

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

nº 18

Segundo Trimestre. Año 2006

■ La responsabilidad civil, ante la amenaza de los nuevos estatutos de autonomía

■ Teoría de la evolución del accidente
Valoración y análisis desde una perspectiva jurídica

■ Garantía por daños materiales ocasionados por vicio y defectos de la construcción

El tiempo nos da la razón...

DESDE 1988, MÁS DE 12.000 PROFESIONALES DEL DERECHO CONFÍAN EN NUESTROS PRODUCTOS



INFOLEX

Gestión Jurídica

Módulos y Características

Gestión de Expedientes e Iguales | Seguimiento Judicial y Extrajudicial
| Agenda Integrada con Expedientes e Iguales | Escritos y Plantillas |
Minutación y Facturación | Contabilidad y Tributación | Listín
Electrónico y Mailing | Bases de Datos | Listados e Informes
Personalizables | Control de Trámites Para el Seguimiento de Cobros
| Control y Seguimiento de Tiempos y Llamadas | Incorporación de
Documentos e Imágenes Mediante Escáner | Conectividad con Agendas
Electrónicas | Acceso Directo a Fax y E-Mail | Desarrollos a medida |
Consulta Online de expedientes para sus Clientes | Cálculo de
Intereses Legales y Judiciales | Acceso remoto a su despacho |
Traspaso de datos de otras aplicaciones | Etc...

Información: 902 090 001

Jurisoft Central

Victoria Balfé 52-54 09006 BURGOS
Tif.: 947 24 50 70 Fax: 947 24 50 71
info@jurisoft.es

Jurisoft Madrid

Velázquez 17, 6º 28001 MADRID
Tif.: 91 436 48 44 Fax: 91 436 48 42
madrid@jurisoft.es

Jurisoft Cataluña

Paseo de Gracia 42, 2º 08007 BARCELONA
Tif.: 93 467 06 53 Fax: 93 487 27 25
catalunya@jurisoft.es

Jurisoft

WWW.JURISOFT.ES
INFO@JURISOFT.ES

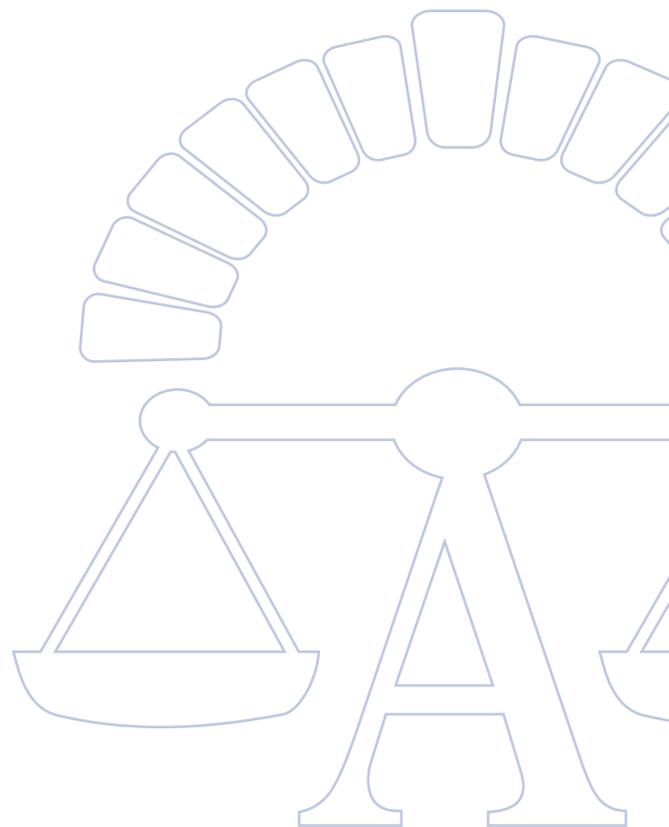
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

nº18

Segundo Trimestre. Año 2006

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

www.asociacionabogadosrcs.org



Contenidos

EDITORIAL

- t Cuando los periodistas contaminan la Justicia. *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- t La responsabilidad civil, ante la amenaza de los nuevos estatutos de autonomía.
Mariano Yzquierdo Tolsada 9
- t Teoría de la evolución del accidente. Valoración y análisis desde una perspectiva
jurídica. *Juan José Álamo Morante* 23
- t Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción.
Javier López y García de la Serrana 27

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

- ™ *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2006*
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: Responsabilidad por accidente laboral.
Existencia de responsabilidad “in vigilando e in eligendo” de la promotora, al contratar
con una constructora que incumple la normativa en materia de seguridad en el trabajo.
Responsabilidad solidaria 51
- ™ *Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 2006*
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: Responsabilidad del Instituto Nacional de Salud ante
la existencia de negligencia profesional por no adoptarse todos los medios a su alcance
para el tratamiento y curación del perjudicado 57

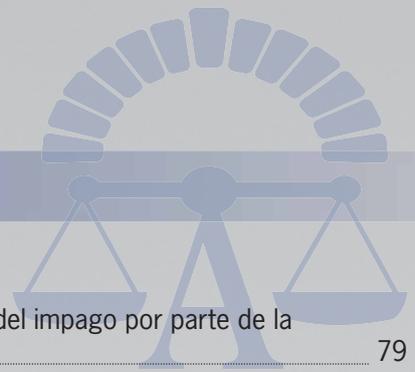
CONTRATO DE SEGURO

- ™ *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de Mayo de 2006.*
CONTRATO DE SEGURO: Identificación del deber de declaración del riesgo del
asegurado con la obligación de la Aseguradora de entregarle a éste el correspondiente
cuestionario médico incluido en la póliza. Imposibilidad de rescisión del seguro 63
- ™ *Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de Mayo de 2006.*
CONTRATO DE SEGURO: Supuestos de aplicación del procedimiento previsto en el
artículo 38 de la Ley del Contrato de Seguro. El carácter imperativo de dicho
procedimiento se limita a los supuestos en que existe una clara aceptación de la cobertura
por parte de la Aseguradora. 71

Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

- ™ *Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 15 de Mayo de 2006.*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Perjudicados extratabulares; Procede la indemnización a la
ex nua por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la muerte en
accidente de tráfico de su ex suegra, al estimar existente una relación entre ambas de
carácter materno-filial 75
- ™ *Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de Mayo de 2006*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Determinación de la indemnización que corresponde al único
progenitor superviviente de un menor que fallece en accidente de circulación. No procede la



imposición de intereses moratorios al concurrir causa justificada del impago por parte de la aseguradora 79

™ *Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 20 de abril de 2006.*
RESPONSABILIDAD CIVIL: Existencia de concurrencia de culpas en accidente de circulación: atribución de un 20% de responsabilidad al motorista y de un 80 a la conductora del vehículo. Valoración de la incapacidad permanente total sufrida por el lesionado, como consecuencia de las secuelas causadas en el accidente, en la cantidad mínima fijada en el baremo, ya que siendo su profesión la de camionero actualmente es titular de una licencia de taxi. 84

CONTRATO DE SEGURO

™ *Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 10 de Abril de 2006.*
CONTRATO DE SEGURO: Seguro de Defensa Jurídica. Cobertura de los gastos por libre elección de abogado designado por el ocupante del vehículo al no haber sido excluida dicha facultad en la póliza; aplicación del art. 76 LCS 89

PERLAS CULTIVADAS

t Pronunciamientos Relevantes. Por José M^a Hernández-Carrillo Fuentes 95

ENTREVISTA

t *José Luis Seoane Spiegelberg.* Por María del Carmen Ruiz-Matas Roldán 103

LEGISLACIÓN

t Ley 19/2006, de 5 de junio que modifica las Leyes de Enjuiciamiento civil, Propiedad intelectual, Patentes, Marcas, y Protección del diseño industrial. Entrada en vigor el día 7 de Junio de 2006 109

t LEY 12/2006, de 16 de mayo, por la que se modifica el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, y la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Entrada en vigor 18 de mayo de 2006 111

NOTICIAS Y ACTIVIDADES

t Acta de la reunión de la Junta Directiva de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro el 24 de abril de 2006 115

t IV Congreso de Derecho de Circulación y Seguro de Almería 117

t III Jornada de Responsabilidad Civil y Seguro de la Vocalía de Málaga 118

t Video-jornada sobre responsabilidad civil en el derecho de circulación organizada por el Consejo General de la Abogacía Española 119

t X Congreso de Cádiz 120

t Acuerdos de los magistrados de las secciones penales de la Audiencia Provincial de Madrid para la unificación de criterios, de 26 de mayo de 2006 121

t Acuerdos de los magistrados de las secciones penales y civiles de la Audiencia Provincial de Madrid para la unificación de criterios, de 10 de junio de 2005 125

PUBLICACIONES RECOMENDADAS

..... 129

EDITA:

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

PRESIDENTE:

Mariano Medina Crespo

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

María del Carmen Ruiz-Matas Roldán

COSEJO DE REDACCIÓN:

Mariano Medina Crespo, Javier López y García de la Serrana, Fernando Ros de la Iglesia, José María Hernández-Carrillo Fuentes, Andrés Cid Luque, Javier Téllez Rico, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Alberto Ortega Pérez, Josep Viella Massegui, Carmelo Cascón Merino, Andrés Garrido Alvarez, Miguel Traver Nicolau, Víctor Martín Álvarez, Fernando Talens Aguiló, Ubaldo González Garrote, Juan Antonio Iranzo, Luis Alberto Bezanilla Agüero, Celestino Barros Pena, Javier Prado Santos, Pedro Torrecillas Jiménez y Javier Muro Insausti

MIEMBROS DE HONOR:

Mariano Izquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleon Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paul Velasco

DISEÑO:

Aeroprint Producciones S.L.

IMPRIME:

Imprenta Chana

D.L. GR-1228/02

www.asociacionabogadosrcs.org



Cuando los periodistas contaminan la Justicia

Javier López García de la Serrana
Director

No tengo nada contra los periodistas en general y estoy en contra de los titulares de impacto, que generalizan un tipo de actuaciones que en ningún caso son generalizables, pero ante un titular que dice **“Cuando los abogados encarecen la justicia”**, publicado en el diario EL PAIS, del día 28 de mayo pasado, y con el subtítulo de **“El criterio de Hacienda de que a las costas judiciales no se debe cargar IVA no se respeta”**, no me queda otra opción que pagar con la misma moneda titulado así esta editorial, aunque eso sí, reconociendo de antemano que es un titular injusto, por cuanto que generaliza una actuación que solo en contadas ocasiones se produce.

El mencionado artículo publicado en el PAIS comenzaba diciendo *“La justicia tiene fama de lenta, oscura, y si existe condena de costas, también puede resultar cara. Es decir, cuando un ciudadano pierde un pleito, habitualmente civil, puede encontrarse con la circunstancia de que, al margen de tener que pagar una minuta del abogado contrario, ha de soportar un recargo del 16% en concepto de IVA. Hacienda se ha pronunciado en varias ocasiones en contra de esa práctica. A pesar de ello, algunos abogados siguen haciendo ese recargo. Un portavoz del Consejo General de la Abogacía Española reconoció a EL PAIS que el recargo en las minutas se está produciendo y*



admitió que ese organismo no ha realizado ningún pronunciamiento ni recomendación para evitarlo.” De entrada se incurre en el disparate de referirse a un impuesto, en este caso el IVA, como si de un recargo se tratara, lo que dice poco del conocimiento en derecho fiscal del periodista que firma la noticia, dando por hecho la incorrección de la actuación de los letrados, que precisaría de un pronunciamiento por parte del Consejo General de la Abogacía que evitara dicha práctica. Nada más lejos de la realidad, sobre todo partiendo de la base de que dicho impuesto no redundaba en beneficio del letrado, que actúa como mero recaudador de la Hacienda Pública.

Continúa el autor del artículo periodístico poniendo varios ejemplos: *“En Barcelona no sólo es una evidencia que ciertos abogados cargan el IVA a las costas de la parte condenada, sino que incluso existen tribunales que avalan esa práctica. Así, la Sección 15 de la Audiencia de Barcelona, presidida por Ignacio Sancho Gargallo, dictó el pasado 23 de marzo una sentencia que desestimó la impugnación de los honorarios girados por un letrado en un proceso civil, en los que a los 8.564 euros se cargó el 16% de IVA. El importe total fue de 9.934 euros. Es decir, 1.370 euros de más. Anteriormente, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona ya había autorizado ese recargo en la minuta del abogado. En Sevilla, la realidad es distinta y los secretarios judiciales, que son los que avalan la legalidad y proporcionalidad de las costas -los de Barcelona por lo visto no avalan la legalidad-, suprimen el IVA cuando los abogados lo cargan. Y eso ocurre, aproximadamente, en la mitad de los casos. En la ciudad de Madrid, algunos secretarios consultados explican que las minutas no contienen el recargo aunque la realidad de los que está ocurriendo no se conoce a ciencia cierta, teniendo en cuenta el gran número de juzgados y tribunales que existen en la capital de España y la disparidad de criterios con la que, en ocasiones, actúan los jueces.”*

A continuación el artículo toma ya un claro partido diciendo: *“Frente a esa libertad de actuación, el criterio de Hacienda es claro y contundente. La Dirección General de Tributos se pronunció el año pasado en tres ocasiones de manera precisa, en otras tantas consultas que se le plantearon por parte de dos entidades distintas y de un letrado. Dos de esos pronunciamientos, conocidos con la identificación de V0914-05 y V0588-05, se denominan consultas tributarias vinculantes. Es decir, **crite-***

rios de obligado cumplimiento por parte de la abogacía”. Esto es una gran falacia, pues dichas consultas no son en absoluto vinculantes ni aplicables directamente al resto de ciudadanos. Además oculta que existen otras consultas, igual de “vinculantes” que la mencionadas, como es la 1174/04 de fecha 29 de abril de 2.004, que dice que *“Esta Dirección General no es competente para determinar cual debe ser el contenido y los requisitos a que debe ajustarse la minuta de honorarios a presentar a efectos de la ejecución de la condena en costas.”* Reconociendo la propia Dirección General de Tributos, su incompetencia para entrar a opinar sobre qué debe o no incluir la tasación de costas; reconociendo asimismo que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre esta materia en la sentencia de 12 de julio de 2.000, que estima correcta la inclusión del IVA en la misma.

El artículo termina diciendo *“Pese a la claridad del pronunciamiento de Hacienda, la Sección Primera de la Audiencia de Barcelona dictó el pasado 31 de marzo otra sentencia en la que rebatía de manera frontal el criterio de la Agencia Tributaria y su razonamiento porque, según dijo el tribunal “ni le vincula ni le impide entrar a analizar la cuestión planteada”*. Según la Sala, es cierto que las costas no son una indemnización, pero sí una contraprestación o compensación de servicios. La Audiencia de Barcelona argumentaba algunas sentencias del Tribunal Supremo. Hacienda esgrimía otras resoluciones.” Desde luego, pero se calla que las sentencias esgrimidas por Hacienda en dichas consultas lo único que hacen es definir qué son las costas y a quién corresponde dicho crédito, pero nada de que no deba de incluirse el IVA en las mismas; sin embargo sí existe, como acabo de decir, una **sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 12 de julio de 2.000**, que de forma clara y contundente justifica la inclusión del IVA en las costas, señalando que el letrado *“tiene derecho a repercutir el impuesto sobre su cliente, pero al ser éste vencedor procesal y acreedor de las costas, la obligación de su pago corre de cuenta de quien resulta condenado, tanto si se hubiera satisfecho al Abogado, quien en este caso tendría que devolver su importe, como si el cliente no lo hubiera hecho, en cuyo caso el Letrado minutante, con el pago de las costas que efectúe el obligado por sentencia, se reintegrará del importe que hubiera satisfecho a la Hacienda Pública (sentencia de 9 de mayo de 1.995 que cita las de 24 de marzo de 1.987 y 23 de marzo de 1.994, así como la de 13 de noviembre de 1996 que cita las de 20 de mayo y 19 de diciembre de*

1991, 23 de marzo de 1993 y 20 de marzo de 1996), doctrina igualmente aplicable al impuesto sobre los derechos del Procurador”.

Entrando a analizar la respuesta dada a la Consulta nº 100/2005 de nueve de marzo, origen del anterior dislate periodístico, tengo que manifestar mi más absoluta conformidad con el 50% de la misma, en concreto con la primera parte relativa a la aplicación de la retención por el IRPF, pues hasta la fecha, el criterio de la DGT era que el condenado en costas estaba obligado a practicar la retención del IRPF, con el argumento de que era el pagador efectivo de los honorarios del letrado. Nunca he estado de acuerdo con el anterior criterio de Hacienda, pues si bien es cierto que el condenado es el pagador, sin embargo, su obligación no es pagar al letrado y al procurador sus derechos, sino pagar una indemnización al beneficiado de una condena en costas, pues es éste quien tiene un crédito frente al condenado por el importe de los honorarios profesionales que hubiera soportado.

La actual postura de la DGT es mucho más ajustada a la configuración jurisprudencial de la condena en costas como generadora de un crédito a favor de la parte vencedora. Y es que, como reconoce la propia Dirección General, ésta se ha visto obligada a modificar el criterio que hasta ahora había venido manteniendo, a efectos de las retenciones a cuenta del IRPF, de considerar que la parte condenada en costas satisface rendimientos profesionales a los abogados y procuradores de la parte vencedora. En concreto la DGT manifiesta: *“Por tanto, modificando el criterio anterior, este Centro Directivo considera conforme a Derecho entender que en los supuestos de condena en costas, al ser beneficiaria la parte vencedora, la parte condenada no está satisfaciendo rendimientos profesionales a los abogados y procuradores de la parte vencedora sino una indemnización a esta última, por lo que aquella parte (la condenada) no está obligada a practicar retención sobre tales honorarios profesionales. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de la obligación de practicar la correspondiente retención sobre los rendimientos que satisfaga a sus abogados y procuradores la parte vencedora, en cuanto tuviera la condición de obligado a retener.”*

Si con respecto a la retención del IRPF la DGT ha cambiado de criterio con acierto, lo contrario ocurre en relación al IVA, pues la DGT considera, según su nuevo criterio, que si la condena en costas es una indemnización que el conde-

nado debe abonar al beneficiado en dicha condena, no puede repercutirse el IVA en la condena en costas, pues, conforme establece la Ley del IVA, las indemnizaciones no están sujetas al impuesto. Es decir, el letrado deberá de emitir la factura al cliente, que es quien soporta el IVA. Si el contrario es condenado en costas, deberá satisfacer la misma al beneficiado por la condena en costas, pero descontando el IVA de la factura. No se da cuenta la DGT que el IVA en este caso representa, para el condenado en costas, no un impuesto que tenga que soportar y por tanto deducirse si es una empresa, sino un mayor coste, al igual que cuando se está exento de dicho impuesto, los importes del IVA repercutido representan un mayor gasto. Igual ocurre cuando una compañía de seguros indemniza a un perjudicado de un siniestro automovilístico por la reparación de su automóvil; en dicho caso no se le quita el IVA de la factura de reparación, obligando al perjudicado a soportar dicho impuesto y por tanto no resarciéndole íntegramente por el daño causado, sino que la aseguradora le abona el importe íntegro del coste de reparación, incluido el IVA, formando éste parte de la indemnización.

No puedo estar más en desacuerdo con la nueva postura de la DGT en cuanto a la no inclusión del IVA en las costas, haciendo míos los argumentos del compañero **Gonzalo de Luis Otero**, Asesor Fiscal del Consejo General de Procuradores, al analizar este tema:

1. El procedimiento de la condena en costas pasa por una tasación que evalúa el importe de los gastos que ha soportado un justificable. Entre los gastos figura la factura del procurador, que incluye la preceptiva repercusión del IVA, como no puede ser de otra forma. Es decir, si el beneficiado no hubiese estado inmerso en el procedimiento, no hubiese tenido que contratar al profesional, no hubiese tenido que soportar la factura de derechos del procurador, ni el IVA a que está sujeto éste. Si, según la DGT, en la condena en costas se debe excluir el IVA., ¿no se está inculcando la razón de ser de este procedimiento?, ¿no está emitiendo la DGT un criterio sobre una cuestión que no le compete, ya que debe ser el tribunal el que evalúe las costas?

Si el beneficiado en la condena en costas es una empresa o persona física

actuando como empresario o profesional cuyos ingresos están sujetos a IVA, poco le importa que el la condena en costas no se incluya el importe del IVA, poco le importa tener que pagarlo de su propio peculio pues, al fin y al cabo, cuando liquide el IVA repercutido de sus ingresos, se deducirá el IVA que ha pagado al procurador.

Sin embargo, y siguiendo el criterio de la DGT, a los beneficiados en una condena en costas que actúen como particulares o como empresarios o profesionales que no están sujetos al IVA este impuesto les supone un mayor coste en la factura de derechos del procurador, pues no pueden deducirse el IVA soportado. Dicho mayor gasto, según la DGT, reiteramos, no puede estar contemplado en la tasación. Lo que no deja de ser una injusticia, pues la tasación no contemplará el resarcimiento por el importe del IVA. Llegamos a la misma conclusión: la DGT está opinando sobre una cuestión que se debe circunscribir al ámbito jurisdiccional aplicando las normas procesales y no las fiscales.

2. La DGT adolece de un error en su planteamiento. Qué duda cabe de que la condena en costas supone el pago de una indemnización que el condenado debe pagar al beneficiado, y que como tal indemnización no puede estar sujeta al IVA, pero el procurador no está aplicando el IVA sobre una indemnización, sino sobre sus derechos, tal como está obligado a hacer. Luego, el tribunal tasa las costas para evaluar el importe de la indemnización y ésta indemnización comprenderá, a juicio del tribunal, el importe que considere resarza los gastos necesarios que ha soportado el beneficiado en el pleito, entre otros, el IVA.

Estamos en un momento muy delicado, de ahí la justificación de esta editorial, pues la postura actual de los secretarios judiciales es vacilante; hay quienes acatan la nueva postura de la DGT de no admitir la inclusión del IVA, dándole un valor a las consultas resueltas en este sentido que no le confiere la ley, y por otro lado hay secretarios que, como parece lógico, mantienen el criterio jurisprudencial marcado por el Tribunal Supremo de

permitir la inclusión del IVA en las costas. Lo que no se puede desconocer es que la resolución administrativa aludida, además de no ser vinculante a efectos jurisdiccionales, ignora el concepto de la condena en costas que se ha mantenido constante en el tiempo por la jurisprudencia, que considera como íntegro el resarcimiento de los gastos procesales realizados, lo que conlleva el abono de los impuestos inherentes a dichos gastos. Dicho en otros términos, la “indemnización”, a la que la alude la citada resolución de consulta, debe llevar incluido el IVA soportado por el beneficiario de la misma, dado que de lo contrario se le sustraería una cantidad al vencedor en costas, que éste tuvo que abonar, quebrantando así la integridad de la restitución y, por ende, un principio básico de la condena en costas.

En todo caso, lo que sí **es absolutamente falso es que los letrados encarezcamos la justicia repercutiendo el IVA en las costas, como malintencionadamente se ha dicho**, puesto que la DGT no dice que la minuta de honorarios no deba llevar IVA, sino que quien tiene que soportarlo es el cliente del letrado y no el condenado en costas, confundiendo para ello el concepto de indemnización. Además, con la simple lectura de la respuesta dada a la Consulta nº 100/2005 por parte de la DGT se llega a dos conclusiones, por una lado, que dicho organismo, en cuanto ha estudiado un poco a fondo el asunto, ha cambiado el criterio de entender como obligación tributaria el practicar retención a cuenta del IRPF en las minutas abonadas en tasaciones de costas, luego en absoluto es infalible, y por otro lado, que la DGT no tiene claro que el concepto de indemnización incluye todo aquello de lo que debe ser resarcido el perjudicado indemnizado, incluido los impuestos abonados por el mismo como consecuencia del daño causado, correspondiendo a los Tribunales y no a la DGT la fijación del alcance e importe de la indemnización, por lo que los responsables de dicho organismo deberían estudiar más la teoría del daño, antes de opinar sobre el *quantum* indemnizatorio. Por tanto entiendo que, en defensa de la legalidad y del principio de restitución íntegra, **se debe mantener la inclusión del IVA en la tasación de las mismas** y que **no hacerlo así sí que implicaría encarecer la Justicia**, con mayúscula, para el justiciable que ve admitidos sus argumentos en su totalidad, pero que no puede resarcirse, igualmente en su totalidad, del coste que le ha supuesto acudir a la misma.

La responsabilidad civil, ante la amenaza de los nuevos estatutos de autonomía

Mariano Yzquierdo Tolsada

*Catedrático de Derecho civil en la Universidad Complutense
Consultor de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

1. Hagamos un poco de “legislación-ficción”

Paremos a pensar por un momento qué aspecto tendría la responsabilidad civil en nuestro país si, investidas las Comunidades Autónomas de una genérica competencia legislativa en materia civil, los Parlamentos autonómicos se lo tomaran en serio, y una desafortunada legiferación trajese consigo, dentro de unos pocos años:

- 1º Que en Madrid, la responsabilidad de padres y tutores no fuese directa, sino siempre y sólo subsidiaria, pasando por alto que en el artículo 1903 del Código civil la responsabilidad es directa, pero que en el artículo 120.1 del Código penal es subsidiaria, y ello porque los especialistas consultados por el legislador autonómico sugirieran la necesidad de unificar, cuando menos en este ámbito de la responsabilidad por el hecho ajeno, la responsabilidad civil *pura* y la responsabilidad civil *derivada del delito*.
- 2º Que en Castilla y León se prefiriese un sistema de responsabilidad del médico de naturaleza objetiva, porque allí se considerase que no basta con la responsabilidad objetiva del prestador del servicio sani-



tario (artículo 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios), sino que la responsabilidad del facultativo concreto también se debe gobernar con postulados ajenos a la culpa o negligencia, que es como lo quiere algún sector minoritario de la doctrina que emana de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de espaldas a lo que dice el Código civil y la recta razón.

- 3° Que en la Comunidad Valenciana el legislador autonómico entendiera que, diga lo que diga la Ley de Ordenación de la Edificación, la competencia legislativa en materia de Derecho civil (pretendidamente basada en la necesidad de recuperar los Fueros del Reino de Valencia abolidos por Felipe V en 1707) permite que, para las edificaciones situadas en aquel territorio, es preferible atribuir la responsabilidad por los vicios ruinógenos siempre y sólo al promotor, y que luego éste se las entienda con constructor, subcontratista, director de obra, etc.
- 4° Que en Cataluña se decidiese que la definición del concepto de consumidor es una de las competencias exclusivas de la Generalidad, y que allí, para ser consumidor o usuario, no hace falta ser destinatario final del producto o servicio, con lo que puede invocar la protección de la Ley de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo quien en el resto del Estado no lo podría hacer (vgr., el agricultor que compra una remesa de fungicidas para aplicarlos a la cosecha de tomates que después servirán para fabricar *ketch chup*); o que la responsabilidad del fabricante por los daños materiales producidos por los productos defectuosos debe abarcar a los daños causados en la propia cosa defectuosa, y no solamente los producidos por ésta en otros bienes (daños cuya reparación, al amparo de lo previsto en la Ley de Responsabilidad del Fabricante, hay que buscarla fuera de las previsiones de ésta).
- 5° Que en Murcia se dijera que allí no existe competencia *legislativa* en materia de Derecho civil, pero sí competencia *ejecutiva*, pero que ésta comprende la completa potestad reglamentaria, y que es preciso que

los murcianos se doten de un Reglamento propio de desarrollo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor.

Naturalmente, habrá quien piense que, sólo por plantear semejantes interrogantes, el autor de estas líneas ha perdido la razón, siquiera sea momentáneamente. Pero para que estos ejemplos fueran reales, tenga la seguridad mi amable lector que bastaría con que las Comunidades Autónomas quisieran seguir con el ejemplo que Cataluña nos ha ofrecido con su nuevo Estatuto de Autonomía, recientemente aprobado en un referéndum —el de 15 de junio— en el que más de la mitad de los electores prefirieron no ir a votar, mostrando una completa indiferencia hacia algo que supone en buena medida la apertura de un nuevo proceso constituyente en nuestro país. Y sepa también que todo parece indicar que no van a ser pocas las Comunidades Autónomas que van, en efecto, a seguir el mal ejemplo catalán.

Ciertamente, el Derecho civil ante el *Estatut* no es algo que haya despertado el ánimo de las tertulias radiofónicas o televisivas de los últimos tiempos, ni de los columnistas de prensa. Unos y otros han preferido dejar el debate limitado a las grandes cuestiones, como la financiación de la Comunidad Autónoma o la procedencia o no de definir a Cataluña como Nación. Craso error, pues un país que contemple indiferente la desintegración de su Derecho privado en diferentes subconjuntos no merece ni siquiera llamarse país. Hace unos días, un profesor alemán me comentaba que lo que a un jurista alemán sensato no se le ocurriría jamás es plantear que, más allá del B.G.B., ha de haber un Código civil propio de Baviera, y otro para Renania-Palatinado o para Schleswig-Holstein o la baja Sajonia. Y eso que allí se está ante un Estado federal...

La responsabilidad civil extracontractual es, precisamente y como se verá en estas páginas, una de las competencias declaradas como exclusivas de la Generalidad en el texto originario del Proyecto de Estatuto que salió del Parlamento de Cataluña (art. 129.2). Y, aunque desapareció finalmente del texto a su paso por las Cortes Generales, el resultado finalmente aprobado (y refrendado... por un 36,51 por 100 del censo electoral: un "éxito rotundo y clamoroso", según dicen en el Partido Socialista) significa exactamente lo mismo que si tal competencia para regular la responsabilidad civil hubiese sido mantenida de manera explícita.

No se piense que esta broma pesada comienza ahora. Como trataré de contar, lo sucedido no es más que una manera de elevar a los altares de manera abierta todo cuanto ha venido ocurriendo con buena parte de la legislación civil catalana de los últimos quince años, arropado el legislador autonómico por una torcida manera de entender la Constitución llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, su intérprete máximo. Pero lo que sí comienza ahora es un poco disimulado mimetismo por parte del resto de las Comunidades Autónomas. Ya han asomado por el horizonte la Comunidad Valenciana, Andalucía y las Baleares.

2. Una fábula futurista...

Aquel verano del 2006 decidió Ambrosio, un industrial malagueño muy emprendedor, cambiar Fuengirola por la Costa Brava, aún desconocida para él y su familia. Dudaron inicialmente si merecía la pena hacer el viaje en coche, pero terminaron decidiendo que era bueno contar con vehículo propio para conocer con tranquilidad las montañas de Gerona y sus bonitas localidades costeras. Disfrutaban él, su mujer y sus dos pequeñas hijas de una mañana de sol en Cadaqués, y la iban a culminar con un almuerzo en Port de la Selva, donde les esperaban

unas succulentas anchoas de L'Escala, pan con tomate, butifarra con monchetas y una escalibada de la que les habían hablado muy bien sus amigos del Ampurdán. Pero todo se truncó en un cruce de calles a la salida del pueblo tan querido de Salvador Dalí. El accidente fue leve, sólo trajo daños materiales, pero la historia a que dio lugar no la habría podido imaginar ni aquel genio del surrealismo.

El coche de Ambrosio fue a parar a un buen taller de Figueras, no muy lejos del número 20 de la calle Monturiol, precisamente el lugar en el que un 11 de mayo de 1904 viera la luz el admirado artista. Pero Ambrosio no pensaba que un arreglo valorado en 4.500 euros por el perito podría acabar desembocando en la pérdida de la propiedad del vehículo. El caso es que una de esas ridículas discusiones entre las dos compañías aseguradoras, encaminada a ver cuál podía rechazar el siniestro, trajo consigo que los dos coches estuviesen arreglados en las primeras fechas de julio sin que ninguna hubiera pagado nada. Ambrosio volvió a Málaga, su ciudad de residencia habitual, con la familia y con el vehículo de sustitución que le procuró su asegurador, convencido como estaba éste de que, de tener que asumir el siniestro, todo terminaría siendo repercutido sobre la póliza del contrario.





Pero los dos coches continuaban en el taller de Figueras a la espera de que alguien se *retratara*.

Hasta aquí, nada nos debe extrañar: el mecánico no hacía más que ejercitar el *derecho de retención* que asiste a todo el que ejecuta una obra en cosa mueble ajena para retenerla en su poder, retrasando la devolución hasta que no se le pague la deuda en cuestión. Pero el problema es que una figura tan elemental como es esta garantía con la que cuenta el mecánico de nuestro ejemplo, que rige en el Código civil español como en cualquier Código civil del mundo, y que funciona de esa manera desde que los romanos la inventaron (“*melius est possidere quam in personam experiri*”: “mejor es retener que tener que pedir”)... no funciona en Cataluña de la misma manera: desde que en aquella Comunidad Autónoma se legislara sobre el particular primero con la *Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble* y después con la *Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía* (que deroga a la anterior), el mecánico a quien no le pagan el arreglo podrá provocar que el automóvil se venda en subasta notarial para cobrarse con lo que se obtenga de la venta. En definitiva, allí sucede más o menos igual que si se tratara de una prenda. Basta ahora con que haya transcurrido un mes desde que se comunicara fehacientemente al deudor la notificación de retener.

