir antes del día 10 de marzo de 2010, fecha del auto que puso fin al proceso penal. En fin, el día 8 de marzo de 2011 -menos de un año después en todo caso-, don Feliciano presentó su demanda.

**TERCERO.-** La estimación del recurso, por las razones arriba expuestas comporta la casación de la resolución impugnada.

Si, como sucedió por ejemplo en los casos sobre los que se pronunciaron las Sentencias

de esta Sala 91/2012, de 22 de febrero (Rec. 522/2009), y 275/2012 de 9 de mayo (Rec. 1860/2009), la sentencia de apelación casada hubiera confirmado una de primera instancia que hubiese estimado ya la excepción de prescripción extintiva de la acción, también ahora habríamos procedido a devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dictase nueva sentencia en la que, no pudiendo ya tener por prescrita la acción, viniera a pronunciarse sobre todas las demás cuestiones planteadas en la demanda y la contestación.

No ha ocurrido así en el presente caso: la sentencia de primera instancia ha establecido los hechos probados; ha determinado la cuantía de los daños y perjuicios sufridos por el actor; y el recurso de apelación interpuesto por la compañía demandada impugna esencialmente el juicio de imputación de responsabilidad.

Así las cosas, evidentes razones de economía procesal impelen a esta Sala a asumir la instancia, al objeto de resolver total y definitivamente el litigio entre las partes.

**CUARTO.-** La compañía Macumba no discute, en su recurso de apelación, los hechos declarados probados en la sentencia del Juzgado a quo, entre ellos la cuantía de los daños sufridos por don Feliciano. Antes bien, alega que el Juzgado «sí considera probada la contratación de "equipos de barqueros" para recoger los vasos y que los camareros también estaban encargados, esto es, la existencia de medidas de seguridad para evitar daños».

Hemos dejado citado ya el pronunciamiento a tal respecto del Juzgado a quo, que resulta un tanto ambiguo: para justificar su valoración de que «la parte demandada no ha acreditado que adoptara todas las medidas necesarias para evitar la ocurrencia de los hechos», el Juzgado dijo que «sin perjuicio de que se contraten "equipos de barqueros", que son las personas encargadas de recoger vasos rotos, y de que además los camareros estén encargados de hacerlo, es evidente que resultaba insuficiente, pues fueran pocos o muchos los cristales existentes, había cristales y éstos podían causar daños».

Tal ambigüedad es explicable. Como esta Sala ha constatado mediante la grabación del acto del juicio, la referida cuestión sólo surgió de pasada, en la declaración de don José Ignacio: testigo propuesto por la compañía Macumba y empleado de la misma, encargado de la

sala de fiestas cuando, en la madrugada del domingo 9 de noviembre de 2008, a don Feliciano se le clavó el cristal roto en el pie. Y ese testigo no proporcionó dato concreto alguno sobre el número de personas que integraban los «equipos de barqueros» y su adecuación a la superficie del local y a la gran cantidad de asistentes –según las declaraciones de los otros dos testigos– que, en esa madrugada de sábado a domingo, sin duda manejaron vasos de cristal en la sala Macumba.

**QUINTO.-** Dejando aparte la cuestión –ya resuelta– de la prescripción extintiva de la acción ejercitada, la objeción de fondo que la compañía Macumba dirige, en su recurso de apelación, contra la resolución del Juzgado a quo suscita las importantes cuestiones de si la responsabilidad civil extracontractual es, y en qué medida, subjetiva o por culpa u objetiva o por riesgo; de cuál sea el nivel de pericia y diligencia exigibles para no incurrir en culpa; y de la distribución de la carga de prueba sobre la existencia o no de culpa. En materia de responsabilidad extracontractual –decimos–, pues es ésta la calificación por la que optó la parte actora en su demanda, sin que ni ella ni la parte demandada hayan planteado en ningún momento su calificación como contractual.

A la luz de los datos normativos y la muy nutrida doctrina jurisprudencial que, durante la última década, ha establecido esta Sala sobre las expresadas cuestiones [entre muchas, SSTS 462/2006, de 10 de mayo (Rec. 3104/1999), 645/2007, de 30 de mayo (Rec. 80/2000), 1070/2007, de 16 de octubre (Rec. 3816/2000), 788/2008, de 24 de julio (Rec. 1813/2001), 791/2008, de 28 de julio (Rec. 3409/2001), 1200/2008, de 16 de diciembre (Rec. 1683/2000), 149/2010, de 25 de marzo (Rec. 1018/2006), 385/2011, de 31 de mayo (Rec. 2037/2007), 979/2011, de 27 de diciembre (Rec. 1736/2008), 816/2011, de 6 de febrero de 2012 (Rec.977/2008), 566/2015, de 23 de octubre (Rec. 2213/2013), y 639/2015, de 3 de diciembre (Rec. 558/2014)], las tesis esenciales al respecto pueden enunciarse como sigue:

1. La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no

admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa –demostración de que «faltaba algo por prevenir–, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC.

2. La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado «reproche culpabilístico».

3. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal –el desempeño de una actividad peligrosa– reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. La falta de adopción o «agotamiento» de las más exigentes medidas de cuidado en su caso requeridas justifica atribuir responsabilidad (por culpa o subjetiva) por los resultados dañosos que sean realización del mayor riesgo así creado: que sean objetivamente imputables a esa culpa en el desempeño de la actividad peligrosa.

4. El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño –el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro– puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del artículo 217 LEC. Del tenor del artículo 1902 CC, en relación con el artículo 217.2 LEC, se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No será así, cuando «una disposición legal expresa» (art. 217.6 LEC) imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o cuando tal inversión de la carga de la prueba venga reclamada por los

principios de «disponibilidad y facilidad probatoria» a los que se refiere el artículo 217.7 LEC.

5. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 386 LEC, el tribunal podrá imputar a culpa del demandado el resultado dañoso acaecido, cuando, por las especiales características de éste y conforme a una máxima de la experiencia, pertenezca a una categoría de resultados que típicamente se produzcan (sean realización de un riesgo creado) por impericia o negligencia, y no proporcione el demandado al tribunal una explicación causal de ese resultado dañoso que, como excepción a aquella máxima, excluya la culpa por su parte.

**SEXTO.-** Procede ahora examinar el caso de autos a la luz de las tesis que se han dejado expuestas en el Fundamento de Derecho anterior:

1º) La parte actora no ha alegado -ni consta a esta Sala que exista- una norma legal que establezca una responsabilidad civil objetiva o por riesgo para la explotación de salas de fiestas.

2º) No puede compartirse la afirmación de la compañía demandada de que el desempeño de esa actividad «forma parte de los riesgos generales de la vida». Ciertamente, no cabe calificarla de actividad anormalmente peligrosa; pero sí son inherentes a ella algunos riesgos superiores a los normales. Lo que justifica (y resulta legislativamente demostrado por) lo que prescribe el párrafo primero del artículo 6.3 de la Ley de la Comunidad de Madrid 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, a cuyo tenor:

«Los locales y establecimientos deberán tener suscrito contrato de seguro que cubra los riesgos de incendio en el local y de responsabilidad civil por daños a los concurrentes y a terceros derivados de las condiciones del local, de sus instalaciones y servicios, así como de la actividad desarrollada y del personal que preste sus servicios en el mismo».

Dicho precepto se refiere, naturalmente, a los locales y establecimientos incluidos en el ámbito de aplicación de esa Ley: según su artículo 1.2, aquellos «en que tengan lugar los espectáculos públicos y actividades recreativas». Y el párrafo final del artículo 1.1 define éstas del siguiente modo: «Son actividades recreativas, a los efectos de esta Ley, aquellas dirigidas al público en general cuyo fin sea el esparcimiento, ocio, recreo y diversión del mismo».





3º) Entre esos riesgos superiores a los normales –aunque, salvo en las llamadas «macrofiestas», no extraordinarios– inherentes a la explotación de un local como la sala Macumba, se encuentra el que genera la utilización de vasos de cristal, cuya rotura expone a los asistentes –atentos a su esparcimiento y en un ambiente de escasa iluminación– a sufrir eventos dañosos como el que don Feliciano padeció. Riesgo, que naturalmente se multiplica por el número de asistentes, notoriamente mucho mayor en las noches de los fines de semana.

4º) No cabe, obviamente, exigir a quienes explotan esa clase de locales medidas de cuidado que eliminen el referido riesgo: ni que no se utilicen vasos de cristal; ni que cuenten con un número de «barqueros» tal, que resulte igual a cero la probabilidad de que los asistentes se lesionen por pisar o caer sobre un cristal roto. Pocas personas estarían dispuestas a asistir a una sala de fiestas en la que las bebidas se sirvieran en vasos de plástico, o a pagar el precio que la entrada debería alcanzar para cubrir el coste de aquellos equipos. Sí es exigible, sin embargo, que dicho riesgo se reduzca mediante medidas específicamente dirigidas al efecto: a falta de normas reglamentarias que las precisen, aquellas cuyo coste de adopción no supere claramente el beneficio que, para el público asistente, comporte la correlativa disminución de los resultados lesivos de que se trata. Los mejores usos del sector servirán de pauta para determinarlas.

5º) El apartado 6 del artículo 217 LEC dispone que las normas contenidas en los apartados precedentes «se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes». En el presente caso, una tal disposición expresa existe. En efecto, el artículo 147 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, dispone: «Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores o usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio».

6º) El citado artículo 147 LGDCU ha de aplicarse con cautela, a falta de doctrina jurisprudencial establecida al respecto, dada la inconcreción con la que está descrito su supuesto de hecho: que lo aproxima al carácter de un principio general, modulable en atención a la

naturaleza del servicio de que se trate; al modo empresarial, o no, de su prestación; y al rol que en ésta desempeñe un usuario típico. Y deberá ponderarse si el evento dañoso acaecido evidencia, o no, un defecto –un déficit de la seguridad que legítimamente cabía esperar– del servicio prestado; y tener presente «la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio»; así lo prescribe el apartado 7 del artículo 217 LEC, también para la aplicación de lo dispuesto en el apartado 6 del mismo artículo.

7º) El artículo 11 LGDCU, tras disponer que «los bienes y servicios puestos en el mercado deben ser seguros», establece que «se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un elevado nivel de protección de la salud y seguridad de las personas». Y el artículo 6.1 de la Ley de la Comunidad de Madrid 17/1997, arriba mencionada, dispone que «los locales y establecimientos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley deberán reunir los requisitos y condiciones técnicas, en orden a garantizar la seguridad del público asistente».

Se desprende de ello que el acaecimiento de un evento dañoso como el que sufrió don Feliciano evidencia un defecto del servicio que le fue prestado: que no se trató, esto es, de la realización de un riesgo que quepa considerar voluntariamente asumido por los asistentes a locales como la sala Macumba. Un defecto frente al que es difícil concebir, y aún más exigir, específicas medidas de autoprotección por parte de aquéllos. Y dentro de un ámbito que se halla bajo el control del empresario prestador del servicio; que es quien cuenta con la información sobre las medidas de cuidado exigibles, y en su caso adoptadas, a fin de reducir el riesgo de lesiones producidas por cristales rotos.

8º) Por todo ello, esta Sala concluye que correspondía a la demandada, la compañía Macumba, la carga de probar que adoptó tales medidas: la falta de culpa por su parte. Y en modo alguno ha satisfecho esa carga probatoria.

Debemos, pues, desestimar el recurso de apelación que esa compañía interpuso y confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cuya decisión de condena está justificada, aunque por argumentos jurídicos en

parte diferentes a los contenidos en su fundamentación.

**SÉPTIMO.-** La estimación del recurso de casación conlleva, a tenor del artículo 398.2 LEC, que no se impongan a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo; y, conforme al apartado 8 de la disposición adicional 15ª LOPJ, la devolución del depósito constituido para interponerlo. La desestimación del recurso de apelación determina que se impongan a la compañía Macumba las costas causadas por dicho recurso.

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

### FALLAMOS

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por don Feliciano contra la sentencia dictada el 20 de diciembre de 2013 por la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación 94/2013; sentencia, ésa, que casamos y dejamos sin efecto.

2.º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la compañía Macumba Club de Clubes, S.L. contra la sentencia dictada el 27 de julio de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid en el procedimiento ordinario 393/2011; sentencia, ésa, que confirmamos.

3.º No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

4.º Imponer a la compañía Macumba Club de Clubes, S.L. las costas del recurso de apelación.

5.º Ordenar la devolución del depósito constituido para el recurso de 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, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleón Prieto y Xavier O'Callaghan Muñoz, firmando y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Fernando Pantaleón Prieto, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

**R**ealiza esta sentencia, el análisis pormenorizado de dos cuestiones de especial relevancia en el ámbito de aplicación de nuestro sistema de daños, que a pesar de estar contenidas ambas en una norma sustantiva, van referidas a materias de diferente naturaleza jurídica, pronunciándose en primer término sobre la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil extracontractual, pero esta vez tildada de una peculiaridad, por la interrupción de la misma a través de la presentación extemporánea de una denuncia cuando los hechos penales ya habían prescrito; y abordando como cuestión de fondo, la aplicación de la teoría del riesgo, así como la determinación del nivel de diligencia exigible al causante del daño, y la distribución de la carga de la prueba en base a la existencia o no de culpa.

De tal modo, que podemos extraer varias razones por la que el Tribunal Supremo, se decanta por la interpretación amplia de los efectos interruptores del proceso penal sobre la prescripción extintiva de la acción civil, reiterando su doctrina jurisprudencial asentada en este sentido. Así, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio, tal y como resulta de los artículos 111 y 114 de la LECrim, en relación con el art. 1969 CC, empezándose a contar el plazo, con la firmeza de la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo. Y lo que resulta concluyente en este sentido, es que la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual se interrumpirá, cuando al promoverse el proceso penal, el plazo de un año haya comenzado ya a transcurrir. Siendo jurisprudencia constante de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, la que ha reiterado la Sentencia 6/2015 de 13 de enero.

Unido a lo anterior, la denuncia en vía penal, supone una forma del ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del CC, pronunciándose en este aspecto la Sentencia de la misma Sala 1ª, nº 112/2015 de 3 de marzo. Por ello, resulta irrelevante para la eficacia interruptora de la prescripción extintiva de la acción por responsabilidad civil extracontractual, el resultado de la denuncia, incluso que la misma termine archivada por estar prescrita la infracción penal que los hechos denunciados constituirían, o el número y entidad de las actuaciones que integran el proceso penal. Y este sentido, señala la Sala como inadmisibles las tesis mantenidas por la recurrente, de que las acciones civiles no prescribirían nunca, puesto que una vez finalizado el plazo de prescripción por el transcurso de un año, la incoación de la causa penal no serviría para revivir la prescripción.

Así las cosas, la fijación del *dies a quo* como cuestión jurídica en aplicación e interpretación de la normativa, discutida entre la fecha del alta lesional o a la fecha del auto de archivo penal, se decanta por ésta última, a pesar de la interposición de la denuncia, ocho meses después del siniestro y cinco meses después del alta médica, lo que implica que la fijación del día inicial del cómputo se establezca habiendo transcurrido más de un año desde la curación de las lesiones.

En otro orden de cosas, y por lo que respecta al fondo del asunto, resulta como cuestión controvertida determinar si la responsabilidad civil extracontractual es y en qué medida, subjetiva o por culpa y objetiva o por riesgo; el nivel de pericia y diligencia exigibles al agente generador del riesgo para no incurrir en culpa; y la distribución de la carga de la prueba sobre la existencia o no de culpa. Así ante el supuesto de hecho, en el que el actor, sufre un siniestro cuando al hallarse en una sala de fiestas, pisó un cristal roto, que le causó lesiones, y finalmente, secuelas tras la estabilización lesional, la compañía aseguradora de la sala de fiestas, alegó que la responsabilidad por riesgo no estaba justificada, conforme a la doctrina jurisprudencial, puesto que sólo es aplicable a las actividades especialmente peligrosas, habida cuenta de que la actividad de una discoteca no genera un especial peligro, debiendo ser

## COMENTARIO

Habrá que estar a la significación de la culpa, como el comportamiento que no es conforme a los cánones de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, por lo que el mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí sólo el denominado “reproche culpabilístico”

el demandante quien tiene la carga de identificar y probar la culpa o negligencia en la que hubiera incurrido el demandado. Sin embargo, ya el Juzgado de Instancia, impone al agente generador del riesgo, las consecuencias de la producción del daño, aunque su actuar sea lícito, realizándose una objetivación de la culpa incluso cuando las garantías adoptadas en cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que tratan de prever y evitar el daño, no son suficientes.

Resulta de gran utilidad la recopilación doctrinal y jurisprudencial que de forma detallada se realiza en la sentencia comentada en torno a la responsabilidad objetiva como consecuencia del riesgo creado. Así como premisa inicial, se manifiesta la Sala, aclarando que la creación de un riesgo, del que se derive un resultado dañoso, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del mismo sea fuente de beneficio para quien la desempeña, requiriéndose la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva) que deriva del artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se encuentren previstas en la Ley.

Y unido a lo anterior, habrá que estar a la significación de la culpa, como el comportamiento que no es conforme a los cánones de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, por lo que el mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí sólo el denominado “reproche culpabilístico”. Así el riesgo, como concepto flexible para el nivel de diligencia requerido, supone la modulación de la diligencia exigida, en función de la normalidad del riesgo creado, de tal manera que un riesgo anormalmente peligroso por la actividad causante del daño, justifica la imposición a quien lo desempeña de la carga de probar su falta de culpa, sin existir una inversión de la carga de la prueba para aquellas actividades cuyo riesgo creado se considera normal, excepto cuando una disposición legal expresa, en virtud del artículo 217.6 LEC, imponga al demandado la carga de probar la diligencia exigida para prevenir el daño. Y en aplicación de la doctrina anterior, no se consideró por el Tribunal Supremo, que la actividad de la sala de fiestas fuera anormalmente peligrosa, pero sí con unos riesgos superiores a los normales, por los que debieron extremar la diligencia, para reducir al mínimo el riesgo creado y en todo caso, probar que adoptó las medidas necesarias al efecto.

A modo de conclusión, podemos resaltar que estamos ante una sentencia que clarifica el efecto del procedimiento penal sobre la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil extracontractual, fijando como elemento determinante la incoación del mismo estando vivo el plazo de prescripción civil; y termina señalando que la responsabilidad objetiva no resulta de la aplicación inmediata de la generación del riesgo, sino que habrá de estar al nivel de ese riesgo y la pericia o diligencia exigida en cada caso en concreto.

# Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**Se concede a la hija de un fallecido en accidente de circulación la cantidad de 28.499,69 euros en concepto de lucro cesante por fallecimiento, en aplicación del principio de reparación íntegra del daño consagrado en el anterior baremo y aplicando el nuevo sistema de valoración publicado con la Ley 35/2015 para la interpretación de aquel**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 29 de febrero de 2016.

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Almudena Buzón Cervantes**

## Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.-** Por razones de claridad expositiva analizaremos por separado cada uno de los recursos que se han planteado contra la sentencia, comenzando con el formulado por la viuda e hijas del fallecido Eloy.

1º) En primer lugar combaten las recurrentes la sentencia dictada en instancia porque en la misma, no obstante la gravedad de los hechos y de calificarlos de conformidad con lo prevenido en el Art. 621.1 y 4 CP, y a pesar de la petición en tal sentido formulada por esta acusación particular, no se ha impuesto finalmente

al condenado pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Pues bien, lo cierto es que, dejando a un lado el hecho de que en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia se dice que los hechos son constitutivos de una falta de lesiones (dolosas) del Art. 617.1 CP para terminar condenando al denunciado como autor de una falta de lesiones por imprudencia del Art. 621.1 y 4 CP, sin referencia alguna al fallecimiento del esposo y padre de las recurrentes (Art. 621.2 CP), la entrada en vigor de la reforma operada en el código penal por la LO 1/15, de 30 de marzo, ha supuesto la despenalización de las faltas de suerte que por aplicación de lo prevenido en la Disposición Transitoria cuarta, apartado segundo de la referida ley, si los procesos de falta iniciados antes de su entrada en vigor continuarán su tramitación, el Juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidad civil y costas.

Ello, aplicado al presente caso, determina que con independencia del parecer de la que suscribe con respecto a las alegaciones de las recurrentes, lo cierto es que este primer argumento de su recurso no puede tener acogida, más aún, nos vemos obligados a absolver al denunciado de la falta por la que había sido condenado.

2º) En un segundo momento pretenden las recurrentes la revocación de la sentencia de instancia a fin de que se acojan sus pretensiones relativas al cobro de indemnización por lucro cesante, petición a la que se opone "Nacional Suiza" por entender que en caso de fallecimiento las cantidades recogidas en la sentencia cubren suficientemente el daño causado, además de no haber acreditado las recurrentes que su causante percibiera unos ingresos por encima de lo que justificaría la aplicación de un factor de corrección superior al 10% motivo por el que entiende, su recurso no puede prosperar.

Sobre este particular debe tenerse en cuenta que es un hecho que la sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 25/03/2010 vino a reconocer la compatibilidad de las indemnizaciones por incapacidad permanente y fallecimiento y las correspondientes al lucro cesante, al razonar textualmente: "El régimen legal de responsabilidad civil por daños causados en la circulación distingue conceptualmente entre la determinación del daño y su cuantificación. La determinación del daño se verifica al establecer la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la circulación. El artículo 1.1 LRCSCVM es-





tablece que el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.» La cuantificación del daño, según el artículo 1.2 LRCSCVM, debe realizarse «en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley», es decir, con arreglo al Sistema de valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación (llamado usualmente «baremo»).

B) La determinación del daño se funda en el principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados. Así se infiere del artículo 1.2 LRCSCVM, el cual define como daños y perjuicios determinantes de responsabilidad «los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales».

En la cuantificación del daño se aplica el mismo principio de reparación íntegra del daño causado. El criterio del apartado primero, número 7, del Anexo enumera las circunstancias que se tienen en cuenta «para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados». La Tabla II, según las reglas del Anexo segundo, sobre explicación del sistema, describe los criterios para ponderar los «restantes daños y perjuicios ocasionados» en el caso de fallecimiento, es decir, los que exceden de la indemnización básica que resulta de la aplicación de la Tabla I. Este principio es también aplicable a la Tabla IV, en el caso de lesiones permanentes, cuya explicación se remite a la de la Tabla II. De esta suerte, la Tabla IV describe los criterios para ponderar los «restantes daños y perjuicios ocasionados» en el caso de lesiones permanentes, es decir, los que exceden de la indemnización básica que resulta de la aplicación combinada de las Tablas III y VI.

C) Con arreglo a este principio de reparación integral del daño causado, el régimen de responsabilidad civil por daños a la persona en accidentes de circulación comprende el lucro cesante.

En el ámbito de la determinación del daño, el artículo 1 LRCSCVM incluye en los daños y perjuicios causados a las personas «[el] valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener». Este sintagma se toma del artículo 1106 CC, el cual se admite pacíficamente que se refiere al lucro cesante.

En el ámbito de la cuantificación del daño, el Anexo, primero, 7, establece como circunstancias que se tienen en cuenta para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados «las circunstancias económicas, incluidas las que afecten 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».

A su vez, los aumentos resultantes de la aplicación de los factores de corrección comprendidos en la Tabla II, y consiguientemente, en la Tabla IV, se satisfacen separadamente y con carácter adicional a los que la LRCSCVM llama «gastos correspondientes al daño emergente, esto es, los de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro y funeral» (Anexo segundo, Tabla II). Con ello, a contrario sensu [por inversión lógica], debe admitirse que se contemplan criterios para la valoración del lucro cesante”.

Pues bien, acreditado que el fallecido desarrollaba una actividad laboral como consecuencia de la cual percibió entre octubre de 2008 y octubre de 2009 unos ingresos de 13.871,57 euros, resulta manifiesto que ese fallecimiento ha supuesto la privación de la aportación de tales ingresos a su esposa e hija menor durante un considerable período de tiempo, tratándose de una persona con una normal esperanza de vida por delante, derivándose de ello un claro perjuicio en relación con sus citadas esposa e hija, pues esos ingresos hubieron conllevado un beneficio económico o lucro del habrían disfrutado si no se hubiese producido el desgraciado fallecimiento del Sr. Eloy.

Ciertamente, ese fallecimiento ha determinado la obtención de las correspondientes pensiones de viudedad y de orfandad pero las mismas, con carácter general y salvo acreditación de lo contrario, no puede considerarse que constituyan una compensación plena con el lucro que se hubiere obtenido mediante los ingresos del fallecido si se hubieren continuado generando y llegar a concluir que realmente no se ha producido perjuicio en tal concepto.

En definitiva, estimamos que en tales supuestos debe partirse de la realidad del lucro cesante, salvo justificación de su inexistencia, y en este caso no se ha justificado su inexistencia, por ello, acreditado el lucro cesante, debe determinarse su cuantificación ciertamente dificultosa, dado que no se contempla detalladamente este perjuicio en el sistema para la valo-

ración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación contemplado como Anexo en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor por lo que, habremos de fijar el importe de la indemnización en base a una valoración global.

A tal efecto debemos poner de manifiesto que en la Ley 35/15, de 22 de septiembre de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, vigente desde el 01/01/2016 y no en la fecha del siniestro, ya se contemplan criterios muy concretos para cuantificar la indemnización por lucro cesante en supuestos como el que nos ocupa, resultando de la aplicación de los mismos una indemnización a favor de las recurrentes superior a la que vienen reclamando y que han calculado sobre la base de unos parámetros que no merecen ser descartados y que arrojan un resultado que no puede tildarse de excesivo atendidas las circunstancias del caso, motivos por los cuales entendemos que se ha de estimar el recurso en lo que a este particular se refiere y conceder a las recurrentes la indemnización por lucro cesante que vienen reclamando.

3º) Finalmente entienden las recurrentes que se debe condenar a “Nacional Suiza” al pago del interés incrementado del Art. 20 LCS también sobre todas las cantidades concedidas en la sentencia de instancia y no solo a las resultantes de indemnizar los gastos de sepelio, los derivados de los daños causados en el vehículo y ahora también el lucro cesante, debiendo darse la razón a las mismas y ello porque claramente, a tenor de lo resuelto en la sentencia de instancia y en esta segunda de apelación, la indemnización consignada por “Nacional Suiza” fue insuficiente y por más que solicitó la declaración de suficiencia, no obtuvo pronunciamiento alguno al respecto por parte del Juzgado, de ahí que la indemnización concedida deba devengar el interés del Art. 20 LCS sin perjuicio de que al tiempo de la liquidación se proceda a tener en cuenta las fechas de los diferentes pagos que, como entregas a cuenta, se han hecho a las perjudicadas.

**SEGUNDO.-** Recurso promovido por Nazario:

1º) En primer lugar alega el recurrente que la sentencia combatida es nula por falta de motivación en cuanto a los parámetros tomados en consideración para fijar el alcance de la responsabilidad civil en lo que se refiere al recurrente, lo que a su parecer le genera indefensión.

No tiene razón el recurrente en lo que a este particular se refiere pues el deber de motivación de las sentencias no exige un pronunciamiento sobre la totalidad de los argumentos y razonamientos expuestos por las partes, siendo a tal efecto bastante con que se expresen en la misma aquéllos que se han tenido en cuenta para resolver, o sea, los que integran la "ratio decidendi" de modo que los mismos vengan a integrar una motivación suficiente (STS, Sala 1ª, 18/07/2012) o como se razona en la STS, Sala 2ª, de 18/07/2000: "Numerosos precedentes jurisprudenciales han consolidado pacíficamente el criterio de que las resoluciones judiciales no son meras expresiones de voluntad sino aplicación razonable y razonada de las normas jurídicas, por lo que requieren una motivación que, aun cuando sea sucinta, proporcione una respuesta adecuada en Derecho a la cuestión planteada y resuelta, por lo que se refiere específicamente a las sentencias, la motivación debe abarcar (STS de 26 de abril y 27 de junio de 1995), los tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas) y consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena".

Pues bien, en nuestro caso la sentencia recurrida cuenta con una motivación suficiente en orden a comprender el proceso deductivo que ha llevado al Juez a quo a las conclusiones que se expresan en el Fallo de su sentencia, por lo que este primer motivo de recurso no puede tener acogida.

2º) Alega también error por parte del Juez a quo en la valoración de la prueba practicada, error que ha determinado que a la postre no se reconozca al recurrente la indemnización que venía solicitando: 4.338 euros por sesenta días improductivos y cuarenta no improductivos; 2.391,35 euros por secuelas; 639,15 euros correspondientes al factor de corrección del 10%; y, especialmente, 30.000 euros por una incapacidad permanente total; más 480 euros de gastos acreditados, tendido dicho error reflejo en el relato de Hechos Probados en tanto en cuanto no se describen en el mismo la totalidad de lesiones y de secuelas, especialmente la incapacidad permanente total, que a consecuencia del accidente sufrió el recurrente.

Así pues y centrado el recurso en combatir la valoración de la prueba efectuada por el Juez a quo, debemos empezar por significar que en la sentencia se explica por qué se da preemi-

nencia, por su acreditada imparcialidad, al informe emitido por el médico forense sobre el aportado por la parte sin que en este momento encontremos ilógica ni absurda tal conclusión.

En nuestro caso el dato objetivo del que debemos partir es el parte médico del lesionado emitido el mismo día 01/11/2009 (folio 131) en el que se indica que el mismo, como consecuencia del accidente, tuvo una contusión dorsal, una contusión con erosión superficial a nivel de la clavícula y la escápula y un esguince cervical, lesiones que se recogen en el informe de sanidad elaborado por la doctora Marta quien en la Vista asumió el hecho de que a la fecha de su informe al lesionado aún se le estuvieran practicando pruebas lo que no le llevó a rectificar su criterio dejando bien claro que a la fecha del siniestro el recurrente tenía una patología degenerativa muy avanzada a nivel cervical de suerte que las lesiones causadas por el accidente, podrían haber provocado una exacerbación del estado clínico previo pero que no habrían provocado la incapacidad permanente total del lesionado, ni siquiera parcial, a diferencia de la evolución de su patología degenerativa previa que sí la habría provocado incluso de no haberse producido el accidente.

En estos términos parece más adecuado el criterio seguido por la señora forense en su informe cuando valora que al lesionado le ha quedado una secuela consistente en agravación de la artrosis previa al traumatismo.

Cierto que el informe del Dr. Carlos Jesús ofrece otras conclusiones, pero en el mismo solo se refleja el estado general del lesionado, estado que no se discute pero que se ha de poner en relación con el siniestro que nos ocupa, sucediendo lo mismo con el informe del INSS que sin duda reconoce al recurrente una incapacidad permanente total, y es cierto que esta Audiencia se ha pronunciado en el sentido de que existiendo una resolución que evidencia la incapacidad del accidentado para trabajar, no se debe ignorar la misma como fuente de prueba de que dicha limitación existe y ha sido determinada. Cuestión diferente es que la contingencia que da lugar a dicha incapacidad no traiga causa en el accidente objeto de autos tal y como sucede en este caso, bastando a tal efecto con examinar el dictamen del INSS (folio 250), en el que se dice que el interesado presentaba, inicialmente, un TCE leve y un latigazo cervical, siendo estas las lesiones derivadas del accidente y de las que no se comprende puedan determinar la incapacidad permanente que se reclama, añadiendo a continuación el dic-

tamen que, posteriormente el lesionado sufrió fractura lineal de la 4ª vértebra dorsal más una serie de patologías en consideración a las cuales se le declara, a efectos administrativos, en situación de incapacidad permanente total.

En cuanto a las demás cantidades solicitadas por el concepto de gastos necesarios, en total, 480 euros, debemos compartir el criterio expresado en la sentencia recurrida en cuanto que no ha quedado acreditado que los referidos gastos fueran necesarios a fin de determinar las secuelas.

Por tanto y con desestimación de este segundo motivo de recurso y dejando de momento al margen la cuantificación de la indemnización a percibir por el recurrente Nazario, que concretaremos más adelante, debemos señalar que la misma habrá de cuantificarse sobre los siguientes elementos: días de curación, secuela y factor de corrección.

**TERCERO.-** Recurso de "Nacional Suiza":

1º) En primer lugar pretende la aseguradora recurrente que se rectifiquen en la sentencia recurrida las cantidades a percibir por cada uno de los lesionados de suerte que se recojan, explícitamente, en la parte dispositiva las mismas con deducción de lo abonado ya a cada uno de ellos, motivo de recurso que está abocado al fracaso por no ser esta cuestión que deba necesariamente recogerse en el Fallo de la sentencia, siempre que constando en autos, se tengan en cuenta las cantidades ya entregadas a fin de evitar un enriquecimiento injusto por parte de cada uno de los lesionados.

2º) Combate también la aseguradora la sentencia dictada en la instancia en lo que se refiere a la indemnización a percibir por Rogelio tanto por secuelas como por aplicación del factor de corrección por incapacidad permanente parcial.

A este respecto conviene tener presente, como en el caso del anterior lesionado, que al folio 135 consta el parte de lesiones al Juzgado de Guardia en el que se indica que, a consecuencia del siniestro, el lesionado que nos ocupa sufrió una fractura del cuerpo del esternón en su tercio medio ligeramente desplazada, con leve hematoma retroesternal y paraesternal anterior; fisuras de las articulaciones esterno-costales, quinta derecha y tercera izquierda, con fractura del arco posterior de la undécima costilla izquierda, y focos de contusión pulmonares a nivel de campos medios e inferiores, siendo el pronóstico del paciente, por la totalidad de las





lesiones descritas y no exclusivamente por las contusiones pulmonares, grave.

A partir de dicho documento y del resto de los incorporados a los autos y del examen del propio lesionado, el médico forense emitió un primer informe de sanidad el día 17/01/2012 (folios 267 y siguientes) en el que concluye que el recurrente padece secuelas derivadas del siniestro y, en concreto, una restricción respiratoria de tipo III, a la que de manera orientativa, atribuye una puntuación de 45 puntos, ahora bien, es un hecho que en tal momento el señor forense no contaba con toda la información precisa para emitir su informe con plenitud de conocimiento y por tanto, en condiciones de otorgarle su correcto valor probatorio, pues no se le había dado traslado de la historia clínica del paciente siendo más que evidentes las limitaciones de su informe y las contradicciones que a tenor de las aclaraciones que se le solicitaban en dicho acto, el propio forense observó en el mismo según se puede constatar del visionado de la grabación de dicho acto.

Ante tal circunstancia, practicada prueba pericial en segunda instancia a fin de que por el médico forense pudiera examinar la historia clínica del paciente, el resultado de la misma ha sido revelador en cuanto que el perito, si bien ratificando su informe, sostiene que la restricción respiratoria que sufre el paciente es de grado I ofreciendo al respecto una serie de explicaciones y aclaraciones que debemos asumir, pues con claridad explicó el perito que la historia clínica del paciente revela que el mismo padecía de una insuficiencia respiratoria previa como también que tenía problemas en los órganos de la caja torácica, también previos, problemas que si bien estaban sin filiar sí se desprenden por la existencia de indicios y de elementos indirectos reflejados en la referida historia clínica, datos con los que no contaba cuando elaboró su anterior informe y que ahora le permiten interpretar mejor los resultados del TAC al que se sometió al paciente, única prueba objetiva de las diferentes a las que ha sido sometido. Explicó el forense que, ciertamente, la última espirometría a la que se sometió al paciente a instancias de "Nacional Suiza" arroja un resultado que permitiría concluir que la restricción respiratoria sería de grado III, pero ello ha de interpretarse adecuadamente y teniendo en cuenta que no hay espirometrías previas al accidente fiables por no haberse realizado correctamente, de suerte que teniendo en cuenta los problemas respiratorios previos del paciente, la cardiomegalia que padece y demás datos, no es posible otorgar a dicha espirometría un va-

lor relevante en orden a calibrar la real restricción respiratoria del lesionado, de ahí que estime más fiable partir de los resultados del TAC e interpretarlos a la luz de la historia clínica del recurrente.

Estas conclusiones no pueden considerarse desvirtuadas por las que se expresan en el informe emitido por el perito D. Fidel quien expone que el paciente padece una restricción respiratoria, entendemos por error, tipo VI inferior al 50%, cuando en el anexo a su informe parece que se está refiriendo a una insuficiencia respiratoria tipo IV superior al 50%, no en vano le concede 71 puntos para su valoración, lo que resulta incompatible con el hecho admitido por la parte de que continúa trabajando, siendo como es celador en el hospital de Santa Bárbara de Puertollano con destino en el quirófano de traumatología, ello no sin limitaciones como a continuación se razonará y desde luego no se justifica por las lesiones derivadas del accidente.

Por tanto y por lo que se refiere a Rogelio, habremos de concluir que a consecuencia del siniestro sufrió traumatismo torácico cerrado con hematoma retroesternal, fractura 11º arco costal, traumatismo lumbar con fisura de apófisis transversa L1 y contusiones pulmonares leves, en cuya curación invirtió 190 días, siendo doce de ellos de hospitalización y noventa improductivos, habiéndole quedado como secuelas una restricción respiratoria grado I que se valora en diez puntos y algias postraumáticas que a efectos de cuantificar la indemnización que le corresponde se valoran en 2 puntos, correspondiéndole por tales conceptos la siguiente indemnización que resulta de aplicar los valores contenidos en la resolución de 24/01/2012 de la Dirección General de Seguros (BOE 06/02/2012) por ser la sanidad de dicha fecha, y no del 2010 como hace la aseguradora recurrente: 835,32 euros por los doce días de hospitalización a razón de 69,61 euros por día; 5094 euros por los noventa días improductivos a razón de 56,90 euros el día; 2.680,48 euros por los restantes ochenta y ocho días no improductivos; 9.864,84 euros por las secuelas a razón de 822,07 euros el punto atendida la edad del lesionado en la fecha del siniestro, siendo doce los atribuidos a las secuelas; y 1.847,46 euros resultantes de aplicar el factor de corrección del 10%, en total 20.322,1 euros.

A dicha cantidad habrá que añadirse la que le corresponde percibir por razón de la incapacidad permanente parcial que se le ha reconocido en la sentencia y que debemos mantener,

pues el forense tan solo vino a rectificar su informe en lo relativo a la secuela consistente en la restricción respiratoria pero no en cuanto a la limitación parcial de sus capacidades. Téngase en cuenta que el lesionado sostiene que sigue trabajando pero con limitaciones pues tiene que ser ayudado por sus compañeros lo que claramente supone una limitación que debe ser indemnizada si bien con moderación de la suma concedida en la instancia en la medida en que se han corregido también las secuelas derivadas del accidente, entendiéndose que la indemnización a percibir por este concepto, aplicando como hemos dicho el baremo mencionado del año 2012, habrá de ser de 10.000 euros, por tanto y en total, la indemnización a percibir por el Sr. Rogelio habrá de ser de 30.322,01 euros.

3º) Recurre también la aseguradora la indemnización reconocida a Carlos Miguel en cuanto que no comparte el reconocimiento a favor del mismo de la incapacidad permanente total, entendiéndose que dicha situación no deriva de las lesiones causadas por el accidente y que en su caso debería considerársele merecedor de una incapacidad permanente parcial por la que debería percibir una indemnización del 50% sobre tope máximo que el baremo contempla para dicha contingencia.

En este caso, a diferencia de lo razonado respecto de Nazario, las lesiones derivadas del accidente sí han tenido incidencia en el reconocimiento a su favor por parte de la autoridad administrativa de una incapacidad permanente total.

Téngase en cuenta que según el parte de primera asistencia, como consecuencia del accidente el paciente sufrió un traumatismo cerrado de tórax, un traumatismo cervical y del hombro derecho, un trauma en la zona dorsal, fractura de los platillos discuales dorsales de D12 y de L1 y subluxación acromioclavicular derecha (folio 132), lesiones todas ellas recogidas en el informe de sanidad (folios 299 y siguientes) y así mismo en el dictamen propuesta del INSS (folios 201 y 202) resultando de este último que el grueso de patologías que determinan la incapacidad que finalmente se le reconoce son las derivadas del accidente coadyuvando a las mismas las discopatías degenerativas previas de suerte que solo el conjunto de todas las patologías mencionadas es lo que determina la declaración final del órgano administrativo.