Imagino que mi amable lector que haya llegado hasta aquí pensará que al pobre Ambrosio no le sería de aplicación la ley catalana. Imagino también que Ambrosio lo pensaría también. Pero se equivocan, tanto el lector como Ambrosio: con arreglo a lo que dispone el artículo 10.5 del Código civil, las obligaciones contractuales, cuando las partes no se sometieron expresamente a ninguna normativa concreta, si no hay ley común a las dos ni residencia habitual común, se han de regir por la ley del lugar de celebración del contrato. En este caso, obviamente, es la ley catalana. Y para quien piense que no es ésta una cuestión que se deba regir por el art. 10.5, sino por el 10.1 (normas sobre derechos reales), la solución será la misma: a los bienes muebles se les ha de aplicar la ley del lugar en el que se hallen.

3. ...aunque no tan futurista. El quindenio inconstitucional.

Pero que nadie piense que el haber situado en el próximo verano esta “fábula de Ambrosio” se

debe a que estas respuestas del Derecho civil catalán serán producto de la aprobación inminente del nuevo Estatuto de Autonomía. Llevamos asistiendo desde hace quince años al panorama de unas leyes de Derecho civil catalán que en no pocas ocasiones se han promulgado en abierta contradicción con la Constitución, sin que ningún Gobierno de ningún signo haya querido interponer recurso de inconstitucionalidad contra las mismas en las épocas en las que las mayorías parlamentarias que amparaban el *statu quo* no eran mayorías absolutas. Hasta se dio alguna circunstancia que no es meramente anecdótica, como sucede con el recurso 2099/2003 interpuesto el 10 de abril de 2003 por el Gobierno del Partido Popular contra la Primera Ley del Código civil de Cataluña, que fue retirado por el Gobierno del PSOE pocos meses después de llegar al poder: exactamente, el 3 de septiembre de 2004 (así se lee en el Auto 421/2004, de 3 de noviembre, del TC; en idénticos términos, el Auto 454/2004, de 16 de noviembre, por el que el Gobierno desistía en relación con el recurso planteado por el Gobierno anterior contra la Ley de 31 de diciembre, de la accesión y de la ocupación).

Mientras tanto, el artículo 149.1.8ª de la Constitución reserva al Estado la competencia sobre la legislación civil, admitiendo, no obstante, que las Comunidades Autónomas en las que existieran sectores de Derecho civil propio —el llamado Derecho foral—, pudieran legislar sobre los mismos para llevar a cabo su “conservación, modificación y desarrollo”. A pesar de las críticas, numerosas y merecidas, que ha merecido un precepto que es verdaderamente tortuoso y de difícil entendimiento, una cosa estaba clara: allí donde hubiera Derecho civil propio (señaladamente, Aragón, Navarra, Cataluña, Islas Baleares, Galicia y algún territorio de Vizcaya y Alava —ninguna de las tres capitales vascas y ninguna zona de Guipúzcoa, por cierto—), y en las materias sobre las que se diese esa circunstancia, el Estado no puede entrar a legislar. Pero siempre, se entiende, que se trate de materias en las que precisamente existiera peculiaridad —hé ahí el dato sobre el que no ha habido acuerdo entre los especialistas—. Naturalmente que en Cataluña o en Aragón hubo desde hace siglos normas diferentes a las castellanas en materias importantes del Derecho civil. Naturalmente que en Cataluña, si los que se quieren casar no estipulan un régimen económico matrimonial que haya de regir su economía familiar, ésta se gobernará por el de separación de bienes, bien distinto al común y no siempre enter necedor *contigo, pan y cebolla* de los gananciales.

Por supuesto que en Aragón lo mínimo que tiene garantizado el viudo que concurre con hijos a la herencia de su difunto consorte es el usufructo de la totalidad de la herencia, y no sólo el usufructo de un tercio, como pasa en el Código civil. Baste con estos dos ejemplos, aunque se podrían dar muchos más. La Constitución abandona felizmente la idea de *café para todos en todas y cada una de las materias* que componen el Derecho civil, y garantiza el respeto del Estado a las peculiaridades que han existido *en algunas materias* desde hace muchos siglos en estos territorios. Aquello del Código civil único para toda España, con idénticas normas para todas y cada una de las cuestiones, nunca dejó de ser otra cosa que mera retórica oficial.

Pero la Constitución también coloca una serie de barreras a esta posibilidad de que los Parlamentos autonómicos legislen en Derecho civil: a) unas son **barreras explícitas**, cuando el mencionado artículo 149.1.8ª añade que las Comunidades Autónomas que tengan Derecho civil foral no podrán legislar en ningún caso en ciertas cuestiones capitales que han de tener inexcusablemente un idéntico régimen en toda España, como son las reglas sobre aplicación y eficacia de las normas (así, no podría Aragón legislar sobre fraude de ley o sobre cómo se cuentan los plazos en Derecho), sobre relaciones civiles relativas a las formas de matrimonio (vgr., Navarra no podría ahora prohi-

bir los matrimonios de homosexuales navarros), o sobre bases de las obligaciones contractuales (i.e., Galicia no podría legislar sobre las causas de nulidad de los contratos); b) pero hay, a mi juicio y al de muchos, otra **barrera implícita y general**: las Comunidades Autónomas no pueden decir que ellas están facultadas para legislar en todo lo que no esté incluido en esa lista de materias reservadas exclusivamente al Estado, sino que han de limitar su competencia al ámbito de la peculiaridad normativa.

Desde luego, no es éste el lugar propicio para desarrollar pormenorizadamente el variado juego interpretativo que ha merecido el artículo 149.1.8ª de la Constitución. En resumen, de la copiosísima producción doctrinal que existe sobre el particular se puede decir que una tesis bastante restrictiva es la que coloca el límite dentro del que ha de moverse la competencia de la Comunidad Autónoma allí donde termine el contenido normativo propio de cada Compilación: según esta tesis, es el “índice” de cuestiones que abordaba cada Compilación el que nos permite deducir qué hay de diferente en el territorio concreto, el que nos permite conocer, en fin, cuáles son los supuestos institucionales en cuanto realidades materiales peculiares que tradicionalmente han sido reguladas de manera distinta por el Derecho común y por los Derechos forales.

Personalmente, prefiero pensar que la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma es notablemente más amplia que ese glosario de cuestiones diferenciales, y que la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio lo que permite, precisamente, es ampliarlo hasta donde lleguen los principios informadores de cada uno de los sistemas en que consisten los Derechos forales, y ello aunque se trate de materias que no estaban recogidas en la letra de las Compilaciones. Esta fue la tesis mantenida por el maestro Lacruz y seguida en el importantísimo Congreso de Jurisconsultos de 1981, celebrado en Zaragoza. “Legislar supone innovar”, se dijo, y una vez asumida la competencia, la Comunidad Autónoma podrá legislar libremente sobre la materia objeto de la misma.

El límite, pues, no está en el índice de las Compilaciones, sino en los principios informadores de las instituciones reguladas, o si se prefiere, en la configuración históricamente diferenciada de la común que tiene cada una de ellas en cada Comunidad Autónoma con Derecho foral. Es fácil encontrar buenos ejemplos dentro del rico



Mariano Yzquierdo Tolsada



panorama de instituciones con el que contaba el Derecho civil catalán preconstitucional. Así, si el art. 278 de la Compilación catalana regula la incorporación de materiales propios en suelo ajeno, no hay nada que impida a la Comunidad Autónoma legislar sobre ése y otros supuestos de accesión, inmobiliaria y mobiliaria. Así, nada se puede objetar a que la *Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la Accepción y de la Ocupación* establezca para Cataluña normas que decidan qué hacer cuando una persona efectúa en terreno ajeno plantaciones o cultivos, distinguiendo entre los que se prolongan más allá del año agrícola y los que no tienen habitualmente tanta duración (art. 5), o preceptos que regulen las construcciones extralimitadas distinguiendo los casos en que el valor del suelo invadido es superior al de la construcción de los casos en que el valor de lo construido es superior al del suelo (arts. 8 y 9). O también una regla para saber qué destino debe seguir el caso de la elaboración de una cosa mueble nueva con materiales ajenos (art. 23).

De la misma manera, si el art. 279 de la Compilación regulaba el usufructo sobre árboles o el 282 se ocupaba del usufructo sobre bosques maderables, un correcto entendimiento de lo que significa el desarrollo del Derecho foral supone admitir que cuando la *Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de los derechos de usufructo, uso y habitación*, establezca normas sobre usufructo de bosques y plantas (arts. 20 y ss.), pero también contenga soluciones para el usufructo de dinero o de participaciones en fondos de inversión (arts. 26 y ss.), o sobre el usufructo con facultad de disposición (arts. 14 y ss.).

Lo mismo se puede decir de la regulación de las servidumbres y de las relaciones de vecindad, cosas de las que se ocupaban los arts. 283 y ss. de la Compilación. Pero la *Ley 13/1990 de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad*, pasa también, a mi juicio en un impecable cumplimiento del mandato constitucional, a desarrollar el Derecho foral regulando también, y de manera íntegra, la acción negatoria de servidumbres.

Parecidamente, había competencia para regular el moderno contrato de vitalicio y las figuras próximas a él, pues, como bien dice el Preámbulo de la *Ley 6/2000, de 19 de junio, de Pensiones Periódicas*, “el Derecho catalán, a lo largo de su historia, ha conocido diversas instituciones que han supuesto una prestación de pensiones periódicas

de carácter ya sea perpetuo o indefinido, ya sea temporal, de índole redimible o irredimible, y con naturaleza real o de obligación. Estas instituciones son, fundamentalmente, el censo enfitéutico, el censo vitalicio, el censal y el violario”.

En resumen, la competencia autonómica no debe vincularse de manera rígida a lo que era, cuando se aprobó la Constitución, el contenido de la Compilación o de otras normas no compiladas. Como señaló la STC 88/1993, de 12 de marzo, cabe que las Comunidades Autónomas regulen instituciones conexas dentro de lo que es una actualización o innovación de los contenidos, pero siempre dentro del marco de los principios informadores del Derecho foral.

Sin embargo, **lo que ha terminado triunfando es una tesis absolutamente extrema**, que fue la que venía contenida en el Voto Particular que el Magistrado Viver Pi-Sunyer introdujo en la sentencia que se acaba de citar: “*la competencia autonómica sobre el Derecho Civil aragonés se extiende a toda la materia del Derecho civil, con excepción de los ámbitos materiales que el art. 149.1.8 de la CE reserva al Estado de forma explícita*”. El desarrollo de la idea ha llevado después a renunciar a todo lo que signifique una actualización del viejo Derecho foral, para sustituirlo por la noción de *Derecho civil autonómico*, entendiendo que la Comunidad Autónoma puede entrara a regular cualquier institución de Derecho civil que no se halle reservada expresamente para el Estado en la lista de materias (esas “barreras explícitas” a que antes se ha hecho referencia) contenida en el art. 149.1.8ª de la Constitución. A ello responde entonces que se hayan promulgado numerosas leyes que han extendido su objeto mucho más allá de lo que eran instituciones y principios informadores del Derecho foral catalán.

El tránsito ha sido el siguiente: (i) se dictan leyes que suponen un correcto sentido de lo que significa “actualización, modificación y desarrollo”, regulándose las antiguas instituciones de la Compilación para aplicar también los moldes conceptuales de las mismas a las nuevas realidades sociales; (ii) se prefiere después la técnica que busca excusas, dictándose leyes que se ocupan de algún aspecto que sí formaba parte, inequívocamente, de ese Derecho propio y distinto, con el objeto de pasar a regular de paso otras instituciones que jamás habían formado parte del mismo; y (iii) se ha terminado por dejar a un lado el disimulo y promulgar leyes

que no guardan relación alguna con instituciones de Derecho civil foral.

Incluso en algunas materias se aprecia una línea evolutiva entre (i) y (iii). Por ejemplo, al grupo de la legislación presa del disimulo más o menos contenido –eso que algún autor denomina en círculos informales “inconstitucionalidad, pero pequeña”– pertenece la *Ley 13/1990 de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad*: aunque no se lea así de claro en su Preámbulo, el legislador catalán aprovecha que la Compilación contaba con una regulación propia para el derecho real de servidumbre (ciertamente fragmentaria y pensada para una sociedad basada en el sector primario de la economía) para pasar a regular la acción negatoria, pero no solamente como medio de defensa de la propiedad libre de cargas frente a atribuciones indebidas de servidumbres por quienes no las tienen, sino también frente a perturbaciones meramente fácticas llevadas a cabo en las fincas vecinas por los amigos de las inmisiones medioambientales. Una necesidad muy sentida en los tiempos que corren (aparte de las acciones de responsabilidad civil extracontractual, que por definición precisan de la causación de un daño, ¿qué acción, si no es la negatoria, puede defender con carácter preventivo la propiedad frente a inmisiones de ruidos, olores, etc., llevados a cabo por un vecino molesto o por una industria cercana?), pero en relación con la cual, para encontrar la competencia catalana en orden a su regulación, hace falta tener un concepto singularmente elástico de las instituciones. Pero aunque haciendo algún esfuerzo logremos encontrarla, lo curioso es que once años después, la *Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbre y de Adquisición Voluntaria o Preferente* pasa a ocuparse, no sólo de la servidumbre (derogando los arts. 4 a 25 de la Ley de 1990), sino, de paso, también del derecho de superficie, y el de opción, y el de tanteo, y el de retracto... La clave se halla en el Preámbulo, que, ya sin necesidad de buscar justificación alguna o anclajes de algún tipo en instituciones o principios del Derecho civil propio de Cataluña –pero “propio” de verdad–, proclama:

“Esta regulación, junto con la que contiene la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de Regulación de los Derechos de Usufructo, Uso y Habitación, y con la revisión de la Ley 6/1990, de los Censos, y de la Ley 22/1991, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble, puede constituir la parte correspon-

diente a los «derechos reales limitados» del futuro Código civil de Cataluña, aunque los derechos de adquisición puedan constituirse, también, con carácter personal”.

El párrafo proporciona él sólo la explicación. “Ya que estamos haciendo obra en el salón, aprovechemos para alicatar el aseo”. Son los “ya ques” propios de las obras que se deciden hacer en las viviendas. Ya que podíamos regular la servidumbre, hagamos lo propio con la opción de compra. Ya que teníamos competencia para regular el usufructo, regulemos también el uso y la habitación (Ley 13/2000, de 20 de noviembre). Ya que se podía regular la accesión, pues de paso también la ocupación (Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la Accesión y de la Ocupación, recurrida en su momento ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno del Partido Popular y retirado el recurso el 3 de septiembre de 2004).

Pero junto a los “ya ques” hay que situar el grupo de la inconstitucionalidad completa, franca, abierta y sin ambages, del que formarían parte la *Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de Cesión de Finca o de Edificabilidad a cambio de Construcción Futura*, o las leyes 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble y 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía, con las que he abierto estas páginas. Dos magníficos ejemplos de legislación promulgada en abierta contradicción con el marco constitucional, pero que, curiosamente, responden a dos órdenes de motivos distintos.

En efecto, la primera de las leyes mencionadas regula la cesión de una finca o de una edificabilidad incluida en la misma que se hace a cambio de la adjudicación de una construcción o rehabilitación futura. Una figura utilísima y muy practicada, que, como se puede leer en el Preámbulo, “permite a los propietarios de terrenos o de fincas edificadas obtener viviendas, locales u otras construcciones, nuevos o rehabilitados, sin tener que intervenir directamente en el proceso de gestión y construcción de los mismos”. Desde luego, el nexo de unión con el clásico Derecho civil catalán resultaba inexistente. Pero entonces, había que buscar el título competencial en otro lugar, y ése no fue otro que el de las atribuciones autonómicas en materia de vivienda, y el propio Preámbulo se encarga de citar la *Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda*. Pero obsérvese bien: buscar en semejante lugar el título competencial para promulgar nuevas norma-



tivas de Derecho civil es tanto como decir que cualquier Comunidad Autónoma lo puede hacer, ya sea de las que tenían un Derecho civil propio anterior a la Constitución, ya sea de las que no lo tenían. Y es que en los últimos años venimos asistiendo a un espectáculo que se repite por doquier en cualquier Comunidad Autónoma. Allí donde el legislador autonómico regula determinadas cuestiones que son básicamente de *Derecho público* y que, según la Constitución, le corresponde regular (turismo, comercio interior, caza, cultura, medio ambiente, reforma agraria, asistencia social, urbanismo y vivienda, etc.), aprovecha, de paso, para abordar en la regulación cuestiones de estricto Derecho civil, utilizando el trampolín que ofrece la normativa jurídico-pública. Es así que los Parlamentos Autonómicos pueden y deben legislar en materia de atención y protección de menores desamparados, pues entonces se aprovecha para regular los requisitos de la adopción. Es así que se legisla en materia de ordenación del comercio minorista, pues entonces se aprovecha para incluir en la regulación determinados preceptos sobre la oferta de contrato. Es así que se regula sobre las competencias del Protectorado de fundaciones que actúan en el territorio de la Comunidad Autónoma, pues entonces se regula de paso el régimen de constitución de la fundación, y la administración y disposición de los bienes de ésta. Es así que existe competencia autonómica en materia de turismo, pues entonces se regula también el régimen de determinados aspectos de los contratos por los que se constituye determinado derecho de aprovechamiento turístico a tiempo compartido (la ya mal llamada multipropiedad). Y así sucesivamente.

A veces el Tribunal Constitucional ha puesto las cosas en su sitio, como pasó con la STC 264/1993, de 22 de julio, que declaró contrario a la Constitución el art. 35 de la *Ley de 5 de octubre de 1989, de la Actividad Comercial de Aragón*, que declaraba la responsabilidad solidaria por las irregularidades derivadas de la venta automática del titular del establecimiento donde se encuentre ubicada la máquina vendedora y del titular de la explotación comercial de la misma. Curiosamente, el art. 43 de la *Ley 16/2002, de 19 diciembre, de Comercio de Castilla y León* establece exactamente lo mismo, pero nadie ha intentado recurso o cuestión de inconstitucionalidad contra el mismo.

Pero me refería a la posibilidad de otro motivo de inconstitucionalidad diferente. A mi juicio, es el

que concurre en las dos leyes promulgadas en Cataluña sobre garantías posesorias mobiliarias. La normativa que llevó, en fin, a que el Ambrosio de la fábula se quedara sin coche. En efecto, límites en la Constitución encontramos también para quien quiera situarse en esa tesis extrema que ve en el problema de la producción jurídico-civil de las Comunidades Autónomas, no una cuestión de Derecho *foral* sino una cuestión de Derecho civil *autonómico*. Algo que no está reservado, en consecuencia, para las Comunidades que tuvieran un Derecho civil propio a la entrada en vigor de la Constitución (o, si se quiere, incluyendo a las que lo hubieran tenido en otra época anterior). Pero pensaba yo que el límite mínimo se encuentra, al menos, en la propia Constitución, que reserva al Estado en todo caso una serie de competencias. Quienes defienden la posibilidad de que el órgano legislativo autónomo pueda legislar sobre cualquier materia civil que no se encuentre reservada expresamente al Estado, las barreras explícitas a las que me he venido refiriendo se encuentran en el propio art. 149.1º.8ª, como también en las reglas 2ª (nacionalidad), o 9ª (propiedad intelectual e industrial).

Pero, a juzgar por las producciones normativas catalanas, ni siquiera el límite está ahí. Un derecho de retención configurado como derecho real, oponible como tal frente a terceros y con posibilidades de ejecución de la cosa retenida supone una transgresión sin paliativos de una de las bases de las obligaciones contractuales, algo que se halla explícitamente reservado para el legislador estatal. En definitiva, a primeros de octubre de 2006, Ambrosio se quedó sin coche. Irremediablemente, porque siempre habrá quien diga que “*el Estado español propone* (la existencia de esa base) y *la Generalidad dispone*” (sobre el contenido de la misma, aunque sea irreconocible).

4. La Propuesta de Estatuto

4.1. El texto aprobado por el Parlamento de Cataluña

Es justo ésa la línea seguida por la Propuesta de Estatuto, que, en la versión nacida del Parlamento de Cataluña (BOCG de 21 de octubre de 2005), vino a atribuir en su art. 129.1 a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva para legislar en Derecho civil, *con la única excepción* de las materias reservadas expresamente al Estado en la Constitución. Hábil inversión subversiva, obsérvese, de lo que dice la Constitución: si la regla general en ésta es-

CONSTITUCIÓN	PROPUESTA DE ESTATUTO (versión Parlamento de Cataluña)	PROPUESTA DE ESTATUTO (versión Cortes Generales)
<p>Artículo 149</p> <p>1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:</p> <p>8ª) Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.</p>	<p>Artículo 129. Derecho civil</p> <p>1. Corresponde a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de derecho civil, que incluye la determinación del sistema de fuentes, con la única excepción de las reglas relativas a la aplicación y a la eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros y los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal.</p> <p>2. La Generalidad tiene competencia exclusiva para regular las obligaciones extracontractuales y los distintos tipos de obligaciones contractuales, en el marco de las bases a que se refiere el apartado.</p>	<p>Artículo 129. Derecho civil</p> <p>1. Corresponde a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de derecho civil, que incluye la determinación del sistema de fuentes, con la única excepción de las reglas relativas a la aplicación y a la eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros y los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal.</p>

tablece que la legislación civil corresponde al Estado con excepciones, el Estatuto catalán dirá que la legislación civil a quien corresponde es a Cataluña con excepciones.

O lo que es lo mismo, sacramentalización de toda esa normativa dictada a lo largo de los últimos años en Cataluña. No es de extrañar entonces que la Propuesta reconozca a la Generalidad la potestad exclusiva para legislar en materias tan dispares como la propiedad horizontal o como los arrendamientos urbanos (art. 137.b). O como la responsabilidad civil (art. 129.2). O cuando reserva a la Generalidad la definición de consumidor (art. 123.e, que incluye la consabida hortera “o consumidora”). O cuando entiende que la competencia de ejecución comprende la totalidad de la

potestad reglamentaria (art. 112), lo que invitaría a pensar en un Reglamento Hipotecario propio de Cataluña, en un Reglamento Notarial, en un Reglamento de Propiedad Intelectual (incluida la potestad de crear nuevas entidades de gestión colectiva de derechos), en un Reglamento de Marcas (para ambas propiedades inmateriales, véase el art. 155) o en otro Reglamento de Protección de Datos (art. 156). Este último, por cierto, podría suponer una sobrevenida cobertura legal para que el Gobierno de turno, tripartito o no, pueda hacerse con los datos íntimos de los pacientes de hospitales catalanes, algo que el pasado mes de enero fue noticia de portada constituyó portada en buen número de diarios nacionales (con la excepción de *El País*, naturalmente). De hecho, también se reservaba para el legislador catalán el



régimen del secreto profesional (art. 125.1.c), lo que constituía un olímpico desprecio (bien es verdad que desprecio *parcial*) por la importantísima Ley Orgánica 1/1982, del honor, la intimidad y la propia imagen. Y ya puestos a invadir competencias estatales de desarrollo de los derechos fundamentales, ahí está ahora el Consejo Audiovisual de Cataluña, que a tenor de lo que dispone la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación Audiovisual de Cataluña, será el encargado de decidir cuándo una información es veraz y cuándo no lo es (arts. 127 y 128), algo de lo que dependerá la calificación de la falta cometida como muy grave (art. 132.b), lo que lleva aparejada como sanción una multa que puede llegar a 300.000 euros y la suspensión de la actividad por un plazo máximo de tres meses, teniendo el prestador de servicios de televisión que “difundir una imagen permanente en negro que ocupe el 100% de la pantalla, con un texto en blanco que indique que el canal ha sido suspendido en su actividad, sin emitir ningún sonido” (art. 136.1.a). Repito que todo esto no lo decidirán los jueces, sino unos señores declarados idóneos por una comisión del Parlamento catalán (art. 114.2).

Pero no nos desviemos del ámbito del Derecho civil. Deteniéndonos un momento en la responsabilidad civil, pero combinada la competencia para legislar sobre esta materia con otras competencias de las referidas, podría suceder en un futuro que buena parte de las reglas sobre responsabilidad aquiliana fueran diferentes en Cataluña. O que, si al legislador autonómico, en un ataque de cordura, le resultara excesivo un panorama semejante, pudiera el ejecutivo hacer uso de la potestad reglamentaria, pues tanto la potestad legislativa como la reglamentaria han de corresponder a la Generalidad, según lo previsto en el art. 110, en el ámbito de sus competencias exclusivas. Cabría pensar, por ejemplo, en una Ley o/y en un Reglamento para la materia de la responsabilidad civil automovilística y su aseguramiento, por ejemplo. En una ley catalana para la que no existiera baremación de los daños corporales, o para la que sí hubiera exoneración del fabricante de productos farmacéuticos defectuosos cuando lograra demostrar que el estado de los conocimientos cientí-

ficos no había permitido conocer la existencia del defecto cuando el fármaco fue puesto en circulación (a diferencia de lo que sucedería en el resto de España, gracias a lo que establece el art. 6.2.e de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los Daños causados por Productos Defectuosos). Pero si la noción de consumidor (y consumidora, insisto...) también corresponde al organismo autonómico, podría Cataluña autodotarse de un concepto de consumidor diferente al habitual de destinatario final de los productos que rige en el Derecho español (art. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Es verdad que ello no afectaría al ámbito de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos diseñado por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los Daños causados por Productos Defectuosos, pues ésta se aplica a los daños causados por los mismos, sea a los consumidores o sea a quienes no lo son. Pero también es verdad que esta ley no se aplica a los usuarios de servicios defectuosos. Podría entonces ocurrir que, como la Disposición Final Primera declara que los arts. 25 a 28 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán ya de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, en Cataluña tuvieran un régimen de responsabilidad civil por servicios defectuosos que resultase de aplicación dentro de un ámbito subjetivo diferente al resto del Estado.

Y en un tema distinto pero próximo, definir *por libre* el concepto de consumidor podría desembocar en el efecto demoledor de que en Cataluña se aplicara el plazo de garantía de dos años previsto por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, a quienes en el resto del Estado no son personas protegidas por esta normativa, precisamente por no tener la condición legal de consumidores (por ejemplo, al comprador de una máquina de fabricación de productos farmacéuticos que luego son vendidos a los consumidores).

Se me dirá que todo esto son solamente ejemplos dados a título puramente experimental. O que



no hay nada que temer, pues el Consejo Consultivo suele hacer las cosas con enorme sentido de la proporción. Y es verdad, pues la moderna legislación civil catalana acostumbra a tener una elevadísima calidad. Pero también lo es que la primera virtud de una buena ley habría de ser que quien la dicte tenga competencia para hacerlo.

Pero incluso allí donde sí puede existir competencia, sería preciso que las cosas se hiciesen mejor, a fin de que pudieran encajar en el resto del sistema. Es el caso de la **prescripción de las acciones de responsabilidad civil**. Puede admitirse que si el art. 344 de la Compilación catalana recogía en su apartado 2 el tradicional Usatge “Omnes Causae”, que establecía un término de prescripción de treinta años para todo tipo de acciones, ya fueran personales o reales, que no tuvieran plazos especiales, pueda Cataluña legislar en la línea de dotar a su Derecho civil de unos plazos más breves, diferenciando cada tipo de acción. Máxime si se tiene en cuenta que los términos especiales del Derecho foral precompilado fueron derogados, salvo alguna excepción contadísima -que se reduce al plazo de cinco años de caducidad para reclamar la cuarta vidual (art. 153, pº 2º), al de igual duración para reclamar la declaración de indignidad sucesoria (art. 255) y poco más-, según lo dispuesto en la Disposición Final 1ª de la Compilación de 1960. Y eso justo se hizo en la *Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código civil de Cataluña*, en cuyo art. 121 se ha optado por un plazo general de prescripción de diez años, tanto para las acciones personales como para las reales, pero combinado con otros plazos más cortos, entre los que figura el **muy importante plazo de tres años que se concede a las acciones por responsabilidad civil extracontractual**, establecido por el art. 121.21.d. Por cierto, que no es verdad lo que dice el Preámbulo de esta Ley de que “la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue siempre muy respetuosa con la normativa catalana sobre prescripción y, en este sentido, son numerosas las sentencias en las que se aplicó la prescripción de los treinta años del usaje y se excluyó la del Código Civil”. De hecho, el respeto ha sido escaso, y ello tanto por parte del Tribunal Supremo como por parte de los propios tribunales catalanes. Interesante el trabajo de Lamarca I Marqués, *La prescripció de les accions personals que no tenen assenyalat termini especial en el dret civil de Catalunya: la seva inaplicació*, presentado en las *X Jornades de Dret català a Tossa*, 7 a 19 de septiembre de 1998.

Ya han comenzado a apreciarse los primeros problemas. La pregunta que se formulaba Cecchini Rosell en el XIV Congreso de Responsabilidad Civil organizado por el Colegio de Abogados de Barcelona (30 y 31 de marzo de 2006) era ésta: **si la prescripción de las acciones de responsabilidad civil aquiliana tiene en Cataluña establecido un plazo de tres años, ¿qué sucederá si se entabla la acción directa contra el asegurador?** Tengo por cierto que para la determinación del plazo de prescripción, la acción directa contra el asegurador es siempre tributaria de la que se tendría en caso de ejercitarse contra el asegurado. Así, para el régimen común del Código civil, una acción directa contra el asegurador por un daño de naturaleza contractual tendría el plazo de quince años del art. 1964 C.civ., de la misma manera que la acción directa por daño extracontractual tiene el plazo anual del art. 1968.2º. Estos plazos comunes ceden el paso a los plazos especiales que existen, por ejemplo, en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (seis meses, art. 124), en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (cinco años, art. 71) o en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (cinco años, art. 140.3), en la Ley Orgánica 7/1982, de 5 de mayo, de Protección Jurisdiccional del Honor, la Intimidación Personal y Familiar y la Propia Imagen (cuatro años, art. 9.5), en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos (tres años, art. 12), y así.

Pero sucede que la esfera de los **accidentes de circulación** ofrece una curiosa anomalía, debida tal vez a un olvido del legislador que en el Texto Refundido de 2004 no se ha querido o no se ha sabido resolver: si bien el art. 7, pº 2º establece que “[P]rescribe por el transcurso de un año la acción directa para exigir al asegurador la satisfacción al perjudicado del importe de los daños sufridos por el perjudicado en su persona y en sus bienes”, nada se dice sobre qué plazo es el que juega cuando la acción se ejercita, no contra el asegurador, sino contra el causante del daño. Y si nada se dice es, sin duda porque el plazo que se tenía *in mente* era el común de un año previsto para la responsabilidad aquiliana en el Código civil (aunque la laguna podría mover a pensar que debe aplicarse el plazo general de las acciones personales que no tienen establecido un plazo especial, como sugirió XIOL QUINGLES en una Comunicación, presentada casi a título *iocandi causa*, en el Congreso Nacional



de Responsabilidad civil celebrado en Córdoba en mayo de 1999; mas no creo que haya ningún juez dispuesto a entender que la acción no prescriba por el transcurso del plazo anual).

Ahora bien, resulta que en Cataluña el plazo común anual del Código civil (español, se entiende) ha quedado sustituido por el plazo de tres años del Código civil catalán, con lo que caben tres soluciones que, desde el punto de vista lógico formal (que no desde el técnico-jurídico), son igualmente defendibles: a) **la primera** pasa por entender que el régimen de prescripción en materia de accidentes de circulación se rige en Cataluña por la prescripción anual, porque allí también —¡¡¡por el momento!!!— se aplica la Ley del Automóvil, y si ésta marca en un año el plazo de la acción contra el asegurador, es porque la misma duración tiene el plazo de la acción contra el responsable, de la cual aquélla es tributaria; b) **la segunda** supone decidir que, si en la Ley del Automóvil nada se dice de la acción contra el responsable, es porque hay una implícita remisión al Derecho común de la responsabilidad civil; luego, si ese plazo común es en Cataluña de tres años, a falta de norma especial, tres años durará la acción contra el asegurado responsable porque así lo dispone el Código civil catalán, pero sólo un año la acción directa contra la compañía aseguradora: transcurrido ese plazo, solamente se podrá demandar con expectativas de éxito contra el responsable; c) **la tercera** modifica el último tramo argumentativo de la tesis anterior: tres años tiene la acción contra el responsable, pero entonces hay que entender que la acción directa contra el asegurador, debiendo tener la misma duración, también prescribe allí por el transcurso de tres años, lo cual significaría, *de facto*, una auténtica derogación de la Ley del Automóvil para el territorio catalán.

Ni que decir tiene que la tesis sensata es, a mi juicio, la primera. La segunda rompería con el carácter tributario que, para la prescripción de las acciones, ha existido siempre entre la acción directa contra el asegurador y la acción contra el responsable. Y la tercera es un disparate mayúsculo y un imposible constitucional. Pero es que a lo mejor de eso se trata: quienes hemos leído con detenimiento el Estatuto llegamos con facilidad a

la conclusión de que la Constitución Española también rige en Cataluña, pero *sólo un poquito*.

4.2. La Propuesta de Estatuto, tras la poda, más aparente que real, operada por el Congreso de los Diputados.

Tras su paso por las Cortes Generales, el texto de la Propuesta de Estatuto ha sido objeto de una poda en lo que toca a las competencias otorgadas a la Generalidad que parece importante (puede verse el texto en BOCG de 31 de marzo de 2006). Y puede que lo sea en algunas materias, pero en lo referente al Derecho civil, el arreglo ha sido *puramente cosmético*. Es cierto que ha desaparecido la mención expresa a la competencia catalana en materia de propiedad horizontal o de arrendamientos urbanos, que figuraba en el art. 137 La Generalidad no parece tener ya competencia para legislar en materia de secreto profesional (art. 125). Es cierto que la expresa habilitación para definir el concepto de consumidor ya no aparece, tras la modificación del art. 123. Y la supresión del apartado 2 del art. 129 permitiría pensar que tampoco se reconoce competencia para legislar en materia de responsabilidad civil extracontractual.

Pero la poda es, en efecto, más aparente que real. Sigue en pie, inalterada, la flagrante inconstitucionalidad del art. 129, cuyo único párrafo mantiene que la competencia para legislar en Derecho civil corresponde a la Generalidad, eso sí, con el límite de las competencias exclusivas del Estado. Una “única excepción” que va referida a “*las reglas relativas a la aplicación y a la eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros y los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal*”. O lo que es lo mismo, las supresiones mencionadas que se han producido después de la discusión en el Congreso de los Diputados puede que no tengan ni siquiera un insignificante efecto práctico. Cataluña podría legislar en propiedad horizontal, en arrendamientos, en la determinación de quién debe



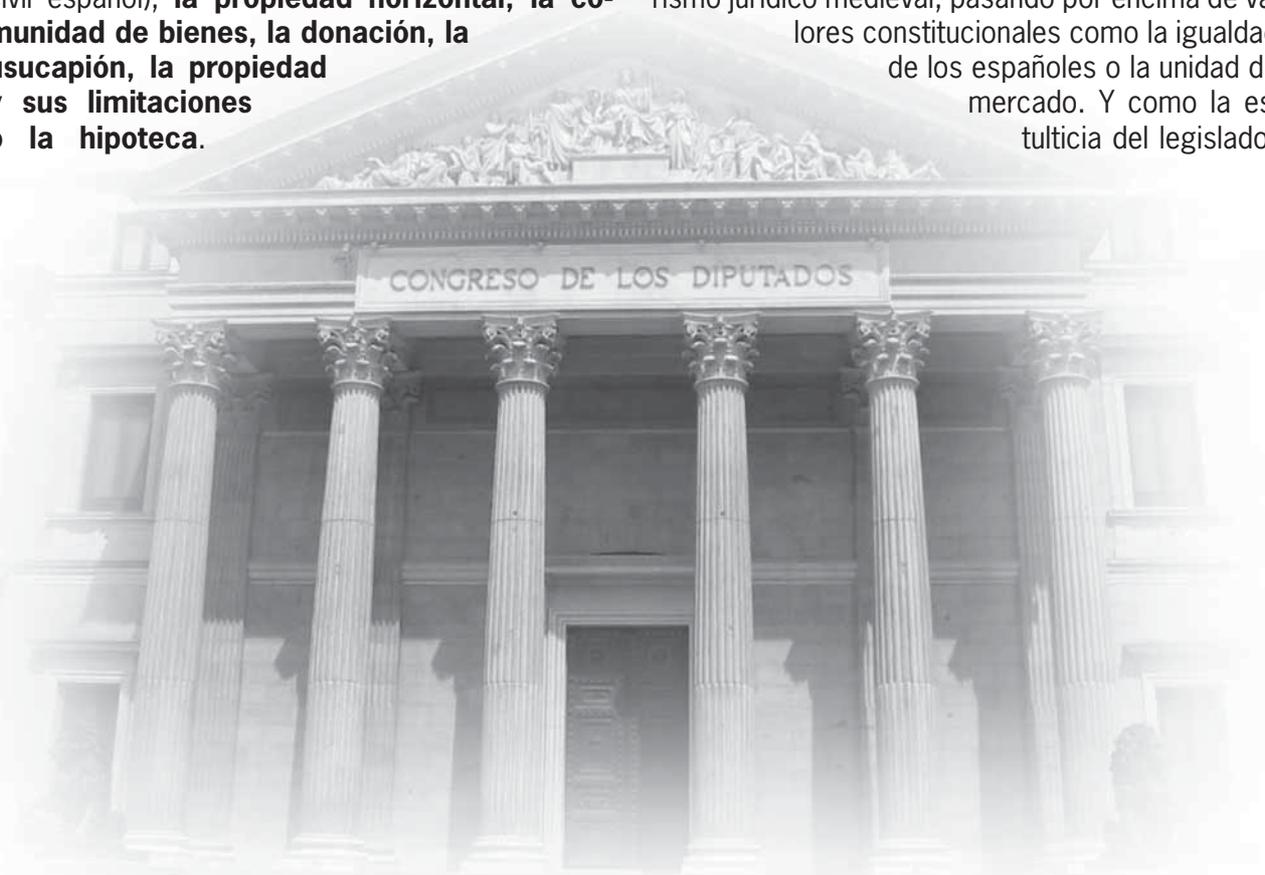
ser considerado consumidor y usuario, en secreto profesional y, naturalmente, en responsabilidad civil extracontractual.

La muy reciente confirmación de todo ello la encontramos en la **Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código civil de Cataluña relativo a los derechos reales**. Sorprende mucho que se trate de una ley aprobada por unanimidad, o lo que es lo mismo, con los votos del Partido Popular. Y sorprende que no solamente se vengán a refundir, derogándolas, las leyes que en materia de derechos reales, habían sido aprobadas y han sido mencionadas en estas páginas. Lo que sorprende no es, desde luego, que se regulen las figuras que el Derecho foral contenía, como por ejemplo, la accesión, el usufructo o la servidumbre. O que se regulen las figuras que no contenía pero que fueron introducidas en la moderna legislación de espaldas a la previsión constitucional, como la ocupación, el derecho de superficie, el de retención o los de adquisición preferente. Es que el Código civil de Cataluña regula también **la posesión, la clasificación de los bienes, la tradición y sus tipos, la acción reivindicatoria** (declarando explícitamente, por cierto, su carácter imprescriptible, algo que, desde luego, no está nada claro en el Código civil español), **la propiedad horizontal, la comunidad de bienes, la donación, la usucapción, la propiedad y sus limitaciones o la hipoteca**.

Nada más y, sobre todo, nada menos.

Demos tiempo al tiempo, porque al menos, en el comentado Voto Particular de Viver Pi-Sunyer, se limitaba esta interpretación extrema según la cual las Comunidades Autónomas pueden ir más lejos de lo que resultaba del Derecho foral, quedaba limitada a aquellas que tuvieran, en efecto, Derecho foral. Pero es que el Proyecto de reforma del Estatuto de **Andalucía** prevé en su artículo 46.5 la competencia autonómica en materia de Derecho civil... dentro del marco del art. 149.1.8^a. "*La Comunidad Autónoma ostenta facultades normativas en materia de legislación civil cuando ello fuera necesario para el ejercicio de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.8^a de la Constitución*". ¿Es que existe acaso espacio en este artículo para Comunidades Autónomas no forales?

En fin, que si nadie lo remedia, la conversión de la realidad histórica del Derecho civil foral se convertirá en una idea acientífica, acrítica, ahistórica: la del Derecho civil autonómico. Pero ésa es la España *plural*, fruto del consenso mal entendido y del manoseado *talante* de quienes se han debido creer que ser *progre* consiste en volver al particularismo jurídico medieval, pasando por encima de valores constitucionales como la igualdad de los españoles o la unidad de mercado. Y como la estulticia del legislador





no conoce fronteras, ahí está la Disposición Adicional primera del nuevo *Estatut* valenciano (y no olvidemos que éste es fruto del consenso de los dos grandes partidos nacionales), que prevé que cualquier competencia asumida por otra Comunidad Autónoma podrá ser inmediatamente asumida por el legislador valenciano. A lo mejor a alguien se le ocurre legislar en Valencia sobre el derecho de retención de nuestra fábula de Ambrosio, ya que el Estatuto quiere volver los ojos a los Fueros del Reino de Valencia para que éste “recupere también la dignidad perdida como consecuencia de la abolición llevada a cabo por la injusta promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707”, según se puede leer en la Exposición de Motivos... Así que Ambrosio no se queje, porque a lo mejor acabamos teniendo un bonito panorama: por ahora, si el accidente le ocurre saliendo de Málaga, el mecánico no devuelve el coche hasta que le paguen el arreglo. Si le ocurre en Cataluña, el mecánico lo subasta para cobrar. Pero podría suceder que si le ocurriese en Murcia, el mecánico se lo quede para él, y si sucediera en Alicante, a Ambrosio se lo devuelvan pintado de suave color malva.

Sepa el lector que a fecha de hoy, ya está constituida una comisión de codificación del **Derecho civil valenciano**, dentro de la cual hay quienes plantean que sería conveniente regular algo tan propio de los *Furs* abolidos por Felipe V como es... ¡¡la posesión!!! Al Proyecto de reforma de Andalucía me acabo de referir (y no se olvide que su Preámbulo define a esta Comunidad Autónoma como realidad nacional). Posteriormente, el Proyecto de reforma del Estatuto de las **Islas Baleares** (Comunidad gobernada, como la valenciana, por el Partido Popular: aquí no se libra nadie) también configura en su art. 10.23 la competencia civil autonómica como algo que no tiene más límites que la lista de competencias exclusivas del Estado previstas en la Constitución. Menos mal que encontramos algún síntoma de legislación responsable: el Proyecto de **Aragón** –probablemente la región con una riqueza foral más sólida, y de la que cabría haber esperado una vocación legiferante mayor se limita a decir en el art. 65.2ª que la competencia exclusiva se ha de

limitar a la “*conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes*”.

Quién sabe si en los próximos años vemos los escaparates de las librerías jurídicas poblados de monografías sobre el servidor de la posesión de Extremadura, la responsabilidad civil del poseedor de animales en Castilla y León, la usucapión ceutí o la Ley de Arrendamientos Urbanos de Murcia. Y entonces habrá que recordar a todos que las auténticas Constituciones –como desde hace tiempo hemos leído a los maestros Díez-Picazo y Gullón Ballesteros– hay que buscarlas en los Códigos, pues es en ellos (y no en las, por así llamarlas, “Constituciones formales”) donde se detecta la manera cómo se concretan en el proyecto de vida común que la Constitución es, los valores sociales con vigencia efectiva y la efectiva distribución de las fuerzas sociales. Con el Código civil era como la Historia venía tomando el pulso de las sociedades, pues es en su texto donde descubríamos cómo los ciudadanos compran, venden, prestan, se casan, se divorcian, deslindan sus propiedades, ejercitan la patria potestad... viven, en una palabra.

Ese Derecho civil que tenía en España la hermosa singularidad de contener un Derecho común y unos Derechos forales parcialmente diferentes, y a los que la Constitución quería ver desarrollados y reforzados. Un Derecho común y unos Derechos forales que componían un marco al que también resultaba factible proyectar la idea que el Profesor Díez-Picazo expresaba de manera antológica en su conocido trabajo *Codificación, descodificación y recodificación* (A.D.C., 1992, págs. 473 y ss.): “El Código encarna la idea de progreso. Ante todo, de progreso en sentido político (las cursivas son mías). Es la plasmación de los principios de libertad individual y de igualdad de todos los ciudadanos. Se piensa que sea el vehículo para estabilizar los principios de la revolución y para extenderlos. Es la mochila de todos los soldados de Napoleón, que propagan la buena nueva por el continente; además de un bastón de mariscal, hay un Código civil”.

Teoría de la evolución del accidente. Valoración y análisis desde una perspectiva jurídica

Juan José Álamo Morante

Cabo 1º de la Guardia Civil de Atestados (Subsector de Granada)

Licenciado en Derecho. Master en investigación y reconstrucción de accidentes de tráfico

Teoría de la evolución
del accidente



1. Teoría de la Evolución del Accidente. Introducción

La Teoría de la Evolución del Accidente, es un modelo en el que se valoran aspectos de naturaleza psicológica (por lo tanto desde el punto de vista del conductor) que posteriormente se utilizan para reconstruir los hechos desde una perspectiva espacio-tiempo. Con ello podemos conseguir avanzar sobre una primera determinación de las causas que pudieron tener incidencia en el accidente, siendo por lo tanto fundamental como factor indiciario para posteriormente dirigir la investigación hacia un sector determinado con el fin de corroborar la apreciación inicial. Pongamos un ejemplo: Si en el desarrollo del accidente observamos un distanciamiento entre los puntos de percepción posible y de percepción real, podemos sin lugar a dudas, afirmar que se ha producido en el conductor analizado un fenómeno derivado de la aparición de una deficiencia en la percepción y por lo tanto, con ese primer dato valorativo, podremos centrarnos en nuestra investigación sobre los aspectos o factores somáticos o psíquicos del citado conductor.

Pero, la teoría de la evolución del accidente no puede dar explicaciones por sí misma al completo desarrollo de los hechos sin que sea posteriormente complementada por una investigación concreta sobre los factores que han incidido en que un determinado incidente de tráfico evolucione primeramente para convertirse en un conflicto de tráfico y finalmente se traduzca en un accidente. Debe por lo tanto utilizarse en su justa medida sin pretender buscar en ella un remedio milagroso para explicar todos los fenómenos que rodean al accidente de circulación.

Evidentemente, como hemos afirmado anteriormente, el modelo que estamos analizando intenta definir las situaciones previas al accidente para poder afirmar si un determinado conductor pudo obrar de forma diferente a como lo hizo y sobre todo si tuvo tiempo para hacerlo o no. Por lo tanto, con independencia de quien haya sido el conductor que haya originado el incidente de tráfico con la creación de una situación anómala en la circulación, debe aplicarse a todas las unidades de tráfico al objeto de valorar si dicha situación pudo



o no ser evitada por el resto de conductores. El accidente de circulación es un fenómeno complejo en el que no es todo blanco o negro sino que en innumerables ocasiones son diversos factores, imputables no solo a un conductor los que inciden en el posterior desarrollo del hecho lesivo.

Lo que pretendo con estas páginas, modestamente, es intentar aclarar las repercusiones que, de la correcta valoración de las distintas fases de la teoría de la evolución del accidente se pueden extraer y sus posteriores consecuencias jurídicas, especialmente desde una perspectiva del Derecho Penal.

Si algo caracteriza el accidente de circulación es la conducta imprudente, es decir, la falta al deber objetivo de cuidado puesto que cualquier conducta que incurra en dolo, aún en el caso de dolo eventual ya no puede considerarse accidente de circulación.

A estos efectos recordar, por ejemplo, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2005, que considera concurso ideal entre homicidio doloso del artículo 138 y la conducción temeraria del artículo 384 para aquellas conductas en las que se evidencia un claro desprecio a la vida de los demás, ocasionándose además la muerte de una persona.

Por lo tanto, la falta al deber objetivo de cuidado será deducible implícitamente de la reconstrucción analítica de las distintas fases de la evolución del accidente y por lo tanto, su evidencia será un arma de considerable importancia para el jurista que pueda obtenerla.

2. Teoría de la Evolución del Accidente. Desarrollo

La Teoría de la Evolución del Accidente parte, como he indicado anteriormente, desde las fases previas al mismo y posteriormente analiza las posibilidades de reacción y evasión de cada uno de los conductores implicados. Por lo tanto, para comenzar nuestro desarrollo, deberemos introducir varios conceptos:

El *incidente de tráfico* es la situación en los que se produce una situación anómala de convergencia de trayectorias y que por lo tanto se puede traducir en un conflicto si no se realiza una maniobra evasiva por parte de los conductores.

El *conflicto es leve* cuando el riesgo de conflicto es obvio. Los tiempos de reacción y decisión se acortan, con lo que también la posibilidad de acción o maniobra evasiva. En este momento el accidente es evitable en completas condiciones de seguridad para todos los conductores implicados.

El *conflicto grave o cuasi-accidente*, implica la realización de una maniobra brusca y repentina para evitar el accidente.

El *accidente de circulación* se produce cuando la situación ha sido inevitable al menos para uno de los conductores.

Por lo tanto, si observamos atentamente los conceptos anteriormente descritos, podemos deducir que es la circunstancia anómala en la circulación, origen del incidente la que debe dar origen a la reconstrucción analítica, comenzándose por lo tanto la reconstrucción de los hechos desde ese momento.

2.1. Punto de percepción posible

Dicho punto o fase es una construcción teórica extrapolada al momento en el que un conductor normal, atento a la conducción, hubiese podido percibir por primera vez la circunstancia anómala en la circulación, es decir, el momento en el que el incidente pudiera haber sido observado por una persona media, atenta a los hechos del tráfico.

En este sentido habremos de tener en cuenta las características de la vía, el trazado, la existencia de obstáculos visuales, tanto permanentes como circunstancias y todas aquellas circunstancias objetivas que determinan el alcance visual, como por ejemplo la conducción en horas nocturnas.

Por lo tanto, la aproximación al Punto de Percepción Posible es esencial para la correcta reconstrucción de los hechos. Para ello, también nos podremos valer de las declaraciones de los testigos, de los usuarios de los vehículos implicados e incluso también de las versiones que aporten los conductores.

2.2. Punto de percepción real

El Punto de Percepción Real es aquel momento espacio-tiempo en el que el conductor implicado en los hechos se percata del incidente de tráfico, es decir, de la circunstancia anómala creadora de

la situación de riesgo. Para su determinación es importante realizar un análisis retrospectivo desde el punto de conflicto. Me explico: Si tenemos ubicado el punto de conflicto por datos objetivos (arañazos, raspaduras, surcos, hendiduras, inflexión de huellas, etc...) y anteriormente existe alguna circunstancia que denote la realización de una maniobra evasiva, podremos establecer que el conductor ha sido consciente de la posibilidad del accidente puesto que lo ha intentado evitar. En dicha situación podremos establecer el punto de Percepción Real ubicándolo con antelación al inicio de la maniobra evasiva (frenada, cambio de dirección, etc...). El problema será determinar o aproximarse a dicho punto. Para ello debemos tener en cuenta que el tiempo de reacción para un conductor normal oscila entre 1 y 2 segundos y que el tiempo de respuesta del vehículo oscila en torno a 0,25 segundos. Por lo tanto, desde el inicio de la maniobra evasiva podremos situar el punto de percepción real multiplicando el tiempo resultante del tiempo de reacción sumado al tiempo de decisión por la velocidad pre-colisión del vehículo.

2.3. Punto de decisión

Consideramos tal punto como aquel en el que el conductor, consciente del incidente de tráfico, y transcurrido el tiempo de reacción, inicia la realización de una maniobra evasiva. Para ello nos iremos al Punto de Percepción Real y agregaremos al mismo el espacio recorrido durante el tiempo de respuesta del vehículo. Para ello multiplicaremos la velocidad por el 0,25 segundos.

2.4. Punto clave

El Punto Clave es aquel en el que el accidente resulta inevitable dadas las trayectorias y velocidades de los vehículos.

2.5. Punto de conflicto

El punto de Conflicto es aquel en el que se produce la interacción de los vehículos, el atropello al peatón, la salida de vía o el vuelco del vehículo. Su ubicación podrá ser definida por elementos objetivos o por manifestaciones. Lo normal es que existan arañazos, cambios de dirección en huellas, etc. En cambio, cuando investigamos atropellos, debemos centrarnos en el estudio de la biocinemática lesional para poder aproximarnos al citado punto si no existen otros elementos más fiables.

3. Reconstrucción del accidente desde el análisis de la Teoría de la Evolución del Accidente (perspectiva analítica). Repercusiones jurídicas

Si observamos atentamente la explicación de las distintas fases del accidente que nos pueda ocupar, podremos extraer una serie de conclusiones que posteriormente podremos utilizar a la hora de valorar la responsabilidad civil y/o penal de un determinado conductor.

1. El distanciamiento entre los Puntos de Percepción Posible y de Percepción Real es un indicador de la existencia de una Deficiencia en la Percepción por parte del conductor analizado. Si una persona normal atenta a la conducción es capaz de percibir un incidente con anterioridad al conductor analizado, podremos afirmar que éste no guarda la atención correcta a la circulación y por ello, que falta al deber objetivo de cuidado exigible a una persona media.
2. Por el contrario, si el punto clave se encuentra con anterioridad al punto de decisión o de percepción posible, podremos afirmar que el conductor en cuestión no ha podido evitar el accidente. Claro está, existen ocasiones en los que la inexistencia de maniobra evasiva denota una deficiente percepción, por ello deberemos aproximarnos al punto de percepción posible.
3. Si de la reconstrucción extraemos como consecuencia la circulación a una determinada velocidad, superior a la específica o genérica de la vía, deberemos realizar la reconstrucción utilizando la velocidad máxima permitida. Si los puntos de Percepción y Decisión utilizando esa velocidad se sitúan con anterioridad al punto clave (considerando también claro, la distancia recorrida por el vehículo en la evasión), podremos afirmar que la velocidad ha sido un factor decisivo en la ocurrencia del accidente puesto que de haberse circulado a una velocidad inferior a la reglamentaria se podría haber evitado el accidente. La infracción de dicha exigencia de circulación a una determinada velocidad sería la que denotaría la existencia de una conducta



imprudente, puesto que se darían los dos elementos estructurales que el Tribunal Supremo indica como concurrentes en la imprudencia que da origen al accidente de circulación. Un primer elemento psicológico o intelectual que depende de la posibilidad que tenga el conductor para conocer primero y evitar en segundo lugar el peligro o la situación que es susceptible de originar un resultado lesivo y un elemento normativo externo constituido por la infracción de la norma o regla de carácter obligatorio.

En cambio, si utilizando la velocidad máxima obtenemos que el punto clave se encuentra con antelación al punto de Decisión y evasión, podremos afirmar que la velocidad en este caso no determina la evitabilidad del accidente aunque en cambio si aumenta la energía cinética de los vehículos incidiendo con ello en la gravedad de las lesiones. Pero lo que si podremos afirmar es que se hubiese producido el accidente aunque el conductor hubiese circulado a la velocidad máxima permitida.

4. Cuando hablamos de cambios de dirección, adelantamientos, etc..., deberemos analizar si la situación generada por el conductor que realiza la acción que inicialmente pudiera ser considerada incorrecta pudo haber sido evitada por el resto de los conductores. Para ello, volveremos a realizar la reconstrucción analítica.

A pesar de todo lo que hemos comentado anteriormente y como he apuntado al inicio de estas palabras, la T.E.A. no es suficiente para determinar por sí misma las causas de un accidente de circulación. A partir de los indicios que se evidencian en reconstrucción analítica, correcta y minuciosamente realizada, un buen investigador debe profundizar en su estudio para lograr una aproximación, no solo, a lo que pudo haberse evitado o no sino a explicar lo que realmente ocurrió.

Si existe un distanciamiento entre los puntos de percepción posible y de percepción real, ya he indicado que podemos afirmar la existencia de una deficiente percepción, pero si no profundizamos en el factor "conductor" no lograremos dar con las causas del accidente. ¿Qué importancia tiene por lo tanto la T.E.A. para la investigación?. La respuesta es realmente sencilla: nos permite dirigir dicha investigación hacia el factor humano, vehículo o vía según los casos. Si existe la situación descrita en el presente párrafo, es decir, una deficiencia en la percepción deberemos delimitar aún más la causa que la origina si queremos incidir en la determinación de la causa exacta, si ello es posible, analizando los factores somáticos o psíquicos del conductor o incluso la existencia de alguna enfermedad, la aparición del algún fenómeno de polarización afectiva, o cualquier otro factor de análogas características.

Como conclusión y si bien la T.E.A. es un arma importante para la investigación del accidente de tráfico, no es suficiente para determinar por sí misma una causa. En cambio, para el Juzgador, puede ser un instrumento eficaz ya que con ella se puede lograr dar explicación en muchos casos a los requisitos exigidos para que exista una conducta imprudente.

Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción

Javier López y García de la Serrana

Abogado

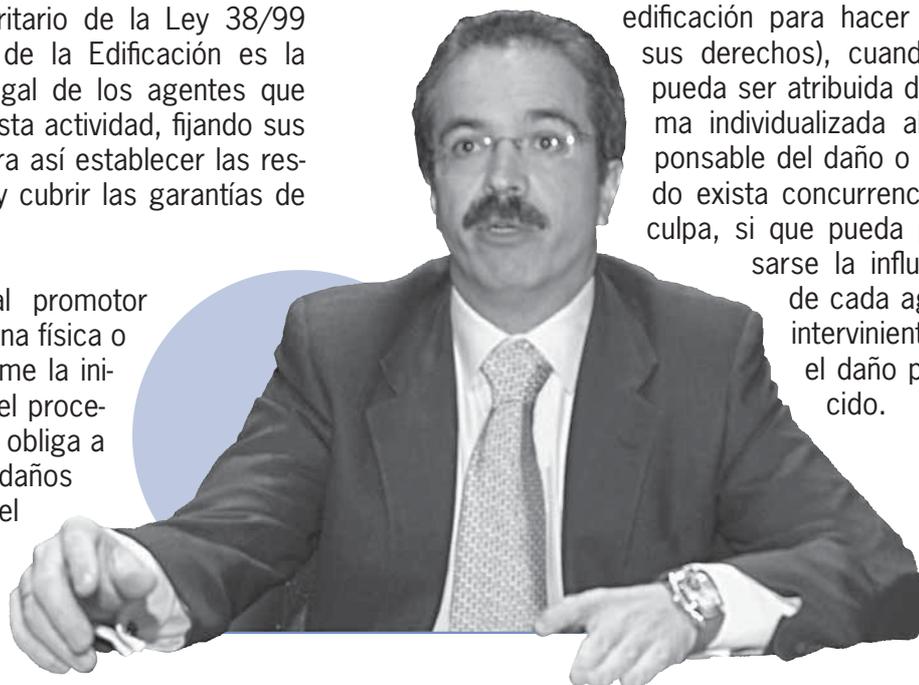
Secretario General de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

1. Introducción. El régimen de garantías anterior a la LOE

La Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación¹, nace con la intención de ofrecer una regulación unitaria al sector de la edificación acorde con la importancia real que en la práctica reviste, superando la diversa e insuficiente regulación que existía hasta su promulgación. Como contenidos más sobresalientes de esta Ley, podemos adelantar los siguientes²:

1. El objetivo prioritario de la Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación es la configuración legal de los agentes que intervienen en esta actividad, fijando sus obligaciones para así establecer las responsabilidades y cubrir las garantías de los usuarios.
2. Se configura al promotor como una persona física o jurídica que asume la iniciativa de todo el proceso y a la que se obliga a garantizar los daños materiales que el edificio pueda sufrir.

3. La responsabilidad civil de los diferentes agentes, por daños materiales en el edificio se exigirá de forma personal e individualizada, tanto por actos propios, como por actos de otros agentes por los que con arreglo a la Ley, se deba responder.
4. No obstante, la responsabilidad se podrá exigir de forma solidaria (es decir, el acreedor o usuario puede dirigirse a cualquiera de los agentes, sin distinción, que han intervenido en el proceso de edificación para hacer valer sus derechos), cuando no pueda ser atribuida de forma individualizada al responsable del daño o cuando exista concurrencia de culpa, si que pueda precisarse la influencia de cada agente interviniente en el daño producido.



¹ En adelante LOE. Ha sido publicada en el BOE nº 266 de 6 de noviembre de 1999 y su entrada en vigor se produjo el 6 de mayo de 2000.

² LOPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: "Lo que interesa conocer sobre la Ley de Ordenación de la Edificación" en Revista Viales, Nº 13 enero - marzo 2.005



5. Las responsabilidades a las que hace referencia la Ley y que en las páginas siguientes detallamos, son exigibles desde el 6 de mayo de 2000, aunque la LOE no impone la obligatoriedad de los seguros de responsabilidad civil.
6. La principal novedad destacable es la creación del seguro decenal de daños, recogido en el art. 19.1.c) de la LOE, donde se establece su obligatoriedad de su contratación para garantizar el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. No obstante, la exigencia de este seguro se hará de forma escalonada en el tiempo para permitir que el sector vaya acomodándose a lo dispuesto en esta Ley.

Lo más razonable para analizar las aportaciones de la nueva Ley en materia de responsabilidades y garantías por vicios o defectos constructivos, es partir del estado de cosas anterior a la misma.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, la reparación patrimonial de los daños ocasionados en el proceso de edificación se obtenía por diversos cauces; bien acudiendo a la regulación específica contenida en el artículo 1.591 del CC³, bien aplicando las normas generales que regulan la responsabilidad contractual⁴, o atendiendo a las que rigen la responsabilidad extracontractual⁵.

Centrándonos en la regulación específica, podemos observar que el artículo 1.591 del CC, establece dos plazos diferentes, diez y quince años respectivamente. Tanto la doctrina⁶ como la jurisprudencia, insisten en que estos plazos son de garantía, y que no deben confundirse con el recogido en el artículo 1.964 del CC que regula el plazo para el ejercicio de la acción. Es llamado de garantía, en cuanto se establece como tope temporal dentro del cual se manifiestan unos vicios, de modo que, una vez surgidos, se dispondrá a partir de ese momento, del pertinente plazo de prescripción para demandar su reparación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, realizó una ampliación⁷ del supuesto de hecho previsto en el artículo 1.591 del CC, con repercusiones en las coberturas asegurativas, de las que nos ocupamos a continuación. Este estudio nos permitirá sobre todo, establecer cuáles de los modelos vigentes resultan acordes con la regulación contenida en la LOE, ya que, hasta su entrada en vigor, no contaban con un régimen legal específico. De forma sucinta, enumeraremos las distintas modalidades de seguros disponibles en el sector de la construcción:

a. Seguro de Responsabilidad Civil Profesional de cobertura decenal.

Aunque se contrata con anterioridad al comienzo de la construcción, la Protección comienza con la recepción de la obra, extendiéndose desde ese momento por un plazo de diez años. Garantiza la responsabilidad del asegurado respecto de una o más obras individualizadas en la póliza

³ Art. 1.591 del CC: "El contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviera lugar dentro de diez años, contados desde que se concluyó la construcción; igual responsabilidad y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiese, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años".

⁴ Art. 1.101 del CC: "Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas".

⁵ Art. 1.902 del CC: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

⁶ RUIZ - RICO RUIZ, J. M., MORENO-TORRES HERRERA, M. A. y OTROS AUTORES: "La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación", Editorial Comares/Urbanismo.

⁷ BRENES CORTÉS, J.: "Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", Editorial Tirant, monografías 355, sistematiza la doctrina del Alto Tribunal en los siguientes puntos: 1.- Utilización de un concepto amplio de edificio. 2.- Interpretación amplia del concepto "ruina". 3.- Ampliación del círculo de sujetos responsables. 4.- Equiparación del promotor al constructor, a efectos de la responsabilidad decenal establecida en el artículo 1.591 del CC. 5.- La responsabilidad decenal es solidaria; son varias las causas que concurren en la producción del daño y no pueden individualizarse la responsabilidad de cada uno de los sujetos intervinientes en el proceso constructivo. 6.- No cabe la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. 7.- Tendencia a la objetivación de la responsabilidad. 8.- Ampliación de la legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad decenal, en cuanto que no sólo le corresponde al dueño de la obra sino también a los sucesivos adquirentes de la vivienda.

correspondiente. Ahora bien, ni cubre en su totalidad la actividad desarrollada por el asegurado, ni se hace extensiva a todos los daños y perjuicios derivados de los defectos de la construcción, siendo usual que se limite a cierto tipo de daños materiales previamente determinados y hasta el límite de la suma asegurada.

b. **Seguro de Responsabilidad Civil Profesional de promotores y constructores.**

Regulado en la LCS, por medio de ella, los profesionales mencionados, cubren la responsabilidad en que pudieran incurrir durante el periodo pactado, sin alcanzar la responsabilidad decenal por ruina del artículo 1.591 del CC.

c. **Seguro de Responsabilidad Civil Profesional de Técnicos.**

Garantiza la reparación de los daños y perjuicios derivados de comportamientos culposos en la actuación profesional del asegurado en los supuestos de riesgos que en la póliza se concreten y durante el tiempo establecido en la misma. La principal diferencia con las pólizas de seguro individuales, es que a diferencia de estas, cubre, no sólo la responsabilidad civil profesional ordinaria – contractual y extracontractual – sino también la recogida en los artículos 1.591 y 1.909 del CC.

d. **Seguro de Daños Decenal.**

Es un seguro que puede ser contratado directamente por el propietario del edificio, o por el promotor/constructor. La utilidad de esta modalidad se encuentra en permitir una rápida y eficaz liquidación del siniestro y un pronto pago de la indemnización al asegurado, ya que no está sujeta a determinación la cuantía, ni exige una previa condena judicial a los responsables. Excluye los daños que afecten a la construcción y no tengan su origen en las obras fundamentales, cubriendo por el contrario, los daños materiales sufridos en la obra fundamental que comprometan su estabilidad y tengan su origen en vicios del suelo, errores de diseño o ejecución y defectos de los materiales de obra, daños

materiales en la obra secundaria así como costes de demolición y desescombro que hayan sido necesarios a consecuencia de los daños materiales cubiertos por la póliza. Se extiende por un período de diez años, comenzando a contar desde la fecha de recepción definitiva de la obra.

e. **Seguro Todo Riesgo en la Construcción.**

Cubre los riesgos inherentes a la construcción, básicamente los daños materiales directos que sufran los bienes asegurados respecto de las obras que hayan sido declaradas e individualizadas, si bien, la cobertura puede extenderse a los daños que puedan ocasionarse al equipo de construcción, la maquinaria de construcción y los efectos personales de empleados y obreros. El periodo de vigencia ocupa desde el inicio de las obras hasta la recepción o terminación de los trabajos, pudiendo pactarse una ampliación, normalmente de un año, que recibe la denominación de periodo de mantenimiento.





f. Seguro de Caución.⁸

Regulado en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro⁹, no se ha concebido expresamente como seguro de daños decenales, de modo que las pólizas no han proporcionado una cobertura asegurativa que garantice las consecuencias dañosas derivadas de la responsabilidad decenal por ruina del artículo 1.591 del CC.