Por ello resulta procedente mantener la conclusión expresada en la sentencia recurri-

da, esto es, que el recurrente Sr. Carlos Miguel resultó con una incapacidad permanente total, sin perjuicio de reconsiderar la cuantificación de la indemnización concedida por tal concepto pues no se puede olvidar la patología degenerativa previa que padecía el lesionado considerando así procedente, en atención precisamente a la concurrencia de dicha patología previa, cuantificar la indemnización que el Sr. Carlos Miguel debe percibir en 18.576,48 euros (Baremo 2012, fecha de la sanidad).

4º) Recurre también la indemnización concedida a Alberto de la que sostiene "Nacional Suiza" ha sido mal calculada al no cuantificar, por separado, la parte correspondiente al perjuicio fisiológico y la correspondiente al perjuicio estético y, además, como en el caso anterior entiende que las lesiones causadas por el accidente no son determinantes de la incapacidad permanente total que se le ha reconocido en el Fallo proponiendo que, en su lugar, se le reconozca una incapacidad permanente parcial y se le indemnice por este concepto con 17.612,70 euros.

Sobre estas cuestiones y por lo que a la primera de las señaladas se refiere, se ha de dar la razón al recurrente por cuanto que el perjuicio estético ha de ser objeto de valoración separada respecto del perjuicio fisiológico, de suerte que en nuestro caso le corresponderá percibir, por el perjuicio fisiológico valorado en los 11 puntos que asume la recurrente y aplicando nuevamente los valores del baremo del año 2012 por ser la sanidad de fecha 1406/20/12, la suma de 9.042,77 euros (a razón de 822,07 euros el punto teniendo en cuenta que el lesionado tenía 54 años cuando se produjo el accidente), más 1.443 euros por razón del perjuicio estético (a razón de 721,50 euros el punto), en total por ambos conceptos 10.485,77 euros.

En cuanto a lo demás, nos encontramos como en el caso anterior con un lesionado que a consecuencia del siniestro sufrió contusión dorsal con fractura 5º arco costal y en el hombro derecho; esguince cervical, dorso lumbalgia y erosión en clavícula y escápula derecho, presentando así mismo un dudoso acuñamiento D-12 (informe de sanidad (folio 297), resultando que presentaba como patología previa una espondiloartrosis siendo así que precisamente el conjunto de todo ello es lo que ha determinado, coadyuvando las lesiones del accidente a la patología previa del paciente, que finalmente se le conceda una incapacidad permanente total por parte

del INSS, situación que entendemos debe ser mantenida, por mas que no se haya declarado expresamente en el apartado correspondiente a los Hechos Probados porque forma parte de las consecuencias civiles de los hechos penalmente relevantes y por tanto sin trascendencia en dicho apartado de la sentencia, si bien entendemos debe moderarse la indemnización por este concepto y como en el caso anterior y por las mismas razones, cuantificarla en 18.576,48 euros (Baremo 2012, fecha de la sanidad).

5º) Solicita también la aseguradora que se revoque la sentencia recurrida en relación a la indemnización fijada a favor de Nazario puesto que el Juez a quo no ha tomado en consideración la rectificación que la Sra. Forense hizo en el acto de la Vista en la medida en que rebajó los cien días fijados inicialmente para alcanzar la estabilización lesional a cincuenta y tres, y en este particular se ha de dar la razón al recurrente una vez hemos manifestado la corrección del informe emitido por la Sra. Forense habiéndose seguido el mismo en orden a determinar las consecuencias del accidente.

Fue clara la señora perito al poner de manifiesto que, a tenor del informe emitido por el fisioterapeuta, solo el primer ciclo de fisioterapia podía considerarse con finalidad curativa de suerte que al finalizar el mismo debían considerarse estabilizadas las lesiones, de ahí que se le deban conceder, por la incapacidad temporal, cincuenta y tres días improductivos a razón de 56,60 euros, 2.999,8 euros (nuevamente aplicando el baremo del año 2012, no el del 2010 como hace la aseguradora), 1443 euros por las secuelas (a razón de 721,50 euros el punto), más 448 euros correspondientes al factor de corrección de 10%, en total 4.890.8 euros.

6º) Finalmente entiende "Nacional Suiza" que no se le debe aplicar en ningún caso el interés incrementado del Art. 20 LCS, sin embargo y enlazando con lo razonado en relación al recurso examinado en primer lugar, entendemos que se debe imponer el referido interés, sin perjuicio de tener en cuenta a efectos meramente liquidatorios las entregas realizadas a cuenta, máxime en el caso de los lesionados toda vez que la primera consignación de la aseguradora no se hace sino el 26/01/2010 y por tanto, transcurridos ya tres meses desde el siniestro (01/11/2009).

**CUARTO.-** Finalmente, recurre la sentencia la representación de Rogelio que entiende, por un

lado, que se le debe reconocer una incapacidad permanente total y no parcial, y así mismo porque se le ha de aplicar el factor de corrección del 11% a tenor de los ingresos acreditados con la aportación de la documental incorporada a las actuaciones.

Sobre las lesiones que como consecuencia de este accidente sufrió el recurrente y sus consecuencias, ya hemos razonado suficientemente al resolver el recurso planteado por "Nacional Suiza", debiendo concluir que, como se razona en la sentencia recurrida, difícilmente podremos reconocer al lesionado una incapacidad permanente total si como él mismo manifiesta, sigue trabajando de forma que se estima adecuado el reconocimiento a su favor de una incapacidad permanente parcial tal y como ha hecho el Juez a quo, no en vano el informa de sanidad, ratificado en este punto por su autor, concluye que las secuelas de este lesionado le suponen un sobreesfuerzo del 30%.

Por lo demás, cierto que como se dice en el recurso aplicando el baremo del año 2010 se debería aplicar al mismo un factor de corrección del 11%, más como quiera que para la cuantificación de sus lesiones se ha aplicado el del 2012, más favorable y posible al no determinar a la postre unas indemnizaciones superiores a las solicitadas, tampoco en este particular su recurso puede ser estimado.

**QUINTO.-** Que, pese a ser desestimatoria la resolución del recurso, no se advierte temeridad en su interposición, por lo que procede declarar de oficio las costas originadas en su tramitación, conforme posibilita el nº. 1º del artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los preceptos citados; los artículos 142, 145, 146, 147, 149, 795, 796 y 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 82, 248 y 253 de la L.O.P.J. y demás normas de pertinente y general aplicación.

## FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D<sup>a</sup> Concepción Lozano Adame en nombre y representación de María Purificación y de Martina, Flor y Genoveva contra la sentencia dictada el diez de diciembre de dos mil catorce por el Juzgado de Instrucción N<sup>o</sup>3 de los de Puertollano, debemos revocar parcialmente la misma absolviendo a Bernardino de

la falta por la que había sido condenado, condenándole a indemnizar a las recurrentes en la cantidad de 28.499,69 euros por razón del lucro cesante, con responsabilidad civil directa y solidaria de "Nacional Suiza", y aplicación a las indemnizaciones concedidas del interés legal que para la aseguradora será el del Art. 20 LCS.

Así mismo se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Guillermo Rodríguez Petit en nombre y representación de "Nacional Suiza" contra la misma sentencia que de igual modo ha de ser parcialmente revocada condenando a Esteban a indemnizar:

- A Rogelio en la cantidad de 30.322,10 euros.

- A Carlos Miguel en 18.576,48 euros por la incapacidad permanente total.

- A Alberto en 9.042,77 euros por el perjuicio fisiológico y en 1.443 euros por el perjuicio estético, más 18.576,48 euros por razón de la incapacidad permanente total.

- Y a Nazario en 4.890,8 euros.

En todos los casos con responsabilidad civil directa de "Nacional Suiza", devengando la totalidad de las indemnizaciones concedidas el interés legal que para la aseguradora será el del Art. 20 LCS.

Finalmente se desestiman los recursos de apelación interpuestos por la procuradora D<sup>a</sup> Ana Julia Sainz Tejedor y por el procurador D. Rafael Alba López en nombre y representación respectivamente de D. Nazario y de D. Rogelio.

Todo ello con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno.

Dedúzcase testimonio y remítase, junto con el procedimiento principal al Juzgado de procedencia.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada que la dictó. Doy fe.

1. El nuevo sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, aprobado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, y contenido en los artículos 32 ss. LRCSCVM, es únicamente de aplicación a los accidentes ocurridos después del 1 de enero de 2016, fecha de su entrada en vigor (cfr. Disposición transitoria, apartado 1, de la Ley 35/2015, en relación con su Disposición final quinta). La valoración de los daños derivados de accidentes acaecidos antes del 1 de enero de 2016 se rige por el anterior baremo (Disposición transitoria, apartado 2, de la Ley 35/2005), contenido en el Anexo, que expresamente se deroga (Disposición derogatoria de la Ley 35/2015), de la LRCSCVM. Sin embargo, nos encontramos ya con un relativamente amplio conjunto de sentencias de apelación, e incluso del Tribunal Supremo (cfr., en relación con la sustitución futura, durante toda la vida del lesionado, de una prótesis femoral, la Sentencia de su Sala Primera de 6 de abril de 2016; La Ley 24108/2016), que, para accidentes ocurridos antes del 1 de enero de 2016, invocan el nuevo baremo no como *ratio decidendi* de la controversia, lo que resultaría contrario al mencionado carácter irretroactivo de los artículos 32 ss. LRCSCVM, así como al principio general de irretroactividad de las leyes sancionado por el artículo 2.3 CC, sino más bien como guía interpretativa del baremo anterior, o como argumento de refuerzo de una solución judicial que igualmente podía obtenerse, y de hecho se obtenía, en aplicación de dicho baremo anterior. La SAP Ciudad Real, Sección 1ª, de 29 de febrero de 2016 (La Ley 24860/2016), dictada por una Magistrada constituida como órgano unipersonal en resolución de la apelación de un juicio de faltas, constituye un supuesto de estas características.

2. Los hechos eran los siguientes. Un hombre fallece en un accidente de tráfico ocurrido en octubre de 2009, dejando viuda y tres hijas, dos mayores y una menor de edad. El juez *a quo* condena por falta y concede las indemnizaciones previstas en el baremo previgente, pero niega la partida de lucro cesante solicitada por la viuda y la hija menor. Interpuesto recurso de apelación, es acogido por la Audiencia con el argumento de que, «acreditado que el fallecido desarrollaba una actividad laboral como consecuencia de la cual percibió entre octubre de 2008 y octubre de 2009 unos ingresos de 13.871,57 euros, resulta manifiesto que ese fallecimiento ha supuesto la privación de la aportación de tales ingresos a su esposa e hija menor durante un considerable periodo de tiempo, tratándose de una persona con una normal esperanza de vida por delante, derivándose de ello un claro perjuicio en relación con sus citadas esposa e hija, pues esos ingresos hubieran conllevado un beneficio económico o lucro del que habrían disfrutado si no se hubiese producido el desgraciado fallecimiento». A pesar de que el óbito ha determinado el nacimiento en favor de la esposa e hija de las correspondientes pensiones de viudedad y de orfandad, la Audiencia advierte que «no puede considerarse que [esas pensiones] constituyan una compensación plena con el lucro que se hubiere obtenido mediante los ingresos del fallecido si se hubieren continuado generando y llegar a concluir que realmente no se ha producido perjuicio en tal concepto».

Partiendo de lo anterior, el tribunal fija una indemnización por lucro cesante «en base a una valoración global». A tal efecto, después de constatar que la Ley 35/2015, que no aplica porque no estaba vigente en la fecha del siniestro, contempla «criterios muy concretos para cuantificar la indemnización por lucro cesante en supuestos como el que nos ocupa», y que de ellos resulta «una indemnización a favor de las recurrentes superior a la que vienen reclamando y que han calculado sobre la base de unos parámetros que no merecen ser descartados» porque «arrojan un resultado que no puede tildarse de excesivo atendidas las circunstancias del caso», concede una indemnización por lucro cesante de 28.499,69 euros.

La sentencia en análisis no explica de dónde procede esa cantidad. Sin embargo, gracias a la información que gentilmente me ha proporcionado el abogado de la apelante (S. Espinosa Herrera, consocio de nuestra Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro), resulta que se obtuvo multiplicando los ingresos de la víctima en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento (13.871,57 euros) por los años de

## COMENTARIO

su hipotética vida laboral futura (su jubilación habría tenido lugar en 2016) y descontando el importe de las pensiones que percibirían su viuda e hija durante ese mismo lapso temporal.

3. Como fundamento de su solución, el fallo en examen menciona la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2010 (RJ 2010, 1987), que reconoció indemnización por lucro cesante en un caso de incapacidad permanente. Esta doctrina ha sido reiterada, siempre en relación con lesionados afectados por incapacidad permanente, por las SSTs de 29 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2536), 5 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5023), 31 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2655) y 20 de julio de 2011 (RJ 2011, 7408), entre otras. También aplica esta doctrina la STS de 6 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5678), por más que en el caso analizado niega la indemnización por lucro cesante porque «no consta según la prudente valoración de la sentencia recurrida que los ingresos del recurrente fuesen tan excepcionales que no quedaran evaluados tras la aplicación de los factores de corrección previstos en el baremo» (Fundamento de Derecho tercero).

La SAP Ciudad Real, Sección 1ª, de 29 de febrero de 2016 amplía esta doctrina, inicialmente nacida para la indemnización del lucro cesante por incapacidad, al supuesto de fallecimiento. Mas esta ampliación no constituye una novedad porque ya había sido defendida por otros pronunciamientos en aplicación del anterior baremo [entre muchos, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, de 3 de mayo de 2013 (La Ley 70022/2013), y de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2ª, de 12 de abril de 2011 (La Ley 44444/2011)]. Incluso mucho antes de la doctrina sentada por la STS de 20 de marzo de 2010 ya citada, la SAP Baleares, Sección 4ª, de 29 de marzo de 2003 (AC 2003, 1056) reconoció indemnización por lucro cesante derivada de fallecimiento con el atendible argumento de que «el fallecido era el único miembro que aportaba ingresos económicos [...] que se computaron en atención a ingresos netos y perspectiva de vida» (Fundamento de Derecho cuarto), en un caso de responsabilidad médica en que el baremo fue aplicado como criterio orientativo. Por su parte, la STS de 15 de octubre de 2012 (La Ley 151681/2012), que aplicó el anterior baremo con el mismo carácter orientativo para cuantificar la indemnización derivada del fallecimiento por electrocución de una menor, negó la posibilidad de una suerte de «aplicación inversa» de esa doctrina y rechazó indemnizar por lucro cesante al padre por ganancias que pudiera dejar de percibir en el futuro debido a dicho fallecimiento. Parecidamente, la SAP Tarragona, Sección 2ª, de 4 de junio de 2007 (JUR 2007, 302534) no concedió indemnización a la madre en concepto de lucro cesante y secuelas derivadas de la depresión sufrida a raíz de la muerte de su hijo.

4. En suma, puesto que la indemnización por lucro cesante derivada del fallecimiento resultaba procedente con arreglo a la interpretación judicial del anterior baremo, no cabe entender, como ya quedó dicho, que el fallo de la Audiencia de Ciudad Real objeto de análisis haga una aplicación retroactiva del nuevo baremo. Se trata, en este sentido, de un caso semejante al zanjado por la SAP Navarra, Sección 1ª, de 29 de octubre de 2015 (La Ley 187500/2015), anotada por M. Medina Crespo en el número 56 de esta misma Revista (páginas 129-130), donde la invocación o mención del nuevo baremo cumple el mucho más modesto papel de reforzar *ad abundantiam* una solución ya extraíble del baremo anterior.

No cabe entender, como ya quedó dicho, que el fallo de la Audiencia de Ciudad Real objeto de análisis haga una aplicación retroactiva del nuevo baremo. Se trata, en este sentido, de un caso semejante al zanjado por la SAP Navarra, Sección 1ª, de 29 de octubre de 2015

# Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**Supuesto de robo de uso de vehículo por parte del conductor que carecía de permiso de circulación a su hermana, con el resultado de atropello de dos peatones. El consorcio abona la RC en el proceso penal al considerarse un robo de uso por “llaves falsas”. Se desestima la demanda de repetición del Consorcio frente a la cía. aseguradora del vehículo**

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 4 de marzo de 2016.

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Gallo Erena**

## Fundamentos de Derecho

**PRIMERO.-** Frente a la Sentencia, dictada en 13-10-15, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Granada, en Juicio Ordinario 823/14, seguido por demanda de Consorcio de Compensación de Seguros, frente a D. Maiquel Rodríguez Madero y Línea Directa Aseguradora S.A. en reclamación de cantidad de 22.341,47 €. Se interpuso por la representación del Organismo accionante recurso de apelación, que ha originado el Rollo 8/16, de esta Sala, que resolvemos.

**SEGUNDO.-** 1er Motivo.- Reprocha a la Sentencia que infringe por aplicación indebida del art. 11-1-c) del RD 8/04, art. 8 del RD 1507/08 y art. 11-3 del RDL 7/04, y subsiguiente aplicación indebida del art. 11-1-d) y 3 del RD 8/04, y constante jurisprudencia que los interpreta y argumenta que combate la conclusión de la sentencia desestimatoria de la pretensión, sobre la base de discrepar del criterio de la juzgadora “a quo”, que acogió la tesis de la aseguradora codemandada, entendiendo que lo que caracteriza el concepto de llave falsa, es la utilización de la llave legítima sin el consentimiento del propietario, acogiendo así un criterio excesivamente amplio de dicho concepto. Y concluye que frente a ello, el vehículo no fue “robado” sino “hurtao”, lo que determinaría la responsabilidad de la asegurado del vehículo (la codemandada Línea Directa), y la inexistencia de responsabilidad en el Organismo apelante.

Resulta, pues, determinante para la resolución del supuesto sometido a la consideración de la Sala, si el vehículo en cuestión fue objeto por D. Maiquel Rodríguez Madero, de robo o no, en los términos del art. 11-1-c) del RD 8/04 (cuando el vehículo haya sido objeto de robo o robo de uso). Y para resolver el dilema hemos de acudir al art. 238 del Código Penal que determina que son reos del delito de robo con fuerza en las cosas, los que ejecuten el hecho, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes.... 4º) Uso de llaves falsas, en el sentido que señala el art. 239-2 de dicho Cuerpo Legal (Se consideraran llaves falsas,... las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal).

Pues bien, en el caso enjuiciado, la propietaria del vehículo 1706-DRG, D<sup>a</sup> Montserrat Rodríguez Madero, hermana del codemandado, dejó el vehículo cerrado, en cochera, con las llaves del mismo guardadas en un armario del interior de su domicilio, (donde habita del codemandado, también), marchando con su esposo de viaje. Y el Sr. Rodríguez Madero, aprovechando la ausencia de la titular, se apoderó de dichas llaves, en contra de la voluntad de su dueña, que jamás le ha dejado el vehículo (carece de habilitación para conducir) y cogió el mismo. Ello motivó, tras acontecer el siniestro, que la propietaria, formulara denuncia penal contra su hermano, al conocer los hechos que originó las D. Previas 4951/11 del Juzgado de Instrucción nº 6, y posterior procedimiento abreviado 83/12, del que conoció el Juzgado de lo Penal nº 3 (J. Oral 460/13) que dictó sentencia en 8-5-13. El Ministerio Fiscal, en su escrito de acusación, calificó lo hechos como delito de robo de uso de





vehículo de motor, un delito contra la seguridad del tráfico en concurso con dos de lesiones y solicitando pena correspondiente (“absolviendo del primer delito imputado o de robo de uso de vehículo, al concurrir en el mismo la exención de penalidad o excusa absoluta prevista en el art. 268-1º...”). Y ello viene sustentado, sin duda, en las propias manifestaciones de la denunciante cuando señaló que “no sabe cómo pudo acceder al vehículo, ya que, al menos que ella sepa, no tiene llaves de la cochera y las llaves del coche están guardadas en su casa...”. Luego, el hermano codemandado para consumir la sustracción del turismo, hubo de apoderarse previamente de las llaves, guardadas y a las que no tenía acceso legítimo y abrir la cochera también cerrada, y además, todo ello sin permiso ni autorización. Por ello el supuesto es radicalmente distinto de los que el Organismo apelante relata en su alzada, citando sentencias en las que el propietario había dejado el vehículo abierto y con las llaves puestas. (Así la Sent. 46/2005, de 25 de enero, en que se dice que en el caso de autos no consta el menor apoderamiento ilícito, sino, a lo más, la mera utilización de unas llaves dejadas o puestas dentro o fuera del vehículo...; o en la de 23-1-01, también citada por el recurrente, o las de la AP de Madrid, de 26-11-08, 31-10-11, ó 17-2-14).