Del examen expuesto, podemos concluir, que con anterioridad a la LOE no existían coberturas asegurativas completas que garantizaran las consecuencias dañosas de la responsabilidad decenal con la extensión dada al artículo 1.591 del CC por la jurisprudencia. CARRASCO¹⁰, destaca las dificultades que han motivado tradicionalmente la materia de los seguros en el campo de la construcción. Era un sector poco atractivo para los aseguradores, motivado, entre otras razones, por la amplitud atribuida a la responsabilidad decenal por los tribunales que originaron un incremento en la siniestralidad, la dificultad para calcular de forma correcta la prima aplicable, la necesidad de contar con el apoyo de la Oficina de Control de calidad que encarecía el precio, etc.

2. Repaso esquemático de las responsabilidades civiles previstas en la LOE

La responsabilidad fijada en el artículo 17 de la LOE, tiene naturaleza legal y nace del incumplimiento por los intervinientes en el proceso constructivo de las obligaciones que expresamente les impone la Ley, independientemente de las obligaciones contractuales asumidas por cada uno de ellos. Se

sigue el criterio jurisprudencial establecido con anterioridad a la LOE, que mantenía que la responsabilidad derivada del artículo 1.591 del CC era una responsabilidad ex lege.¹¹

2.1. Ámbito objetivo de aplicación.

La aplicación de la LOE, requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Daños materiales ocasionados en un edificio o en parte de él, art. 17.1 de la LOE quedando excluidos los daños morales indirectos, los daños corporales y perjuicios económicos derivados de estos, los daños a los inmuebles contiguos y los daños causados a los bienes muebles situados en el edificio, tal y como se desprende del art. 19.9 a), b) y c).
- b) Consecuencia de un “proceso de edificación”, en el sentido dado por el artículo 2, ampliándose a las “promociones públicas”, art. 1.3¹².
- c) Que haya sido defectuoso: con un “vicio o defecto de construcción”, en el sentido también muy amplio que le da el artículo 17.3 in fine, artículo que añade a los vicios de construcción propiamente dichos, los vicios del suelo y del proyecto.

2.2. Ámbito temporal de aplicación

Procesos de edificación para los que se haya solicitado la licencia a partir del 5 de mayo de 2.000, ¹³disposición final cuarta¹⁴.

⁸ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. “El seguro de caución”, en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro ISSN 1133 – 6900 Nº 9, 2004, desarrolla de forma amplia el seguro de Caución.

⁹ Art. 68 LCS: “Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”

¹⁰ CARRASCO PERERA, A.: “Garantías por daños materiales ocasionador por vicios y defectos de la construcción”, en Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, Pamplona, 2000.

¹¹ SSTS de 14 de abril de 1.984, 27 octubre de 1.987, 12 de junio de 1.989, entre otras.

¹² Art. 1.3 de la LOE: “Cuando las administraciones públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones públicas actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas y en lo no contemplado en la misma por las disposiciones de esta Ley, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria”.

¹³ SAP Baleares 443/2005 (Sección 5ª) de 28 de octubre, AC 2006/117 entre otras, declara la inaplicación de los plazos previstos en la LOE, al haberse otorgado la escritura de obra nueva y de división horizontal en 1.999.

¹⁴ Disposición Final Cuarta: “Esta Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, salvo sus disposiciones adicional quinta, transitoria segunda, derogatoria primera por lo que se refiere a la legislación en materia de expropiación forzosa, derogatoria segunda, y final tercera que entrarán en vigor el día siguiente al de dicha publicación”.

2.3. Legitimación activa

Propietarios o adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, art. 17.1.

2.4. Legitimación pasiva

Se distingue según el tipo de defecto ante el que nos encontremos:

- a) Defectos de terminación o acabado: el constructor, art. 17.1 in fine.
- b) Demás defectos de construcción: el agente o los agentes de la edificación que hayan contribuido a causar el vicio o defecto. Como novedad, dispone el artículo 17.3, que en el caso de que no se pudiera individualizar la causa, responderán todos los agentes solidariamente, art. 17.3.

Y solidariamente¹⁵ con el anterior o los anteriores:

- a. El promotor responde por los hechos de cualquiera de los demás agentes de la edificación, art. 17.3; equiparando el párrafo siguiente a los gestores de cooperativas y de comunidades de propietarios con el promotor.
- b. El proyectista responde por los hechos de sus subcontratistas, art. 17.5¹⁶.
- c. El constructor responde por los hechos de sus dependientes y sus subcontratistas, así como por los de los suministradores de productos de construcción, art. 17.6.
- d. El director de la obra responde por los hechos de los proyectistas, art. 17.7

2.5. Plazos de garantía

Entre las novedades introducidas por la LOE, destaca la sustitución de la “responsabilidad decenal”,

única prevista en el artículo 1.591 del CC, por un sistema de plazos que varían de diez, para el caso de los defectos estructurales, tres años en los defectos funcionales y un año para los defectos de terminación o acabado; se abandona, el concepto unitario de “ruina”, determinándose la responsabilidad, como hemos visto, a partir de los distintos elementos de la construcción a que afectan los daños materiales cuya reparación se solicita.

2.6. Plazos de prescripción

Es también novedoso, la separación total que hace la Ley entre plazos de garantía y plazos de prescripción de la acción. Así se resuelven las dudas suscitadas bajo la vigencia del artículo 1.591 del CC acerca de la distinción entre plazo de garantía y plazo de ejercicio de la acción. La LOE distingue entre el plazo para ejercitar la acción para exigir daños materiales por vicios o defectos de construcción, dos años desde la producción de los daños y el plazo para el ejercicio de la acción de repetición, que también será de dos años, comenzando a contar desde la firmeza de la resolución judicial que condene al que repite o desde el pago extrajudicial de la indemnización (art. 18.2). Esta regla difiere tanto de lo que puede considerarse como la regla general en materia de acciones de regreso, cuya prescripción se computa a partir del pago efectuado por el titular de la acción, como de la doctrina del TS que, en relación a la acción de regreso frente a los responsables de la ruina ex artículo 1.591 del CC, había establecido ese mismo criterio¹⁷. No debemos olvidar en esta materia la relevancia de las reglas generales respecto a la interrupción de la prescripción; en este sentido la STS 643/2005¹⁸, admite la interrupción del plazo, al entender que el hecho de haber existido entre las partes comunicaciones por carta, hace que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción deba computarse desde que se cierran las conversaciones mantenidas por las partes.

3. Garantía por daños materiales

La finalidad de proteger a los adquirentes de viviendas, destinatarios finales del proceso de edifi-

¹⁵ SAP Madrid 315/2005 (Sección 21), de 14 de junio JUR 2005/176438, SAP Cádiz 28/2005 (Sección 2ª) de 21 de marzo, JUR 2005/144277, SAP Asturias 414/2004 (Sección 6ª) de 7 diciembre JUR 2005/92993, entre otras muchas reconocen la solidaridad entre los distintos agentes de la edificación.

¹⁶ PANTALEÓN PRIETO, F.: En “Responsabilidades y Garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación”, se pregunta si se extiende la responsabilidad solidaria del proyectista a la de sus coproyectistas, o bien quedaría limitada a los subcontratistas.

¹⁷ STS de 29 de diciembre de 1.998 entre otras.

¹⁸ STS 643/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 15 de Julio RJ 2005/9624.



cación, hace que el art. 19 de la LOE, establezca un régimen obligatorio de garantías para ciertos agentes, con la finalidad de hacer efectivas las indemnizaciones que provoquen los daños materiales causados por vicios o defectos de la construcción. Esta novedad de la LOE, se centra en el consumidor, completando las garantías recogidas en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En el artículo 19 de la LOE se establece un régimen de garantías exigibles con tres tipos de seguro (uno para el constructor y dos para el promotor). Cada uno de ellos, desarrolla las responsabilidades ya vistas anteriormente.

Ahora bien, sólo el seguro decenal es obligatorio desde la entrada en vigor de la Ley, y tan sólo para los edificios cuyo destino principal sea el de viviendas, tal y como se recoge en el apartado 1 de la Disposición Adicional 2^a; las otras dos garantías a las que nos hemos referido, se fijarán por Real Decreto, tal y como se recoge en el apartado 2, disposición Adicional 2^a.¹⁹

Antes de analizar los seguros del promotor y constructor, expondremos las condiciones comunes de estos:

- a. La prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en períodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni el asegurador liberado de su obligación, en caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía.
- b. Una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá rescindirse ni resolverse

el contrato de mutuo acuerdo, antes del transcurso del plazo de duración previsto en la Ley para cada tipo de seguro.

- c. El asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos.

3.1. Garantía anual del constructor.

El constructor deberá suscribir un seguro de daños o seguro de caución, para garantizar durante un año el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material.

El capital mínimo asegurado, como recoge el artículo 19.1 de la LOE, será el 5 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluido los honorarios profesionales, no siendo admisibles para estas garantías franquicias o limitación alguna en la responsabilidad del asegurador frente al asegurado.²⁰

3.2. Garantía trienal del promotor.

El promotor²¹ deberá suscribir un seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar durante tres años el resarcimiento de aquellos daños con origen en errores de ejecución de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos básicos de habitabilidad.

El capital mínimo asegurado es el 30 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales. La franquicia no podrá exceder del 1 por 100 del capital asegurado por cada unidad registral²². Al igual que en el supuesto anterior, no es obligatorio mientras no lo imponga un Real Decreto.

¹⁹ BORREL I CALONGE, A.: "La Ley de Ordenación de la Edificación y las condiciones técnicas de los edificios", Barcelona, marzo 2000, entiende que posiblemente el gran déficit de la LOE sea los seguros obligatorios bien estructurados, apuntado a su vez la excesiva prudencia al dejar en suspenso el seguro de tres años.

²⁰ Se consideran asegurados en este primer supuesto, el propio promotor y los sucesivos adquirientes del edificio o de parte del mismo.

²¹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 156/2005 (Sección 5ª) de 19 de abril, JUR 2005/143444, realiza una equiparación entre la figura del promotor y la del contratista.

²² Los asegurados al igual que en el caso anterior, son el propio promotor y los sucesivos adquirientes del edificio o de parte del mismo. El promotor podrá pactar expresamente con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél.

3.3. Seguro decenal del promotor.

Es el seguro de daños materiales o seguro de caución, que deberá suscribir el promotor para garantizar durante diez años el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, o a los elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

En este supuesto, el capital mínimo asegurado es el 100 por 100 del coste final de la ejecución material de la obra, incluidos los honorarios profesionales. La franquicia no podrá exceder del 1 por 100 del capital asegurado de cada unidad registral.²³

EDIFICACIONES A LAS QUE AFECTA:

Son todas aquéllas comprendidas en el artículo 2 de la LOE²⁴. En este precepto, la Ley perfila el con-

cepto de edificación, y distingue así mismo según las características y contenido de su ejecución, entre:

- a. Edificaciones *stricto sensu*: son las de nueva construcción previstas en el art. 2.2 a).
- b. Obras equiparadas a edificación, que son las indicadas en el art. 2.2 apartados b) y c).²⁵

EXCLUSIONES:

1. Por las características del promotor: Las Administraciones públicas, organismos y entidades sometidos a la normativa sobre contratación administrativa ²⁶ así como el autopromotor²⁷. La Disposición adicional segunda de la LOE, redactada según el artículo 105 de la Ley 52/2002 de 30 de diciem-

²³ Los asegurados son una vez más, el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo, pudiendo también aquí pactar el promotor con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél. Desde la entrada en vigor de la LOE es obligatorio para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

²⁴ Art. 2 de la LOE: " 1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

- a. Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultura.
- b. Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.
- c. Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.

2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el art. 4, las siguientes obras:

- a. Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.
- b. Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.
- c. Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio".

²⁵ GARCÍA LARAÑA, R.: "Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción", ponencia expuesta en el III Congreso Almería, celebrado en los días 7 y 8 de abril de 2.005, nos recuerda el magistrado, como algún sector doctrinal considera que, pese a la remisión que el art. 19 efectúa al art. 2, en realidad la responsabilidad de los agentes de la edificación comprendida en el art. 17, y por tanto la obligatoriedad del aseguramiento conforme al art. 19, sólo son exigibles en las edificaciones en sentido estricto, es decir, las previstas en el art. 2.2 a).

²⁶ La exclusión la encontramos en el art. 1.3 LOE, quedando regidos por lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administraciones Pública y, en su defecto, por la propia Ley de Ordenación de la Edificación, siempre con la salvedad de que en ningún caso serán aplicables las garantías de suscripción obligatoria previstas en el art. 19.

²⁷ La equiparación que la legislación anterior realizaba entre el autopromotor y los promotores profesionales, produjo como consecuencia, la obligación para los primeros de tener que concertar un seguro decenal para garantizar los daños que pudiera sufrir el edificio, obligación que lógicamente también recaía sobre los promotores. Esta obligación producía que la vivienda del autopromotor se encareciera con los costes del seguro sin reportar una utilidad social clara, puesto que la vivienda no iba a destinarse al tráfico y, por lo tanto, el único perjudicado que podría existir por los vicios constructivos sería el promotor – propietario de la vivienda.



bre²⁸, excluye de la obligación de garantía al autopromotor. Dada la gran relevancia que tanto la doctrina como la jurisprudencia dan a este sujeto, vamos a detenernos un poco en él. En la Res. DGRN de 5 de abril de 2.005²⁹, se afirmaba que el concepto de “autopromotor” individual, no debe llevarse a interpretaciones excesivamente rigurosas, sino que ha de interpretarse de forma amplia³⁰, ha de interpretarse en contraposición al promotor colectivo que contempla la propia Ley. Por lo que respecta al concepto de “vivienda destinada a uso propio”, se entiende toda aquella que tienda a este uso por parte del autopromotor, siendo indiferente que se trate de primera o segunda vivienda, y aunque se trate de una residencia meramente temporal. Como particularidad, insiste la Resolución en la necesidad de manifestación de los titulares de tal circunstancia, sin que pueda pretenderse que tal declaración se supla por las deducciones o interpretaciones del Registrador al calificar. Por otra parte, la Res. DGRN de 6 de abril de 2.005³¹, afirma que si posteriormente la vivienda del autopromotor fuera objeto de transmisión, el adquirente sólo podrá exonerar expresamente al autopromotor de la obligación de constituir la referida garantía – y de su justificación en la correspondiente escritura pública – si se acredita por éste haber utilizado la vivienda. La Res. DGRN de 28 de octubre de 2.004³², se ocupa

del supuesto de autopromoción por parte de una sociedad, cuyo objeto social es la promoción, venta y alquiler de inmuebles. La DGRN, entiende que dada la amplitud de la dicción legal que no limita la exoneración del seguro decenal a los supuestos en que el autopromotor tenga en la vivienda unifamiliar su domicilio, sino que admite cualquier uso para sí, no puede ser exigido por el Registrador que aquél, cuando es persona jurídica, tenga en ella su domicilio social. Ni puede inferirse por razón del objeto social una presunción de fraude o de manifestación errónea del destino de la vivienda a uso propio de la persona jurídica, ya que el objeto social no es incompatible con el destino a uso propio de la vivienda en cuestión. Lo importante es que estamos ante una vivienda unifamiliar, realizada en régimen de autopromoción y en el que concurre la manifestación, que deberá constar en el Registro, de que va a destinarse a uso propio. Las consecuencias de la constancia registral de esta manifestación, son ya suficiente garantía a favor de los terceros adquirentes que tendrán público conocimiento de las limitaciones afectantes al inmueble.

2. Por la naturaleza del seguro: quedarían fuera, tanto la responsabilidad por inobservancia de las normas sobre riesgos laborales³³, como la responsabilidad civil de los agentes de la edificación³⁴.

²⁸ El art. 105 de la Ley 53/2002 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, modifica la Disposición Adicional Segunda de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, señalando que: “No obstante, esta garantía no será exigible en el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, en el caso de producirse la transmisión “inter vivos” dentro del plazo previsto en el párrafo a) del artículo 17.1, el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años. A estos efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión “inter vivos” sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma”.

²⁹ Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 5 de abril de 2.005, RJ 2005/3484.

³⁰ En este sentido la resolución de 9 de julio de 2.003 (RJ 2003/6083) que permite comprender tanto a las personas físicas como jurídicas, dado que en última instancia estas son una única entidad, son individuales siguiendo un criterio numérico.

³¹ Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 6 de abril de 2.005, RJ 2005/3485.

³² Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 28 de octubre de 2.004, RJ 2004/7808.

³³ Art. 1.2 de la LOE “las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica”.

³⁴ GARCÍA LARAÑA, R.: “Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción”, III Congreso de Almería, 7 y 8 de abril 2.005. Afirma el Magistrado, que una cosa es que el seguro obligatorio requiera que se haya producido un daño o disfunción debido a la mala actuación de alguno de los intervinientes en la edificación, y otra muy distinta que dicho seguro cubra la responsabilidad civil de éstos, cosa que no ocurre en modo alguno. En definitiva, lo normal y lo deseable es que, sin perjuicio de las garantías cubiertas conforme al art. 19, los agentes mantengan sus propios seguros de responsabilidad civil, no sólo en beneficio de los adquirentes, sino también en su interés propio; efectivamente, el seguro de daños sólo cubre los daños materiales producidos en el edificio, excluyéndose todos los relacionados en el apartado 9 del citado precepto, sin perjuicio de lo cual obviamente estos últimos perjuicios sí pueden ser reclamados directamente por el perjudicado frente al arquitecto, aparejador, constructor, etc, siendo por tanto doblemente útil la cobertura de esa responsabilidad civil. Ello es aún más claro en la fase actual, donde con arreglo a la disposición adicional 2ª las únicas garantías cubiertas por ahora por el seguro obligatorio son las relacionadas con vicios estructurales en las viviendas.

3. Por razón del tiempo de vigencia de la Ley: la Disposición adicional 2ª establece que “*la garantía contra daños materiales a que se refiere el apartado 1 c) del art. 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda*”, defiriéndose la regulación del resto de edificaciones y daños materiales en el inmueble a la vía del Real Decreto, según dispone el apartado dos de la citada disposición adicional. También por razón del tiempo de vigencia, quedan excluidas la rehabilitación de construcciones aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE.³⁵
4. Por la clase de daños producidos: vienen enumerados en el apartado 9 del art. 19, y no quedarán cubiertos “salvo pacto en contrario”. Según DIEZ PICAZO³⁶, el matiz “salvo pacto en contrario”, no implica que estos daños (daños corporales, daños en bienes muebles y daños en edificios contiguos) no resulten indemnizables, sino que salvo pacto en contrario, no están cubiertos por el seguro y no están cubiertos por el art. 17. De esta manera, cuando tales daños procedan de ruina, habrá que seguir aplicando los arts. 1591, 1907 y 1909 del CC y así, en esos artículos, estamos presenciando una parcial supervivencia. La subsistencia de dichos artículos le parece evidente.

4. Los seguros de la construcción: su régimen jurídico

Tal y como hemos afirmado anteriormente, las garantías establecidas en el art. 19.1 revisten, con la aplicación dada por la Disposición Adicional Segunda, carácter obligatorio. La obligatoriedad, cuyo

fundamento es la protección de dueños o sucesivos adquirentes, tiene origen legal, pero se integra como un deber contractual.

Se trata de un seguro privado que nace del acuerdo de voluntades entre asegurador y tomador sometido al régimen jurídico propio de todo contrato de seguro, sin perjuicio de que deban respetarse las exigencias que con carácter específico contempla la norma que establece la obligatoria contratación.

Las modalidades recogidas en el apartado uno del artículo 19, son, el seguro de daños y el seguro de caución³⁷. Comenzaremos apuntando de forma esquemática las diferencias entre ambos seguros:

- a. El régimen jurídico dispuesto por la Ley, es más beneficioso para los adquirentes de vivienda en el caso de que se haya suscrito un seguro de caución que en el supuesto de que se contrate un seguro de daños materiales.
- b. El seguro de caución es un seguro de “grandes riesgos”³⁸. Serán las partes las que establezcan las normas aplicables, quedando las disposiciones de la Ley 50/1980 como meramente dispositivas.
- c. También es distinto el mecanismo de la acción de reembolso; mientras que en el seguro de caución, el asegurador siempre puede ejercitar la acción de reembolso frente al tomador del seguro que ha contratado con él, sin que éste pueda oponer excepciones derivadas del contrato garantizado³⁹, en el caso del seguro de daños, el asegurador tiene acción de reembolso frente a los terceros responsables del siniestro, pero nunca contra el asegurado⁴⁰.

³⁵ La Disposición adicional segunda, apartado uno, párrafo tercero, tras la modificación introducida por el art. 105 de la Ley 53/2002 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, indica que “*tampoco será exigible la citada garantía en los supuestos de rehabilitación de edificios destinados principalmente a viviendas para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley*”.

³⁶ DIEZ PICAZO, L.: “Ley de Edificación y Código Civil”, conferencia en el Congreso de Arquitectos, Peritos y Forenses, celebrado en Santiago de Compostela los días 10 y 11 de diciembre de 1.999.

³⁷ SAP Málaga 35/2003 (Sección 6ª) de 29 de mayo, JUR 2003/167791 entre otras, tratan estas figuras asegurativas.

³⁸ Artículos 44 y 107.2 LCS.

³⁹ Art. 68 de la LCS: “*Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro*”.

⁴⁰ Art. 43 de la LCS: “*El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse. El asegurado no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante*”.



Así, señala BARRES⁴¹, que las diferencias entre ambas acciones son muy importantes, afectando al grado de obligación generado, los intereses cubiertos en cada caso por la indemnización, la finalidad, los plazos de prescripción...

- d. Por último, se distinguen también en la función que cumplen; mientras que el seguro de caución garantiza el cumplimiento de una obligación principal, siendo el riesgo asegurado el incumplimiento del deudor de sus deberes legales y contractuales, en el seguro de daños, el asegurador no garantiza el cumplimiento de la obligación asumida por el tomador, sino que se limita a resarcir los daños sufridos por el asegurado.

4.1. Requisitos subjetivos del seguro previsto en la LOE.

a. Entidad aseguradora

El Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados⁴², impone los requisitos que debe reunir la entidad aseguradora con la cual se concertarán los seguros previstos en la LOE. Según se recoge en la misma, la actividad asegurativa podrá acometerse por entidades privadas que adopten la forma de sociedad anónima, mutua, cooperativas y las mutualidades de previsión social, pudiendo también realizar la actividad asegurativa, las entidades que adopten cualquier forma de Derecho Público⁴³.

La DGRN⁴⁴, exige que los Notarios y Registradores verifiquen la existencia de la entidad aseguradora y su competencia para celebrar los contratos

de seguros en garantía de las responsabilidades por vicios o defectos constructivos.

b. Tomador y asegurado de daños

Dos son las posibilidades de contratación de los seguros de daños previstos en el art. 19 de la LOE; en nombre propio, en cuyo caso coincidirán la persona del tomador y la del asegurado, y por cuenta ajena, recayendo ambas posiciones en sujetos diferentes.

En el supuesto del apartado a) del art.19.1 de la LOE, el constructor asumirá la posición de tomador, siendo el asegurado el promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o partes de éste, configurándose pues, como un contrato por cuenta ajena. En los supuestos de los apartados b) y c) del art.19.1 de la LOE, el tomador del seguro será el promotor y la condición de asegurado recaerá sobre él mismo, en cuyo caso estaríamos ante un seguro por cuenta propia, o en los sucesivos adquirentes del edificio o de partes del mismo, encontrándonos entonces ante un seguro por cuenta ajena. No obstante lo cual, el promotor puede convenir con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél (apartados b y c del art. 19.1 LOE), en cuyo caso se configuraría nuevamente como un seguro por cuenta ajena.

Haremos una breve referencia a la posibilidad contemplada por la LCS de realizar el contrato de seguro por cuenta ajena. La característica básica de este tipo es que, se produce una diversificación entre el sujeto que realiza el contrato y el que adquiere el derecho a reclamar la indemnización en caso de producirse el siniestro. Los seguros que se regulan en la LOE, están configurados, básicamente como seguros por cuenta ajena. Para que proceda esta modalidad, es necesario que concu-

del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato. En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés.

⁴¹ BARRES BENLLOCH, T.: "Seguro de caución: ¿Garantía personal o modalidad aseguradora?" Colección Jurisprudencia Práctica, nº 52, Madrid. 1993.

⁴² Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de la Seguros Privados.

⁴³ Art. 7.2 TRLOSSP: "También podrán realizar la actividad aseguradora las entidades que adopten cualquier forma de derecho público, siempre que tengan por objeto la realización de operaciones de seguro en condiciones equivalentes a las de las entidades aseguradoras privadas. Se ajustarán íntegramente a esta Ley y quedarán sometidas también, en el ejercicio de su actividad aseguradora, a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y a la competencia de los tribunales del orden civil.

⁴⁴ Instrucción de 11 de septiembre de 2.000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ante la consulta formulada por la Dirección General de Seguros sobre la forma de acreditar ante Notario y Registrador la constitución de las garantías a que se refiere el art. 20.1 de la LOE (BOE nº 227, de 21 de septiembre de 2000).

rran determinados presupuestos; que el tomador actúe de forma que no haya dudas sobre que se trata de contratación por cuenta de otro, que el asegurador conozca y consienta que el seguro se suscriba por cuenta de un tercero y que se determine el sujeto asegurado.⁴⁵

Así, el seguro de caución, es siempre un seguro por cuenta ajena, los asegurados, independientemente de que contrate el promotor o el constructor, serán los sucesivos adquirentes del edificio. El seguro de daños, se constituirá por cuenta ajena, cuando el edificio o partes de éste hayan sido adquiridos por terceras personas.

4.2. Requisitos objetivos de los seguros de la construcción

Pese a que la finalidad de las garantías establecidas en el artículo 19.1 de la LOE es asegurar la indemnización de los daños descritos en el art. 17.1, la comparación de ambos preceptos, deja patente la falta de coincidencia entre los daños descritos en el art. 17.1 y aquéllos cuyo resarcimiento se garantiza a través de los seguros contemplados en el artículo 19.1. Ahora bien, pese a las discrepancias, debemos entender que los seguros del artículo 19.1, cubre todos los daños del artículo 17.1, entendiendo algún sector doctrinal, que la vaguedad del art. 19, queda subsanada con la larga enumeración del apartado nueve en el que se recogen las exclusiones de cobertura.

a. Los daños materiales

A pesar de que el artículo 1.591 del CC declara resarcibles los daños y perjuicios causados por la ruina⁴⁶, la LOE realiza una fuerte restricción de la cobertura de la responsabilidad decenal, centrándose exclusivamente en los daños materiales causados en el edificio por los vicios y defectos que se determinan en el art. 17.1 de la LOE, y únicamente respecto de unos sujetos concretos, los propietarios y terceros adquirentes. Esta restricción, no implica que los daños que quedan fuera del concepto no sean objeto de cobertura, sino que no se



les aplicará el régimen de responsabilidad y aseguramiento obligatorio previsto en la LOE.

b. Daños en el edificio

Uno de los presupuestos básicos para el ejercicio de la acción de responsabilidad, es que los daños materiales indemnizables, se produzcan en un edificio, continuando de esta forma la LOE con el criterio seguido por el artículo 1.591 del CC.

Aunque no encontramos una definición del término, la delimitación del ámbito de aplicación que realiza la LOE en el artículo 2.1, parece darnos una respuesta a esta cuestión. Los rasgos que parecen desprenderse del mismo son:

1. Tiene que tratarse de un edificio de carácter permanente, quedando excluidas las construcciones que, por su naturaleza, no están llamadas a cubrir necesidades permanentes, ya que resultaría carente de sentido aplicarles un plazo de garantía superior al de su propia temporalidad.
2. Que su uso principal sea uno de los enumerados por la Ley. El apartado tercero, completa los requisitos del artículo 2, incluyendo dentro del concepto de edificación las “instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio”

⁴⁵ BRENES CORTÉS, J. “Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación”, nos insiste la autora en que no es necesario que la determinación se haga de forma nominativa. Así pues, de todos los elementos que integran el interés, el único que puede quedar sin concretarse cuando se estipule el contrato de seguro es el titular. En este sentido, el inciso final del primer párrafo del artículo 7 de la LCS establece que “el tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden”.

⁴⁶ Lo que provocaba que se defendiera jurisprudencialmente la inclusión como resarcible de cualquier daño cuya causa fuera la ruina, incluyendo el daño moral.



La regulación de la LOE, plantea como cuestión fundamental, si la Ley se refiere sólo a las nuevas construcciones, o se amplía a las obras de reparación. Aunque estas últimas, pudieran entenderse incluidas desde el punto de vista gramatical, si no suponen alteración de la configuración arquitectónica, quedan fuera del ámbito de aplicación de la responsabilidad por vicios regulada en el artículo 17 de la LOE, quedando sometidas al régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual, lo que implica una clara ruptura con la jurisprudencia mantenida bajo el régimen del artículo 1.591 del CC.⁴⁷

También quedan excluidas como obras de edificación, las nuevas construcciones de escasa entidad y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y que se desarrollen en una sola planta, según el art. 2.2.a) de la LOE.

El supuesto de la Residencia Geriátrica merece un breve análisis por nuestra parte; se centra el debate en determinar si las garantías exigidas en el artículo 19 de la LOE, han de constituirse en estos casos.

Unos de los objetivos de la LOE, es garantizar a los propietarios de todas las modalidades de edificaciones sujetas a su ámbito de aplicación, sea el promotor original o el adquirente posterior del todo o parte de lo edificado, frente a una serie de daños de diverso tipo a través de la obligación que impone de contratar seguros que los cubran en determinadas condiciones (artículo 19). De momento esa obligación aparece restringida por la disposición adicional segunda en un doble sentido: de un lado, en cuanto al tipo de daños a asegurar, al limitarlos a los previstos en el apartado c) de dicho artículo; y de otro, en cuanto al tipo de construcciones, al exigirla tan sólo para aquellas cuyo destino principal sea el de vivienda.

En la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2.003⁴⁸ objeto de análisis, el Notario pone de manifiesto la dificultad que encierra diferenciar el concepto “vivienda” y “residencia”; así, se parte de la búsqueda de un concepto jurídico de vivienda

a través de una interpretación sistemática de los diversos textos legales, poniéndose de manifiesto lo difícil que es lograr una adecuada armonía entre los distintos miembros que integran el complejo cuerpo del ordenamiento jurídico. El concepto “vivienda” se toma en distintos sentidos, por lo general ligado a una situación de hecho, al concreto destino que se da a una construcción, más que a una situación objetiva, la aptitud o posibilidades de uso más adecuado para la misma. Los calificativos de habitual y en muchas ocasiones el de familiar acompañan al sustantivo, aunque sin precisar qué condiciones han de darse para merecerlo⁴⁹.

El mismo criterio prima en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, donde no se atiende tanto a las características físicas o aptitud de la edificación como al destino para el que se arrienda cuando su artículo 2 distingue entre el arrendamiento de vivienda y el que tenga un uso distinto, pues si determina el primero como el que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, excluye por su destino, que no por sus características físicas, la cesiones en arrendamiento por temporada cuando el destino de lo arrendado sea una actividad industrial, comercial, etc.

La Ley de Propiedad Horizontal, por su parte, utilizaba originalmente los términos “piso o local” hasta que han comenzado sus reformas y se ha introducido en ella el de “vivienda”, art. 9.1.c),e),i), para seguir contraponiéndolo al de local, pero sin establecer criterios diferenciales entre ellos, algo por lo demás intrascendente a los efectos de dicha Ley.

Si el concepto de vivienda –de “vivere”–, tener vida más que lugar en el que vive, hace referencia a una construcción humana o el simple refugio natural en el que se vive o mora, ese vivir o morar implican la idea de cierta habitualidad o permanencia, lo que permitiría involucrar en la lid ese otro término, el de morada (de “morari” detenerse, quedarse). Residencia, por su parte, es el lugar donde se reside o vive permanentemente –de “residere”, permanecer–, concepto difícilmente diferenciable

⁴⁷ BRENES CORTÉS, J., entiende que sí resultan amparadas por el régimen de responsabilidad de la LOE las obras de reparación llevadas a cabo en los edificios a los que se refiere el apartado 2 c) del artículo 2, ya que este precepto no exige que tales obras alteren la configuración arquitectónica de la edificación.

⁴⁸ Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 8 de febrero de 2.003, 2003/6083.

⁴⁹ Ver arts. 90, 1320 y 1321 del CCiv., 693 de la LECiv.

del de vivienda. No parece que la solución pueda encontrarse en ese análisis de la sutil terminología utilizada por la Ley.

La responsabilidad que el artículo 17 regula a cargo de las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación lo es en favor de los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos en el caso de que fueran objeto de división, en tanto que los beneficiarios de las garantías que obliga a prestar como asegurados son el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio a parte del mismo, en definitiva los propietarios inicial o sucesivos, sean a la vez usuarios o tenga cedido el uso a un tercero. No se puede, por tanto equiparar a los usuarios de una residencia con los adquirentes de viviendas, pues el régimen de garantías de la Ley estaría destinada en el primer caso a proteger al propietario, fuera el promotor inicial o sucesivos adquirentes de la edificación, no a sus usuarios como tampoco serían destinatarios de las garantías exigidas para las viviendas los usuarios de las mismas distintos de los propietarios.

c. Clasificación de los daños en la LOE

La LOE exige para la indemnización del daño, que pueda incluirse en alguna de las tres categorías previstas en el artículo 17.1⁵⁰; para ello, el precepto objeto de estudio, utiliza dos criterios distintos: el tiempo en el que el daño se ha de producir, y el tipo de vicio o defecto causante de dicho daño.

Partiendo del mismo, se fija una responsabilidad durante diez años por los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a elementos estructurales que comprometan directamente la resistencia y estabilidad del edificio; durante tres años por los daños que supongan incumplimiento de los requisitos de habitabilidad; y durante un año por los daños derivados de vicios o defectos de ejecución de elementos de

terminación o acabado. Se aparta la LOE del criterio seguido en el artículo 1.591 del CC, ya que los tipos de vicios no se utilizan como criterios de imputación de responsabilidad decenal, sino como parámetros que delimitan el daño material que va a resultar indemnizable.

En la LOE los criterios de imputación de la responsabilidad en que pueden incurrir cada uno de los agentes intervinientes, se deducen de los artículos que se recogen en este cuerpo legal dedicados a delimitar y definir las competencias de cada uno de ellos, los artículos 10 y siguientes.

También existe diferencia en el origen de los daños resarcibles; ya que, mientras que el artículo 1591 del CC el origen o causa generadora es irrelevante a la hora de aplicar la responsabilidad decenal, en la LOE, se fijan los distintos plazos de garantía según la naturaleza y el origen del vicio o defecto causante del daño material y los elementos de construcción a los que afectan.

Es importante subrayar también, que para el nacimiento de la responsabilidad en la LOE, y salvo que se trate de vicios o defectos que afectan a elementos de terminación o acabado, el daño tendrá que afectar a alguna de las concretas utilidades predicables de los edificios, no siendo suficiente que provenga de determinados elementos estructurales de la edificación; es decir, tendrán que comprometer la resistencia mecánica y la estabilidad de los edificios en el caso de daños cubiertos por la garantía decenal, mientras que los daños cubiertos por la garantía trienal han de ocasionar el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.

Antes de hacer un breve análisis de los distintos daños regulados en la Ley, apuntaremos otra de las novedades importantes de la regulación; la responsabilidad por vicios y defectos de construcción no aparece condicionada a que aquéllos revisitan la consideración de graves.

⁵⁰ Art. 17.1 de la LOE: "Sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales, las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, de los siguientes daños materiales ocasionados en el edificio dentro de los plazos indicados, contados desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas:

- a. Durante diez años, de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes las vigas, los forjados, los muros de carga u otros que afecten a los elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.
- b. Durante tres años, los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartador 1, letra c), del artículo 3.

El constructor también responderá de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año".



c-1. Daños por vicios o defectos que afecten a elementos estructurales y que comprometan directamente la resistencia y estabilidad del edificio.

Tal y como hemos indicado anteriormente, para que nazca la responsabilidad decenal, de acuerdo con el artículo 17.1 a) de la LOE, no es suficiente con que los daños materiales afecten a elementos estructurales, sino que es necesario que, además, el daño comprometa la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio. En este sentido, la exposición de motivos de la LOE es muy clarificadora⁵¹.

Del tenor del mismo, podemos deducir que el daño resarcible, es “el compromiso de estabilidad”. La LOE restringe los supuestos que pueden dar lugar a responsabilidad decenal, excluyéndose casos en los que, aún incidiendo en la habitabilidad, no llegan a afectar o comprometer la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

El carácter restrictivo se manifiesta también en la exclusión de su régimen de los defectos estructurales de las instalaciones fijas, equipamiento y elementos de urbanización que, sin formar parte integrante del edificio, estén adscritos a él.

c-2. Daños que supongan incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.

El artículo 17.1.b) hace referencia a los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3. Se trata de aquellos defectos que aún no afectando a la estabilidad de la edificación, la hagan inútil o

inservible para el destino que le es propio y afectan a los elementos sustanciales o esenciales de la construcción; de aquellos vicios o defectos que hacen la vivienda inapropiada para lo que fue proyectada, construida y vendida, es decir, para vivir y descansar; o en otros términos, hacen inapta una vivienda para servir de morada dentro de los límites del decoro, higiene y salubridad de la misma. Es necesario hacer algunas precisiones para comprender esta norma.

En primer lugar, los daños materiales deben afectar a la habitabilidad. Al igual que ocurría en el caso anterior, no se concreta cuales son esos vicios o defectos, aunque por lógica exclusión, no deberán afectar a los elementos estructurales. BRENES considera como tales, *“aquéllos que, aún no afectando a la estabilidad de la edificación, la hagan inútil para el destino que le es propio, y por tanto, convierten al inmueble en inapropiado para el uso para el que fue proyectado, construido y vendido”*.

En segundo lugar, la expresión “elementos constructivos” es más amplia de lo que se desprende de la enumeración del art. 17.1 a). En cuanto a las instalaciones cuyos vicios o defectos pueden hacer surgir responsabilidad de conformidad con el artículo 2.3 LOE, deben considerarse como tales las instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio.

En tercer lugar, el art. 19.1 b) exige que los vicios ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c) del artículo 3 de la LOE⁵². Este precepto, contiene una cláusula de

⁵¹ Así en su punto 5, resume que la responsabilidad decenal se circunscribe a los daños materiales “que resulten de vicios o defectos que afecten a la seguridad estructural del edificio”, por lo que debe entenderse que el plazo de responsabilidad de diez años se refiere a aquellos casos en los que pelagra la seguridad de la estructura.

⁵² Art. 3.1 c): “Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes:

c) *Relativos a la habitabilidad:*

c1. *Higiene, salud y protección del medioambiente, de tal forma que se alcancen condiciones aceptables de salubridad y estanqueidad en el ambiente interior del edificio y que éste no deteriore el medio ambiente en su entorno inmediato, garantizando una adecuada gestión de toda clase de residuos.*

cierre en la que se mantiene la obligatoriedad de que los elementos constructivos y las instalaciones permitan un uso satisfactorio del edificio.

Con relación a este último requisito hemos de decir que, a diferencia de lo que ocurre con los vicios o defectos estructurales, en este supuesto no es suficiente con que los vicios o defectos “comprometan la habitabilidad”; tiene que producirse, además, en el plazo de tres años el siniestro descrito en el artículo 19.1 b) como “incumplimiento de los requisitos de habitabilidad”, y esa habitabilidad debe referirse, no sólo al edificio individualmente considerado, sino también a las instalaciones fijas, equipamiento y elementos de urbanización que sin formar parte integrante de aquél permanezcan adscritos al mismo (art. 2.3 LOE)

c-3. Daños por vicios o defectos de ejecución de elementos de terminación o acabado.

Finalmente, se limita a un año el plazo de garantía en que han de aparecer los vicios o defectos que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras para que pueda exigirse la responsabilidad por los daños materiales ocasionados en el párrafo segundo del apartado 1 b) del artículo 17 de la LOE.

En este caso, la responsabilidad no es conjunta de los distintos agentes que intervienen en la construcción, sino que se centra en la figura del constructor; aunque se olvida que el director de las obras y el director de su ejecución, son responsables, según la LOE, de la calidad de la obra y de la elaboración del certificado de obra.⁵³

La Asociación de consumidores estimó muy acertada la inclusión de este tipo de responsabilidad, ya que el acabado es una de las causas más frecuentes de queja de los consumidores. Estos defectos, constituyen los tradicionalmente denominados “vicios menores”.⁵⁴

Se incluyen en este grupo, las simples deficiencias o desperfectos, los casos de ciertos remates de margen o menor importancia, las imperfecciones corrientes que no alcanzan la trascendencia suficiente para entorpecer el uso de la vivienda y sólo pueden generar cierta incomodidad subsanable; los defectos de fácil solución y poco coste, daños materiales sin repercusión alguna sobre la seguridad o habitabilidad del edificio y que de ordinario son fácilmente apreciables en el mismo momento de la recepción, lo que ha llevado a algún sector doctrinal a defender que se trata de vicios aparentes.

En este supuesto, la LOE ofrece al constructor la posibilidad de sustituir el seguro que debe concertar para garantizar la reparación de los defectos de terminación o acabado, por la retención por el promotor del 5% del importe de la ejecución material de la obra. La dificultad práctica que no obstante se produce, es que tal previsión no contempla ningún mecanismo que permita dejar constancia de que la retención se ha producido, por lo que a efectos de prueba, suele encerrar dificultad; además si el vicio diera lugar a un deber de indemnización a cargo del constructor, el hecho de que el promotor tenga fondos “retenidos” no garantiza ni que éste sea solvente ni que cumpla con sus obligaciones ya sea por dolo o por simple negligencia.

c.2. Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades.

c.3. Ahorro de energía y aislamiento térmico, de tal forma que se consiga un uso racional de la energía necesaria para la adecuada utilización del edificio.

c.4. Otros aspectos funcionales de los elementos constructivos o de las instalaciones que permitan un uso satisfactorio del edificio”

⁵³ MERCHAN GABLADÓN, F.: “Manual de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación”, editorial Dossat.

⁵⁴ ABASCAL MONEDERO, P. J.: “La responsabilidad por vicios en la construcción: Análisis del art. 1591 del Código Civil”, autor – editor, 1999, define este tipo de vicios como defectos constructivos, equiparables a imperfecciones corrientes que no afectan a la utilidad, solidez o habitabilidad del inmueble.



4.3. Duración de las garantías obligatorias.

De la lectura conjunta de los artículos 19.4 y 19.2 b) de la LOE⁵⁵, deducimos que los seguros obligatorios regulados en la Ley, tendrán la duración mínima de los plazos de responsabilidad y garantía previstos en los artículos 17 y 19 LOE respectivamente, sin que, con anterioridad puedan devenir ineficaces.

Respecto al momento a partir del cual comienza dicha cobertura, parece admitirse con carácter general la recepción⁵⁶ como punto de partida; si bien, conviene distinguir entre la llamada “recepción provisional” y la “recepción definitiva”. La primera tiene una duración que comienza una vez finalizada la obra o cuando sólo faltan algunos detalles de terminación o acabado, estableciendo las partes en el contrato o con posterioridad la fecha en que operará y el periodo de duración, que oscila entre 6 meses y un año, y es a partir de este momento, cuando comenzaría la llamada “recepción definitiva”. Según CABANILLAS⁵⁷ se considera finalizada la obra cuando ha sido aprobada y recibida de forma definitiva. Las dificultades entre esta doble opción, hace que la LOE sólo contemple la recepción definitiva, sin que esto excluya un pacto en el contrato de obra de la recepción provisional.

La importancia de este, hace que la LOE le atribuya un carácter formal, requiriendo consignación en un acta firmada, al menos por el promotor y el



constructor, cuyo contenido queda perfectamente definido en el apartado 2 del artículo 6 de la LOE⁵⁸

En el análisis de este apartado, resulta esencial establecer el momento exacto en el que tiene lugar el siniestro, para de esta forma, poder afirmar si se encontraba cubierto o no⁵⁹.

⁵⁵ Art. 19.4 “una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo antes del plazo de duración previsto en el apartado 1 de este artículo”.

Art. 19.2 b) “los seguros de daños materiales reunirán las condiciones siguientes:

b. La prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en periodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía”

⁵⁶ La Ley define la recepción como “el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes”. Art. 6.5 de la LOE: “El cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida según lo previsto en el apartado anterior”.

⁵⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “La recepción de la obra en el código civil y en la ley de ordenación de la edificación” en Anuario de derecho civil ISSN 0210-301X, Vol. 55, Nº 2, 2002.

⁵⁸ Art. 6.2 de la LOE: “... en la misma se hará constar:

a. Las partes que intervienen.
b. La fecha del certificado final de la totalidad de la obra o de la fase completa y terminada de la misma
c. El coste final de la ejecución material de la obra.
d. La declaración de la recepción de la obra con o sin reservas, especificando, en su caso, éstas de manera objetiva, y el plazo en que deberán quedar subsanados los defectos observados. Una vez subsanados los mismos, se hará constar en un acta aparte, suscrita por los firmantes de la recepción.
e. Las garantías que, en su caso, se exijan al constructor para asegurar sus responsabilidades.

Así mismo, se adjuntará el certificado final de obra suscrito por el director de obra y el director de la ejecución de la obra.

⁵⁹ TAPIA HERMIDA, A. J.: “Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente” RDM nº 233, julio-septiembre de 1.999; resume este autor las distintas posturas que se han venido manteniendo a este respecto.

4.4. La declaración del riesgo.

Es obligación del tomador y del asegurado, informar del acaecimiento del siniestro, declarar el riesgo, así como las circunstancias que agraven el mismo⁶⁰. Respecto a esto último, las circunstancias que deben declararse son hechos nuevos y relevantes, en caso de incumplimiento de este deber comunicación de la agravación, establece el artículo 12.2 de la LCS que, si el asegurador tiene conocimiento de la agravación indirectamente, puede proponer la modificación del contrato o denunciarlo, pero que si no ejerce ninguna de estas facultades no se producirán los efectos que la Ley prevé para el caso de que se haya producido siniestro.⁶¹

El caso contrario viene contemplado en el art. 13 de la LCS⁶², en el supuesto de disminución del riesgo, en el que la Ley otorga a tales personas una facultad cuyo ejercicio tiene unas limitadas consecuencias prácticas; reducción del importe al finalizar el periodo en curso cubierto por la prima, si bien, en caso de negativa del asegurador, se facultaba al tomador a resolver el contrato con devolución de la diferencia entre la prima satisfecha y la que le hubiera correspondido pagas desde el momento de la comunicación de la disminución del riesgo.

4.5. Régimen de la prima en la LOE.

Todos los seguros obligatorios regulados en la LOE se contratan a cambio del pago de una prima que se integrará en un fondo formado por todas las cobradas por el asegurador y que él gestionará con la finalidad de que, en caso de que el riesgo se actualice, sea efectivamente satisfecha la indemnización a los asegurados. Así pues, los aseguradores administran las primas, con la única finalidad de

afrontar las posibles consecuencias del siniestro que afecte a algún asegurado. La existencia de la prima resulta necesaria para afrontar el pago de los siniestros que sobrevengan, razón por la cual es fundamental su pago anticipado, si bien existen supuestos en los que se anticipa la cobertura al cobro de la prima.

La regulación se encuentra en el art. 19.2.b)⁶³; ante la existencia de construcciones de gran tamaño, la LOE, prevé la posibilidad de pago fraccionado, entrando en vigor la cobertura en el momento en que esté abonada en su totalidad.

A. El cálculo de la prima

Dados los grandes costes que se derivan de los defectos relacionados con la materia objeto de estudio, el cálculo correcto de la prima, exigirá, no sólo la valoración particular del asegurador de la entidad, duración riesgos, etc de la obra, sino la realización de costosos estudios técnicos. La cuestión se complica debido a la larga duración de la cobertura que puede hacer que las circunstancias varíen a lo largo del tiempo.

Antes de la entrada en vigor de la LOE, el cálculo de primas se obtenía aplicando al importe de la construcción una o más tasas porcentuales, tasas que se fijaban para cada obra en el condicionado particular. La prima quedaba pues condicionada a la importancia de la obra, debiendo comunicarse cualquier modificación al asegurador, quien, de forma automática procedía a la variación de las cantidades pactadas.

En el régimen actual, toma como punto de partida el importe del proyecto, a fin de averiguar el importe de la suma asegurada, que se obtendrá

⁶⁰ Art. 11 LCS: "El tomador del seguro o el asegurado deberán durante el curso del contrato comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas".

⁶¹ Los efectos son: de acontecer el siniestro y no habiendo mala fe en el tomador o el asegurado, el asegurador queda liberado de su prestación; si, por el contrario se produce el siniestro pero no hubo mala fe, el asegurador estará obligado a cumplir con su prestación, pero ésta se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo.

⁶² Art. 13 de la LCS: "Hasta la fecha de comienzo de la garantía el tomador del seguro o el asegurado podrán poner en conocimiento del asegurador todas las circunstancias que disminuyan el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato, lo habría concluido en condiciones más favorables para el Tomador del Seguro. En tal caso, el Asegurador deberá reducir el importe de la prima en la proporción que corresponda, teniendo derecho el Tomador del Seguro, en caso contrario, a la resolución del contrato y a la devolución de la prima satisfecha, deduciendo los gastos incurridos y acreditados por el Asegurador".

⁶³ Art. 19.2.b): "La prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en periodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía".



añadiendo la cuantía de los honorarios profesionales al coste de ejecución material de la obra y los recargos y tributos correspondientes.

B. La obligación de pago de la prima.

Existe una primera prima de carácter provisional correspondiente al momento de perfección del contrato de seguro, y otra definitiva, que se abonará en el momento de recepción de la obra. La obligación de pago de la prima resulta de la propia LCS, cuyo artículo 14 dispone: “*el tomador del seguro está obligado al pago de la prima*”. En caso de agravación del riesgo⁶⁴, el asegurado también deberá cumplir con la obligación de pago de la misma.

En relación con este tema nos preguntamos quién debe pagar la prima en los supuestos de fraccionamiento de la misma cuando existe transmisión del edificio antes de su total satisfacción. Si partimos del ya expuesto artículo 14, la obligación recaería en el tomador, no obstante, el artículo 34.3 de la LCS dispone “*serán solidariamente responsables del pago de las primas vencidas en el momento de la transmisión el adquirente y el anterior titular o, en el caso de que éste hubiera fallecido, sus herederos*”. Deducimos por tanto, que en caso de impago de la prima, los adquirentes posteriores, asumirían la condición de asegurado, junto con la obligación de pago de la parte de prima no pagada, sin perjuicio de la posterior facultad de repetición contra el vendedor del propio adquirente.

5. Requisitos de contratación del seguro de garantía decenal. Resumen del procedimiento

5.1. Requisitos previos de admisibilidad.

La dificultad que esta materia provocaba, da lugar, entre otras razones, a la aprobación del Código Técnico de la Edificación⁶⁵, encargado de dar cumplimiento a los requisitos básicos de la edificación establecidos en la LOE, con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad, la sostenibilidad de la edificación y la protección del medio ambiente. Así la LOE, en su dis-

posición final segunda, autorizaba al Gobierno para que, mediante Real Decreto, aprobara un Código Técnico de la Edificación en el que se establecieran las exigencias básicas que deben cumplirse en los edificios, en relación con los requisitos relativos a la seguridad y a la habitabilidad, enumerados en los apartados b) y c) del artículo 3.1.

Indica la exposición de motivos, que la aprobación del Código supone la superación y modernización del vigente marco normativo de la edificación en España, regulado por el Real Decreto 1650/1977, sobre normativa de la edificación, que estableció las Normas Básicas de la Edificación, como disposiciones de obligado cumplimiento en el proyecto y la ejecución de los edificios, creando a la vez un marco normativo homologable al existente en los países más avanzados y armonizando la reglamentación nacional existente en la edificación con las disposiciones de la Unión Europea vigentes en esta materia.

La necesidad de crear un órgano que, al tiempo que impulse el desarrollo y actualización permanente del Código Técnico de la Edificación, en atención a la evolución técnica y a las necesidades de la sociedad, pueda elaborar propuestas y hacer recomendaciones sobre las estrategias políticas y medidas pertinentes en materia de sostenibilidad, innovación y calidad de la edificación, provoca la creación del Consejo para la Sostenibilidad, Innovación y Calidad de la Edificación, que, por otro lado, implica el cumplimiento de lo que viene denominándose como cuarta dimensión de la sostenibilidad: la participación. Tanto es así que en el Consejo estarán presentes la Administraciones Públicas y los agentes económicos y sociales implicados en los procesos edificatorios, garantizándose, de esta manera, una amplia participación en las actuaciones de desarrollo del Código Técnico de la Edificación.

Son varias las causas que hacen que la contratación de un seguro de garantía decenal, requiera de un proceso más complejo, comparado con cualquier otro seguro; la extensión de su contenido, la duración en el tiempo del periodo de cobertura, la necesaria intervención de un organismo de control...etc, estos y otros factores determinan que a

⁶⁴ Ver artículos 11 y 12.

⁶⁵ Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, Edificios. Aprueba el Código Técnico de la Edificación. Publicado en el BOE de 28 de marzo de 2006, num. 74 (página 11816).

la hora de suscribir este tipo de seguro se observen una serie de exigencias, no sólo con carácter previo, sino también en el transcurso de la propia obra.

El promotor que tenga la intención de suscribir una póliza de seguro decenal, deberá contratar con el Organismo de Control Técnico, quedando el organismo desde ese momento encargado de realizar el control técnico del proyecto y de la ejecución de la obra. De forma más concreta, y partiendo de la memoria de la obra y del proyecto de ejecución de los trabajos a desarrollar, debe elaborar un informe de definición del riesgo, analizando en el mismo, el diseño, informe geotécnico y cálculos efectuados.

Aunque lo preferible es que dicho informe se realice antes del comienzo de la edificación, la dificultad de mismo, hace que el asegurador pueda admitir hasta un mes de demora. En el documento inicial, el propio controlador indicará el número de informes adicionales que sean oportunos realizar durante la ejecución de la obra, variando según la naturaleza de la construcción.

Tras el análisis del informe y la documentación aportada, el asegurador decidirá si acepta el riesgo, en cuyo caso fijará las condiciones económicas y las franquicias correspondientes. Por último, procederá a la emisión de la póliza con carácter provisional, hasta su entrada en vigor. Es este el momento en que el tomador abonará la totalidad de la prima, salvo que haya sido pactado el fraccionamiento de pago, en cuyo caso, el abono no podrá ser inferior al 25% de la totalidad del precio convenido.

5.2. Verificación y seguimiento de la obra.

La función del organismo de control, tal y como su nombre indica, es verificar las fases de la construcción, emitiendo los informes que correspondan y comunicando cualquier defecto que pudiera poner en peligro la estabilidad o la solidez de la construcción; comunicación que realizará tanto al asegurado como al asegurador.

La siguiente fase, una vez realizada la construcción, será la emisión por parte del director de la obra y del director de ejecución, de un certificado final, procediendo a la entrega de la obra al promotor; entrega que se realizará mediante la firma del acta de recepción, en los términos indicados en el

artículo 6 de la LOE, si bien es cierto que se faculta al asegurador a exigir un requisito adicional cual es, la intervención del organismo y control, realizando éste las reservas que estime oportunas.

Para el supuesto particular de rechazo de la recepción de la obra, el acta tendrá que recoger los motivos de tal y rechazo, estableciendo igualmente un plazo para la reparación.

5.3. Entrada en vigor de la cobertura.

Dos tipos de reservas puede contener el informe final de obra; la existencia de reservas técnicas importantes, que se recogerán en un acta individual adjuntado al informe general, y una relación de defectos menores que no afecten a las coberturas del seguro.

Si, recibidos los diferentes informes, acta de recepción y declaración del tomador sobre el coste definitivo, el asegurador emite un suplemento de entrada en vigor de la cobertura, tendrá que recoger en el mismo los siguientes puntos:

- a. Garantías otorgadas.
- b. Suma asegurada.
- c. Reservas técnicas especificadas por el organismo controlador con exclusión de los daños derivados de ellas.
- d. Fecha de toma de efecto.

En cuanto a las partes afectadas por algunas de estas reservas, la toma de efecto se retrasa hasta que no hayan sido subsanadas y el controlador haya emitido la correspondiente acta de cancelación.

6. Requisitos de escrituración e inscripción

El artículo 20 de la Ley, establece una serie de medidas que tienen como finalidad el forzar el cumplimiento de la obligación de otorgar los seguros.

Así en su número primero, dispone que “no se autorizarán ni se inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que sea de aplicación esta Ley, sin que se acredite y testimonie la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19”.

La consecuencia de esto es que, si se impide la escrituración e inscripción en el Registro de la



Propiedad de las declaraciones de obra nueva del edificio construido, quedará impedida la posibilidad de inscribir el título constitutivo de la propiedad horizontal y, en consecuencia, las transmisiones posteriores de las unidades privativas en que se pueda dividir el edificio⁶⁶. De esta forma se fuerza al único sujeto actual obligado a otorgar algún seguro, el promotor, a contratar el seguro decenal para proceder a la venta de las viviendas, en el caso de que se hubiera dividido el edificio construido.

Sin embargo, dicha obligación de concertar el seguro decenal, sólo existe respecto de los edificios que vayan a ser destinados de modo principal a servir de viviendas y no respecto de cualesquiera otros, aun cuando a la construcción de los mismos se deba aplicar también la Ley de ordenación de la edificación. Por lo tanto, la expresión del número 1 de este artículo 20 es inexacta por excesiva.

Por otra parte, aunque la Ley no distingue en cuanto al tipo de declaración de obra nueva (terminada o en construcción) de que se trate, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 20 de marzo de 2000, que se dictó resolviendo una consulta de la Asociación de promotores y constructores de España, entendió que la acreditación de la constitución de las garantías obligatorias previstas por la Ley, sólo era necesaria para la inscripción de la declaración de obra nueva terminada o para la autorización de las actas de finalización de obra nueva, por lo que podían continuar inscribiéndose las declaraciones de obra nueva en construcción sin dicha acreditación.⁶⁷

En resumen, sólo se exigirá la acreditación de la constitución de las garantías para inscribir la declaración de obra nueva terminada o autorizar las actas notariales acreditativas de la terminación de las obras, no exigiéndose, por el contrario, cuando

se trate de la declaración de obra nueva otorgada en documento administrativo.

La Instrucción de 11 de septiembre de 2000, estableció la forma en que debía acreditarse la constitución de las garantías establecidas en la Ley ante los Notarios y Registradores. Así dispone:

“La acreditación se realizará mediante presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento en que se acredite su entrada en vigor, mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato, o mediante el suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato. En todo caso deberán expresarse al menos las siguientes circunstancias:

- a. *Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación:*
 1. *Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o al acta de finalización de obras.*
 2. *Su referencia catastral de solar o edificio en su conjunto, o manifestación expresa de que carece de ella.*
 3. *Datos registrales si la finca estuviera inscrita.*
 4. *Plano de situación del solar o edificio en su conjunto.*
- b. *Relativas al seguro:*
 1. *Calificación y modalidad del seguro,*

⁶⁶ Véase MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M. “Requisitos para la escrituración e inscripción” en SALA SANCHEZ, P. (coord.), Derecho de la Edificación, 2ª edición, Barcelona, 2001.

⁶⁷ En este, la DGRN señala: “Este Centro Directivo acuerda resolver la consulta formulada de manera que las obras nuevas realizadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, se ajusten a los siguientes criterios.

1º.- Los Notarios y Registradores de la Propiedad tan sólo exigirán la acreditación de la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, al autorizar o inscribir, respectivamente, las escrituras de declaración de obra nueva terminada y las actas de finalización de obras.

2º.- En la autorización o inscripción de escrituras de obra nueva en construcción no se exigirá la prestación de las citadas garantías. Se hará constar al pie del título el carácter obligatorio de la constatación registral de la finalización de la obra, momento en el cual procederá la exigencia de tales garantías.

3º.- En la autorización o inscripción de compraventas, hipotecas y demás negocios jurídicos sobre inmuebles en construcción, los Notarios y Registradores de la Propiedad advertirán expresamente y harán constar al pie del título, respectivamente, la circunstancia de no constar registralmente la finalización de la obra ni la prestación de las garantías legalmente exigidas a los efectos de los artículos 19 y 20.1 y disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre”.

- esto es, si se trata de un seguro de daños o de caución, con expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y que se rige por lo dispuesto en la citada Ley y en lo no previsto en ella, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
2. *Garantías cubiertas, que deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 de la Ley 38/1999, sin exclusión, con expresión de la fecha en que han entrado en vigor.*
 3. *Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución.*
 4. *Plazo de vigencia, que será al menos el de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra, con expresión de esta fecha.*
 5. *El importe y forma de pago de la prima, expresando en su caso, el fraccionamiento estipulado y que se ha pagado la primera prima, o al menos, una fracción de la misma.*
 6. *La franquicia convenida, con un máximo del 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral.*
 7. *Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o constructor de la edificación.*
 8. *Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros.*
- c. *Relativas a la entidad aseguradora:*
1. *Identificación de la compañía o entidad aseguradora.*
 2. *Autorización para operar en España.*
 3. *Nombre y apellidos de quien firma la póliza, certificado o suplemento y concepto en el que interviene. La firma estará legitimada, pudiendo hacer-*

se la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz.”

EL REGISTRO MERCANTIL: EXIGENCIAS PARA CANCELAR LAS INSCRIPCIONES DE EMPRESARIOS INDIVIDUALES Y SOCIEDADES PROMOTORAS.

El apartado segundo del artículo 20 de la LOE establece que “cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones a que se refiere el artículo 18, no se cerrará en el Registro Mercantil la hoja abierta al promotor individual ni se inscribirá la liquidación de las sociedades promotoras sin que se acredite previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas por esta Ley, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido”; impide, por tanto, el cierre en el Registro Mercantil de la hoja abierta al promotor individual y la inscripción de la liquidación de las sociedades promotoras, si no se acredita previamente al Registrador la constitución de las garantías establecidas en la Ley, a las que ya hemos hecho referencia anteriormente.





A juicio de STRUCH⁶⁸, la efectividad de esta norma, comparada con la del número primero del propio artículo 20, es nula. Así, afirma que el hecho de que una sociedad no haya inscrito en el Registro Mercantil su extinción no conlleva ningún perjuicio para los socios de la misma o, incluso, para sus administradores o liquidadores. De hecho, en España es frecuente la existencia de sociedades inactivas cuya disolución o liquidación no se ha inscrito en el Registro Mercantil, ahora bien, siempre que no exista causa de extinción de la Sociedad, en cuyo caso la responsabilidad que podría derivar para los administradores es clara en la Ley.

Por otro lado, recuerda que, los promotores individuales, en la mayoría de las ocasiones no se encuentran inscritos, ya que como se establece en el propio art. 19 del Código de Comercio, la inscripción es potestativa.

Otra de las dificultades subrayadas por el citado autor, es que es muy difícil que el Registrador Mercantil pueda comprobar la concurrencia de los requisitos que exige la Ley para proceder al cierre de la hoja abierta a cada promotor individual o para la inscripción de la extinción de la sociedad promotora.

La Ley señala, que esta exigencia, se mantendrá mientras no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones reguladas en el artículo 18. Resulta confuso cuál es el límite temporal que el legislador quiere establecer. Como ya se dijo, el plazo de prescripción de las acciones establecidas en la LOE es de dos años, comenzando a contarse desde que se manifestaron los daños, si bien no debe olvidarse que para que nazcan dichas acciones será necesario que los daños se hayan producido dentro de los plazos fijados en el artículo 17.

Así pues, si interpretamos literalmente el precepto, obtendríamos como conclusión que únicamente se podrá inscribir en el Registro Mercantil el cierre de hoja y la extinción de la sociedad sin necesidad de acreditar la constitución de las garantías, si hubieran transcurrido dos años desde la aparición de daños en el edificio. Esta interpretación daría lugar a una imposibilidad práctica de aplicación.

Tampoco resulta satisfactoria una segunda interpretación propuesta por algún sector doctrinal, cual es, que la referencia a la prescripción realizada por el artículo 20, debe entenderse como referencia al tiempo máximo posible en el que se admite el ejercicio de las acciones que contempla la Ley. El problema se plantea en este caso, al dejar sin resolver el problema de la posible interrupción del plazo de prescripción de las acciones establecidas en la LOE y la forma de probar la fecha de la última promoción, pues el Registrador no podrá conocer si la edificación que le manifiestan, fue realmente la última que realizó la empresa o el promotor individual.

7. El código técnico de la edificación

El 17 de marzo de 2006, se aprueba el Código Técnico de la Edificación⁶⁹, en adelante CTE, encargado de dar cumplimiento a los requisitos básicos de la edificación establecidos en la LOE, con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad, la sostenibilidad de la edificación y la protección del medio ambiente. Así la LOE, en su disposición final segunda, autorizaba al Gobierno para que, mediante Real Decreto, aprobara un Código Técnico de la Edificación en el que se establecieran las exigencias básicas que deben cumplirse en los edificios, en relación con los requisitos relativos a la seguridad y a la habitabilidad, enumerados en los apartados b) y c) del artículo 3.1.