Y la conclusión de la apelada Sentencia, que la Sala comparte, no queda desvirtuada por el hecho de que el codemandado sea hermano conviviente de la titular del vehículo. El Consorcio argumenta que las llaves fueron tomadas por el conductor “de un armario que tiene en la entrada de la casa, donde conviven conductor y propietario, hermana del mismo, por lo que aquel contaba con pleno acceso a dichas llaves...”. Y ello por cuanto el hecho de que, pese a convivir en el mismo domicilio, el Sr. Rodríguez Madero carecía de permiso o autorización para tomar las llaves, el hecho de hacerse con ellas, supondría una falta de hurto, lo que es equivalente a la infracción penal que exige el art. 239-2º CP para definir que ha de entender por llave falsa, y justifica la aplicación, pues, del art. 244-2º CP, (sin perjuicio, desde luego, como así aconteció a solicitud del Ministerio Público, de aplicación de la excusa absoluta de parentesco del art. 268 CP).

Además, la Sentencia penal, condenatoria –firme–, en su relato de hechos probados, dice lo que dice, y condena a lo que condena (sin incluir el robo de uso, por acudir a esa excusa absoluta), sin olvidar la conformidad del acusado, no cabe discutir la calificación de la conducta como robo de uso. Pero es que, a ma-

yor abundamiento, no se recurre en este primer motivo, nada más que por infracción legal, por lo que la base fáctica de la sentencia no puede ser modificada. Se rechaza el motivo.

**TERCERO.-** Con carácter alternativo se postula en Segundo lugar.- Indebida aplicación del art. 11-3 del RDL 8/04 por el que se aprueba la LRCSCVM, en cuanto a la absolución del codeemandado Sr. Rodríguez Madero, conductor del vehículo. Ha de prosperar el motivo, a la vista del contenido del art. 11-3º del Texto legal aludido (El consorcio podrá repetir contra los autores, cómplices, o encubridores del robo o robo de uso del vehículo causante del siniestro...).

**CUARTO.-** Finalmente, con carácter alternativo, también. Se achaca a la Sentencia que infringe el art. 394 LEC. No ha de prosperar por cuanto el Tribunal se limitó a la aplicación del criterio objeto del vencimiento previsto en el art. 394 de dicha Ley, sin que se atisben en el caso, las dudas serias, que el precepto prevé como excepción a dicho principio, dudas que han de ser apreciadas por el Tribunal y no por las partes, como dijimos en nuestra Sentencia de 11-12-07.

**QUINTO.-** La acogida del recurso, en lo relativo al segundo de los motivos, obliga a confirmar la sentencia de instancia, salvo en la absolución del Sr. Rodríguez Madero, sin efectuar condena en las costas de la alzada (art. 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación,

## FALLO

La Sala ha decidido, con parcial acogida del recurso formulado frente a la Sentencia, dictada en 13-10-15, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de Granada, revocar dicha Sentencia en el solo extremo de dejar sin efecto la absolución de D. Maiquel Rodríguez Madero, en los términos del art. 11-3 de la LRCSCVM facultad de la que podrá hacer uso el Consorcio de Compensación de Seguros, si a su derecho interesa, y ello sin efectuar condena en las costas de la alzada. Dese al depósito constituido el destino legal.

Contra la presente resolución cabe recurso de Casación, por interés Casacional, y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, que deberá interponer ante este Tribunal dentro del plazo de veinte días contadas desde el siguiente a su notificación.

Así por este nuestra resolución la pronunciamos, mandamos y firmamos.

La sentencia glosada analiza el concepto de “llaves falsas” determinante de robo y consiguiente responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros en un supuesto, ciertamente fronterizo, de apoderamiento de uso de vehículo perpetrado mediante el empleo de la llave legítima del propietario. El supuesto analizado en esta sentencia aparece descrito en su F.D. II: la propietaria del vehículo lo deja cerrado, en el interior de su cochera particular, y con sus llaves guardadas en un armario del domicilio, ausentándose de la ciudad. Su hermano, quien carecía de permiso de conducir, aprovechando su ausencia, toma las llaves del vehículo del armario de la vivienda en la que convive con su hermana y utiliza el vehículo -en contra de la voluntad de ésta, que jamás se lo había dejado- atropellando a dos jóvenes. Conocido el accidente, la propietaria del vehículo denuncia la sustracción del vehículo por su hermano, quien es acusado por el Ministerio Fiscal de un delito de robo de uso de vehículo de motor y un delito contra la seguridad del tráfico en concurso con dos delitos de lesiones, si bien postula para el primero la excusa absolutoria entre parientes del art. 268.1 CP. El CCS indemniza a las víctimas por controversia antes de la sentencia penal e interpone demanda de recobro frente al aseguradora obligatoria del vehículo. La sentencia de instancia absuelve a la aseguradora, pronunciando frente al que se alza el Consorcio, al entender que los hechos descritos serían constitutivos de hurto, y no de robo, siendo por tanto el SOA el obligado a responder.

Ciertamente, a estos efectos (de cobertura de los daños ocasionados por vehículos sustraídos) resulta fundamental la distinción en la forma de apoderamiento ilícito, pues mientras que en los supuestos en los que el vehículo asegurado haya sido hurtado deberá responder el asegurador obligatorio, no ocurrirá otro tanto cuando el vehículo haya sido robado, pues en tal caso quedará excluida la responsabilidad del asegurador obligatorio (art. 5.3 LRCSCVM), estableciéndose la del CCS (art. 11.1.c del mismo texto legal). En suma, existirá responsabilidad del CCS, sin posibilidad de ulterior repetición frente al asegurador, cuando el vehículo “haya sido objeto de robo o robo de uso” (cfr. art. 11.1.c LRCSCVM), lo que ocurrirá -entre otros casos y en lo que aquí interesa-, cuando la sustracción se verifique mediante el empleo de las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio constitutivo de infracción penal. Conforme al art. 238 C.P. “son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:... 4.º Uso de llaves falsas”. Y, aclarando el concepto de “llaves falsas” integrante del supuesto de robo, el art. 239.2 CP establece que “Se considerarán llaves falsas:... 2. Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal”.

El supuesto analizado en la sentencia comentada es ciertamente limítrofe, planteando razonables dudas su distinción respecto del mero uso no autorizado constitutivo de hurto de uso del art. 244.1 CP (que sanciona al que “utilizare sin la debida autorización un vehículo de motor o ciclomotor ajeno, sin ánimo de apropiárselo”). Como ha señalado la doctrina jurisprudencial, no basta cualquier uso de la llave legítima para consumir el robo, pues cuando el propietario deja el vehículo abierto y con las llaves puestas, estaremos ante un supuesto arquetípico de hurto (SAP Barcelona 20.2.2002, SAP A Coruña 12.2.2003, SSAP Madrid 26.11.2008, 31.10.2011 y 27.2.2014,...); tipo penal que resultaría de imposible comisión si se reputase uso de “llave falsa” cualquier uso no autorizado de la llave, pues como razona esta misma Audiencia, en S. 49/2001, de 23 de enero, de su Secc. 4ª, “de no entenderlo así, se dejaría sin contenido la figura del “hurto de uso” pues todos los supuestos de puesta en marcha del vehículo quedarían incardinados en alguno de los supuestos del art. 238”. Sin embargo, la Audiencia resuelve esa polémica poniendo el acento en el apoderamiento previo de las llaves para apreciar la existencia de robo de uso (“el hermano codemandado, para consumir la sustracción del turismo, hubo de apoderarse previamente de las llaves, guardadas y a las que no tenía acceso legítimo y abrir la cochera también cerrada, y además, todo ello sin permiso ni autorización”), en línea con lo sostenido en sentencias anteriores de la misma Audiencia (SAP Gr., Secc. 3ª, 46/2005, de 25 de enero -“la palabra “sustraídas” debe identificarse con el apoderamiento previo de las llaves de que se hace objeto a su dueño con una cierta carga intencional o dolosa”-, SAP Gr, Secc. 4ª, 49/2001, de 23 de enero -“el uso de la propia llave del vehículo que el sujeto encuentra en la propia cerradura no constituye el supuesto del número 2 del art. 239 CP, pues para que la llave legítima del propietario tenga la consideración de llave falsa es necesario que la misma haya llegado a poder del sujeto con anterioridad al hecho

## COMENTARIO

delictivo”-). Por lo demás, la relación de parentesco o el hecho de que el sustractor conviva con el propietario no convierte la sustracción en simple uso no autorizado, “y ello por cuanto el hecho de que, pese a convivir en el mismo domicilio, el Sr. R carecía de permiso o autorización para tomar las llaves, por lo que el hecho de hacerse con ellas supondría una falta de hurto, lo que es equivalente a la infracción penal que exige el art. 239.2 CP para definir que se ha de entender por llave falsa y justifica la aplicación del art. 244.2 CP”.

Penetrando en esa relevante distinción (robo/hurto), ha señalado nuestro Tribunal Supremo que “a tenor del espíritu y finalidad de la norma, la mayor penalidad del robo responde a haber tenido que vencer el acusado las barreras establecidas por el propietario para impedir la sustracción” (STS, Sala 2ª, de 10.10.2000). Efectivamente, no es lo mismo dejar un vehículo abierto y con las llaves puestas, esto es, en clara disposición de ser hurtado -en cuyo caso, su sustracción será constitutiva de hurto-, que dejarlo debidamente cerrado con llave, en el interior de una cochera y desprovisto de las llaves necesarias para ponerlo en marcha, pues en tal caso el propietario agota las posibilidades a su alcance en evitación de la sustracción, de modo que el autor de ésta, para hacerse con el vehículo, ha de vencer las barreras establecidas por el propietario para impedir la sustracción, integrando su conducta un supuesto de robo.

Y, aventurándonos en la mens legislatoris, ahí parecería radicar la razón de ser de la distinción, a efectos de cobertura, entre el robo y el hurto. Por más que el propietario no responda civilmente en estos casos (cfr. art. 1.1.5 LRCSCVM), en los supuestos de hurto, no deja de existir cierto grado de culpa latente en el propietario del vehículo amparado por el seguro, pues quien abandona el vehículo abierto y con las llaves puestas está propiciando el hurto con esa ostensible falta de diligencia en la custodia del instrumento potencialmente peligroso y susceptible de causar daños; conducta del asegurado subyacente al hurto suficiente para atraer la responsabilidad del asegurador obligatorio del vehículo, que también responde de los daños causados por conductor simplemente no autorizado. No ocurre otro tanto cuando el vehículo es robado, pues la intensidad y mayor antijuricidad de esa conducta delictiva excede de cualquier razonable precaución del propietario del objeto sustraído, que de ningún modo propicia la sustracción de que es víctima. Cuando las llaves del vehículo no son sencillamente dejadas en el vehículo por el propietario, en actuar claramente falto de la más elemental diligencia, sino que el vehículo se deja debidamente cerrado y asegurado, y las llaves, puestas a buen recaudo, son ilícitamente sustraídas, no cabe reprochar en modo alguno esa sustracción al propietario, quebrando la intensidad delictiva de esa forma de sustracción el hilo de imputabilidad de los daños a la aseguradora con quien se tiene concertado el seguro obligatorio. Lógico resulta que, en esos casos, no deba responder el asegurador con quien se concertó la póliza, sino el ente público, entre cuyas funciones como organismo de garantía sufragado con las primas de todos los seguros obligatorios, está precisamente la de indemnizar los daños ocasionados por vehículos robados (art. 11.1.c LRCSVM y 11.3 de su Estatuto Legal).

Por otro lado, sin pretender desconocer las peculiaridades del supuesto y las legítimas dudas que genera la relación de parentesco y convivencia entre víctima y autor que en él concurren, no parecerían existir razones plausibles para poner en duda la existencia de robo en caso de que el hermano conviviente se hubiese apoderado del vehículo haciendo uso de las llaves simplemente perdidas por la propietaria (239.2). Parece lógico que no merezca menor reproche penal quien se apodera del vehículo sustrayendo las llaves. Si este último, a diferencia de quien encuentra las llaves perdidas, no se topa azarosamente con una oportunidad delictiva no propiciada por él, sino que la crea deliberada y conscientemente venciendo los superiores obstáculos puestos por el propietario, mediante la sustracción de las llaves, parece lógico que esa conducta, de mayor antijuricidad aparente, sea asimismo constitutiva de robo. Y si nuestras apreciaciones -un tanto aventuradas- sobre la ratio última de la distinción entre robo y hurto a efectos de cobertura aseguradora no son desatinadas, si no se cuestiona la responsabilidad del CCS cuando el autor se sirve de las llaves simplemente perdidas por el propietario -en quien aún cabría apreciar cierto grado de culpa latente con el que favorece la sustracción-, lógico resulta que también deba responder cuando el propietario deja las llaves a buen recaudo -en actuar inobjetable- y le son sustraídas.



# perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

La sentencia nº 232/16 de 8 de abril de la Sala 1ª del Tribunal Supremo -caso Costa Concordia- resulta de gran interés, en su vocación expresa de matizar o complementar la doctrina jurisprudencial previa sobre el daño moral, a la par que añade una orientación al recurrente sobre lo que pudo ser-el enfoque- y no fue -la estimación del recurso-:

“5ª) Fue, pues, acertada la decisión de la Audiencia a quo de conceder indemnización por el daño moral inherente a «la situación de agonía, zozobra, ansiedad y estrés» -en términos de la sentencia impugnada empleados con frecuencia por esta Sala, junto a otros similares, para describir el daño moral [SSTS 533/2000, de 31 de mayo (Rec. 2332/1995), 810/2006, de 14 de julio (Rec. 4426/1999), 521/2008, de 5 de junio (Rec. 289/2001) y 217/2012, de 13 de abril (Rec. 934/2009) entre otras]- que vivieron los pasajeros del «Costa Concordia» durante la

noche del 13 de enero de 2012. Y la de conceder dicha indemnización tanto a aquéllos de los integrantes de la Asociación recurrente que no padecieron daños corporales, como a los que sí los padecieron.

Ciertamente habría resultado absurdo no conceder tal indemnización a ninguno de ellos, o concedérsela sólo a los primeros, para poder hacer algo tan plausible a la luz de la jurisprudencia de esta Sala como utilizar las reglas del Baremo como criterios orientadores en la cuantificación de los perjuicios causados a los segundos

como consecuencia de sus respectivos daños corporales.

En fin, el resultado al que llegó la Audiencia a quo es claramente más justo que el obtenido por el Juzgado en su sentencia: tratar por igual a todos los referidos pasajeros, no concediendo a los que sufrieron daños corporales indemnización alguna por los perjuicios consecuencia de tales daños. Quiere esta Sala dejar bien claro que, en un caso como el de autos, la doctrina arriba citada de sus Sentencias 906/2011, de 30 de noviembre, y 284/2014, de 6 de junio, no impone desembocar ni en el resultado al que llegó el Juzgado, ni en ninguno de los que dejamos descritos al comienzo del párrafo anterior.

6ª) No acertó en cambio la Audiencia a quo en su decisión de excluir o restar de las indemnizaciones cuantificadas conforme al Baremo el factor de corrección del 10% aplicado por el Dr. Clemente en los informes aportados por Costa Crociere. No es necesario, para constatarlo, acudir a la doctrina de esta Sala sobre ese factor de corrección por «perjuicios económicos» –así se denomina en las Tablas IV y V del Baremo– ha establecido en las Sentencias 228/2010, de 25 de marzo (Rec. 1741/2004), 599/2011, de 20 de julio (Rec. 820/2008) y 289/2012, de 30 de abril (Rec. 1703/2009): aunque, como dicen las ya mencionadas Sentencias de 30 de noviembre de 2011 y 6

de junio de 2014, dicho factor no esté ordenado únicamente a la indemnización de daños patrimoniales, los daños morales cubiertos por (parte) del mismo no coinciden con los claramente extratabulares que la Audiencia a quo acordó indemnizar con la cantidad de 12.000 euros por pasajero.

Lo que acaba de exponerse no puede conducir, sin embargo, a estimar el recurso de casación interpuesto por la Asociación en orden a suprimir del fallo de la sentencia recurrida las palabras «descontándose el 10% del factor de corrección».

Pues no es eso lo que la Asociación ha venido a pedir de esta Sala en el escrito de interposición del recurso de casación: manteniendo su oposición radical a la utilización del Baremo (incluso con la indemnización por separado del daño moral que la Audiencia a quo le concedió), sin apreciar contradicción por su parte en basar su recurso en la incorrecta aplicación del Baremo –sí la aprecia y se lo reprocha la ahora recurrida–, la Asociación ha insistido en su referido escrito en que condenemos a Costa Crociere a abonarle la suma de 1.320.000 euros, 60.000 euros por pasajero, sólo porque ella entiende que es una indemnización más adecuada: en eso, contra el imparcial criterio primero del Juzgado y, después, contra el igualmente imparcial y ya soberano criterio de la Audiencia a quo en la fijación de la cuantía indemnizatoria.

En cualquier caso –importa destacarlo– sin duda no es función de esta Sala reconstruir la petición de la parte recurrente para convertirla en otra que, congruente con los motivos del recurso, podría haber prosperado”.



¿La petición por la acusación particular de condena en costas –sin la fórmula ritual “incluidas las causadas por esta acusación particular”– puede, o debe originar la exclusión de condena de las propias originadas en el proceso culminado con condena, por vulnerar los Art. 123 y 124 CP? Responde la Sentencia nº 757/2013, de 9 de octubre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:

“a) Que la acusación particular en contra de lo que afirma el recurrente sí que solicitó la condena en costas. Que no hiciese una mención específica a las ocasionadas por la acusación particular no tiene ninguna trascendencia: ni se la dio la Audiencia, ni había que dársele. La petición de una condena en costas en boca de una acusación particular no puede significar otra cosa: que solicita que se impongan todas las costas y entre ellas las causadas por esa acusación. Es absurdo pensar que quedaban excluidas las propias; como lo es imaginar que si el acusado no se opuso a ello fue por no deducirlo de la fórmula genérica del escrito de conclusiones; y como lo sería exigir para articular esa petición una fórmula ritual (“incluidas las causadas por esta acusación particular”) como si fuesen unas palabras sacramentales sin las cuales no podría considerar hecha una petición que, con naturalidad, si no se retuercen las cosas, está implícita naturalmente en la petición global e inespecífica de la condena en costas. Aunque efectivamente hay precedentes jurisprudenciales que invoca con erudición el recurrente (además de las SSTS 1784/2000, de 20 de enero; 1845/2000 de 5 de diciembre; 560/2002, de 28 de marzo; 1571/2003 de 25 de noviembre; 1455/2004 de 13 de diciembre y 449/2009 de 6 de mayo, que podrían abonar la tesis del recurrente, puede citarse la más cercana en el tiempo STS 774/2012, de 25 de octubre), no puede refrendarse esa doctrina. La petición de condena en costas formulada por

una acusación implica pedir la inclusión de las propias. Es inherente a la misma solicitud global. Y en todo caso, otro entendimiento llevaría a entender vulnerado el principio de rogación, pero no los arts. 123 y 124 CP que nada dicen sobre eso. Aquél principio (rogación) solo tiene alcance casacional cuando su quebrantamiento comporta infracción constitucional por menoscabo del derecho de defensa lo que no puede predicarse con seriedad de este asunto y por la vía del art. 849.1º solo cabe el debate sobre normas sustantivas. No es razonable imaginar que si el recurrente no protestó, fue por “ignorar” que no se reclamaba ese pago. Eso sería más bien una “ignorancia” o “silencio” estratégicos. Por eso no faltan precedentes, no menos abundantes, que apuntan en la dirección aquí sostenida: se aprecia petición suficiente cuando la acusación solicita una condena genérica en las costas (SSTS 560/2002, de 27 de marzo y 1351/2002, de 19 de julio o 1247/2009, de 11 de diciembre). Si la regla general es la inclusión, la petición genérica implicará acogerse a esa premisa general (SSTS 37/2010, de 22 de enero; 57/2010, de 10 de febrero; 348/2004, de 18 de marzo o 753/2002, de 26 de abril o 348/2004 de 18 de marzo).

b) Que, además, manejando criterios de fondo, era procedente la inclusión de esas costas. No ha existido una actuación perturbadora del procedimiento o en patente asimetría con las pretensiones que se acogieron. No se



exige un razonamiento específico para incluir esas costas. Lo que habrá de motivarse es justamente la exclusión; o, en su caso, el rechazo de la alegación de contrario de que sean excluidas, alegación que no efectuó el recurrente (SSTS 873/2002, de 17 de mayo o 48/1994, de 16 de febrero).

c) Es más, no solo se trata de que la posición de la acusación no haya sido extravagante o perturbadora (no es que las amenazas o vejaciones se nieguen, sino que se dan como probadas en la sentencia aunque razones jurídicas lleven a la absolución; y si uno de los homicidios se convierte en lesiones lo es no sin que la Audiencia manifieste las poderosas razones que avala esa pretensión aunque finalmente la repele); sino que ha sido decisiva: las víctimas hubiesen obtenido indemnizaciones inferiores si no se hubiesen personado para ejercitar junto a la acción penal, la civil dimanante de delito”.