Indica la exposición de motivos, que la aprobación del Código supone la superación y modernización del vigente marco normativo de la edificación en España, regulado por el Real Decreto 1650/1977, sobre normativa de la edificación, que estableció las Normas Básicas de la Edificación, como disposiciones de obligado cumplimiento en el proyecto y la ejecución de los edificios, creando a la vez un marco normativo homologable al existente en los países más avanzados y armonizando la reglamentación nacional existente en la edificación con las disposiciones de la Unión Europea vigentes en esta materia.

La necesidad de crear un órgano que, al tiempo que impulse el desarrollo y actualización perma-

⁶⁸ ESTRUCH ESTRUCH, J.: "Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia", Editorial Thomson, Civitas, segunda edición.

⁶⁹ Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, Edificios. Aprueba el Código Técnico de la Edificación. Publicado en el BOE de 28 de marzo de 2.006, num. 74 (página 11816).

nente del CTE, en atención a la evolución técnica y a las necesidades de la sociedad, pueda elaborar propuestas y hacer recomendaciones sobre las estrategias políticas y medidas pertinentes en materia de sostenibilidad, innovación y calidad de la edificación, provoca la creación del Consejo para la Sostenibilidad, Innovación y Calidad de la Edificación, que, por otro lado, implica el cumplimiento de lo que viene denominándose como cuarta dimensión de la sostenibilidad: la participación. Tanto es así que en el Consejo estarán presentes la Administraciones Públicas y los agentes económicos y sociales implicados en los procesos edificatorios, garantizándose, de esta manera, una amplia participación en las actuaciones de desarrollo del CTE.

Entrando brevemente en su contenido, podemos apuntar, que se divide en dos partes:

- b. La primera, de carácter general, donde se establecen las condiciones que han de cumplir la estructura de los edificios, clasificando los usos, etc., fijando a su vez, los requisitos que deben darse en los edificios para que estén conformes con las normas de seguridad y habitabilidad requeridos en la LOE.
- c. La segunda, contiene los Documentos Básicos cuya adecuada utilización garantiza el cumplimiento de las exigencias básicas; procedimientos, reglas técnicas, ejemplos de soluciones que permiten determinar las características del edificio. Estos documentos no tiene carácter excluyente, y su adecuada utilización, garantiza el cumplimiento de las exigencias básicas.

Centrándonos en nuestro objeto de estudio, MAESO CABALLERO⁷⁰ nos recuerda que el CTE, establece los diferentes controles que han de llevarse a cabo, tanto en el proyecto, productos utilizados y ejecución de la obra, sin que, no obstante, se haya determinado qué organismo ha de llevar a cabo dicho control; a su juicio, lo adecuado es que se adjudique dicha responsabilidad a las entidades y laboratorios de control de calidad de la edificación reguladas en el artículo 14 de la LOE.

Finalmente y en lo referente a las garantías, apuntaremos que debido al endurecimiento de los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad del art. 3 b) y c), las compañías aseguradoras se ven obligadas a realizar el estudio de los riesgos que aseguran con un mayor control de los elementos que conforme a la ley pueden dar lugar a la responsabilidad decenal.



⁷⁰ MAESO CABALLERO, J. "Influencia del Código Técnico de la Edificación de 17 de marzo de 2006 en la determinación de la responsabilidad de los distintos agentes de la LOE", en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, nº 6 año 42, Junio 2006.



BIBLIOGRAFÍA:

1. ABASCAL MONEDERO, P. J.: "La responsabilidad por vicios en la construcción: Análisis del art. 1591 del Código Civil", autor – editor, 1999.
2. BARRES BENLLOCH, T.: "Seguro de caución: ¿Garantía personal o modalidad aseguradora?" Colección Jurisprudencia Práctica, nº 52, Madrid. 1993.
3. BORREL I CALONGE, A.: "La Ley de Ordenación de la Edificación y las condiciones técnicas de los edificios", Barcelona, marzo 2000.
4. BRENES CORTÉS, J.: "Garantías por defectos en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación", Editorial Tirant, monografías 355.
5. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: "La recepción de la obra en el código civil y en la Ley de ordenación de la edificación", en Anuario de derecho civil ISSN 0210-301X, Vol. 55, Nº 2, 2.002.
6. CARRASCO PERERA, A.: "Garantías por daños materiales ocasionador por vicios y defectos de la construcción", en Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación, Pamplona, 2000.
7. DEL ARCO TORRES, M. y PONS GONZÁLEZ: "Derecho de la construcción, aspectos administrativos, civiles y penales", Editorial Comares, 7º Edición, 2.006.
8. DIEZ PICAZO, F.: "Ley de Edificación y Código Civil", conferencia en el Congreso de Arquitectos, Peritos y Forenses, celebrado en Santiago de Compostela los días 10 y 11 de diciembre de 1.999.
9. GARCÍA LARAÑA, R.: "Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción", ponencia expuesta en el III Congreso Almería, celebrado en los días 7 y 8 de abril de 2.005.
10. MAESO CABALLERO, J. "Influencia del Código Técnico de la Edificación de 17 de marzo de 2006 en la determinación de la responsabilidad de los distintos agentes de la LOE", en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, nº 6 año 42, Junio 2006.
11. MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J. M. "Requisitos para la escrituración e inscripción" en SALA SANCHEZ, P. (coord.), Derecho de la Edificación, 2ª edición, Barcelona, 2001.
12. LOPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: "Lo que interesa conocer sobre la Ley de Ordenación de la Edificación" en Revista Viales, Nº 13 enero – marzo 2.005.
- 13.- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. "El seguro de caución", en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro ISSN 1133 – 6900 Nº 9, 2004.
14. MERCHAN GABLADÓN, F.: "Manual de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación", editorial Dossat.
15. PANTALEÓN PRIETO, F.: "Responsabilidades y Garantías en la Ley de Ordenación de la Edificación".
16. RUIZ - RICO RUIZ, J. M., MORENO-TORRES HERRERA, M. A. y OTROS AUTORES: "La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación", Editorial Comares/Urbanismo.
17. ESTRUCH ESTRUCH, J.: "Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia", Editorial Thomson, Cívitas, segunda edición.
18. TAPIA HERMIDA, A. J.: "Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente" RDM nº 233, julio-septiembre de 1.999.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Responsabilidad civil extracontractual por accidente laboral. Existencia de responsabilidad “in vigilando e in eligendo” de la promotora, al contratar con una constructora que incumple la normativa en materia de seguridad en el trabajo. Responsabilidad solidaria

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo
de 3 de abril de 2006*

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

Fundamentos de derecho

PRIMERO.-

- 1) D^a Luisa, en nombre representación de sus hijos D^a Estíbaliz y D. Adolfo, hijos de un trabajador fallecido al caer por el hueco del ascensor desde la tercera planta de un edificio en construcción, reclamó, en ejercicio de la acción civil por **responsabilidad extracontractual**, la suma de 30 millones de pesetas imputando la responsabilidad del siniestro al encargado de



obra, que en ese momento desempeñaba además las funciones de vigilante de seguridad; a la entidad constructora que lo empleaba y se ocupaba de la ejecución de la albañilería del edificio; al arquitecto técnico de la obra y a la sociedad promotora del mismo.

- 2) La sentencia recaída en primera instancia absolvió a la promotora y condenó al resto de los codemandados a que solidariamente abonasen a los actores la suma de 15 000 000 de pesetas, entendiendo que el trabajador con su conducta culposa contribuyó al proceso causal desencadenante de su propio fallecimiento en un 25%, proporción en la que rebajó la indemnización.
- 3) Interpuesto recurso de apelación por la demandante, por una parte, y por el arquitecto técnico y el encargado de obra, por otra, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso interpuesto por la primera, en el sentido de condenar solidariamente a la entidad promotora junto a los demás codemandados, por entender, sustancialmente, que, aunque por regla general el contrato de obra supone la autonomía del contratista tanto en su organización cuanto en los medios que emplea, y existía una cláusula en el contrato celebrado entre promotora y empresa constructora, en virtud de la cual ésta asumía las responsabilidades que pudieran derivarse de infracciones de la normativa de seguridad, imprudencias, impericias o dolo, sin embargo la promotora de facto ejercía el poder de control y dirección de la obra que se ejecutaba, verificando que se construía conforme a proyecto y se daba cumplimiento al plan de seguridad.
- 4) A este recurso de casación, interpuesto por la sociedad promotora, se traslada únicamente la cuestión relativa a su responsabilidad derivada de la aplicación del artículo 1903 del Código civil (LEG 1889, 27) [CC].

SEGUNDO.- En el motivo primero y único del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la sociedad Promotora de Urbanizaciones Palentinas, SA, formulado «al amparo de lo dispuesto en el núm. 4 del art. 1692 de la Ley

de enjuiciamiento civil (LEG 1881, 1) por aplicación indebida del art. 19093 [quiere decir 1903] del Código civil en relación con la jurisprudencia que lo interpreta al entender que existe responsabilidad de mi representada en la sentencia recurrida», se alega, en síntesis, que la sentencia impugnada aplica indebidamente el artículo citado, ya que no existía control sobre la dirección de la obra por parte de la recurrente como promotora; que en el que contrato suscrito con la empresa constructora, esta última asumía las responsabilidades que pudieran derivarse de infracciones de la normativa de seguridad, imprudencias, impericias o dolo; que la obra se ejecutaba con base en un proyecto emitido por arquitectos y plan de seguridad elaborado por el aparejador codemandado; que existía, en suma, un simple contrato de arrendamiento de servicios, pero sin que existiera relación de dependencia, ya que únicamente el representante de la promotora se personaba en la obra para comprobar la marcha de la construcción, pero sin que se pudiera establecer ningún tipo de relación de dependencia con los intervinientes en la construcción con base en los contratos y obligaciones asumidas, ante la existencia de una empresa constructora y una dirección de obra, y el carácter autónomo en su organización y medios de la empresa a la que pertenecía el trabajador fallecido.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- La responsabilidad por hecho de otro a que se refiere el artículo 1903.4º CC (LEG 1889, 27) requiere, según reiterada jurisprudencia, la existencia de una relación jerárquica de dependencia entre el causante del daño y la empresa demandada, ya que dicha responsabilidad se funda en la existencia de culpa in eligendo [en la elección] o in vigilando [en la vigilancia] (SSTS de 20 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9197], 20 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6706], 8 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3101], 24 de junio de 2000 [RJ 2000, 5304] y 13 de mayo de 2005 [RJ 2005, 3996], entre otras muchas), la cual, según la más moderna doctrina, es una responsabilidad directa que tiene como presupuesto la culpa in operando [en la actividad] por parte del causante del daño.

En los casos en los que la realización de la obra se encarga a un contratista, la jurisprudencia entiende que la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia

entre la empresa promotora y la contratista (SSTS de 4 de enero de 1982 [RJ 1982, 178] y 8 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3101]). Este concepto de dependencia, en contra de lo que parece defender la parte recurrente, no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento del control, vigilancia y dirección de las labores encargadas. No se considera, pues, contratista independiente, como ha subrayado la doctrina científica, a quien actúe formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control del demandado o se encuentra inardinado en su organización.

Cabe, pues, incorporar al vínculo de **responsabilidad extracontractual** a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa in eligendo o culpa in vigilando en la selección o respecto de la actuación del contratista, cuya concurrencia depende, en el primer caso, de que las características de la empresa contratada para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, caso en el que podrá apreciarse la existencia de culpa in eligendo (que la más moderna doctrina y jurisprudencia consideran no como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC, sino como una responsabilidad

derivada del artículo 1902 CC por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista: STS de 18 de julio de 2005 [RJ 2005, 92511], o, en el segundo caso, de que el contratista no actúe con carácter autónomo, sino sometido a la vigilancia, dirección o intervención en su actividad por parte de la empresa promotora, caso en el que concurrirá culpa in vigilando si se omiten las debidas medidas de seguridad y, como consecuencia de ello, en virtud de la concurrencia de un nexo causal entre ambos elementos, se produce el resultado dañoso.

En resolución, y respecto de este segundo caso, que interesa particularmente para examinar el motivo de casación planteado, como declaran las SSTS de 9 de julio de 1994 (RJ 1994, 6302), 11 de junio de 1998 (RJ 1998, 4678), 18 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2018), 29 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7519) y 12 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3976), cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas no resulta aplicable el artículo 1903 CC, salvo en aquellos casos en los que el comitente se reserva funciones de vigilancia y de control. En estos casos, en efecto, se aprecia por la jurisprudencia que entre el contratista (o subcontratista) y su comitente ha existido dependencia, de forma que aquél no es autónomo cuando el dueño de la obra se ha reservado la vigilancia o la participación en los trabajos encargados al subcontratista (SSTS de 20 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9197], 25 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4584], 12 de marzo de 2001 [RJ 2001, 3976], 16 de mayo de 2003 [RJ 2003, 4756], 22 de julio de 2003 [RJ 2003, 5852], entre muchas otras). El fundamento de ello radica en que sólo debe entenderse inexistente la relación de dependencia cuando el contratista es una empresa autónoma en su organización y medios y asume de manera exclusiva sus propios riesgos.

Normalmente, la jurisprudencia -al margen de que pueda apreciarse la ya expresada responsabilidad directa en el caso de culpa in eligendo- entiende que resulta excluida la relación de dependencia, y con ello la responsabilidad por hecho de otro, cuando en el contrato celebrado entre el comitente y el contratista se contiene una cláusula en virtud de la cual este último se hace cargo de la responsabilidad que puede dimanar de la causación del evento dañoso. Así se decide, entre las más recientes, en la STS 18 de julio de 2005 (RJ 2005, 9251), que cuenta con un importante antecedente en la STS





de 12 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3976), según la cual, si existe pacto por el cual el contratista asume su responsabilidad civil, dicho acuerdo lo configura como entidad independiente, quedando exonerado de responsabilidad el comitente.

Sin embargo, la inclusión de una cláusula de exención de esta naturaleza no es por sí suficiente para eliminar la relación de dependencia determinante de la responsabilidad por hecho de otro en los casos en los cuales la prueba practicada es suficiente para demostrar que, independientemente de lo pactado, dicha relación de dependencia ha existido de facto por haberse reservado el dueño de la obra funciones de suficiente relevancia de vigilancia o participación en los trabajos, especialmente si tienen relación con la adopción y cumplimiento de las medidas de seguridad.

La responsabilidad por hecho de otro, en efecto, deriva de la existencia de una relación material de dependencia entre el dueño de la obra y el contratista según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903 CC, y ésta no puede ser enervada por la existencia de un pacto en contrario entre los responsables, que no puede producir efectos en perjuicio de terceros ajenos al ámbito contractual en virtud del principio de relatividad del contrato.

CUARTO.- Los anteriores principios, inferidos de la jurisprudencia aplicable, son suficientes para fundamentar la desestimación del motivo formulado, con base en las siguientes consideraciones particulares:

- 1) La argumentación de la parte recurrente en el sentido de que no existía control sobre la dirección de la obra por parte de la recurrente como promotora, y de que el representante de la promotora se personaba en la obra únicamente para comprobar la marcha de la construcción, resulta manifiestamente contraria a la resultancia probatoria a que llega el tribunal de apelación, no contradicha eficazmente en casación, suficientemente minuciosa para despejar cualquier duda al respecto: «es evidente que la promotora de facto ejercía el poder de control y dirección de la obra que se ejecutaba, reconociendo su representante (folio 166) y el de la constructora (folio 159) al confesar que aquel se personaba con frecuencia en la edificación (se habla de hasta tres veces por semana), para verificar que se construía conforme a proyecto y se daba cumplimiento al Plan de Seguridad. Otra prueba de esas facultades de control precisamente en materia de seguridad e higiene en el trabajo la ofrece el representante de la constructora al folio 334 cuando confiesa como la entidad promotora se negó a pagar el coste de ciertas medidas de seguridad incluidas en una certificación de obra por aquella, dando orden al aparejador para que se hiciera cargo de ellas. A ese poder de dirección y control debemos añadir que la entidad promotora fue quien por separado contrató con empresas diversas los distintos gremios intervinientes en el proceso constructivo y asimismo a los técnicos que debían dirigirlo, Arquitecto y Aparejador que desarrollaban su labor ateniéndose a las instrucciones recibidas de aquella, que asumía por tanto la coordinación de todos los trabajos que se realizaban en la construcción, debiendo también destacarse cómo la medida de seguridad colectiva cuya defectuosa colocación fue causa del siniestro enjuiciado no afectaba única y exclusivamente a las operaciones propias de la albañilería, sino que se hallaba enderezada a la seguridad general de la obra y de cuantas personas o trabajadores tuvieren acceso a las plantas».
- 2) Si bien es cierto que, como afirma la parte recurrente, en el contrato suscrito con la empresa constructora, esta última asumía las responsabilidades que pudiera derivarse de infracciones de la normativa de seguridad, imprudencias, impericias o dolo, de lo razonado en el anterior fundamento jurídico se infiere que este hecho no es suficiente para eliminar la dirección de facto ejercida por la promotora y, consiguientemente, tampoco para enervar la relación de dependencia determinante de responsabilidad por hecho de otro en aplicación del artículo 1903 CC (LEG 1889, 27).
- 3) La argumentación de la parte recurrente en el sentido de que la obra se ejecutaba con base en un proyecto emitido por arquitectos y plan de seguridad elaborado por el aparejador codemandado no constituye obstáculo a las afirmaciones de hecho de la sentencia recurrida en el sentido de que

la entidad promotora se reservó de hecho intensas y amplias funciones de dirección y coordinación de los distintos responsables intervinientes en la obra, con trascendencia específica respecto del cumplimiento del plan de seguridad.

- 4) No es, pues, en modo alguno aceptable la conclusión de la parte de recurrente de que el arrendamiento concertado con el contratista no implicaba relación de dependencia, afirmación que constituye el punto cardinal en que se fundamenta el motivo.
- 5) La conclusión que dimana de todo lo anterior es la de que no pueden reprocharse a la sentencia impugnada las infracciones de la Ley y de la jurisprudencia en que se funda el motivo de casación.

QUINTO.- La desestimación del motivo de casación en que se funda el recurso de casación que acaba de examinarse determina la procedencia de imponer las costas de este recurso a la parte recurrente, por ser preceptivas, conforme a lo dispuesto en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1).

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

Fallamos

- 1º No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Promotora de Urbanizaciones Palentinas, SA contra la sen-

tencia de 2 de junio de 1999 (AC 1999, 1485) dictada en el rollo número 421/98 por la Audiencia Provincial de Palencia, cuyo fallo dice:

«Fallamos. Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Luisa y desestimando los recursos articulados por D. Tomás y D. Ismael contra la sentencia dictada el día 3 de junio de 1998, por el Juzgado de Primera Instancia num. 1 de Palencia, en los autos de que este Rollo de Sala dimana, debemos revocar mencionada resolución en el único sentido de condenar solidariamente a la entidad “Promotora de Urbanizaciones Palentina, S. L”. junto a los demás codemandados al abono de 15.000.000 de pesetas a los actores más los intereses que en la sentencia impugnada se consignan, confirmándola en cuanto al resto de sus pronunciamientos, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en la alzada por el recurso de los actores e imponiendo a los demandados recurrentes las correspondientes a sus recursos que se ven desestimados».

- 2º Se declara la firmeza de la sentencia.
- 3º Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Firmado y rubricado.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.-José Antonio Seijas Quintana.

Comentario:

José M^a Hernández-Carrillo Fuentes

La realidad, se obstina en superar a la imaginación y la ficción (por creativos que estos sean); y así sucedió en el desgraciado suceso, sobre el que se pronuncia la **Sentencia de 3 de Abril de dos mil seis de la Sección 1^a del Tribunal Supremo**, en ponencia de su Pre-

sidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, accidente laboral en el que falleció el padre de los actores – que accionan representado por su madre- el 19 de noviembre de 1994, al precipitarse al suelo desde el hueco del ascensor situado a una altura de 12 metros.



En la instancia, ya se había condenado –entre otras- al aparejador por que para la comprobación de que la protección colocada en el hueco cumplía las prescripciones de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo en cuanto a materiales y ubicación, y estaba dotada de la sujeción o rigidez suficiente para resistir la carga de 150 kg por metro lineal que dichos preceptos establecen, no parece el método mas científico “una patada propinada por el arquitecto técnico...por ser el sistema que habitualmente utilizaba al efecto”, por ello, se pronuncia la resolución:

“No parece que el aparejador (y el encargado de obra ...)garantes por tanto de la integridad de los operarios, adoptaron la debida diligencia para comprobar que la resistencia de las barandillas fuese reglamentariamente prevista.- pues no basta una simple patada para calibrar la carga que soporta la medida, como desgraciadamente pudo comprobarse”.

Ello determinó una atribución del 75% en la contribución al resultado de las demandas por culpa del Art.1902 del Código Civil, asignando el 25% restante a la propia victima pues *“su única negligencia consistió en un pésimo cálculo de las distancias al hueco, o en una distracción que le hizo olvidar la existencia de éste, tirando de la transpaleta hacia atrás y embistiendo bruscamente las protecciones que no soportaron el violento impacto”.*

Mención especial merece el exhaustivo estudio efectuado por el Ponente, en la resolución estimatoria parcial del recurso, al instar a la condena al promotor de la obra, basada en la responsabilidad por hecho culposo ajeno (Ex Art.1903 del Código Civil), pese a que en el contrato entre este y la constructora se fijo una cláusula expresa por la que esta asumía las responsabilidades que pudieran derivarse de infracciones de la normativa de seguridad, imprudencias, impericia o dolo.

“Este concepto de dependencia, en contra de lo que parece defender la parte recurrente , no es de carácter estricto, ni se limita al

,ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento del control, vigilancia y dirección de las labores encargadas. No se considera, pues, contratista independiente, como ha subrayado la doctrina científica, a quien actúe formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control del demandado o se encuentra incardinado en su Organización.

Cabe, pues, incorporar al vinculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa in eligendo o culpa in vigilando en la selección o respecto de la actuación del contratista, cuya concurrencia depende, en el primer caso, de que las características de la empresa contratada. para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, caso en el que podrá apreciarse la existencia de culpa in eligendo (que la más moderna doctrina y jurisprudencia consideran no como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC, sino como una responsabilidad derivada del artículo 1902 CC por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista: STS de 18 de julio del 2005 (RJ 2005. 9251)), o en el segundo caso, de que el contratista no actúe con carácter autónomo, sino sometido a la vigilancia, dirección o intervención en su actividad por parte de la empresa pro motora, caso en el que concurrirá culpa in vigilando si se omiten las debidas medidas de seguridad y, como consecuencia de ello, en virtud de -la concurrencia de un nexo causal entre ambos elementos, se produce el resultado dañoso.

La responsabilidad por hecho de otro, en efecto, deriva de la existencia de una relación material de dependencia entre el dueño de la obra y el contratista según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903 CC, y ésta no puede ser enervada por la existencia de un pacto en contrario ,entre los responsables, que no puede producir efectos en perjuicio de terceros ajenos al ámbito .”

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Responsabilidad Patrimonial del Instituto Nacional de Salud ante la existencia de negligencia profesional por no adoptarse todos los medios a su alcance para el tratamiento y curación del perjudicado

*Sentencia del Tribunal Supremo
de 11 de Abril de 2006*

Ponente el Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Con fecha 24 de febrero de 1997 Dña. Trinidad se dirigió al Instituto Nacional de la Salud, alegando que el día 4 de marzo de 1995 sufrió una caída casual produciéndose una fractura del radio derecho, siendo ingresada en el Hospital San Agustín de Avilés e intervenida, produciéndose una afección de la herida quirúrgica y ante su gravedad fue trasladada al Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, para tratamiento con cámara hiperbárica, diagnosticándosele gangrena gaseosa



Tribunal
Supremo



en antebrazo, siendo tratada y dada de alta el 16 de marzo de 1995 y trasladada al Hospital Central de Asturias, en cuyo Servicio de Cirugía Plástica ha sido objeto de múltiples operaciones, considerando que se ha producido un retraso en el diagnóstico de la infección por anaerobios, pese a existir una clínica llamativa de los mismos, por lo que solicita la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por tal actuación negligente en la cuantía legalmente procedente de acuerdo con el art. 141.2 de la Ley 30/1992.

Ante la desestimación presunta de dicha reclamación interpuso recurso contencioso administrativo, en el que recayó la sentencia de la correspondiente Sala de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 2001, cuyo fallo se ha reproducido antes, en la que se indica que la actora basa sus pretensiones, “en síntesis, en que sufrió una infección de la herida quirúrgica, secundaria a la intervención por fractura luxación en la parte inferior del radio derecho. Como consecuencia de la infección sufrió una gangrena gaseosa con múltiples secuelas y el origen está en que la fractura se produjo al caer en una zona rural, próxima a cuerdas, de forma que solo se tuvo en cuenta la fractura pese a que se quejaba de dolor en el brazo tras la operación y en los dedos, que tenía hinchados, sin que se le administrase vacuna alguna. Entiende que hubo retraso en el diagnóstico de la infección por anaerobios.”

Señala la sentencia como hechos: “Que según el Expediente administrativo, el 4 de marzo 1995 la demandante fue intervenida en el Hospital « San Agustín » pues presentaba esa fractura cuya reducción se intentó mediante manipulación e inmoviliza-

ción con yeso. Al no lograrse, se intervino quirúrgicamente mediante osteosíntesis con placa, seis tornillos y aguja Kirschner; se dice también que presentaba en la cara palmar de la muñeca una «mínima erosión superficial» (fol.84) que se lavó con suero e Hibiscrub y se desinfectó con alcohol yodado. Que el siguiente día 6 presentaba parestias a nivel del pulgar –que ya tenía antes de la intervención– y a las 1’45 horas presentaba dolores, dedos bien perfundidos, calientes, algo edematizados y dificultad para su extensión completa. El día 7 presentaba mano inflamada y el día 8 se manifiesta la infección que se identifica con la gangrena gaseosa (secreción purulenta, hedor), ante lo cual se le administran antibióticos, se toman muestras y se hacen curas, siendo derivada al Hospital « Marqués de Valdecilla”.

El Tribunal a quo considera vital la pericial practicada a instancia de la demandada y la valora señalando que “en su informe, el perito plantea la necesidad de instaurar el tratamiento antibiótico preventivo a tenor del lugar en donde cayó la actora. Como se ha dicho, que cayese en ese lugar – zona rural y próxima a establos– es algo que solo se deduce de la demanda; pero aunque no se duda de esto, en su informe el perito no se pronuncia sobre el alcance de lo que se describe como « mínima erosión superficial » , merecedora de un lavado con suero e Hibiscrub y desinfección con alcohol yodado; levedad que debe conjugarse con el dato de que la fractura no fuese abierta. Que en cuanto a la tardanza a la hora de advertir la infección, el perito tampoco se pronuncia sobre si el dolor en el pulgar, dedos edematizados, mano inflamada, dificultad en la extensión y el dolor en el brazo era un panorama secundario a una operación importante en el miembro o más bien síntoma cierto o, al menos, sospechoso de un proceso gangrenoso. Tampoco se valoran técnicamente las explicaciones del Jefe del Servicio de Traumatología (fol 85) respecto del tratamiento del edema de los dedos, ni de que al tercer día aparece la fiebre, fiebre que no apareció en el postoperatorio (fol.84)”.

Añade que a la vista de la bibliografía que obra en el expediente, tampoco en la pericial se ha descartado para el caso de autos otra posible etiología de la gangrena gaseosa, y concluye que valorando su pericia con las reglas de la sana crítica, no ha llevado al ánimo de la Sala la convicción de la relación de causalidad en el sentido antes apuntado, lo que conduce a la desestimación de la demanda.



SEGUNDO.- No conforme con dicha sentencia se interpone por la interesada este recurso de casación, en cuyo primer motivo, que como todos los demás ha de entenderse formulado al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la infracción de los arts. 632 y 659 de la L.E.C. de 1880 aplicable al caso, alegando la motivación insuficiente de la valoración de la prueba, omitiendo multitud de extremos fácticos, debidamente acreditados en autos, así como conclusiones técnicas contenidas en los informes médicos aportados y en la prueba pericial, que ponen de manifiesto la relación de causalidad, y se refiere al informe de 3 de mayo de 1995 suscrito por el Dr. Carlos Jesús que manifiesta que “mostraba a nivel de cara palmar de muñeca mínima erosión superficial”, las declaraciones de testigos que confirman que la paciente desde su ingreso presentaba una herida en brazo derecho y que la caída se produjo en zona rural próxima a cuadras de animales, lo que se refleja en los informes del Dr. Alvaro y el perito Dr. Héctor. Que de las hojas del curso clínico y la historia clínica se deduce que ya en los días 6, 7 y 8 se quejaba de molestias en el dedo pulgar, dolor en los dedos que están edematizados, mano inflamada, y no se le cura hasta el cuarto día, el 8 de marzo. Refiere el informe Don. Alvaro en el que se indica que en la evolución postoperatoria se produce una infección de la herida quirúrgica, que existe retraso en el diagnóstico de la infección y que si se hubiera abierto la herida en los dos días siguientes a la intervención se hubiera podido evitar la situación. Analiza igualmente el informe del perito judicial Don. Héctor, que señala que no se controló de visu la herida, no se curó hasta el día 8 de marzo, no se utilizó antibioterapia preventiva, al principio se pensó que la infección no era importante, no se curó hasta el cuarto día y se le administra antibiótico sin conocer el resultado bacteriológico, una intervención quirúrgica traumática como consecuencia de una caída en una zona con alto riesgo de contaminación y con erosión en la piel, debe tener desde el primer momento una cobertura antibiótica preventiva, lo que no se dio en este caso, el diagnóstico y tratamiento de la gangrena gaseosa, debe ser muy urgente, su tratamiento inmediato, en los primeros días del postoperatorio, a pesar de la infección, no se hizo cobertura antibiótica preventiva.

Por todo ello considera que la valoración de los medios probatorios realizada por el Juzgador de instancia es parcial, incompleta, insuficiente y lleva a resultados arbitrarios o irrazonables e in-

fringe las normas sobre la prueba y reglas de la sana crítica, pues olvida elementos fácticos y probatorios fundamentales que ponen de manifiesto la existencia de **“responsabilidad”** patrimonial y el nexo causal entre al actuar de Administración y el resultado dañoso.

En el segundo motivo de casación se invoca la infracción del art. 106.2 de la Constitución y los arts. 139 y 141 de la Ley 30/92 y la jurisprudencia aplicable, alegando, tras reiterar la realidad de los hechos en los términos antes indicados, que no consta acreditada fuerza mayor excluyente que haga necesario e inevitable el daño causado, pues la Administración no ha acreditado que actuó con diligencia en la prestación del servicio y tampoco que la infección fuera una consecuencia inevitable de la operación, por lo que debe ser calificado el daño como antijurídico, no existiendo por parte de la recurrente el deber jurídico de soportarlo, por lo que debió considerarse acreditada la relación de causalidad, valorando los daños y estableciendo la correspondiente indemnización.

En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción de los arts. 1,25,26 y 28 de la Ley 26/84, de 19 de julio, de Consumidores y Usuarios, alegando el deficiente funcionamiento del servicio.

TERCERO.- En el primer motivo de este recurso se viene a cuestionar la valoración de la prueba efectuada en la sentencia de instancia, a cuyo efecto y como señala la sentencia de 2 de septiembre de 2003, ha de tenerse en cuenta que la fijación de los hechos constituye competencia exclusiva del Tribunal de instancia, lo que obliga a atenerse a la apreciación de la prueba hecha por éste, salvo que se alegue el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de prueba, la incongruencia o falta de motivación de la sentencia; se invoque oportunamente como infringida una norma que deba ser observada en la valoración de la prueba ya se trate de las normas que afectan a la eficacia de un concreto medio probatorio, o de las reglas que disciplinan la carga de la prueba o la formulación de presunciones; o, finalmente, se alegue que el resultado de ésta es arbitrario, inverosímil o falto de razonabilidad, pues en este caso debería estimarse infringido el principio del ordenamiento que obliga al juzgador a apreciar la prueba sujetándose a las reglas de la sana crítica (v. gr., sentencia de 21 de diciembre de 1999).



En este motivo las infracciones que se denuncian por el recurrente se refieren a la valoración de la prueba pericial y testifical, fundamentalmente la infracción de las reglas de la sana crítica. En tal sentido es doctrina jurisprudencial consolidada (Sentencias de 11 de marzo, 28 de abril, 16 de mayo, 15 de julio, 23 de septiembre y 23 de octubre de 1995, 27 de julio y 30 de diciembre de 1996, 20 de enero y 9 de diciembre de 1997, 24 de enero, 14 de abril, 6 de junio, 19 de septiembre, 31 de octubre, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998, 30 de enero, 22 de marzo, 18 de mayo y 19 de junio de 1999) que no cabe invocar en casación los preceptos que en la valoración de las pruebas obligan a sujetarse a la sana crítica con el fin de sustituir la del juzgador por la propia, salvo que la misma resulte ilógica o arbitraria, o como señala la sentencia de 18 de abril de 2005, no basta con justificar que el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia pudo ser, a juicio de la parte recurrente, más acertado o ajustado al contenido real de la prueba, sino que es menester demostrar que dicha apreciación es arbitraria o irrazonable, o conduce a resultados inverosímiles (Ss. 1-3-05, 15-3 05).

En este caso, la parte recurrente concluye que la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador de instancia lleva a resultados arbitrarios o irrazonables, en cuanto no ha tenido en cuenta otros datos o informes que resultan de las actuaciones y que se han descrito antes.

Tal planteamiento no carece de fundamento, pues, efectivamente, en el propio dictamen pericial emitido en el proceso por Don. Héctor, que constituye el apoyo fundamental de la sentencia de instancia, se indica reiteradamente, como carencia de la prestación sanitaria, la falta de una cobertura antibiótica preventiva, que el informante considera precisa atendiendo a las circunstancias en las que se produjo la caída determinante de la fractura y erosión en zona palmar de la muñeca que presentaba la paciente, al tratarse de una zona rural de alto riesgo contaminante, sin que las referencias en la sentencia de instancia a la escasa entidad de la erosión, su tratamiento de lavado con suero e Hibiscrub y desinfección con alcohol yodado, constituyan razones técnicas que puedan deducirse de los varios informes existentes en el proceso como actuación suficiente o sustitutiva de dicha cobertura antibiótica preventiva.

Por otra parte, en el informe emitido por Don. Alvaro, ratificado en el proceso, además de señalar

que no se tuvo en cuenta la erosión que presentaba la paciente y la zona en la que se produjo la caída, pone el acento en la existencia de un retraso en el diagnóstico de la infección por anaerobios, considerando que existía una clínica llamativa de los mismos, y que de haberse abierto la cura el día cinco o el seis se hubiera podido evitar la situación, con el tratamiento que se pautó el día ocho. Al respecto, en el informe pericial emitido por Don. Héctor, si bien se elude la respuesta directa a estos extremos, se indica que al principio pudo considerarse que se trataba de una infección banal, hasta que se abrió la cura, señalando igualmente que no hubo un control in visu de la herida hasta ese momento. A todo ello la sentencia de instancia opone que el perito judicial no precisa que los síntomas que presentaba la paciente fueran indicativos de un proceso gangrenoso, el tratamiento del edema de los dedos y que la fiebre no apareció hasta el tercer día, lo cual no es compatible con las apreciaciones del perito Don. Alvaro, que entiende llamativa la clínica que presentaba la paciente y que se ha producido un retraso en el diagnóstico determinante de la situación creada, lo que pone de manifiesto el hecho de que cuando se diagnostica y pauta el tratamiento se han producido importantes lesiones a nivel muscular e incluso se ve la placa de osteosíntesis.

Se deduce de tales apreciaciones que la actuación sanitaria omitió el tratamiento preventivo que no podía descartarse atendidas las circunstancias en que se produjo la caída causante de la fractura y, una vez producida la intervención y ante la clínica que presentaba la paciente, no se produjo el control adecuado e inmediato de la herida quirúrgica, que sólo se abrió al cuarto día y cuando la paciente ya presentaba fiebre y se habían producido importantes lesiones "(zona necrótica de unos 4x2cm que afecta subcutáneo y músculos (vainas tendinosas) llega a plano óseo (se ve placa de osteosíntesis) cura con H2O2 más suero más alcohol yodado, edema importante de mano, se pide Rx para valorar gas". Por otra parte y según se desprende de tales informes técnicos, la observancia de dichas previsiones en el tratamiento médico hubieran contribuido a evitar la infección o los efectos de la misma.

Con ello se pone de manifiesto que no se adoptaron todas las medidas y no se utilizaron todos los medios que las circunstancias del caso aconsejaban y podían contribuir a un resultado satisfactorio de la prestación sanitaria demandada, y en consecuencia, no puede considerarse lógica ni conforme

a las reglas de la sana crítica la valoración de la prueba efectuada en la instancia que llega a un resultado contrario al que razonablemente y según se ha expuesto se desprende de tales elementos probatorios.

Todo lo cual lleva a la estimación del primer motivo de casación.

CUARTO.- La estimación del primer motivo determina que haya de entrarse a resolver, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, como establece el art. 95.1.d) de la Ley, haciendo innecesario el examen de los demás motivos de casación.

A tal efecto, la jurisprudencia viene exigiendo para que resulte viable la reclamación de **“responsabilidad”** patrimonial de las Administraciones públicas, que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor (Ss. 3-10-2000, 9-11-2004, 9-5-2005).

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta igualmente la constante jurisprudencia (Ss. 3-10-2000, 21-12-2001, 10-5-2005 y 16-5-2005, entre otras muchas) en el sentido de que la actividad médica y la obligación del **“Profesional”** es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible.

La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determina que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico.

Pero, como se alega por la recurrente, este no es el caso, dado que, como se ha indicado, no se adoptaron todas las medidas de prevención y control postoperatorio adecuadas a las circunstancias del caso y que podrían haber evitado la infección o al menos paliado el alcance y consecuencias de la misma, poniendo de manifiesto la relación de causa a efecto entre tales deficiencias en la prestación sanitaria y el resultado lesivo cuya reparación se pretende, daño que por las razones expuestas resulta antijurídico al no existir un deber de soportarlo por parte de la recurrente, dado que la actuación médica no se ajustó a las condiciones y empleo de medios de los que podía disponerse y que las circunstancias del caso requerían.

Por todo ello ha de concluirse que concurren los requisitos exigidos para declarar la **“responsabilidad”** patrimonial de la Administración sanitaria demandada y el derecho de la recurrente a la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios sufridos, para cuya cuantificación ha de estarse a las previsiones del art. 141.2 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y que en este caso, teniendo en cuenta las circunstancias de la recurrente, las múltiples intervenciones a las que ha debido someterse, con los correspondientes internamientos hospitalarios y días de curación, así como las secuelas que se describen en los informes periciales que figuran en el proceso, entiende la Sala que ha de fijarse en la cantidad de 120.000 euros, cantidad que deberá actualizarse mediante la aplicación de los índices de precios al consumo fijados por el Instituto Nacional de Estadística desde la reclamación a la Administración de 24 de febrero de 1997 hasta la notificación de la sentencia de instancia, para una reparación actualizada e integral del perjuicio, cantidad que devengará desde esta última fecha el interés legal establecido en el art. 106.2 de la Ley de la Jurisdicción.

QUINTO.- No se aprecian razones para hacer una expresa condena en costas en la instancia ni en casación.

Fallamos

Que estimando el primer motivo invocado declaramos haber lugar al recurso de casación nº 164/02, interpuesto por la representación procesal de Dña. Trinidad, contra la sentencia de 24 de octubre de 2001, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 971/1999, y en su virtud, casamos di-



cha sentencia; y estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la misma representación procesal contra la desestimación presunta por el Ministerio de Sanidad y Consumo de la reclamación de indemnización por **“responsabilidad”** patrimonial derivada de actuación sanitaria, declaramos el derecho de la misma a ser indemnizada en tal concepto en la cantidad de 120.000 Euros, que deberá actualizarse aplicando los índices de

precios al consumo establecidos por el Instituto Nacional de Estadística desde la reclamación a la Administración de 24 de febrero de 1997 hasta la notificación de la sentencia de instancia, cantidad actualizada que devengará desde esta última fecha el interés legal establecido en el art. 106.2 de la Ley de la Jurisdicción. Sin que se aprecien razones para una expresa condena en costas en la instancia ni en este recurso de casación.

Comentario:



José Luis Ramírez Robledano
Abogado

La llamada Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas no deja de ser un régimen de responsabilidad civil como el de cualquier otro ámbito, si bien en éste es la existencia de un órgano administrativo que causa un daño el que identifica el supuesto de responsabilidad concreto.

En el caso que hoy traemos a comentario, se produce una caída causal de una mujer en una zona rural, próxima a unas cuadras, es decir, con proximidad de animales. Por dicha caída se produce la fractura del radio derecho, por la que es intervenida en un hospital del INSALUD, pero cuatro días más tarde se produce una infección de la herida quirúrgica que provoca una gangrena gaseosa, por la que se le originan importantes secuelas. Según la demandante esto se produce con motivo de un retraso en el diagnóstico de la infección por anaerobios, ya que al parecer no se realizó un tratamiento antibiótico preventivo habitual en las caídas similares en zonas donde existen animales. La Sala de la Audiencia Nacional que falla en primera instancia, desestima la reclamación de la perjudicada por entender que ésta no dijo el lugar concreto donde se había producido la caída, por lo que difícilmente se pudo prever el tratamiento preventivo. Y si bien la perjudicada tenía síntomas secundarios como parestias, dolores, dedos perfundidos, edematizados y sin poderlos estirar, ello podría deberse a la situa-

ción propia del post-operatorio. Ciertamente es que el personal médico limpió con suero y alcohol yodado la parte en cuestión, pero ello no fue suficiente como se pudo comprobar para evitar las graves consecuencias acaecidas.

El Tribunal Supremo, casa la sentencia con base en la apreciación de que la prueba realizada por el Tribunal a quo es arbitraria e irracional. Es evidente que aquí la obligación médica es medios, no de resultado, pero se producen dos situaciones dignas de comentario: una, no preguntar por el lugar de la caída y las circunstancias adicionales a la misma y pretender imputar la responsabilidad por ello a la perjudicada; y otra, la más importante, se produce un claro error en el diagnóstico por parte de los facultativos de la sintomatología de la paciente con la herida quirúrgica, y lo que se pensaba era lógico y normal de una situación post-operatoria, se traduce en graves lesiones derivadas de la infección, que trae origen en la inexistencia de tratamiento antibiótico preventivo.

Estas dos situaciones son las determinantes para apreciar la responsabilidad de los médicos tratantes, y por ello entiendo acertada la resolución del Tribunal, si bien me hubiera encantado que hubiese motivado la cuantificación a tanto alzado que impone en su fallo, pues no llegamos a conocer los parámetros que sigue para ello.

Tribunal Supremo

CONTRATO DE SEGURO

Identificación del deber de declaración del riesgo del asegurado con la obligación de la Aseguradora de entregarle a éste el correspondiente cuestionario médico incluido en la póliza. Imposibilidad de rescisión del seguro

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de Mayo de 2006.
Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán*

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Doña Lorenza y Doña María Angeles formularon demanda de reclamación de cantidad como indemnización derivada de responsabilidad civil contra ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL DE SEGUROS S.A (ASISA), tramitada por juicio declarativo de menor cuantía, en la que interesaron sentencia por la que se condenara a la demandada al pago de las cantidades que se determinaran en juicio o en ejecución de sentencia por los perjuicios económicos y daños corporales y morales causados, de conformidad a las siguientes bases:

- Gastos en que han incurrido las demandantes para sufragar la asistencia sanitaria que debía haber abonado la demandada en virtud de la póliza incumplida (transporte)

Tribunal
Supremo





te, gastos financieros, etc), cuyos justificantes definitivos aportaran en el juicio y en ejecución de sentencia, sin perjuicio de los que se aportan ya con la demanda.

- Resarcimiento por los daños corporales y morales que se acrediten en juicio o en ejecución de sentencia de conformidad con lo dispuesto en la resolución de 13 de Marzo de 1997 de la Dirección General de Seguros, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal y actualiza lo recogido por la Ley 30/1995, de 8 de Noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en su disposición adicional, que modifica la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, todo ello incrementado en la cantidad correspondiente al 20% anual desde el transcurso del plazo a partir del momento en que se produjo la rescisión unilateral de las pólizas de asistencia suscritas por las actoras, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, así como los intereses legales de la suma global resultante y las costas que se causen en el pleito.

La entidad demandada se personó en la causa y formuló oposición en la contestación a la demanda, interesando su íntegra desestimación con imposición del pago de costas a las actoras.



En sentencia dictada en primera instancia se estimó en parte las pretensiones deducidas en la demanda, condenando a la demandada al pago de la suma de 5.378.256 pesetas por los gastos realmente realizados (facturas por importe de 1.232.782 pesetas de Fundación Jiménez Díaz y Auto-taxi; factura por importe de 476.043 pesetas de la Clínica de la Luz; factura por importe de 210.000 pesetas por traslado en UVI móvil; factura por importe de 3.156.429 pesetas de la Clínica Universitaria de Navarra; factura por importe de 311.000 pesetas por traslado desde Navarra a Granada).

Por ambas partes se formuló contra esta sentencia recurso de apelación y por la Audiencia Provincial de Granada se estimó parcialmente el recurso formulado por las demandantes, por lo que se condenó a la entidad demandada al abono de la cantidad de 6.378.256 pesetas, al incrementar la condena de instancia en un millón de pesetas en concepto de indemnización por daños morales causados; y se desestimó el recurso formulado por la demandada; todo ello sin expresa condena en costas causadas en primera instancia y con expresa imposición a la demandada de las costas causadas por la interposición de su recurso.

Por ambas partes se ha formulado contra esta sentencia recurso de casación, con las correspondientes y respectivas oposiciones. Y conforme a lo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de Enero, los asuntos pendientes de recurso de casación al entrar en vigor la presente Ley seguirán sustanciándose y se decidirán conforme a la anterior.

Recurso de casación de la demandada ASISA

SEGUNDO.- El primer motivo se formula al amparo del artículo 1692,4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La recurrente alega que la sentencia de apelación alude en el primero de sus fundamentos de derecho al artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro 50/80, de 8 de Octubre, entonces de aplicación al caso controvertido y a las Sentencias de este Tribunal de 11 de Noviembre de 1997, 31 de Mayo de 1997 y 12 de Julio de 1993 y a las resoluciones obrantes en Autos de la Dirección General de Aseguramientos y Planificación Sanitaria de 29 de Marzo de 1994 y de la Dirección General de Sanidad de 1 de Julio de 1996. Disposiciones todas

ellas que, al igual que lo convenido en la cláusula vigésimo segunda de la póliza de seguros suscrita entre las partes, a que también se hace referencia, no han sido correctamente aplicados, infringiéndose los artículos 10 y 11 de la Ley de Contrato de Seguro y los artículos 1269 y 1270 del Código Civil.

Hay que tener en cuenta que las demandantes suscribieron contrato de seguro de asistencia sanitaria con ASISA los días 1 de Enero de 1987 (Doña Lorenza) y 1 de Enero de 1988 (Doña María Angeles), por tiempo de duración de un año para cada una de ellas. El día 30 de Octubre de 1993 ASISA les notificó notarialmente a cada una de las referidas hermanas demandantes su oposición a una nueva prórroga, en virtud de la prevención de la cláusula octava de las condiciones generales de las respectivas pólizas, en relación con el artículo 22 de la Ley de Contrato de Seguro; por lo que llegado el día 31 de Diciembre de 1993 vencía el periodo prorrogado anualmente y, según la recurrente, quedaban resueltas y sin efecto alguno; sin que las actoras contestaran el requerimiento notarial.

Como expresan las sentencias de instancia la demandada basa la nulidad de las pólizas en el cumplimiento inexacto del cuestionario de salud que fue sometido a las actoras a la fecha de la firma del contrato, invocando para ello el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro. Y las sentencias referidas rechazan la excepción invocada por la demandada pues estiman que no puede afirmarse que las demandantes ocultaran a la entidad aseguradora deliberadamente datos conocidos por ellas sobre sus condiciones físicas y que hubieren movido a la demandada a no concertar el seguro de haberlas conocido; ya que consta en autos los cuestionarios suscritos por las actoras, en donde se ha especificado como enfermedad más importante en relación con la cuestión litigiosa la pelvialgia de Doña Lorenza y la estenosis mitral de Doña María Angeles, situaciones reconocidas en las resoluciones administrativas que se señalan, y en la última de ellas se indica que “los procedimientos de ambas aseguradas son derivados directamente de enfermedades declaradas en sus respectivos cuestionarios de salud”.

Se repite por todos los autores que a través del deber de declaración del tomador del seguro de las circunstancias que delimitan el riesgo que se quiere que sea cubierto por el asegurador, aflora

de manera nítida el carácter del contrato de seguro como de máxima buena fe, de “uberrimae bonae fidei”. En efecto, se sabe que, siendo tan importante la delimitación del riesgo, ésta no puede llevarse a efecto sin la colaboración del futuro contratante, que es quien únicamente conoce ciertas circunstancias y detalles. El asegurador, sólo con mucha dificultad y dentro de un ámbito limitado, puede procurarse una información directa sobre el concreto riesgo que pretende asumir, por lo que necesita la ayuda de ese futuro contratante y requiere de él la información precisa para la concreción y valoración del riesgo. Se manifiesta la buena fe precisamente en que el asegurador ha de confiar en la descripción del riesgo que hace la otra parte.

El artículo 10, en lugar de concebir de una forma general y abstracta los límites del deber del tomador de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, ha acotado este deber limitándolo a la contestación del cuestionario que le someta el asegurador. Aparece así, como ha quedado dicho, no un deber espontáneo o independiente del tomador, sino un deber de responder a un cuestionario que tiene su precedente en el derecho suizo. A diferencia del artículo 381 del Código de Comercio, en el que el asegurado estaba obligado a decir todo lo que sabía sobre el riesgo y también a decir exactamente todo lo que dice, el artículo 10 circunscribe el deber de declaración al cuestionario que el asegurador someta al presunto tomador del seguro. Quiero esto decir que si el asegurador o su agente se limitan a pedir al solicitante que suscriba la solicitud del seguro o bien que acepte la proposición que hacen sin haber presentado ningún cuestionario, tal deber de declaración no existe más allá de los datos que deban figurar en esos documentos. Dicho en otros términos, la configuración del deber de declaración como deber de responder implica que si el asegurador no hace las oportunas preguntas al tomador del seguro éste se encuentra liberado de las consecuencias de ese deber; como se dijo autorizadamente dentro de nuestra doctrina, la declaración del asegurado ha de ajustarse al cuestionario del asegurador, de forma que, facilitado por el agente de la compañía, será el cuestionario el que determine los límites y el contenido de la declaración.

El tomador del seguro debe declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, “todas las circunstancias por él conocidas”, que pueden influir en la forma vista en la valoración



de riesgo. Esta norma, contenida en diversos ordenamientos bajo diversas formulaciones, implica que el asegurado sólo debe declarar exactamente cuanto sabe. Se ha puesto de manifiesto que esta limitación es lógica, aún cuando pueda perjudicar al asegurador, pues difícilmente nadie puede ser obligado por Ley a declarar hechos que ignora.

En virtud de estas consideraciones conocidas sobre el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro y de la declaración probada en la instancia sobre relación entre enfermedades declaradas en el cuestionario por las demandantes y la asistencia médica derivada de ellas, sin que se haya destruido en el recurso la declaración sobre tal relación mediante invocación de error de derecho en la valoración de la prueba con cita de precepto procesal probatorio, determina la necesaria desestimación del motivo del recurso.

TERCERO.- El segundo motivo se formula al amparo del artículo 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La recurrente manifiesta que en la exposición que se hace por la sentencia recurrida en el segundo de sus fundamentos de derecho se infringe por la misma la disposición contenida en el artículo 22 de la Ley de Contrato de Seguro, así como lo convenido en la 8ª de las condiciones generales de las pólizas indicadas y los artículos 1091, 1258 y 1114 del Código Civil.

La sentencia recurrida señala que: “tampoco podrá la aseguradora poner fin al contrato unilateral, porque se lo impedía, de una parte, el artículo 1256 del Código Civil y de otra el propio texto del mismo, porque sin desconocer el artículo 22 de la Ley de Contrato de Seguro citado, no se estaba en situación de aplicarlo en ese momento, dado que en la cláusula 8ª de las condiciones generales se prescribe detalladamente: “durante la asistencia del asegurado y hasta su total curación el asegurador no podrá rescindir la póliza”. En el párrafo segundo del citado artículo se dispone que: “las partes pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita, efectuada con un plazo de dos meses de anticipación a la conclusión del periodo del seguro en curso”.

En las sentencias de instancia se estima como probado que las actoras se encontraban en tratamiento en el momento en que se produjo el requerimiento de la aseguradora y en tratamiento no por una enfermedad leve y que dio lugar al

internamiento de Doña María Angeles en la Clínica de la Inmaculada, sino por las dolencias que con posterioridad han dado lugar a las intervenciones y tratamientos, cuyos importes aquí se reclaman; y así se desprende de los documentos aportados, en donde constan que a Doña María Angeles se le prescribió la práctica de un cateterismo cardíaco y que fue denegado por la compañía, pese a encontrarse en vigencia la póliza; y en sentido parecido se puede extraer consecuencia de la declaración del Catedrático Dr. Humberto, que en la prueba testifical advierte de la necesidad de que se proceda a intervenir quirúrgicamente a Doña Lorenza. Y es por estas circunstancias que la sentencia recurrida estima como probadas, por lo que razonablemente concluye que las demandantes estaban siendo asistidas de sus enfermedades en la fecha de requerimiento de denegación de prórroga, lo que a la aseguradora le estaba expresamente vedado por la cláusula octava transcrita.

La Ley se preocupa de modo especial de la duración material de la relación jurídica y así exige que en la póliza se indique “la duración del contrato, con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos” (artículo 8.8). Efectos relacionados con la obligación del asegurador de pagar la indemnización si se efectúa el siniestro, o si se quiere el tiempo que dura la cobertura del asegurador, duración de la relación aseguradora, que como se ha dicho justamente, es sin duda la más relevante, ya que está conectada directamente con la función de la relación aseguradora y es a la que normalmente se hace referencia cuando se habla de duración del contrato o de la relación aseguradora. Esta expresión de la duración material del contrato podrá efectuarse en unos casos de forma precisa por las partes en la póliza fijando un periodo de tiempo (los llamados seguros a tiempo determinado), mientras que en otros, los menos, la duración dependerá de otras circunstancias, concretamente de la duración de la exposición al riesgo del interés asegurado. Circunstancias que no permiten fijar el día y la hora que se inician los efectos con relación a la cobertura del asegurador, pero sí exigirse que sean determinables.

Con la misma consideración tenida en cuenta para la desestimación del motivo primero, y desde la exposición doctrinal conocida y consolidada, al haber declarado probado la sentencia recurrida las circunstancias sobre el transcurso de las enfermedades de las demandantes producidas dentro de la vigencia de la póliza, procede también la deses-

timación de este motivo; sin que las demandantes estuvieran en condiciones de acudir para su necesario tratamiento médico a facultativos designados por la demandada, toda vez que ésta unilateralmente había rescindido las pólizas.

CUARTO.- El tercer motivo se formula al amparo del artículo 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento.

La recurrente manifiesta que la sentencia de apelación condena a la aseguradora al pago de cantidad por daños físicos y morales, infringiéndose con ello lo establecido en los artículos 1,2,14 y 15 de la referida Ley de Contrato de Seguro de 8 de Octubre de 1980, los artículos 1101 y 1091 del Código Civil y la 15ª y 16ª de las condiciones generales de las pólizas, así como las condiciones particulares de la misma, los artículos 359 y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia que se cita.

Esta invocación de preceptos heterogéneos, que imposibilita su tratamiento casacional, se refiere a que, según la recurrente, tan sólo se dan dos circunstancias por la que las actoras podían haber acudido a la medicina privada: cuando la aseguradora deniegue injustificadamente la asistencia sanitaria que requería la situación del beneficiario previamente solicitada a aquella; y cuando se trate de una urgencia de carácter vital.

La desestimación de los anteriores motivos imposibilita aceptar que no está probado en autos, como sostiene la recurrente, la existencia de estas circunstancias.

El artículo 2 de la Ley de contrato de Seguro, tras declarar la imperatividad de sus normas, establece como excepción a este principio que, “sin embargo, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”.

La Ley de Contrato de Seguro de 1980 tuvo la clara intención de tutelar a los asegurados como contratantes más débiles, con el propósito de equilibrar la posición que de hecho tienen las partes en el contrato de seguro, y para ello declaró que sus preceptos tenían el carácter imperativo a no ser que dispusieran otra cosa, siendo no obstante válidas las cláusulas contractuales que fueran más beneficiosas para el asegurado. Pero al margen de esta modificación legislativa, ha de hacerse refe-

rencia a que ya la promulgación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios en 1984, implicó una protección adicional en cuanto que había de aplicarse a los contratos de seguro en aquellos supuestos en los que el asegurado fuera considerado como consumidor en el sentido de esa Ley, en tanto en cuanto pudiera ofrecer en un determinado caso concreto una condición más beneficiosa que la contenida en la Ley de Contrato de Seguro. Esta protección se ha incrementado con la modificación de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que se ha llevado a cabo por la Ley 7/1998, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación, la cual ha dado una nueva redacción a su artículo 10 sobre las cláusulas no negociadas individualmente con los consumidores y también mediante la adición de un artículo 10 bis relativo a las cláusulas abusivas, cuya enunciación se ha detallado en la disposición adicional primera de la referida Ley de los Consumidores, que parte de la declaración genérica de la nulidad de las cláusulas contrarias a las exigencias de la buena fe que causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de los asegurados. Principios de buena fe y de equilibrio en las prestaciones que son fundamentales en el régimen de las obligaciones y contratos, más fácil de valorar el primero con relación al contrato de seguro que el del equilibrio en las prestaciones, dada la dificultad, en especial desde la perspectiva del asegurado, de la correspondencia adecuada entre la prima y el riesgo asumido por el asegurador.

La fijación del “quantum” indemnizatorio es función de los órganos de instancia (Sentencias de 7 de Marzo de 1997, 6 de Mayo de 1997, 26 de Febrero de 1998, 19 de Abril de 1999, 21 de Enero de 2000, entre otras muchas), quedando por tanto al margen de la revisión casacional, como igualmente sucede con la apreciación de daño moral y la cuantía de la indemnización correspondiente (Sentencias de 27 de Enero de 1997 y 10 de Diciembre de 1999) (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Noviembre de 2000). En igual sentido las Sentencias de 10 de Mayo de 2001 y 15 de Junio de 2000.

Las Sentencias de esta Sala han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (Sentencia de 22 de Mayo de 1995), relativa e imprecisa (Sentencias de 14 de Diciembre de 1996 y 5 de Octubre de 1998). Iniciada su indemnización en el campo de la **culpa extracontractual**,



se amplió su ámbito al contractual (Sentencias de 9 de Mayo de 1984, 27 de Junio de 1994, 22 de Noviembre de 1997, 14 de Mayo y 12 de Julio de 1999, entre otras), adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del “pretium doloris” y los ataques a los derechos de la personalidad (Sentencia de 19 de Octubre de 1998). La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias de 22 de Mayo de 1995, 19 de Octubre de 1996 y 24 de Septiembre de 1999). La reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (Sentencia de 23 de Julio de 1990), sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (Sentencia de 22 de Mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (Sentencia de 27 de Enero de 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (Sentencia de 2 de Junio de 1999). Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 2000.

Por todo lo expuesto, y sin que esté en disposición de la recurrente el destino de la totalidad de la indemnización señalada por tratarse de relaciones privadas entre las dos demandantes a las que alcanza la misma, sin que tenga que reducirse sólo a una de ellas, al menos en los daños morales, procede la desestimación del motivo.

Recurso de casación de las demandantes doña Lorenza y doña María Ángeles

QUINTO.- El motivo primero se invoca, sin cita de su amparo, por alteración de la jurisprudencia aplicable, que es uniforme en cuanto a la interpretación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, al no conceder la sentencia recurrida el incremento del 20% respecto de la cantidad concedida a las recurrentes.

La jurisprudencia de esta Sala nos ofrece algunos de los supuestos en los que estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los intereses moratorios: cuando la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la pertenencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado las causas de un siniestro y esto es determinante de la indemnización y su

cuantía. Cuando exista discusión entre las partes, no del importe exacto de la indemnización, sino de la procedencia o no de la cobertura del siniestro. Cuando junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la determinación de la causa, culposa o no, de la producción del siniestro, sea necesaria la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad a abonar el asegurador por vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes. Quedan fuera de esta aplicación de la obligación de pagar intereses moratorios en la forma establecida por esta moderna jurisprudencia aquéllos supuestos, como dice la Sentencia de 5 de Marzo de 1992, “en los que la complejidad de las relaciones habidas entre las partes litigantes excluyen la fácil determinación de la cantidad realmente adeudada, supuesto de excepción que concurre en este caso en que, no sólo ha sido necesaria la resolución judicial para determinar si existía o no ese deber de restitución que se reclama, sino que ha sido necesario deferir al trámite de ejecución de sentencia la fijación del “quantum” ante la imposibilidad de establecerlo en el fallo. Por consiguiente, se dice en esta orientación jurisprudencial que la mera ilíquidez no es por sí misma excusa razonable para que el asegurador pueda demorar el pago, pero si pueden surgir circunstancias que hagan precisa la liquidación de la deuda, como acontece en el supuesto de autos, en el que si bien no es preciso determinar si el siniestro está cubierto por el contrato de seguro, si lo es para cuantificar la responsabilidad del asegurador, habida cuenta de la indeterminación de la cuantía reclamada en la demanda, hasta el punto de que se deja su fijación al trámite de ejecución de sentencia.” (Sentencia 1224/2004, en igual sentido Sentencias 872/2003 y 206/2006).

En este procedimiento, no puede negarse la necesidad de determinar si la cantidad reclamada, de forma indeterminada, quedaba sometida razonablemente a discusión jurisdiccional con aplicación, por tanto del apartado 8º del artículo 20: “no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o del pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable”.

Por todo lo expuesto el motivo decae.

SEXTO.- El motivo segundo, sin cita de precepto legal de amparo, por infracción de los artículos 1101, 1124 y 1214 del Código Civil, al alegar las recurrentes que esta cuestión es de interés so-

cial y la condena procedería al pago de todos los daños y gastos generados por las enfermedades declaradas durante la vigencia de la póliza, de las cuales siguen siendo tratadas.

La desestimación de los motivos segundo y tercero del recurso de casación interpuesto por la entidad demandada, resuelve la cuestión planteada de tal forma que imposibilita tener en cuenta para su estimación este motivo.

SÉPTIMO.- El tercer motivo, por infracción del artículo 24 de la Constitución Española, que se invoca directamente al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las recurrentes manifiestan que en la segunda instancia se ha incurrido en incongruencia con indefensión, al obviar varios de los alegados de la defensa de la apelación de esta parte durante la vista.

De la diligencia de vista extendida por el Secretario de la sala y de la invocación genérica que se hace en este motivo, no aparece posibilidad alguna de darle ningún tipo de tratamiento, por lo que tiene que ser rechazado.

Costas

OCTAVO.- Conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la imposición del pago de costas de cada uno de los recursos a los respectivos recurrentes.

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

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la Procuradora Doña María Belén Jiménez Torrecillas, en nombre y representación de ASISTENCIA SANITARIA INTERPROVINCIAL DE SEGUROS S.A, (ASISA) y por el Procurador Don Jesús Verdasco Triguero, en nombre y representación de Doña Lorenza y Doña María Angeles, contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada de fecha 10 de Mayo de 1999, con imposición del pago de costas causadas por cada uno de los recursos a sus respectivos recurrentes.

Comentario:



Andrés Cid Luque
Abogado

La resolución dictada por el Alto Tribunal vuelve sobre temas, que siempre son de plena actualidad. Los cuestionarios de salud de los seguros de asistencia médica, la posibilidad de resolución unilateral de la Compañía de Seguros, las cláusulas abusivas, y el interés penitencial del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Esta interesantísima sentencia envía una llamada de atención a las Aseguradoras Sanitarias, recordándoles que la modificación del artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro, dejó sentada la idea, de que es el cuestionario (y lo bien que se redacte) lo que han de contes-

tar los asegurados, sin posibilidad de interpretaciones sobre lo que debería haber contestado, sino respondiendo a cuestiones claras, precisas, concretas y directas.

En cuanto a la resolución unilateral del artículo 22 de la Ley del Contrato de seguro, se da por probado en la instancia, de que en el momento del requerimiento de resolución de la aseguradora, los tomadores, y por ello, redaba a la Compañía de Seguros por el artículo 8.8 de su propia póliza, a rescindir el contrato, lo que es lógico, pues es lo relevante de este aseguramiento (la curación), y conectado directamente a la función de la reclamación aseguradora. En



concreto las enfermedades de las demandantes se habrían producido dentro de la vigencia de la póliza.

En un tercer punto, se discute que estaban fuera de cobertura, los gastos efectuados al acudir a la medicina privada. Y el Tribunal Supremo, utiliza una mezcla de conceptos, en combinación del artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro, con el nuevo artículo 10 de la Ley General para la Defensora de los Consumidores y Usuarios, terminando en una suerte coletilla casacional, sobre la fijación del “quantum” es función de los órganos de instancia (con cita de multitud de sentencia. Desgraciadamente, al desconocer lo manifestado por los órganos de instancia, entenderemos, que se ha perdido una magnífica oportunidad para analizar estas cláusulas (más beneficios para el asegurado y las abusivas) y concretar como debe de interpretarse.

No obstante, cierra este punto el tribunal, con un detallado listado de formas de concreción del DAÑO MORAL (sufrimiento o padecimiento psíquico, impactado o sufrimiento espiritual, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuyente, etc...).

Por último, se centra la sentencia en canalizar la causa justificada del apartado 8o del Artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro para exonerar a la Aseguradora del pago del interés penitencial. Pues en el caso concreto, ante la dificultad de fijación del “quantum” se hacía necesario deferirlo al trámite de ejecución de sentencia. Y todo, con cita de alguna anterior resolución de esta interesante materia, que hilvana, con la complejidad de las relaciones habidas entre los litigantes, como se ha expuesto.