Sin duda es de actualidad, la Sentencia nº 999/2016 de 4 de marzo, de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Gijón, decisoria de la relación causal en un accidente de tráfico con leve colisión, con una lesión cervical de hernia discal sin operar, y su comparación con la vigente Ley 35/15:

“SEGUNDO.- Una adecuada solución a la cuestión debatida obliga a tener presente que los hechos se producen como consecuencia de una leve colisión, -más bien roce- entre el vehículo de la actora y el del demandado rebelde que sale de una maniobra de aparcamiento y causa daños a la demandante tasados en 773 euros y prácticamente imperceptibles en el del demandado, como lo revelan los daños a los vehículos y el informe biomecánico. Por otro el accidente se causa en una persona que está de baja pendiente de operarse de una hernia discal en C5 C6 y que cuenta con padecimientos en la que se dice objeto de lesión, que analizaremos. Esta lesión previa en la misma zona es la que se valora de forma incorrecta por la sentencia reduciendo a 5 puntos cuando debiera serlo aplicando el factor de corrección previsto en la tabla IV a tenor del apartado primero 7 del antiguo sistema mediante un importante porcentaje de disminución de la puntuación asignada a la secuela, y que con la ley 35/15 lo sería de forma más precisa mediante la fórmula prevista en su artículo 100 , que en vista de la incidencia que admite la sentencia a la lesión previa, y que es evidente, como veremos, hubiese minorado de forma sensible la excesiva valoración de las lesiones apreciada, lo que es en parte imputable a la posición de la entidad aseguradora que al folio 166 centra su esfuerzo en negar el vínculo causal pero nada dice sobre la forma de valorar la secuela si se demos-

trase derivada del siniestro. Frente a la inespecífica y absolutamente inconcreta petición de la demandante de una secuela consiste en profusiones cervicales sin otra precisión, la sentencia la reduce a la hernia existente en C4-C5, sin incluir en la lesión las protusiones en C6-C7 que también habían sido previamente diagnosticadas, dado que la operación afectó a dos hernias y no a la inicialmente prevista.

TERCERO.- La prueba del nexo casual entre las lesiones y las secuelas, pertenece a la esfera probatoria del actor, como la de todo vínculo causal entre un daño y un determinado evento, prueba que se ha visto incluso reforzada en el actual sistema para las lesiones leves (artículo 135 -2) que en un accidente como el que nos ocupa, en el que su entidad no guarda proporción con las consecuencias lesivas que se reclaman, viene incluso a exigir que se demuestren mediante un informe médico concluyente. Sin llegar a esta exigencia probatoria y analizando la que obra en autos, debemos dar la razón a la parte apelante, lo que conduce sin más al total rechazo del recurso de la demandante en virtud de las razones siguientes. Considera la sentencia que el informe de la doctora que operó a la lesionada, de fecha 28 de septiembre, es contundente al definir que el accidente (documento 15, folio 31), destaca la aparición de una hernia en C4 C5 que antes no existía que contacta con la médula aun- que sin síntomas de mielopatía

compresiva. Dicho informe es la traducción de la RM que se practica a la lesionada el 11 de septiembre, folio 30, y el posterior al folio 32 y 256 en el que a los efectos que discutimos, se dice que la paciente presenta una profusión discal en C4 C5 que contacta con la médula, amén de la voluminosa protusión en C5 C6 por la que iba a ser operada y otra de carácter más leve en C6 C7. Pero es que para efectuar la confrontación tenemos tres datos objetivos, en primer lugar el informe de asistencia donde sólo se le diagnostica una leve cervicalgia. De mayor entidad son las dos resonancias que se practican a la lesionada en marzo y mayo de ese año, de cara a su futura operación: en la primera, documento 5 folio 20, se aprecia la lesión en C5 C6, una pequeña protusión en C6 C7 (de modo que no es un hecho novedoso cual pretendía el actor en su demanda) y en lo que aquí es relevante una protusión de cierta entidad (de base amplia) que no llega a contactar con la médula. En la de 8 de mayo, folio 21, ya se califica de voluminosa y la protusión en C4 C5, igualándola con la de C5 C6 y se dice que ambas obliteran el espacio intermedular llegando a contactar con el margen anterior de la médula. De ahí que resultan dos hechos evidentes. La protusión que nos ocupa había aumentado significativamente de tamaño sin que interviniese evento alguno entre el mes de marzo y el mes de mayo, por lo que su estado posterior, significativamente similar al detectado en mayo, no puede considerarse causa del siniestro, concluyendo en este punto de igual forma que el neurocirujano que interviene como perito de la demandada que atribuye la hernia al estado anterior del paciente, ajeno pues a tan leve accidente. En consecuencia procede acoger

el recurso de la demandante, desestimar el de la demandada y reconocer como lesión una cervicalgia leve sin secuelas que sólo permite indemnizar a la actora, partiendo del período estándar de curación de

este padecimiento, un total de 30 días impeditivos, con arreglo al baremo del 2013, fecha de estabilización de estas lesiones, sin que puedan concederse gastos médicos por ser todos posteriores a la fecha

de sanidad, de acuerdo con la norma 16 del Anexo entonces vigente, lo que hace un total de 1.747,20 euros acogiendo el recurso de la demandada y desestimando en su integridad el de la contraparte.”

¿Posee legitimación el condenado para reclamar la responsabilidad civil de un tercero, siquiera por vía de adhesión al recurso del Ministerio Público? La clave se contiene en la Sentencia nº 300/2014, de 1 de abril de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, a la par que hace unas interesantes precisiones tanto del Art. 120, 4º, como del Art. 114, ambos del C.P.:

“Como se ha dicho por esta Sala en reiteradas ocasiones (una de las últimas viene representada por la STS 1026/2013, de 2 de diciembre, que evoca la 643/2007, de 3 de julio), el acusado no ostenta legitimación para reclamar la responsabilidad civil de un tercero. Su posición en la causa es la de una parte pasiva acusada que no puede ejercitar la acción civil. Ni en la instancia; ni posteriormente en vía de recurso; y, ni siquiera, por vía adhesiva. Carece de gravamen. Un acusado no puede ejercitar ni acciones civiles, ni acciones penales frente a otros coacusados o frente a responsables civiles. Como no podría reclamar la condena penal de otros aduciendo que siendo varios los responsables penales la asignación de cuotas decrecería el importe de su responsabilidad civil.

Su responsabilidad civil es principal, y por tanto en nada le afecta que existan o no terceros civiles responsables subsidiarios. Eso no merma su obligación principal. Tan solo puede variar eventualmente quién sea su acreedor (si no paga directamente, pasará al tercero responsable civil la facultad de repetir).

Se dice en este sentido en la STS 643/2007 antes citada:

“De tal manera que, frente a quienes ejercitan la pretensión civil de restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización de los perjuicios, existe una parte pasiva que carece de legitimación para transmutar su llamada al proceso, colocándose artificialmente, aunque sea en sede casacional, en el lado de los que instan la pretensión indemnizatoria.

La doctrina de esta misma Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia. Así, la STS 1990/1992, 22 de septiembre, como con reiteración indica la doctrina de esta Sala, y a modo de ejemplo la sentada en la S. 28 junio 1990, aplicable en todo al supuesto recuerda que «el procesado no se halla legitimado para impugnar cuestiones relativas a la responsabilidad civil subsidiaria, cuyo alcance le ha de ser indiferente ... es parte pasiva de la causa, al atribuírsele la comisión de un delito ... y derivadamente unas responsabilidades civiles, no pudiendo pues ejercitar una pretensión civil tendente a la declaración de determinada responsabi-

lidad subsidiaria», ya que así, «trata de defender derechos ajenos y los recursos se conciben y trazan para la defensa de derechos propios y personalísimos» (cfr., entre otras, SS. 11 noviembre y 16 diciembre 1986; 22 enero 1987; 14 noviembre 1988 y 20 diciembre 1990)”.

TERCERO.- El artículo 120.4 CP

La sentencia de instancia para negar la responsabilidad civil subsidiaria de “T...” ... desarrolla de forma extensa la doctrina de esta Sala que ha estimado que no puede apreciarse la tipicidad del delito de estafa cuando el error que genera el desplazamiento patrimonial es fruto no tanto de la conducta engañosa como de la indiligencia no tolerable del perjudicado. Temas de imputación objetiva (autopuesta en peligro), tipicidad (engaño bastante) y de ponderación de los deberes de autoprotección y de la tutela que debe dispensar el derecho penal, confluyen en esa controvertida teoría que en todo caso cuenta con un ya arraigado, aunque muy modulado, refrendo jurisprudencial. La Sentencia se hace eco de algunos pronunciamientos.

Yerra el Tribunal a quo al trasplantar esa teoría del ámbito en que se ha construido (exigencia de responsabilidad penal) al territorio de la responsabilidad civil, aunque sea dimanante de delito. Esas consideraciones solo tienen cabida como resalta el Fiscal en el

campo de la responsabilidad penal. No hay fundamento alguno para ese traspaso: nótese como en esos casos de delitos de enriquecimiento en que la jurisprudencia ha negado la tutela penal por no haberse colmado esos mínimos deberes de autoprotección, siempre se deja a salvo la responsabilidad civil. El perjudicado mantiene su acción civil; únicamente se escamotea la tutela penal. En ningún supuesto se puede convalidar el enriquecimiento injusto, por nula que haya sido la diligencia de la víctima. Esa teoría no es una especie de sanción a la víctima descuidada, que no solo se vería privada de la protección penal, sino que además vería legalmente convalidada la sustracción o perjuicio económico ocasionados por un tercero de manera

ilícita (aunque no penalmente sancionable). Esto resulta obvio. Tan obvio que en este caso se ha condenado al autor tanto a una pena como a la indemnización civil.

El esfuerzo del Tribunal a quo analizando los datos que permiten hablar de esa negligencia por parte de la perjudicada es estéril: no conduce a nada en materia penal. Si hay delito, hay responsabilidad penal. Y si el responsable penal responde civilmente también responde el tercero del art 120.4º CP.

CUARTO.- Cuestión diferente y con cierta enjundia es la suscitada por la recurrida en su impugnación: ¿sería aplicable lo dispuesto en el art. 114 CP? Es decir, ¿cabría moderar

la indemnización fijada precisamente por haber contribuido la perjudicada con su conducta negligente o descuidada al perjuicio sufrido?

Tal norma, según ha entendido la jurisprudencia, es aplicable tanto a delitos imprudentes como a delitos dolosos (piénsese en casos de lesiones dolosas en que media previa provocación; o de imprudencia con resultado de muerte en la que la víctima también tuvo un comportamiento desatento que contribuyó al desenlace; o eximentes incompletas de legítima defensa).

Ahora bien, esa norma no habilita nunca para moderar la responsabilidad civil en los casos de delitos de enriquecimiento. Estamos ante supuestos de estricta justicia conmutativa en que sostener lo contrario llevaría a contradecir criterios elementales de justicia. No puede consolidar legalmente el autor de la infracción el enriquecimiento ilícito, ni total ni parcialmente, por mucha negligencia causal que pueda atribuirse a la víctima. Cuando lo procedente es la restitución o, como fórmula subrogada, la indemnización equivalente, no cabrá jamás hacer uso del expediente del art. 114 CP. La responsabilidad civil dimanante del delito no puede ser menguada en esos casos. Por eso el art. 114 solo menciona la indemnización o la reparación y no la restitución. Cuando lo que procede es la restitución o en defecto de ella la indemnización como sustitutiva, no cabe moderación.

Así lo ha hecho la Sala de instancia: con toda lógica -lo contrario sería incomprensible- impone al responsable penal la obligación de indemnizar por todos los efectos distraídos, pese a la indiligencia de la víctima”



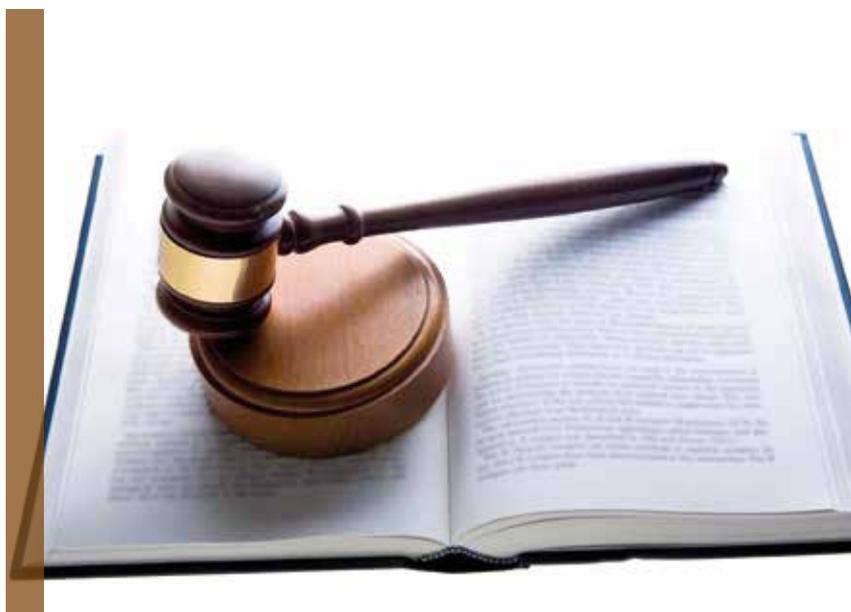
La sentencia nº 365/2013, de 20 de marzo, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, aborda y resuelve, con precisión la viabilidad de introducir en casación por el cauce del Art. 849 1º la vulneración del Art. 20 de LCS, o la omisión por la Sala de instancia de pronunciamiento expreso sobre este punto, el expediente del Art. 161.5 LECrim (además de resolver entorno a la exceptio doli, y el propio Art. 20):

“DUÓDECIMO.- La sentencia de instancia no ha resuelto nada sobre la pretensión que ahora esgrime el recurrente. Su silencio contradice la expresa previsión sobre la operabilidad de oficio de esos intereses, sin necesidad de reclamación de parte. Además en este supuesto la acusación particular solicitó específicamente ese incremento..

En rigor ante la omisión de la Sala de instancia lo más correcto hubiese sido acudir al expediente del art. 161.5º LE-Crim, reformada en 2009 para armonizar su contenido con el art. 267 LOPJ. Se han ampliado las posibilidades de variación de resoluciones judiciales cuando se trata de subsanar omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia en cuanto guarde silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Las partes cuentan con una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con

tan atinada previsión se quiere evitar primeramente que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido iniciándose de nuevo eventualmente el camino de un recurso. Es un remedio está al servicio de la agilidad procesal (SSTS 686/2012, de 18 de septiembre o 745/2012, que citan otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto necesario para un recurso de casación por incongruencia omisiva. Pero satisface también otras finalidades: subraya y fortalece la naturaleza revisora del recurso de casación; es decir propicia que la función habitual y ordinaria de este Tribunal consista en reexaminar lo decidido por los Tribunales de instancia, confirmando o casando; y no a emitir “primeros pronunciamientos” no revisables después. No pueden evitarse algunas concesiones

en ese punto. Solo a base de sacrificios no tolerables del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se mantendría la pureza del sistema. La casación de una sentencia, abre el paso muchas veces a una segunda sentencia en que el Tribunal Supremo recupera la instancia y ha de pronunciarse sobre cuestiones que no abordó la Audiencia Provincial. La deseable agilidad aconseja esa fórmula. Pero, al mismo tiempo, invita a no minusvalorar los mecanismos que la legislación procesal contempla para reducir a términos razonables esos supuestos. Entre ellos se cuenta en la actualidad con el comentado expediente todavía en período de rodaje y por tanto, necesitado de exploración para extraer del mismo toda su virtualidad. Éste es uno de esos casos en que el empleo de ese remedio podría haber sido operativo. La jurisprudencia (SSTS 1300/2011 de 23 de noviembre, 1073/2010 de 25 de noviembre o la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre), lo ha convertido en requisito previo indispensable para un recurso por incongruencia omisiva (art. 851.3º LECrim). Parece prematuro dar un paso más en esa iniciada senda exigiendo para la admisibilidad de un recurso como el ahora canalizado que se hubiese intentado que la Audiencia completase su sentencia a través de las facultades concedidas por el párrafo 5º del art. 161 LECrim, de límites y contornos todavía no suficientemente perfilados. Pero, en todo caso, no sobran las consideraciones anteriores para avanzar en una progresiva exégesis de ese precepto. Sin llegar a constituirlo en exigen-



cia sí es conveniente advertir que nada hubiese impedido su instrumentación en un supuesto como el presente; sin perjuicio de la fiscalización en casación del pronunciamiento de la Audiencia por cualquiera de las partes. La relativa novedad del precepto, el principio del favor actionis, y el hecho de que pendan recursos de otras partes contra la sentencia aconsejan soslayar ese posible óbice procesal y resolver esta cuestión que se suscita como motivo de fondo y que ha sido objeto de réplica por la parte directamente afectada y por el Fiscal.”

“NOVENO.- No se entiende según la recurrente la disparidad de régimen sobre este particular entre seguro obligatorio y voluntario..... 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. En las relaciones internas y contractuales con el asegurado no juega esa universalidad: la responsabilidad civil nacida de un hecho intencionado ha de repercutir finalmente en el asegurado. Pero el riesgo de insolvencia de éste la ley quiere hacerlo recaer sobre la aseguradora y no sobre la víctima.

La acción directa otorga a la víctima un derecho propio que no deriva solo del contrato sino también de la ley. Por tanto no se ve afectado por las exclusiones de cobertura. Al asegurador sólo le queda la vía del regreso. Que el regreso fracase por insolvencia del asegurado

es parte de su riesgo como empresa.

f) Si no se admite ese binomio -inoponibilidad frente al tercero/repetición frente al asegurado- no es posible dotar de algún espacio a la previsión del art. 76 LCS sobre la excepción doli. ...

En este sentido es ilustrativa la STS Sala 1ª 631/2005 de 20 de julio. Es un pronunciamiento recaído en el orden jurisdiccional civil que presenta por ello una singular peculiaridad. El carácter doloso de los hechos ya estaba proclamado judicialmente: el proceso civil mediante el que el perjudicado acciona frente a la Aseguradora con la base del art. 76 LCS se inicia cuando ya estaban ventiladas las responsabilidades penales. La insolvencia de los responsables civiles (principal y subsidiario) aboca al perjudicado a entablar el pleito civil. Pues bien, eso no es obstáculo para que la Sala Primera de este Tribunal sostenga que no puede oponerse la exceptio doli por impedirlo el art. 76 LCS que, por tanto, no es una mera prevención para orillar posibles excusas de mal pagador, sino una auténtica norma material de fondo. Es cierto que en ese supuesto hay diferencias importantes en cuanto entre el responsable penal y el perjudicado se interpone un tercer responsable civil. Pero a los efectos que aquí interesan eso no cambia la esencia del argumento...

Legalmente se asigna al seguro de responsabilidad civil una función que va más allá de los intereses de las partes contratantes y que supone introducir un factor de solidaridad social. La finalidad de la prohibición del aseguramiento de conductas dolosas (art. 19) queda preservada porque el responsable por dolo es en definitiva la persona

a la que el ordenamiento apunta como obligado al pago. Pero frente a la víctima, la aseguradora no puede hacer valer esa causa de exclusión. El dogma “el dolo no es asegurable” permanece en pie. Cosa diferente es que modernamente el contrato de seguro de responsabilidad civil haya enriquecido su designio primigenio como instrumento de protección del patrimonio del asegurado. La ley le ha adosado otra función: la protección del tercero perjudicado. Si se quiere, es un riesgo no cubierto. No hay inconveniente en aceptarlo. Pero la ley -art 76- por razones de equidad ha querido expresamente obligar al asegurador al pago frente al tercero. La exclusión del riesgo en este caso, por voluntad explícita de la ley, solo hace surgir el derecho de regreso.

Se ha dicho que de esa forma se está desnaturalizando la concepción del seguro. Es una objeción solvente: pero hay que dirigírsela al legislador. En cualquier caso la previsión legal tampoco aparece como algo absolutamente extravagante en un panorama normativo en el que se transfieren cada vez más riesgos de daños y accidentes de la esfera individual a la social, y se busca no solo proteger el patrimonio del autor del hecho dañoso, sino también obtener una indemnización ágil para la víctima ajena al seguro que ha padecido los daños.

En el sector de los seguros de responsabilidad civil, el fundamento de la prohibición de aseguramiento del dolo responde a razones diferentes de las que rigen en otros seguros (daños, incendios). Por eso el principio de inasegurabilidad del dolo en este tipo de seguro se puede implementar por dos vías alternativas:

a) La posibilidad más simple es exonerar a la Compañía

de seguros de la obligación de hacer frente a la indemnización. La víctima, entonces, podría dirigir su reclamación indemnizatoria únicamente frente al asegurado-causante doloso del daño. Se hablaría de una exclusión de cobertura oponible al tercero perjudicado.

b) Cabe una solución diferente que es la asumida en nuestro ordenamiento: obligar a la aseguradora a abonar a la víctima del daño la indemnización correspondiente, pero permitiéndole repetir lo pagado contra el asegurado. Se concede a la Compañía de seguros un derecho de regreso frente al asegurado que le permita recuperar lo pagado por daños intencionados.

Es legítima esa segunda opción.

-Respecto de los intereses del art 20 L.C.S.-

“La doctrina de esta Sala se ha abierto paso de forma más explícita con la STS 338/2011, ampliamente referenciada, cuyo criterio ahora se refrenda de nuevo. Existían evidencias del carácter doloso de los hechos (el auto de procesamiento es diáfano); y el rechazo en esos casos de la responsabilidad de la Aseguradora parecía venir amparado en una doctrina de esta Sala, aunque referida en exclusiva al seguro obligatorio, que compartía el Fiscal y que también venía a asumir, al menos implícitamente, la dirección letrada del perjudicado que en legítima estrategia para una eficaz defensa de los intereses encomendados luchó por esquivar la catalogación de los hechos como delitos de resultado dolosos, sin duda -no es difícil adivinarlo- para atraer sin objeciones la responsabilidad civil de la Aseguradora.

..... La incertidumbre surge únicamente de la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa determinante del resultado lesivo y ello tampoco es causa justificada para no pagar (SSTS 12 de julio y 26 de octubre de 2010, 31 de enero 2011, entre otras”).

En el momento en que se incoó este proceso podría hablarse de “incertidumbre jurídica” que no fáctica, sobre el alcance de la cobertura frente a terceros del daño causado dolosamente. En aquel momento la jurisprudencia no diáfana representaba una causa razonable de oposición que justifica la exoneración de esos intereses sancionadores. Es verdad que en el recorrido jurisprudencial que se está haciendo se está pensando más en dudas sobre los hechos que en dudas sobre la interpretación de una Ley. Pero existe un trasfondo análogo en ambos casos.

En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al asegurado o perjudicado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, en cuanto hechos determinantes del nacimiento de su obligación, si bien la jurisprudencia más reciente es incluso aún más restrictiva y niega que la discusión judicial en torno a la cobertura pueda esgrimirse como causa justificada del incumplimiento de la aseguradora (SSTS de 7 de enero de 2010, RC n.º 1188/2005 y de 8 de abril de 2010, RC n.º 545/2006).

Desde la perspectiva casuística a que invita esa jurisprudencia y atendiendo a la regla de oro del carácter razonable de la oposición en este supuesto hay motivos para entender

que la aseguradora, en el estado que se encontraba la doctrina de esta Sala tenía buenas razones para considerar que no estaba obligada a ese pago. La “razonabilidad” de su postura ha de evaluarse con arreglo al momento en que se produjo la omisión. La tesis que mantuvo la Aseguradora era aparentemente compartida por las restantes partes: el Ministerio Fiscal, explícitamente; la acusación particular, de forma implícita. La caracterización de los resultados como no dolosos que intentaba esta última era palmariamente dificultosa y contradecía lo que se deducía de las actuaciones. Esa estrategia acusatoria solo se explica desde la idea de que se estimaba que la catalogación de los hechos como delitos dolosos de resultado abocaba a la exclusión de la responsabilidad civil de la aseguradora. No es catalogable como “mala fe” o resistencia injustificada la posición de la Aseguradora que entendía: a) que los resultados lesivos habían sido intencionadamente causados; b) que en esos casos la legislación tal y como venía siendo interpretada en el momento en que se incoó y siguió la causa excluía la cobertura del seguro concertado con el acusado.

La STS Sala Primera 63/2005, de 20 de julio en un supuesto semejante (oposición de la Aseguradora por el carácter doloso de la conducta) excluyó por esa razón el interés del 20%: la aseguradora alegó que no estaba obligada por tratarse de un delito doloso. Lo razonable de esa interpretación sirvió a la Sala Primera para la exoneración.

Distinto juicio merecerá esa actitud en un contexto en que ya se cuenta con una reiteración de esa doctrina y por tanto una fijación clara de postura por esta Sala (STS 338/2011)El único motivo de este recurso ha de desestimarse”.

La Sentencia N° 216/16, de 6 de abril, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo desestimando la admisibilidad del recurso formulado, analiza no obstante el fondo respecto de un incendio, y sus consecuencias para afirmar:

“1ª) Basta una somera lectura de las Sentencias de esta Sala 29/2004, de 24 de enero (Rec. 2274/1996) y 820/2006, de 18 de julio (Rec. 4029/1999) -en las que pretende basarse el interés casacional del recurso-, y la de tantas otras intermedias y posteriores que sientan la misma doctrina .....para constatar que contemplan casos en los que está probado que el incendio se originó en el ámbito o círculo de la actividad empresarial del demandado, o incluso en su vivienda: en un lugar sometido a su control y vigilancia. Y contemplan esa constelación de casos en orden a establecer que, para imponer al demandado responsabilidad por los daños causados por la propagación del incendio, no es necesario que se conozca la causa concreta que lo causó, correspondiendo a aquél la carga de probar la existencia de la actuación intencionada de terceros; o serios y fundados indicios de que el incendio haya podido provenir de agentes exteriores; o incluso que nada había, en el lugar en el que el fuego se originó, que representase un especial riesgo de incendio.

En fin, las Sentencias 440/2004, de 2 de junio (Rec. 1963/1998), y 181/2005, de 22 de marzo (Rec. 4216/1998), enseñan que, demostrado que el incendio fue causado por una «incidencia extraña», no basta para imponer responsabilidad al demandado que, en el lugar sometido a su control en el que el incendio se origi-

nó, hubiera almacenados productos inflamables.

2ª) Así las cosas, tiene razón la parte ahora recurrida cuando aduce, en su escrito de oposición, que la sentencia impugnada no se opone a la doctrina jurisprudencial que la parte recurrente afirma infringida para tratar de justificar que la resolución de su recurso presenta interés casacional. Y merece especial rechazo el intento de la recurrente de aparentar lo contrario, primero, con una cita sacada de contexto de las Sentencias de esta Sala de 29 de abril de 2002 y 18 de julio de 2006. Alegando, después, que en el caso de autos, y al igual -dice- que en el decidido por esa última Sentencia, se ignora la causa concreta que originó el fuego; cuando lo relevante para negar que sea aplicable al caso la doctrina jurisprudencial de que se trata es que el incendio no se originó en el supermercado explotado por DIA, sino que fue provocado en un solar contiguo del que DIA no era propietaria ni poseedora. Y haciendo, en fin, la recurrente el juego de palabras de llamar «el incendio en sí» a la propagación de éste hasta la planta baja de su edificio.

Ninguna de las sentencias de esta Sala citadas en el recurso, ni ninguna otra que nos conste, ha sostenido la enormidad de que deba imponerse responsabilidad por daños producidos por un incendio, sea o no conocida la causa concreta que lo originó,

al poseedor de cualquier lugar o ámbito a través del cual el incendio se haya propagado hasta causar los daños sufridos por la parte demandante.

3ª) En fin, ante la imprecisión de que adolece la sentencia impugnada respecto el concreto reproche de culpa que la recurrente, como ya el Juzgado, dirige contra DIA, no sobraría añadir que un recurso como el que nos ocupa no habría prosperado aunque hubiera podido plantearse y se hubiese planteado por razón de la cuantía del proceso.

La razón de ello no es sólo que no quepa pedir a esta Sala mediante recurso de casación que revise la valoración de la prueba realizada por la Audiencia a quo.

Es sobre todo que, aun aceptando la premisa de que el tipo de construcción de la cubierta de la «zona B» del supermercado aumentó en el presente caso la velocidad de propagación del incendio, ni de ello cabe deducir sin más que ese tipo de construcción infringiera la normativa sobre prevención de incendios, ni, de antemano, que la finalidad de dicha normativa sea evitar daños a las personas o a las cosas causados por la más rápida propagación, a través de los edificios, de incendios no originados en ellos. Y, con carácter general, no parece razonable exigir a quienes diseñan o construyen la cubierta de un supermercado la diligencia de contar con (y tratar de prevenir) el riesgo de que la velocidad de propagación de un incendio de origen exterior que pueda llegar a alcanzar la cubierta resulte incrementada por los materiales utilizados en su construcción y produzca, por ello, mayores daños en los edificios contiguos”.

En orden a la inclusión del IVA en las tasaciones de costas “fotografía” perfectamente la situación a día de hoy la sentencia de 3 de febrero de 2016, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo:

“4. Respecto de la infracción del Derecho de la Unión, por inclusión del IVA, en la minuta de Letrado y nota de Procurador, alegado por el recurrente, debemos igualmente rechazar tal motivo, por cuanto como se razona en el Decreto recurrido, en el mismo se aplica la doctrina de esta Sala, sobre la procedencia de la inclusión del IVA en la minuta del Letrado y nota del Procurador, citando abundantes sentencias en que apoyarse, así STS de 28 de mayo de 2007, 2 de febrero de 2007, de 20 de septiembre de 2006.

Sobre tal cuestión esta Sala ha venido manteniendo que el IVA no forma parte de los honorarios profesionales sino que integra con ellos un “simple complemento accesorio”, como estableció la STS de 10-12-1996, sin tener la consideración de costas procesales. En acuerdo adoptado por los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 4 de abril de 2006, se decidió la inclusión del IVA en las tasaciones de costas tan solo por aplicación del criterio de la restitución in integrum. Y en auto de 21 de enero de 2014, rec. 1965/2009, esta Sala razonó que el IVA, aun siendo procedente su inclusión tanto en las minutas de letrado como en los derechos del procurador, «se considera partida ajena a la impugnación por excesivas y debida en cualquier caso, tanto respecto de los honorarios del Letrado como de los derechos del Procurador, según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala (STS de 20-9-06, en recurso nº 2213/00, que recoge las anteriores de 12-7-06, 27-4-06, 30-3-06, 1-4-05, 9-12-04, 24-11-04,

26-11-03, 14-5-03, 8-4-03 y 15-2-03); en concreto, la sentencia de esta Sala de fecha 7 de octubre de 2008 (Rec 2754/2004 ) que cita a su vez otras de la Sala señala que “La impugnación de la tasación de costas por considerar indebidas las partidas correspondientes al IVA de la cuenta del Procurador y de la minuta del Letrado, se ha debatido y resuelto por esta Sala de una forma reiterada; tal como dice la sentencia de 2 de febrero de 2007, sobre el cual hay una doctrina consolidada”: éste es un tema ajeno al proceso y no objeto del orden jurisdiccional civil ni de ninguna de sus incidencias. El IVA se suma a los honorarios y forman un todo con él, de aquí que no pueden ser objeto de impugnación por indebidos ya que no se trata de una partida de derechos u honorarios sino del impuesto que se añade a la minuta».

Esta cuestión ha quedado definitivamente zanjada con la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por la que se modifica el apartado 2 del artículo 243, que queda redactado, en lo que aquí interesa, del siguiente modo: «En las tasaciones de costas, los honorarios de abogado y derechos de procurador incluirán el Impuesto sobre el Valor Añadido de conformidad con lo dispuesto en la ley que lo regula. No se computará el importe de dicho impuesto a los efectos del apartado 3 del artículo 394».

Respecto de la solicitud de elevar cuestión prejudicial, si bien el artículo 267 TFUE sienta la obligación del órgano jurisdiccional de plantear la

cuestión prejudicial de interpretación cuando frente a sus resoluciones no quepa recurso, tal obligación convive con la facultad del órgano de considerar pertinente su planteamiento. En este sentido, no estarán obligados a plantear la cuestión prejudicial cuando (acto claro) “La correcta aplicación del Derecho comunitario pueda imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión planteada”, teniendo en cuenta que “antes de concluir que se da tal situación, el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales nacionales de otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia”. Por otro lado (acto aclarado), tampoco podrá considerarse compelido por la obligación de planteamiento de la cuestión el órgano nacional cuando la “jurisprudencia ya asentada del Tribunal de Justicia (que) hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que dieron lugar a dicha jurisprudencia, incluso en defecto de una estricta identidad de las cuestiones debatidas”, tal y como el propio TJUE recuerda en sus “Recomendaciones sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales”.

El Decreto recurrido resolvió siguiendo la doctrina de esta Sala en la materia, teniendo en cuenta el alcance del conocimiento del orden jurisdiccional civil en la materia. Al resolver esta cuestión y en orden al limitado ámbito de cognición, la Sala no considera procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial, al resultar evidente la interpretación del derecho comunitario y la compatibilidad con ordenamiento, de la doctrina aplicada”.

Merecen ponderarse los argumentos que ofrece el auto nº 108/2016, de 2 de marzo de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete (o el Auto nº 125/2016, de 1 de marzo) respecto de una denuncia referida a un accidente de circulación presentada antes de la entrada en vigor de la reforma del CP por L.O. 1/15 que resultó sobreseída:

“ÚNICO. Se recurre el auto que acuerda el sobreseimiento y archivo de las actuaciones con reserva de acciones civiles con fundamento en la Disposición Transitoria Cuarta de la LO 1/2015 (“La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal. Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”). Se da la circunstancia de que la denuncia, que se refiere a un accidente de circulación, se presenta el día 25 de junio de 2015, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, dictándose la referida resolución con posterioridad a la misma.

No cabe duda de que la interpretación que acoge la resolución recurrida no se aparta ostensiblemente del tenor literal de la referida Disposición y, además, no produce el efecto de impedir el resarcimiento del perjuicio personal y patrimonial porque se realiza con reserva de acciones civiles.



Sin embargo, se considera que la cuestión debe ser analizada a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en tanto que ha venido proclamando que dentro del ámbito del artículo 24 CE se incluye el denominado principio “pro actione” en virtud del que la tutela judicial efectiva no consiste solamente en una prohibición de inmunidad frente al control judicial, sino también en un deber positivo de interpretar y aplicar las leyes –en especial las procesales–, de la manera más favorable posible para la iniciación del proceso.

Por otra parte, la fecha de presentación de la denuncia no es un acto irrelevante desde el punto de vista procesal; por ejemplo, el artículo 132.2.2ª CP reconoce su efecto para el cómputo de la prescripción.

Finalmente, el perjudicado, que disponía de dos opciones (ejercitar su pretensión ante la jurisdicción civil o hacerlo, con las salvedades

que resultan de la Disposición Transitoria 4ª, ante la penal) ha optado claramente por la segunda posibilidad de tal manera que por causas ajenas a su voluntad se dicta la primera resolución judicial con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015. Consecuentemente, conferir un valor determinante a la fecha en la que se provee su solicitud constituye una interpretación restrictiva en detrimento de su derecho al acceso a la Jurisdicción que produce el efecto de obligarle a iniciar los trámites ante otro órgano judicial distinto al que había elegido. Con ello no solamente se alude a lo que la Jurisprudencia ha denominado “desalentador peregrinaje de jurisdicciones para poder obtener lo que le corresponde en Derecho” (STS 24/2/2012, Recurso 11.639/2011), sino también a aspectos prácticos de variada índole de los cuales se citará a título de ejemplo la limitación de acceso a la segunda instancia en materia civil (artículo 455.1 LEC).”

La sentencia nº 205/2015, de 10 de marzo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo –superando la petición unánime de nulidad del condenado y el Ministerio Público, no vinculado el tribunal en casación por el principio acusatorio– afirma: “En general la adopción por el Tribunal en el seno del propio juicio oral de iniciativas tales como interrogatorios con sesgos inquisitivos; búsqueda militante de pruebas incriminatorias suplantando a la acusación advertencias al acusado que revelan prematura y anticipadamente una convicción sobre su culpabilidad; o en el reverso, complacencia indisimulada con el acusado, rechazo automático, infundado e irreflexivo de todas las cuestiones suscitadas por la acusación; apariencias de “complicidad”, connivencia o sintonía preexistentes con las posturas defensivas, pueden implicar quiebra de la imparcialidad objetiva del Tribunal”:

“CUARTO.- Un examen detenido atento y desapasionado –“imparcial”– de las fragmentarias incidencias de las que los recurrentes quieren extraer la exagerada e interesada, aunque legítima desde el prisma del derecho de defensa, conclusión sobre pérdida de la imparcialidad, y, sobre todo, la incrustación de esos momentos en el contexto de todo el plenario nos impiden adherirnos a tal valoración. El paciente y repetido visionado de la integridad de las sesiones del juicio oral, y no solo de algunos momentos, revela en su conjunto una actitud del Tribunal, y más en concreto de quien lo presidía, de exquisita corrección y de una serenidad muy por encima de los mínimos estándares de cortesía exigibles en toda función pública; hermanada armónicamente con un real ejercicio de las facultades de dirección del debate de las que no se puede dimitir en aras de una incontaminación quasi virginal que es inexigible, inviable y hasta improcedente si se la concibe como pasividad o absoluta impermeabilidad o indiferencia frente al devenir de la actividad probatoria y sus incidencias. El Presidente está llamado a ser algo más que una esfinge casi silente, o encade-

nada a fórmulas mecanizadas (dar los turnos sucesivos, realizar las advertencias legales) que podría desarrollar igualmente un aparato robotizado debidamente programado. Imparcialidad no implica absoluta pasividad. La belleza de la metáfora con que Alonso Martínez recoge esa posición que evoca uno de los recurrentes, es compatible con situaciones como las que se traen a colación, especialmente en juicios largos con algunas dosis de lógica tensión. La dirección del acto reclama muchas veces intervenir, encauzar, advertir, completar, en algún caso interrumpir... En esa imprescindible y no fácil tarea son admisibles estilos diversos. Son asumibles por el sistema algunos nunca totalmente evitables errores si carecen de relevancia significativa (repetir una pregunta, algún comentario que podría haberse omitido, improcedentes aunque disculpables gestos de impaciencia ante la actitud de algún testigo, un tono quizás aparentemente airado en algún momento fruto a veces de un malentendido que luego se aclara... son incidencias tolerables, inherentes a la condición humana, a las que nadie está totalmente sustraído. Pero ni son necesariamente signo de parcialidad,

ni han de interpretarse como tales, ni bastan para anular un juicio. Pueden ser fruto de un determinado estilo o forma de dirigir el debate. Para afirmar que se ha producido un desbordamiento tal de la función de la Presidencia que ha degenerado en parcialidad, no basta cualquier presunto exceso o desacierto. En principio ha de presumirse la imparcialidad (STEDH 24 de mayo de 1989, caso HAUSCHILDT).

Los pasajes seleccionados por el recurrente constituyen en algún caso equivocaciones menores y en la mayoría simple manifestación de las facultades de dirección que han de estar al servicio no solo del orden, sino también de una razonable implicación en el esclarecimiento de los hechos que el Tribunal está llamado a enjuiciar: esa es su responsabilidad.

El Fiscal de forma analítica y secundando el discurso de los impugnantes habla de excesos cuantitativos (número de preguntas; más de 20!) y cualitativas (tono conminatorio, acritud, apostillas, juicios de valor “como ciudadana”,...). Enfatiza los comentarios sobre la “lealtad” profesional así como la referencia a los caracteres de una “secta” en alusión al Cuerpo Policial. A esos momentos aludiremos enseguida. Antes devienen pertinentes unas cuantas consideraciones previas para enmarcar el análisis de esos fragmentos concretos, muy limitados si se comparan con la totalidad de la vista.

a) No se puede identificar una rechazable “predisposición” contra la defensa, con lo que es mera ordenación del debate, y, un lógico y profesional afán de aclarar extremos relevantes y necesarios para el enjuiciamiento.

b) A lo largo de todo el discurso de los recurrentes transita, y aflora de vez en cuando expresamente, la idea de que la Presidente estaría en cierta medida contaminada por el estudio previo de la causa como demostrarían las preguntas que formuló y como llegó a exteriorizar en algunos momentos aludiendo a que previamente había leído varias veces una concreta declaración efectuada en sede policial. Se da a entender que ese examen anticipado de las actuaciones sumariales sería perjudicial pues alimentaría la aparición de prejuicios que se evidenciaron en el curso del interrogatorio dirigido por la Presidencia a acusados y varios testigos. No puede compartirse esa estimación: ciertamente es un desideratum, factible sólo en algún tipo procesal (jurado), que quien va a juzgar no haya tenido el más mínimo contacto con el material hasta ese momento y se limite a presenciar las pruebas practicadas en el plenario, al que también podrán acceder en el momento y en las condiciones adecuadas las diligencias practicadas durante la instrucción. Pero en el procedimiento con Tribunales profesionales no es que ese "ideal" sea más o menos deseable, sino que es llanamente inviable. Un proceso en que el órgano llamado a enjuiciar debe antes resolver sobre la proposición de prueba, sobre la correcta conclusión del sumario y sobre la apertura del juicio oral hace imposible que el Tribunal, llegue en esas condiciones al inicio del plenario. En relación a quien ha de presidir el Tribunal además imposibilitaría una adecuada dirección de los debates. Solo conociendo, no exhaustivamente pero sí mínimamente, las líneas básicas de la investigación desarrollada, la versión de los acusados, lo que declararon

en su momento los testigos, el contenido de la acusación, las periciales que obran en autos y que han de ser reproducidas en el juicio, los documentos... se estará en condiciones de decidir sobre la pertinencia de las pruebas propuestas y las que pueden ofrecerse en el acto; y sobre muchas de las eventuales incidencias que pueden surgir durante la vista como surgieron aquí: admitir la lectura de las declaraciones prestadas en fases previas a los efectos del art. 714 LECrim, valorar la esencialidad de una testifical para resolver sobre la suspensión o no del juicio ante la incomparecencia del testigo; la corrección y utilidad de ciertas preguntas; evitar que el testigo o acusado sea confundido en el interrogatorio mediante referencias sesgadas a lo que obra en autos; valorar si unas manifestaciones aparecidas en el plenario han de ser catalogadas de inesperadas a los efectos del art. 746 LECrim (tampoco fue totalmente lejana esa hipótesis en el asunto que ahora examinamos), acordar sobre el orden más adecuado para la práctica de las pruebas... y otros mil puntos imaginables. Aspirar a que el Presidente al Tribunal comience las sesiones del juicio oral desconociendo el contenido de las actuaciones es una quimera implantable. Hay que confiar tanto en su oficio y profesionalidad, como en la necesidad de motivar la valoración probatoria (que podría dejar en evidencia que no se han respetado principios estructurales del proceso como es la necesidad de que la prueba a valorar sea la practicada en el juicio oral) para evitar que ese obligado examen previo degenerare en prejuicios prohibidos que diluyan la esencialidad del acto del juicio oral y la necesidad de que sea allí donde se despliegue toda la actividad probatoria

(aunque sea en ocasiones introduciendo por las pasarelas habilitadas al efecto -arts. 714, 730, 726 LECrim, entre otros- algunas diligencias sumariales). Pero el apunte de que la Presidente evidenció al dirigir el juicio que conocía las actuaciones sumariales solo es demostrativo de que atendió diligentemente su obligación de preparar el juicio oral situándose en condiciones idóneas para dirigir un debate que ni se intuía sencillo, ni lo fue.

El ejercicio de visionar las densas sesiones del juicio oral haciendo el esfuerzo mental de imaginar un Tribunal y en especial un Presidente ignorante de toda la actividad instructora se antoja la prueba más contundente de que no podría ser de otra forma.

c) Es contradictoria con el argumento analizado, la queja que aparece en uno de los recursos centrada en que la Presidente parecía desconocer algunos datos (como el hecho de que el atestado inicial era único y englobaba tanto el incidente en el Sarandonga, como las lesiones del detenido, lo que tuvo que ser puesto de manifiesto por el letrado en el curso de uno de los interrogatorios). Como lo es que, según puede fácilmente colegirse, solo al enfrentarse a la tarea de redactar la sentencia advirtiese el Tribunal que había recaído decisión de sobreseimiento respecto de conductas que podrían revestir apariencia de falsedad o encubrimiento (irregularidades en la confección del atestado) y que habían propiciado algunos comentarios de la Presidente durante el juicio sobre la eventual necesidad de deducir testimonio lo que finalmente se rechaza en la sentencia ante la evidencia de que el Fiscal no formuló acusación por ellas...".

Tras una explosión de gas butano en una vivienda que la propietaria tenía arrendada, la aseguradora en virtud de un seguro de daños que aquella tenía concertado, le indemnizó y a continuación demandó a la arrendataria; el juzgado de Instancia la desestimó y la Audiencia Provincial la revocó condenándole: «No habiéndose acreditado culpa alguna en la propiedad del piso siniestrado, la acumulación de gas butano no debe considerarse un fenómeno espontáneo, por lo que son los inquilinos los que deben responder por razón del artículo 1563 CC, estando obligados a no descuidar el mantenimiento de la vivienda arrendada, y al no acreditarse los supuestos de hecho del artículo 1105 del CC [...]». Apelada ante el Tribunal Supremo, la Sala 1ª que dictó sentencia nº 70/2016, 17 de febrero. Es interesante el matiz que establece el ponente Ilustrísimo Sr. Pantaleón Prieto:

“Una vez expuestas con detalle las razones por las que debe desestimarse el único motivo del recurso, esta Sala entiende oportuno añadir las consideraciones que siguen. Podría pensarse que, habiendo sido la propietaria de la vivienda indemnizada mediante el seguro de daños que tenía contratado, la mejor asignación final de la carga dañosa del siniestro acaecido habría sido que esa carga fuera definitivamente soportada por el patrimonio del asegurador: no, por el del arrendatario. Sucede, empero, que no hay base alguna, con el Derecho vigente en la mano, para decidir un caso como el de autos de una manera diferente, según que el demandante sea el propietario de la vivienda no asegurado, o -teniendo éste contratado un seguro de daños a la misma- el asegurador con base en el artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro. Así las cosas, parece clara la conveniencia de que, estando el propietario asegurado, quien va a ser arrendatario consiga a través de aquél que el asegurador se avenga a renunciar ex ante, frente al arrendatario y las personas de su casa, al derecho de subrogación que la mencionada norma legal le reconoce. Pues no parece que el incremento de la prima del seguro que el asegurador pediría por dicha renuncia, si alguno, vaya a ser significativo, cuando el arrendamiento



-como normalmente ocurrirá en un caso como el de autos- no comporte un aumento significativo del riesgo asegurado”.

“A tales efectos, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, señala que una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos por imposición de una de las partes (artículo 1) y, como requisitos de incorporación, deben ser aceptadas y firmadas por el adherente, sin que haya aceptación cuando el predisponente no ha informado expresamente al adhe-

rente de su existencia y no le ha facilitado un ejemplar de las mismas (artículo 5.1), y su redacción debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (artículo 5.5).

Por ello, no quedan incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no ha tenido oportunidad real de conocer o las que no han sido firmadas, las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (artículo 7), siendo nulas de pleno derecho las que contradigan esta ley o una norma imperativa o prohibitiva en perjuicio del adherente (artículo 8.1).

Además, cuando se contrata con un consumidor, se requiere que no sean abusivas (artículo 8.2), considerándose como tales “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, como prevé la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Por tanto, el concepto de cláusula abusiva tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores (personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional), y no con los profesionales (persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada), según los artículos 3 y 4 del RDL 1/2007.

En consecuencia, no pudiendo calificarse a “R H, S.L.” de consumidora en el ámbito de la relación jurídica litigiosa, no ya por su condición de persona jurídica, sino porque el objeto del contrato estaba enmarcado en el ámbito de su actividad empresarial, pues la contratación del servicio de alarma tenía por destino la propia instalación en que desarrolla su actividad empresarial, debe ser rechazada la petición de declaración de abusividad, y consiguiente nulidad, de la referida cláusula contractual, al quedar subrogada “A” en la posición jurídica de su asegurada a todos los efectos.

Ahora bien, el Tribunal Supremo (sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, núm. 241/2013, de 9 de

mayo, 166/2014, de 7 de abril, 246/2014, de 28 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre, 677/2014, de 2 de diciembre) viene considerando que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil.

Y, como se ha expuesto, su eficacia exige la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible y transparentes en sus consecuencias económicas y jurídicas (normas relativas a la incorporación -art. 5 y 7- y a la interpretación de las condiciones generales -art. 6-, aplicables a todo tipo de condiciones generales, ya se incluyan en contratos con empresarios o con consumidores).

Pues bien, aplicando esta normativa al presente supuesto, no puede admitirse la validez de la condición general analizada, pues no reúne los requisitos legales para su válida incorporación, al no constar la aceptación de “R H, S.L.” como adherente, lo que exige una previa y expresa información de su contenido y consecuencias, ni puede considerarse que su redacción sea clara y transparente.

A tales efectos, D. A, socio y gerente de dicha empresa, declaró testificalmente que el comercial vio las instalaciones y en el mismo acto se acordó el número y clase de sensores que se iban a colocar y su ubicación, firmando el contrato su hermano delante suya sin examinar dichas condiciones, como si firmara un albarán, dándose cuenta de lo que ponía la letra pequeña después del robo, cuando han firmado un nuevo contrato de servicio

de seguridad con otra empresa. Y en cuanto al requisito de la transparencia, además del tamaño minúsculo de la letra empleada que la hace prácticamente ilegible, el propio enunciado de la condición general puede calificarse de engañoso, pues bajo el epígrafe de “Responsabilidad de S D” en realidad se enuncian diferentes supuestos que regulan precisamente lo contrario, esto es, las exenciones de responsabilidad de esta empresa.

Por lo demás, la hoja en la que consta esta condición general ni siquiera está firmada por el adherente.

En términos similares se pronuncia la SAP. Guipúzcoa (Sección 3ª) de 28 de enero de 2015, que rechaza su validez en base a las normas o reglas interpretativas de los contratos contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, y expone: “En el supuesto concreto de autos, lo que se trata de establecer es si esa cláusula se halla integrada en el contrato de servicio de Securitas, que constituye el marco obligacional que vincula a las partes, con abstracción de la concreta calificación de la naturaleza jurídica de la misma.

Efectivamente, en el original del citado contrato, que se halla firmado, la suscripción del mismo se refiere a la aceptación de las cláusulas que obran al dorso del citado documento, que se supone son las que se conocen y admiten con la firma, que integran el contenido del contrato de prestación de servicios, sin que la hoja en la que obra la que se pretende aplicar se halle firmada, ni per se integrada en el documento antes mencionado, por lo que no cabe la oponibilidad de la misma y por ende, ello conducirá a la estimación de la demanda”.

# entrevista a...

ALBERTO PÉREZ CEDILLO  
WILLIAM AUDLAND



por M<sup>a</sup> Carmen Ruiz-Matas Roldán

---

Alberto Pérez Cedillo es presidente de la Asociación de Abogados Hispano-Británica (BSLA); del grupo de interés de Derecho Internacional de la Asociación de Abogados de Responsabilidad Civil inglesa (APIL), y vocal en Inglaterra de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

William Audland es *Queen's Counsel barrister* especializado en responsabilidad civil y negligencia médica.

---

¿Cuántos sistemas legales coexisten en el Reino Unido?

Cabe distinguir tres sistemas legales diferentes dentro del Reino Unido: el de Escocia, el de Irlanda del Norte, y el de Inglaterra y Gales. Mientras que el escocés es un sistema que podríamos denominar de mezcolanza entre el Derecho civil y el común, por lo que guarda más analogías con el sistema legal español, los otros dos son sistemas claramente anclados en la tradición del Derecho común o *common law*. Nosotros estamos cualificados como profesionales legales en Inglaterra y Gales, por lo que será a este sistema al que nos referiremos fundamentalmente durante el transcurso de la entrevista.

¿Cuáles son las diferencias fundamentales entre los abogados ingleses y los españoles?

La característica fundamental del abogado inglés es que forma parte del sistema judicial, y actúa por tanto como oficial del tribunal, en el sentido de que su deber es hacia el tribunal en lugar de hacia el cliente. Se encuentra sujeto a una regulación muy estricta implementada por un organismo independiente del Colegio de Abogados, la conocida como Autoridad Reguladora de la Abogacía (*Solicitors Regulation Authority*), que establece un rígido código de conducta; dicha autoridad exige asimismo un seguro profesional mínimo de dos millones de libras, que cada abogado ha de obtener de forma independiente, y la remisión de las cuentas anuales después de ser auditadas por un profesional independiente al finalizar cada ejercicio económico. Todos los pagos y cobros realizados en un despacho están sujetos a una regulación contable muy rigurosa, lo que implica un alto coste administrativo. Además, la correspondencia entre *Solicitors* no es privilegiada.

Quizá como resultado de este estricto control deontológico, los *Solicitors* están autorizados a dar fe pública de documentos y traducciones, así como a realizar promesas unilaterales de hacer o no hacer (los llamados *undertakings*) por las que resultan vinculados frente al tribunal, los clientes u otros abogados, y que pueden dar lugar a sanciones tanto profesionales como financieras en caso de incumplimiento.

Por otro lado, cabe destacar la existencia de un fondo al que contribuyen todos los *Solicitors* en proporción a sus ingresos; dicho fondo se hace responsable de aquellas promesas de carácter económico emitidas por un abogado que no hayan sido cumplidas, así como de las pérdidas sufridas por el comportamiento fraudulento de un letrado. La confianza depositada por el sistema legal en los *Solicitors* agiliza enormemente el sistema judicial, pues no es necesario, por ejemplo, acreditar mediante un poder notarial la autorización para comparecer frente al tribunal o juez en representación de un cliente.

Entiendo que existen dos tipos de abogados, esto es, *barristers* y *solicitors*. ¿Es la diferencia similar a la existente entre procurador y abogado?

Efectivamente, la profesión se encuentra dividida; sin embargo, esta división no guarda ninguna analogía con la división española entre



abogado y procurador. El *solicitor* es el responsable del trato directo con el cliente y el tribunal, y el encargado de recoger toda la información inicial y de tramitar diariamente el asunto, así como de dirigir las negociaciones y establecer correspondencia con la parte contraria; es también el responsable de la toma de decisiones y de la redacción de documentos hasta la vista oral.

En el caso del *barrister*, es instruido por el *solicitor* para, fundamentalmente, representar al cliente en la vista oral, confiándosele además la dirección del caso a partir de dicho momento. Esta diferencia entre profesiones tiene su base en el carácter fundamentalmente oral del procedimiento judicial inglés, siendo el *barrister* un especialista en oratoria. Los *barristers* de mayor prestigio profesional suelen pasar a ser Jueces, ya que en Inglaterra no existe un sistema de oposiciones a judicaturas; la inmensa mayoría de jueces ha ejercido la profesión como *barrister* durante un largo período de tiempo antes de ser nombrados como tales.

¿Cuál es el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil en Inglaterra y Gales?

Con carácter general, la acción ha de ejercitarse en un plazo máximo de tres años desde la fecha del accidente; es necesario destacar que, a diferencia de lo que ocurre en España, no cabe interrumpir este plazo mediante notificación fehaciente. Hay algunos supuestos específicos con un plazo de prescripción diferente; por ejemplo, en el caso de accidentes en alta mar por colisión de buques, el plazo se reduce a dos años.



### ¿Cuáles son las diferencias fundamentales en lo que se refiere al procedimiento judicial?

Las normas procesales son muy sucintas, y se limitan a establecer un marco general; dentro de este, son los *Solicitors* de las partes quienes participan en la configuración del procedimiento y lo ajustan a las necesidades particulares del caso. El procedimiento se encuentra, como vemos, muy vertebrado, y las partes pueden colaborar con el juez en el establecimiento de los plazos procesales y de las diferentes vistas atendiendo a las especificidades del caso. Además, la responsabilidad civil nunca se decide en el marco de un procedimiento penal, y por consiguiente no existe ninguna figura equivalente al auto ejecutivo español.

Gran parte de las reclamaciones interpuestas se dirimen a través de las conocidas como ofertas Parte 36 (Part 36 offers), mediante las que el solicitador realiza una oferta vinculante en la que comunica a la parte contraria la cantidad que está dispuesta a pagar; de esto no es necesario dar notificación alguna al juez. En el caso de que, al finalizar el procedimiento, la cantidad fijada por el juez en sentencia sea igual o inferior a la ofertada previamente, la parte que rechazó dicha oferta deberá pagar todas las costas del procedimiento generadas una vez hecha la oferta. Esta posibilidad es la responsable de que únicamente un porcentaje muy reducido de reclamaciones finalice por sentencia judicial, siendo el acuerdo extrajudicial la forma más común de obtención de compensación. La causa principal es el elevado coste de las vistas orales en Inglaterra y Gales,

que las partes prefieren evitar con acuerdos previos.

### ¿Cuáles han sido las cuestiones más debatidas en Inglaterra y Gales en relación con accidentes de residentes ingleses en España?

Lo más discutido ha sido la combinación de la acción directa con los Artículos 11 y 13 del Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), que establecen que el asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tenga su domicilio cuando la acción directa sea posible, ya que esto permite a los residentes en Inglaterra proceder con la reclamación directa al asegurador ante los tribunales ingleses en aquellos accidentes que hayan sufrido en España. Esta cuestión fue debatida en Inglaterra, pero la sentencia del Tribunal de Justicia europeo en el caso *Schadeverzekeringer v Odenbreit* dejó claramente establecido que en aquellos supuestos en los que la legislación del país donde ocurre el accidente reconozca la acción directa, la aseguradora puede ser demandada ante los tribunales del país de residencia de la víctima; como resultado, son cada vez más los residentes ingleses que deciden iniciar el procedimiento contra la aseguradora en Inglaterra.

### En el supuesto de que la acción directa sea ejercitada por la víctima ante los tribunales ingleses, ¿cuál sería la ley aplicable?

En este sentido, la situación ha evolucionado sustancialmente desde el año 2007, cuando la sentencia de la Cámara de los Lores en el caso *Harding v Wealands* determinó que en el Derecho Internacional Privado inglés regía el principio de que la ley aplicable al cálculo de la compensación era el derecho del foro, esto es, el derecho inglés, en todos aquellos casos en los que los tribunales ingleses resultaran competentes para conocer de la causa. Vemos por tanto que la situación ha cambiado radicalmente desde la entrada en vigor del Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), ya que, por primera vez, los tribunales ingleses se ven obligados a aplicar el baremo español para el cálculo de las compensaciones.

Siendo por lo tanto aplicable la ley española, ¿qué ventajas podría tener iniciar la reclamación ante la jurisdicción inglesa en vez de la española?

Hay una serie de cuestiones que inmediatamente resultan ventajosas para el residente inglés, como lo es el hecho de que la notificación de la demanda en su país de origen a la aseguradora resulta más sencilla, y que el procedimiento se realizará en el marco de un sistema legal que le resulta familiar y cuyo idioma domina.

Asimismo, es fundamental entender claramente la distinción entre derecho material o sustantivo y derecho procesal. De acuerdo con el Artículo 1(3) del Reglamento arriba citado, aunque el derecho aplicable sea el derecho material español, y por lo tanto con arreglo al mismo habrá de realizarse el cálculo de la indemnización, todos los temas procesales, incluida la práctica de la prueba, deben llevarse a cabo de acuerdo con la ley del tribunal inglés competente; esto puede acarrear importantes consecuencias a la hora de calcular el daño. Esta diferencia entre sendos aspectos de la ley fue establecida en el caso *Wall v Mutuelle de Poitiers*, en la que la aseguradora francesa alegó que únicamente cabría presentar un experto en el procedimiento, que estaba teniendo lugar en Inglaterra, por establecerlo así el derecho procesal francés aplicable al caso. Sin embargo, el tribunal inglés falló a favor de la víctima, permitiendo tantos expertos como fuesen necesarios, y siguiendo así establecido en el derecho procesal inglés.

Esto favorece a la víctima residente en Inglaterra, en tanto que la evidencia a aportar por las partes en el procedimiento inglés es muy detallada debido a la larga tradición de valorar a cada individuo de acuerdo a todas y cada una de sus circunstancias personales particulares y específicas, sin tener que ajustar su posición a criterios más generales, como sería el caso de un baremo. Existe una muy extensa gama de expertos que cuantifican y valoran dichas circunstancias; por ejemplo, las específicas restricciones de acceso al mercado laboral de la víctima y las alternativas existentes, compensándosele la pérdida de ingresos. Si no hay otra evidencia, se utilizan estudios comparativos que indican la evolución de un profesional con la mismas cualificaciones en situaciones parecidas; también existen actuariales específicas que sirven como referencia a los efectos de estimar el sueldo futuro que cabe esperar en cada profesión. Como normal general, las compensaciones en Inglaterra son más altas que en España, si bien cada caso requiere un estudio detallado con objeto



de determinar cuál será la jurisdicción competente más beneficiosa para la víctima.

Dado lo reciente del Reglamento Roma II, no se ha producido todavía ningún caso en



Inglaterra en el que los jueces ingleses hayan procedido a aplicar el baremo, y por lo tanto está por determinar cuál será el uso que del mismo hagan y si finalmente lo aplicarán de forma estricta o no. Existen posibles vías que

potencialmente podrían usarse para cuestionar la aplicabilidad del mismo, como por ejemplo las disposiciones del párrafo preliminar número 33 I del Reglamento cuando establece que en virtud de las normas actuales sobre la compensación que se concede a las víctimas de accidentes de tráfico, al calcular los daños relativos a lesiones personales, si el accidente se produce en un Estado distinto del de la residencia habitual de la víctima, el órgano jurisdiccional que conozca del caso debe tener en cuenta todas las circunstancias de hecho pertinentes de la víctima en cuestión. Ello debe incluir, en particular, las pérdidas y los costes efectivos de convalecencia y atención médica. Existe también la posibilidad, de acuerdo con el Artículo 4.3 del Reglamento, de permitir que si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto, se aplique la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato vinculado con el hecho dañoso en cuestión. El precedente sentado en el caso *Winrow v Hemphill* parece indicar sin embargo que los tribunales ingleses no aceptarán fácilmente la aplicación de este artículo.

Queda pendiente asimismo el tema fundamental de los honorarios profesionales y de la posible condena en costas; esta cuestión es relevante no sólo porque dichos honorarios son mucho más elevados que los españoles, sino porque han de ser abonados en su mayor parte por la compañía de seguros, en lugar de deducirse en su totalidad de la compensación como ocurre en España. No ha quedado todavía determinado claramente por ninguna sentencia si los costes legales pertenecen al terreno del Derecho material o del procesal, que será lo que decida si debe regirse o no por el Derecho inglés.

**Pero, ¿existe alguna ventaja en cuanto a la compensación final que pueda recibir la víctima?**

Al margen de lo arriba indicado en relación a los honorarios profesionales, y como regla general, las compensaciones en Inglaterra son sustancialmente más elevadas que las españolas, con la excepción de algunos supuestos como es el caso de fallecimiento, particularmente si la víctima no tenía unos ingresos muy altos, ya que el daño moral por fallecido en Inglaterra se sitúa en la cantidad equivalente a 16.242 euros, siendo además los únicos posible beneficiarios la esposa y los padres de hijos menores de 18 años. La situación difiere enormemente en Es-

cocia e Irlanda del Norte, donde las compensaciones son más altas y los beneficiarios de la misma se asemejan a los establecidos en España por el nuevo baremo.

En el resto de los casos, y especialmente en la asistencia al enfermo y adecuación de la vivienda para grandes inválidos, las compensaciones en el Reino Unido sobrepasan cuantiosamente los límites establecidos por el baremo, ya que no hay ningún tope máximo que restrinja las cantidades a recuperar.

¿Existen supuestos tras la entrada en vigor del Reglamento en el Reino Unido en los que, habiendo ocurrido el accidente en España, se aplique el Derecho inglés a aquellas víctimas residentes en Inglaterra y Gales por los tribunales ingleses? ¿Qué ocurre en los supuestos de reclamación contra el fondo de compensación?

Sí, y es importante reiterar que por supuesto, en aquellos supuestos en que tanto la víctima como el conductor sean residentes en Inglaterra, la ley aplicable no sería la española, sino la inglesa, incluso en aquellos accidentes que ocurran en España, tal y como dispone Roma II en su Artículo 4(2).

Asimismo, aquellos que hallan contratado su viaje a través de una compañía de viajes o *tour operator* adquiriendo simultáneamente el transporte y el alojamiento, pueden iniciar su reclamación en Inglaterra directamente contra dicho *tour operator*, y la cuantificación del daño se realizará de acuerdo con el Derecho inglés, específicamente lo contenido en el Reglamento 15(1) of the *package Travel Holiday and package Tours regulations* 1992 (SI 1992/3288). En estos casos el juez inglés aplicaría Derecho español únicamente para determinar si hubo o no negligencia de acuerdo con los parámetros establecidos por la ley española.

Un tema todavía pendiente es el de la ley aplicable al cálculo de las compensaciones en el supuesto de que el causante del accidente no se encuentre asegurado o se desconozca su identidad, por lo que haya que acudir al equivalente del fondo de compensación, que se conoce como *Motor Insurers' Bureau*. De acuerdo con casos recientes, como *Jacobs v MIB* y *Bloy & Ireson v MIB*, las víctimas de accidentes ocurridos en el extranjero residentes en Inglaterra han podido reclamar contra dicho *Motor Insurers' Bureau* y los daños se han calculado de acuerdo al Derecho inglés; no obstante, esta línea jurisprudencial está sujeta a la decisión del

tribunal de apelación en el caso *Moreno v MIB*, que tendrá lugar el 16 de julio del presente año.

¿Qué otros aspectos de la reciente legislación europea e inglesa han tenido o tendrán repercusiones para las víctimas residentes en dicho país y para los profesionales españoles?

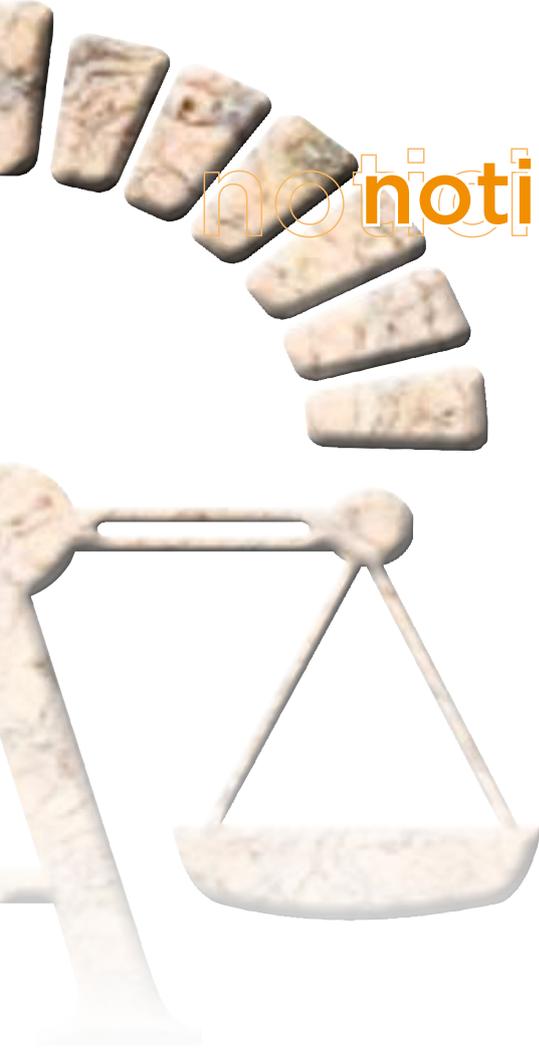
Los casos *Keefe v (1) Mapfre (2) Hoteles Piñero Canarias*, y *Mapfre v Williams* ponen de manifiesto los esfuerzos realizados por las compañías de seguros, mediante cláusulas de jurisdicción o de limitación de la cobertura territorial, para intentar excluir la posibilidad de que las víctimas acudan a los tribunales ingleses con objeto de obtener una compensación más elevada. Estos procedimientos ponen también de manifiesto el riesgo de que los tribunales ingleses resulten competentes aplicando Derecho inglés en aquellos supuestos en los que, tal como establece el Artículo 8 del Reglamento (UE) N° 1215/2012, una persona domiciliada en un Estado miembro también podrá ser demandada, si hay varios demandados, ante el órgano jurisdiccional del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente.

Dicho artículo está siendo utilizado por demandantes ingleses para traer bajo la jurisdicción inglesa, por ejemplo, a un hotel español en caso de que la cobertura de la póliza de seguro no resulte suficiente, o en casos en los que el *tour operator* busca resarcimiento por la negligencia del hotel que le ha hecho verse implicado en procedimientos en Inglaterra. Esta regulación también está siendo utilizada para traer bajo la jurisdicción inglesa a profesionales españoles que hayan sido negligentes en su conducta profesional aconsejado a firmas o compañías inglesas que están siendo demandadas actualmente en Inglaterra.

¿Cuáles son los proyectos legislativos de la UE que más preocupan al profesional inglés?

El proyecto de crear un Baremo europeo está paralizado de momento, y ésta era quizá la principal preocupación, si bien existe cierta inquietud ante el proyecto de armonización del plazo de prescripción, que esta todavía en tramitación, así como en lo referente a una futura creación de un procedimiento civil armonizado y a la transposición de la Directiva de viajes combinados el 1 de julio de 2018.

# noticias y actividades



## I FORO ARANZADI DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El I Foro Aranzadi de Responsabilidad Civil ofrece a sus participantes la posibilidad de conocer en profundidad todas las actualizaciones normativas y jurisprudenciales sobre este área; de ampliar y afianzar conocimientos sobre materias específicas como la Responsabilidad Civil de Construcción, la derivada del tránsito motorizado o la responsabilidad patrimonial; y de estudiar a fondo el nuevo Baremo de Accidentes de Tráfico aprobado por la Ley 35/2015.

A lo largo de seis sesiones, una al mes, magistrados, catedráticos y abogados de reconocido prestigio con una amplia experiencia en la materia, explicarán la actualización normativa y jurisprudencial, ayudarán a los asistentes a afianzar conocimientos dentro del ámbito de la Responsabilidad Civil y se dedicará una especial atención al estudio del nuevo

Baremo de Accidentes de Tráfico que ya se aplica desde el pasado mes de enero, tratarán diversos temas de actualidad relacionados con la Responsabilidad Civil, aportando sus visiones en un formato flexible. Los foros están basados en la práctica y el debate, el foro tiene como objetivo la actualización y formación continua de los conocimientos necesarios en el ámbito de la Responsabilidad Civil.

Los foros están organizados por la Editorial Aranzadi y dirigidos por el secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**.

El I Foro Aranzadi de Responsabilidad Civil se celebra ya en cinco ciudades españolas, teniendo previsto ampliarse a otras provincias en años

sucesivos. Este año se cuenta con la participación de los siguientes **profesores permanentes**: **MARIANO MEDINA CRESPO**, presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, **MIGUEL MARTÍN CASALS**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona y presidente de la Comisión de Expertos para la Reforma del Baremo de Accidentes de Tráfico, **JOSÉ PÉREZ TIRADO**, abogado y miembro de la Comisión de Expertos para la Reforma del Baremo de Accidentes de Tráfico, **JOSÉ MANUEL VILLAR CALABUIG**, jefe de Siniestros para las oficinas de España y Portugal de Direct Seguros, **JOSÉ ANTONIO BADILLO ARIAS**, delegado del Consorcio de Compensación de Seguros de Madrid y director de la revista RC del INESE, **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Segu-



Foro celebrado el 9 de febrero en el Ilustre Colegio de Abogados de Granada, en la mesa se encuentra el decano del colegio de abogados de Granada, Excmo. Sr. D. Eduardo Torres Gonzalez-Boza, en el centro de la mesa inaugurando el foro, a su derecha el presidente de la Audiencia Provincial de Granada y director local del foro, Ilmo. Sr. D. José Luis López Fuentes, a su izquierda el director nacional de los foros y secretario general de la Asociación Española de Abogados de RC y Seguro, Ilmo. Sr. D. Javier López y García de la Serrana, y a la izquierda del mismo el primer ponente del Foro Aranzadi de Responsabilidad Civil el Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Cuenca Sánchez, magistrado de la Audiencia Provincial de Granada.

ro y **ANTONIO SALAS CARCELLER**, magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, y **JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ**, abogado, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla La Mancha y ex magistrado.

La celebración de la primera sesión del foro en **Granada** tuvo lugar el 9 de febrero de 2016 y la última se celebrará el día 5 de julio de 2016, contando con las intervenciones de los siguientes **profesores locales**: **JUAN CARLOS CUENCA SÁNCHEZ** magistrado de la Audiencia Provincial de Granada **JOSÉ LUIS LÓPEZ FUENTES**, presidente de la Audiencia Provincial de Granada, **MARÍA JOSÉ RIVAS VELASCO**, magistrada del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 14 de Granada, **NORBERTO GALLARDO SAN SALVADOR**, máster en Valoración del Daño Corporal y Perito Médico de Seguros, **ANTONIO OLIVARES ESPIGARES**, abogado especializado en Responsabilidad Civil, **MIGUEL PASQUAU LIAÑO**, catedrático de derecho civil y magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y por último **ALBERTO DEL ÁGUILA ALARCÓN**, Magistrado del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Granada.

En **Oviedo** las sesiones se celebran desde el pasado 23 de febrero hasta el 27 de julio y cuenta con la intervención de los siguientes **profesores locales**: **JAVIER FERNÁNDEZ TERUELO**, catedrático acreditado de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, **MARÍA DE LA PAZ FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ**, magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Asturias, **PABLO GARCÍA-VALLAURE RIVAS**, abogado, **RAFAEL MARTÍN DEL PESO**, presidente de la sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, y **MIGUEL DEL PALACIO LACAMBRA**, magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Oviedo.

En **Valencia** las sesiones se celebran desde el pasado 25 de febrero hasta septiembre, contando con la intervención de los siguientes **profesores locales**: **PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA**, magistrada de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, **JOSÉ FRANCISCO LARA ROMERO**, magistrado de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, **LAURA ALABAU MARTÍ**, magistrada del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3 de Valencia, **MANUEL JOSÉ**

**LÓPEZ ORELLANA**, magistrado de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, **MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA**, presidente de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, **SANTIAGO RINCÓN VELÁZQUEZ**, médico forense adscrito a la Clínica Médico-Forense de Valencia y **CAROLINA RIUS ALARCÓ**, magistrado de la Sección 3.ª Audiencia Provincial de Valencia.

En **Sabadell** las sesiones se celebran desde el pasado 25 de febrero hasta el 14 de julio contando con la intervención de los siguientes **profesores locales**: **JOAN MANEL ABRIL CAMPOY**, magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, secciones civil y penal, **JORDI SEGUÍ PUNTAS**, presidente de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, **GUILLEM SOLER SOLÉ**, magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Barcelona, **MARGARITA CUSCÓ TURELL**, jueza del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 6 de Barcelona, **SUSANA NAVAS NAVARRO**, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Autónoma de Barcelona, **JOSEP MARÍA BACHS ESTANY**, presidente de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y **JOSEP MARÍA TORRAS COLL**, magistrado sección 9ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

En último lugar citamos el Foro que se celebra en **Bizkaia** desde el pasado 8 de marzo hasta septiembre y que contará con la participación de los siguientes **profesores locales**: **FERNANDO LOIDI YURRITA**, médico, **EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHUTEGUI**, magistrado de la Audiencia Provincial Vitoria, **CARLOS ARÓSTEGUI GÓMEZ**, abogado, **EDUARDO SOTOMAYOR ANDUIZA**, abogado, **CÉSAR LÓPEZ**, abogado, **CARLOS FUENTENBRO**, decano Colegio de Abogados de Bizkaia y **ANA GARCÍA ORRUÑO**, magistrada del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Bilbao.



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

[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

902 361 350





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

Director  
Javier López y García de la Serrana

Autores  
María del Carmen García García  
Laura Gázquez Serrano  
Antonio Olivares Espigares  
José María Hernández-Carrillo Fuentes  
José Pérez Tirado  
María del Carmen Ruiz-Matas Redán  
Norberto Gallardo San Salvador  
Antonio Mir Ruiz  
José Manuel Villar Calabuig  
José Antonio Sudrià Arias  
Mariano Medina Crespo  
Javier López y García de la Serrana



**Exhaustivo y pormenorizado  
análisis doctrinal**

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

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

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

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

Edición: **Noviembre de 2015**

Páginas: **390**

Formato: **21 x 27 cm**

Encuadernación: **Tapa dura**

Precio: ~~55€~~

Precio para  
ASOCIADOS: **49,50€**



### Realice ahora su PEDIDO

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

- Buscando por nombre
- Buscando por Referencia: 1508

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

- 91 352 75 51
- [sac@sepin.es](mailto:sac@sepin.es)



# GRANADA | 9, 10 y 11 | junio | 2016

Colegio de Abogados de Granada

# II

## Congreso Internacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro & Association of Personal Injury Lawyers (APIL)

Información e inscripciones

☎ 902 361 350 [www.asociacionabogadosres.org](http://www.asociacionabogadosres.org)



ORGANIZAN:



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

Con la colaboración de



COLABORAN:



Ilmo. Colegio de  
Abogados de Granada



FUNDACIÓN DE  
ESTUDIOS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS  
DE GRANADA



THOMSON REUTERS  
ARANZADI



TIRANT LO BLANCH