Tribunal Supremo

CONTRATO DE SEGURO

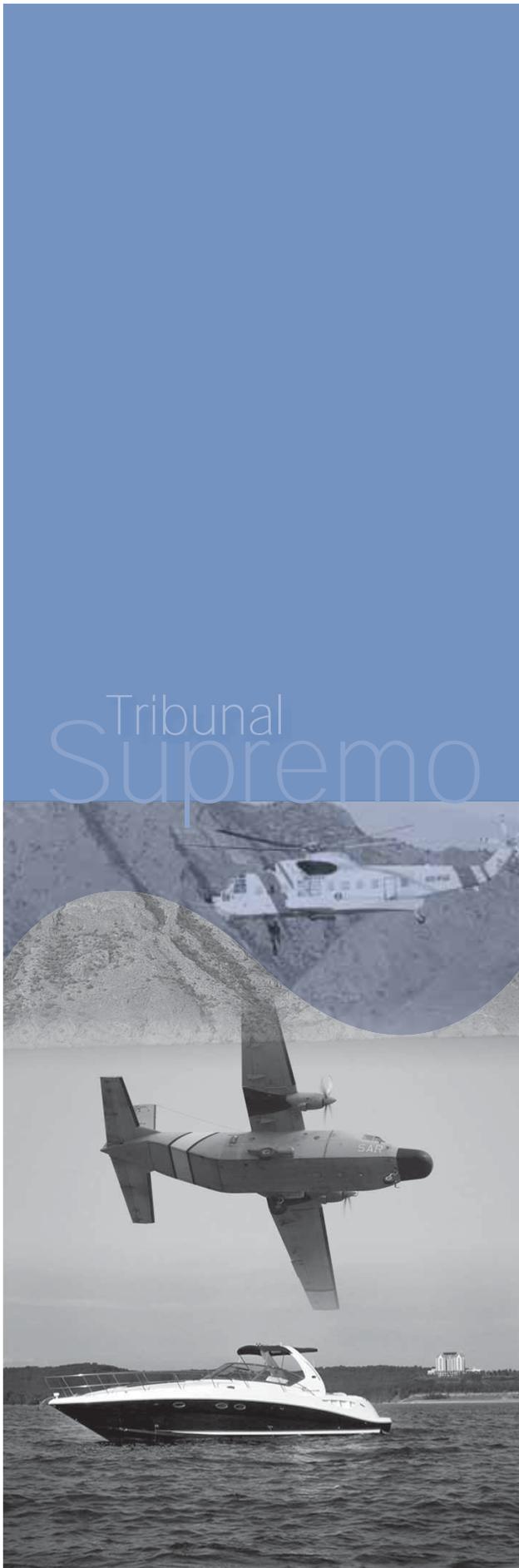
Supuestos de aplicación del procedimiento previsto en el artículo 38 de la Ley del Contrato de Seguro. El carácter imperativo de dicho procedimiento se limita a los supuestos en que existe una clara aceptación de la cobertura por parte de la Aseguradora.

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de Mayo de 2006
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela*

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Don Gabriel demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la entidad aseguradora «Axa, S.A.», e interesó las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

La cuestión litigiosa se centra principalmente en la determinación de si, con indicación al **contrato de seguro** concertado entre los litigantes, por el que se garantizaban los daños que pudiera sufrir la embarcación del demandante, denominada «Iowa», marca «Sea Ray 420», el siniestro acaecido entre los días 28 de febrero y 5 de marzo de 1995 -cuando navegaba y fue afectada por un fuerte temporal con resultado de importantes desperfectos, cuyo importe, más los gastos de salvamento, rescate y reparaciones de urgencia, ascendieron a la cantidad de 7.128.553 pesetas, una vez descontada la franquicia de 82000 pesetas- estaba o no cubierto por el mencionado **contrato de seguro**.





El Juzgado ha estimado en parte la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que acogió íntegramente la reclamación del actor.

«Axa, S.A». ha interpuesto recuso de casación contra la sentencia de la Audiencia por los motivos que se examinan a continuación.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881,1) y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), por infracción del artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836), que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta la alegación de la recurrente de que el siniestro no estaba cubierto por la póliza de seguro, al producirse la causa de exclusión de haberse alquilado la embarcación, circunstancia que no pudo conocer antes de la práctica de la prueba, cuando fueron aportadas a los autos las diligencias penales practicadas por el Juzgado de Instrucción de Melilla, por lo que no tuvo posibilidad de manifestarla en el momento de contestación de la demanda, pero sí en el trámite del escrito de resumen de pruebas y en el recurso de apelación- se desestima porque la recurrente ha introducido una cuestión nueva, no aducida por las partes en sus escritos alegatorios, la cual, según reiterada doctrina jurisprudencial, no es susceptible de conocimiento en casación, pues, amén de alterar el objeto de la controversia, atenta a los principios de preclusión e igualdad entre las partes (entre otras, SSTS de 11 de abril [RJ 1994, 2786] y 4 de junio de 1994 [RJ 1994, 4583] y 2 de junio de 1999) y produce indefensión al otro sujeto del pleito (aparte de otras, SSTS de 20 de septiembre de 1994 [RJ 1994, 6979], 4 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7039], 19 de noviembre de 1999 y 29 de enero de 2001 [RJ 2001, 513]).

TERCERO.- Los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso, todos al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) -uno, por aplicación indebida de los párrafos 4, 5, 6 y 7 del artículo 38 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre (RCL 1980, 2295), de **Contrato de Seguro**, donde se regula el procedimiento extrajudicial para la liquidación de los siniestros en los seguros de daños cuando las partes no se pongan de acuerdo, mediante el nombramiento y la actuación

de peritos, en virtud de que la referida vía está prevista para los casos en que las partes asegurada y aseguradora han admitido la realidad y la cobertura del siniestro, pero discrepan en la valoración de los daños, y, según denuncia, la sentencia de instancia no ha considerado que la utilización de este precepto no estaba indicada para el supuesto del debate, pues la aseguradora rechazó el siniestro por falta de cobertura del condicionado de la póliza, sin embargo no se hizo así y el asegurado recurrió unilateralmente a la peritación del artículo 38, que se tramitó sin la intervención de «Axa», la cual no hizo designación de perito y se mantuvo al margen del mismo; otro, por aplicación indebida del último párrafo del artículo 38 de la **Ley de Contrato de Seguro**, puesto que, según reprocha, la sentencia de la Audiencia no ha considerado que la utilización del procedimiento pericial regulado en los párrafos 4, 5, 6 y 7 del citado precepto ha sido una elección equivocada de la actora, ya que la discrepancia no era de la cuantía de los daños a liquidar, sino de la cobertura del siniestro por la póliza, y al ser inaplicables los referidos párrafos del artículo 38, también lo será el último, que prevé las consecuencias de la demora del cumplimiento del pago del importe de la indemnización por el tercer perito, precisamente como culminación de ese procedimiento; y el restante, por aplicación indebida del artículo 39 de la **Ley de Contrato de Seguro**, debido a que, según censura, la sentencia de apelación no ha valorado que el procedimiento extrajudicial del artículo 38 de dicha Ley se ha entablado incorrectamente por el asegurado, ya que la discrepancia no era de la cuantía de los daños a liquidar, sino de la cobertura del siniestro por la póliza, y, además, mediante un planteamiento unilateral y en contra de la voluntad de la recurrente, por lo que resulta improcedente hacerle pagar la mitad de los honorarios del tercer perito- se examinan conjuntamente por su unidad de planteamiento y se desestiman por las razones que se dicen seguidamente:

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho segundo, integra el siguiente razonamiento: «En cuanto al procedimiento previsto en el artículo 38 de la LCS y resultando indiscutido que la aseguradora rechazó el siniestro, sin alegar motivo alguno para ello, transcurridos 3 meses desde la ocurrencia del mismo y por tanto fuera del plazo establecido en el artículo 18 de la LCS, y resultando acreditado en autos que la parte actora designó al perito don Jose Ramón, y que el perito de la aseguradora don Héctor, examinó la embarcación siniestrada y cuantificó los daños, a

pesar de lo cual no emitió dictamen alguno al no estar autorizado para ello por la compañía aseguradora, que fue requerida mediante acto de conciliación a fin de designar un tercer perito, según dispone el párrafo 6º del meritado artículo 38, sin que existiera oposición a dicho trámite, cuya designación se realizó mediante insaculación, y que el dictamen emitido por dicho tercer perito, Sr. Andrés, fue debidamente notificado a la entidad aseguradora que nada alegó en el término de 30 días señalado en la norma, debe concluirse que tal dictamen deviene inatacable. A mayor abundamiento, el importe de la indemnización reclamada en la demanda no ha sido objeto de alegación alguna por la aseguradora demandada, que se limitó, al contestar a la demanda, a manifestar respecto al hecho “Duodécimo al resto”, “Negado, por no haber sido aceptado el siniestro..”. Al no haberse impugnado partida alguna del peritaje emitido por el Sr. Andrés (folios 384 a 389) coincidente con el elaborado por el perito del actor don Jose Ramón, que obra a los folios 9 a 17, y que fue acompañado junto con el escrito de demanda, no existe motivo alguno para entender que la suma objeto de indemnización resulte excesiva o inadecuada a los daños y perjuicios causados al asegurado y, por tanto, la misma deberá ser mantenida por este Tribunal».

Conviene traer a colación lo declarado en la STS de 19 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7215) respecto a que el artículo 38 legitima a las partes para acudir a un procedimiento especial, con el nombramiento de peritos, para que se resuelva rápidamente todo lo relativo a la valoración del daño, «como presupuesto para el pago de la indemnización por el asegurador», y las mismas, sin embargo, pueden decidir no acudir a este procedimiento, o bien puede suceder que no estén conformes con cuestiones relativas al fondo de su discrepancia, como ocurre cuando una de ellas, normalmente el asegurador, niega la existencia de cobertura del siniestro producido, en cuyo caso está abierta la vía judicial, como reconocen las SSTS de 10 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3748) y 31 de enero de 1992 (RJ 1992, 538); asimismo, la expresada sentencia recuerda que la doctrina jurisprudencial ha referido la imperatividad del artículo 38 a los casos de liquidación de los daños causados en el siniestro previsto en el seguro de que se trate y así, entre otras, la STS de 20 de mayo de 2002 (RJ 2002, 5345) sienta que el mencionado artículo «no es un obstáculo insalvable que impida el acceso a la jurisdicción, sino más bien un procedimien-

to facilitador, por regla general, de la liquidación del siniestro».

Por lo argumentado en la instancia, es evidente que el procedimiento prevenido en el referido artículo 38 no fue iniciado con la oposición de la recurrente, sino con su propia intervención, pero, en definitiva, cuando existe discrepancia sobre si existe o no cobertura, como ocurrió aquí, no puede ser de aplicación el artículo 38, porque el precepto parte de que se está de acuerdo en que el siniestro obra cubierto por el contrato y se limita a facilitar una vía para su rápida liquidación, si embargo, en el supuesto debatido, se ha utilizado también la vía judicial y, por los datos que constan en las actuaciones, se ha acreditado la vigencia del **contrato de seguro**, la causación del siniestro y su importe, sin que la causa de exclusión alegada en el escrito de contestación a la demanda haya sido probada, y las demás, que fueron aducidas extemporáneamente, han sido rechazadas, tal como se manifestó en la respuesta al motivo primero del recurso, y tampoco la recurrente ha discutido el dictamen de los peritos, uno de los cuales fue insaculado judicialmente en los autos de jurisdicción voluntaria seguidos con el número 146/96 en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma y sus conclusiones han sido coincidentes con las elaboradas por el perito del actor, que obran en los folios 9 a 17 de los autos.

CUARTO.- La desestimación del recurso produce los preceptivos efectos determinados en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) respecto a las costas.

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

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad «Axa Aurora Ibérica, SA, De Seguros y Reaseguros» (anteriormente «Axa Gestión de Seguros y Reaseguros, S.A») contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en fecha de siete de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esa sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.



Comentario:



M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán
Abogada

La presente resolución viene a explicar de forma clara cuál es el ámbito de aplicación del procedimiento previsto en la Ley del Contrato de Seguro para la liquidación del daño ante siniestros objeto de cobertura. De este modo, ante la insistencia de muchas entidades aseguradoras que pretenden imponer a sus asegurados, en virtud de la póliza contratada, la obligatoriedad de someterse a un procedimiento extrajudicial, con el fin de que sea aquí y no en un procedimiento judicial, donde se resuelva acerca de su derecho a ser indemnizado, como en muchas otras ocasiones nuestro alto Tribunal estima que el citado procedimiento, regulado en el artículo 38 de la Ley del Contrato de Seguro, sólo tendrá carácter imperativo en aquellos supuestos donde exista una plena aceptación de la responsabilidad derivada del siniestro por parte de la Aseguradora. De este modo, en todos

aquellos supuestos donde se discuta la existencia de cobertura, así como la aplicación o no de determinadas cláusulas de exclusión, y por tanto, exista controversia acerca de la responsabilidad derivada del siniestro, las partes tendrán plena libertad para acudir a la vía judicial para que sea en ésta donde se resuelvan dichas cuestiones.

Por tanto, el carácter imperativo del procedimiento extrajudicial que prevé la Ley del Contrato de Seguro, sólo tendrá vigencia en aquellos asuntos donde las partes hayan alcanzado un acuerdo acerca de la cobertura contratada en la póliza, y en los que por tanto, sólo quede por delimitar la cuantía a la que deberá ascender la cantidad objeto de indemnización. Será en estos supuestos donde se haga efectivo el citado procedimiento cuyo único fin es determinar la liquidación del daño.

Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

Perjudicados extratabulares; Procede la indemnización a la ex nua por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la muerte en accidente de tráfico de su ex suegra, al estimar existente una relación entre ambas de carácter materno-filial

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 15 de Mayo de 2006

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Las especiales circunstancias en que se procede al dictado de esta resolución determinan que sólo se proceda al análisis y resolución del recurso de apelación interpuesto por la representación de ADELA RODRÍGUEZ GAONA, JORDI SOLER RODRÍGUEZ Y FELIP SOLER RODRÍGUEZ, los demandantes de amparo, debiendo mantenerse los pronunciamientos la sentencia anulada respecto al recurso de apelación interpuesto por el Consorcio de Compensación de Seguros, pues a mismo es de entender que no debe verse afectada por un recurso de amparo al que es ajeno.

Procede, en consecuencia, analizar la primera alegación impugnativa relativa a la indebida apreciación de la apreciación de la concurrencia de una actuación imprudente por parte de ADELA RODRI-



GUEZ y de ANA BELEITO como fundamento de la aplicación de un factor corrector de la indemnización fijada por los perjuicios derivados de las lesiones surgidas por la primera y del fallecimiento de la segunda.

La sentencia atribuye a las viandantes un aporte causal de un 30 % a la producción del siniestro por el hecho de transitar por la calzada en vez de por la acera, sin embargo debe considerarse que fue la inopinada invasión por parte del ciclomotor del carril de circulación contrario la única conducta con eficacia causal, pues desde luego el accidente no fue consecuencia del tal conducta desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva, en tanto que representaba un peligro mucho más genérico para la seguridad vial y, además aquellas se hallaban amparadas por el principio de confianza, en cuanto que le era legítimo suponer que no serían arrolladas por un vehículo que, circulando en la misma dirección, invadiría la calzada contraria al del sentido de su marcha, siendo por el contrario la única fuente previsible de peligro la de los vehículos que circulaban por el lado de la calzada por el que caminaban las peatones, presentándose la conducta de éstas como irrelevante o intrascendente para el resultado lesivo finalmente acaecido, de forma que debe dejarse sin efecto la reducción de la indemnización fijada en la sentencia.

Procede, por lo expuesto, dejar sin efecto la reducción en un 30% de las indemnizaciones.

SEGUNDO.- Se impugna, a continuación, la atribución de la condición de perjudicado al hijo de la fallecida Sra. Beleito con unos argumentos que deben conducir a su desestimación y la falta de atribución de tal condición a Adela Rodríguez, impugnaciones que deben ser resueltas de forma conjunta que deben tener diversa suerte en cuanto a su estimación.

Tratándose de un fallecimiento ocurrido en accidente de circulación, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la indemnizaciones por los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación se encuentran determinadas por el sistema que para su valoración la Disposición Adicional de la Ley 30/95 introdujo con anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, y que tal sistema es de obligada aplicación por los Jueces y Tribunales, (STS, entre otras de 20-12-2000, 16-4-2001, 8-5-2000), de forma que dichas indemnizaciones

deberán cuantificarse en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizadores fijados en el mencionado baremo, habiendo aclarado la sentencia del TC 181/2000 de 20 de junio las dudas que sobre la inconstitucionalidad de ese sistema se suscitaran al entender que probaba a los Tribunales de Justicia de la facultad de individualizar la cuantía de la indemnizaciones en atención a las peculiaridades circunstancias de cada caso, en el sentido de declarar la constitucionalidad del mencionada sistema la excepción de la parte relativa a la fijación de la indemnizaciones por los perjuicios económicos en caso de incapacidades temporales cuando existiera culpa, justificado por la necesidad de crear una certeza y seguridad jurídica en la materia que antes era inexistente por la disparidad de los criterios judiciales para fijar las indemnizaciones.

El mencionado sistema, es el extremo relativo a las indemnizaciones derivadas del fallecimiento de una persona establece una relación de perjudicados por dicho fallecimiento, ordenándolas por grupos sucesivamente excluyentes, distribuyendo un criterio jurisprudencial existente en la materia, cuales son la titularidad por derecho del desamparo de las personas económicamente dependientes del fallecido y el resarcimiento del daño moral de las personas más allegadas.

Se establece, por tanto, el derecho a la indemnización por muerte a favor de aquellas personas que, en función de la relación de parentesco con el



fallecido y la dependencia económica con el mismo, en circunstancias normales, es de suponer que son las más afectadas por su muerte tanto moral como económicamente. Ahora bien, ello no impide que como toda norma jurídica dicho sistema debe ser aplicado e interpretado acudiendo a los criterios interpretativos que suministra el artículo 3 del C.C. y en su caso a la integración analógica de las normas que admite el artículo 41 del mismo texto legal, lo que implica que, en su defecto de los beneficiarios de la indemnización legalmente establecidos o incluso concurriendo con ellos, si se acredita la existencia con el fallecido de la relación de afectividad equiparable o análoga a la que se presume por su concreto parentesco en cualquiera de los beneficiarios legalmente establecidos, la persona que haya mantenido esa relación con el fallecido pueda ser tributario de obtener una indemnización por su muerte.

Debe de tenerse en cuenta al respecto que tal posible ampliación de las personas perjudicadas ha sido admitida por el STS de 15 de noviembre de 2002 al establecer que el baremo es vinculante en el sistema tabular de cuantificación de daños así como en relación a los factores de individualización previstos como factores de corrección de índices pero no lo es, entre otros aspectos, .no en la determinación del causante del daño ni en la determinación de los perjudicados, aspecto este último que debe quedar para la determinación judicial.

En el caso enjuiciado, y por lo que al hijo de la fallecida se refiere, la sola existencia del vínculo materno-filiar determina, en principio su condición de beneficiario de la indemnización por la muerte de su madre, sin que la presunción legal de sufrir un perjuicio por tal fallecimiento quede desvirtuada por el hecho de que en los últimos tiempos la relación con su madre fuera escasa y no se hubiera ocupado de ella, pues la vincisitudes por las que hubiera podido para la relación en los últimos años carece de eficacia para anular el bagaje sentimental y afectivo propio entre progenitor y su hijo.

Por lo que ADELA RODRÍGUEZ, ciertamente el examen de las actuaciones evidenciaba que su relación era mucho mas intensa de la propia entre una suegra y su nuera hasta el punto de poderla asimilar a una relación materno-filial, puesto que, motivada por las circunstancias de la separación cónyuge convivió con su suegra y sus dos hijos durante aproximadamente 15 años, siendo la persona que cuidaba a ANA BELEITO como si de su

propia madre de tratara y la acompañaba a todos los sitios, medico, callista..., existiendo entre ambas una especial relación de afectividad, siendo precisamente su apoyo durante los años en los que su relación con su hijo estaba mas distanciada, de forma que en esa época podría afirmarse que el rol filial era desempeñado por ADELA.

Es por ello que, sin privar al hijo biológico del derecho a ser indemnizado por la muerte de su madre, debe ser indemnizado también el perjuicio moral sufrido por ADELA, por la muerte de su suegra equiparandola a efectos del baremo a una hija de forma que ambos compartan la indemnización legalmente establecida para el caso de victima sin cónyuge con concurrencia de dos hijos mayores de 25 años.

De acuerdo con la actualización del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación para el año 2001, fecha del dictado de la sentencia de la instancia, la indemnizaciones a favor de JOSÉ SOLER BELEYTO y de ADELA RODRÍGUEZ GAONA debe fijarse en 5446,62 euros para cada uno de ellos, resultado de dividir entre dos de sumad e la indemnización fijada para un hijo mayor de 25 años y par aun hijo también mayor de edad en concurrencia con el anterior, siendo el beneficiario de la indemnización del hijo tras su fallecimiento y por su condición de heredera testamentaria JUANA MARCH SERASOLS.

Por último, debe de tenerse en cuenta que existen muchas personas, distintas a las contempladas en el baremo como beneficiarias de una indemnización por fallecimiento que , por la relación que tenían con la victima, de buen seguro padecen un enorme sufrimiento por su perdida, pero no por ello debe efectuarse una asimilación de su relación con cualquiera de las otras específicamente contempladas en el baremo para otorgarles una indemnización, lo que solo deberá realizarse cuando esa relación por su naturaleza o intensidad sea totalmente equiparable o indentificable con otra contemplada en el baremos de la que no exista persona alguna beneficiaria, a la que, por tanto, pueda sustituir, o incluso excepcionalmente, existiendo ese beneficiario cuando la identidad afectiva sea absolutamente equiparable, lo que no se entiende que suceda en el caso enjuiciado con los nietos de la fallecida, la que hace que la decisión de la primera sentencia dictada en apelación de suprimir la indemnización fijada a su favor de los nietos se



advierte correcta, de forma que, a efectos formales, habiendo sido anulada la sentencia procede mantener en esta segunda sentencia la estimación del recurso de apelación interpuesto por el CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas de la alzada.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación

Fallo

QUE ESTIMADO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación de ADELA RODRÍGUEZ GAONA, JORDI SOLER RODRÍGUEZ Y FELIP SOLER RODRÍGUEZ contra la sentencia de 19 de junio de 2001, dictada en el Juzgado de instrucción nº 11 de Girona en el Juicio de Faltas

447/00 del que este Rollo dimana y MANTENIÉNDOSE EL PRONUNCIAMIENTO ESTIMATORIO QUE RESPECTO AL RECURSO INTERPUESTO POR EL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN hizo la sentencia de fecha 25 de septiembre de 2002 dictada por esta misma Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Girona, SE REVOCA EN PARTE la meritada resolución, Y, en consecuencia SE CONDENA A SANTIAGO CASTAÑO DALMAU con responsabilidad civil directa a cargo del CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS a que indemnice a ADELA RODRÍGUEZ GAONA Y A JOSÉ SOLER BELEITO EN QUINCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS EUROS CON CINCUENTA Y DOS CENTIMOS (15.446,52€) a cada uno de ellos y además, a la primera en QUINIENTOS CUARENTA Y TRES EUROS CON CUARENTA Y SIETE CENTIMOS (547,47€) MANTENIÉNDOSE EL RESTO DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA declarándose de oficio las costas de esta alzada.

Comentario:



Mariano Medina Grespo
Abogado

Pocas veces se tiene la ocasión de reseñar sentencias que, utilizando el sistema valorativo de la Ley 30/95, afronten los “casos difíciles” y los resuelvan sin los criterios usuales de legalismo secante y descarnado. La sentencia de la que damos noticia, de la Audiencia Provincial de Gerona, se ha dictado después de que el Tribunal Constitucional anulara, por falta de motivación, la que se había dictado originariamente, dándose la circunstancia de que, gracias al enorme retraso del TC, la magistrada que ha dictado la de ahora no es el magistrado que dictó la precedente. La especialidad del caso radica en que en ella se acude al que denominamos “parentesco funcional”, en virtud del cual se reconoce (sin voluntarismo y por asimilación convincente) la calidad perjudicial a la ex-nuera de la fallecida, por haber desempeñado durante los quince años anteriores al siniestro la condición fáctica de hija, con lo que un supuesto de fallecimiento de víctima con hijo único (el hijo de la fallecida) se torna en supuesto de fallecimiento con dos hijos (el hijo de la fallecida y la ex-nuera, ex marido de aquél), pues, pese a

las circunstancias del caso, se reconoce también la calidad perjudicial del hijo biológico. Para quienes estén interesados en los pormenores del caso, me remito al comentario que publiqué sobre la mencionada STC, bajo el título de *El amparo envenenado (STC 236/2005, de 26 de septiembre). El hijo, la ex-nuera y los nietos de la fallecida: Relevancia de los perjuicios dudosos e irrelevancia de los jugosos* (Revista de Responsabilidad Civil Circulación y Seguro, 2006/2, pp. 44-51), con notas que el duende de la imprenta desordenó manifiestamente; y también me remito a una reseña posterior, contenida en la misma Revista (2006/5, pp. 45-48) del letrado Rodrigo López González, bajo el título de *El verdadero sentido de la indemnización y de la legitimación de los indemnizados en caso de muerte del causante*, donde se efectúan referencias precisas sobre el sentido de la expresada sentencia constitucional. Aconsejo que se preste atención a las instrucciones literalistas que, con extravagancia técnica, se permitió dirigir el TC a la AP; y obsérvese cómo felizmente ésta no se dejó desorientar por ellas.

Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

Determinación de la indemnización que corresponde al único progenitor superviviente de un menor que fallece en accidente de circulación. No procede la imposición de intereses moratorios al concurrir causa justificada del impago por parte de la aseguradora

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de Mayo de 2006
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Menéndez Estébanez*

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El primer motivo del recurso versa sobre la cuantía de la indemnización que corresponde a uno de los padres (en este caso la madre) del menor que fallece en **accidente de circulación** cuando el otro cónyuge también ha fallecido, en este caso en el mismo **accidente de circulación**, en función del baremo introducido por la Ley 30/95.

Las Audiencias Provinciales se encuentran divididas entre el reconocimiento de la totalidad de indemnización básica por muerte, Tabla I, Grupo IV, sobre víctima sin cónyuge, ni hijos y con ascendientes en su integridad al padre sobreviviente del fallecido o sólo la mitad (Ss. A.P. Asturias Sección 6ª 27-7-2001, Pontevedra Sección 3ª 18-11-2002 y Zaragoza Sección 4ª 27-2-2003, por la primera



Audiencias Provinciales



postura, y Burgos Sección 3ª 5-9-2001, Valladolid Sección 1ª 1-10-2001 y La Coruña Sección 1ª 19-11-2002, respecto de la segunda).

Sobre la cuestión que se plantea a la decisión de la Sala con el presente recurso, aun reconociendo que la citada cuestión no es pacífica en el ámbito judicial ni doctrinal, se inclina por la primera de las posturas ya explicitada por esta misma Audiencia, sección 3ª, en sentencia de fecha 18-11-2002. Se opta así por la no minoración de la cantidad fijada en el baremo en los supuestos de existencia de un solo progenitor al no contemplarse en el mismo la reducción de la indemnización fijada genéricamente para tal categoría de parientes en los supuestos en que el sobreviviente sea un solo progenitor, por lo que no puede aceptarse la drástica reducción de la indemnización que para esta contingencia de fallecimiento y grupo de parientes supone la interpretación restrictiva seguida en este caso por la parte apelante. No ya solo porque donde la ley no distingue no cabe distinguir, sino porque además tal interpretación restrictiva no es acorde en este caso con las propias previsiones del Baremo si se tiene en cuenta que el mismo, cuando prevé que la indemnización que se fija para cada uno de los grupos excluyentes de parientes que contempla, se atribuya a una sola persona, así lo especifica, caso por ejemplo de víctima con hijos a que se refiere el Grupo IV, o hermanos a que se refiere el Grupo V, de ahí que en el caso de los padres, haya de estimarse que sino se distingue ello lo es porque debe reconocerse al sobreviviente el total importe de la indemnización.

Interpretación la citada que resulta ratificada si se toma en consideración el Baremo, en la totalidad de su contexto, teniendo en cuenta que la propugnada por la parte apelante conduce a consecuencias tan ilógicas, desde el punto de vista de la indemnización del daño moral, como que se otorgaría una mayor indemnización a hermanos, cuando no existan otros familiares a los que se da preferencia en el Baremo, que al progenitor superviviente.

No puede fundarse la oposición a dicha interpretación en la llamada o nota aclaratoria (5) a pie de página y en relación al concepto "Padres", que aparece en dicho Grupo IV, que en el caso de que concurriera uno que conviviera y otro que no conviviera con la víctima, se asignará a cada uno el 50 por 100 de la cuantía que figura en su respectivo concepto, por cuanto que lo único que cabe de-

ducir de dicha previsión es solo la distribución del montante indemnizatorio entre los dos progenitores que sobreviven al hijo muerto, pero nada más, sin que sea dable inferir de ello que en el supuesto, como el de autos, en que solo existe uno de los padres de la víctima solo le corresponda la mitad de la indemnización, ya que la norma habla con el genérico "padres", que abarca tanto al padre como a la madre, de modo que no habiendo matizado si la indemnización corresponde a "ambos padres", ha de entenderse que tanto es a los dos como a cualquiera de ellos que sobreviva al hijo fallecido.

Por ello viviendo uno solo de los progenitores, en concreto la actora, ésta ha de percibir la total indemnización fijada genéricamente para tal categoría de parientes en el Baremo sin que ello pueda estimarse pugne en absoluto con el carácter personal del daño moral, dado que en definitiva este es aun mayor si cabe en estos casos al tener que soportar el enorme sufrimiento que la pérdida de un hijo supone sin el apoyo del otro progenitor.

Tampoco es argumento que se protejan situaciones anteriores al fallecimiento del otro progenitor. Se protegen situaciones no anteriores sino posteriores a dicho fallecimiento por cuando al ser el mismo a la par que el del hijo, el baremo trata de resarcir los daños provocados por el luctuoso accidente. En este caso la parte recurrente ni siquiera duda acerca de cual de los dos ha fallecido primero, padre o hijo, sino que estima el fallecimiento a la vez. Pero aún cuando lo contradijera, salvo prueba en contrario, se presume que han muerto al mismo tiempo y no tiene lugar al transmisión de derechos, tal y como recoge el art. 33 CC. De forma que tampoco resulta real la hipótesis señalada al final del primer motivo de impugnación por cuanto el padre fallecido a la vez que el hijo ningún derecho económico adquiere por la muerte de éste ni viceversa.

No podemos obviar, aún cuando no conforme Jurisprudencia civil, la STS 11 marzo 2003, de la Sala Segunda, con cita del acuerdo de la Sala General de 14-2-2002, reseñada acertadamente por la sentencia impugnada, en la que se establece el criterio interpretativo seguido en la presente resolución.

SEGUNDO.- Se cuestiona también por el Consorcio de Compensación de Seguros el devengo de intereses a que ha sido condenado en la instancia.

La sentencia condena al pago de intereses en función de dos cantidades. La primera respecto a la mitad de la deuda que fué consignada por el Consorcio de Compensación de Seguros pero fuera del plazo de tres meses desde que fué requerido de pago mediante reclamación previa administrativa; y la segunda, respecto a la otra mitad que no ha sido ni siquiera consignada.

En lo que respecta a la primera cantidad, sin entrar ya a examinar el “dies a quo” por cuanto no siendo objeto del recurso de apelación, tampoco existe impugnación, es claro que ha incumplido la obligación de pago o consignación que establece el art. 20.9 LCS en relación con la Disposición Adicional sobre mora del asegurador de la LSRCS-CVM, para evitar el devengo de los intereses moratorios, sin que exista causa justificada o no le fuera imputable tal falta de pago o consignación (art. 20.8 LCS). No puede escudarse la parte recurrente en las reclamaciones de documentación y otras gestiones respecto a la parte actora por cuanto si existiera alguna dilación por ésta, el Consorcio debería haber procedido, cuando menos, a la correspondiente consignación enervatoria de los intereses. Al no haber procedido así, transcurriendo incluso mas de un año desde el requerimiento o reclamación previa (23-3-2004) hasta la consignación (25-4-2005), no existe motivo alguno que impida el devengo impugnado.

La otra mitad a que ha sido condenado en la instancia y que no ha sido objeto de consignación, deriva de una controversia jurídica no exenta de polémica doctrinal y jurisprudencial, existiendo posturas favorables a ambas partes, como bien refleja ya la sentencia de instancia. No son determinantes las alegaciones de la parte apelada acerca de que el TS ya ha fijado criterio en Sala General, por dos motivos. El primero porque, pese a su indudable autoridad, dicho acuerdo no es vinculante ni constituye Jurisprudencia. Y el segundo, porque además la sentencia del Alto Tribunal que lo recoge no se configura como Jurisprudencia Civil al pertenecer a la Sala Segunda del TS.

Cumple señalar que el art. 20.8 LCS al que remite la Disposición Adicional añadida a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, por la Ley 30/1995, y reformada por la Disposición Final 13ª LEC 1/2000, establece que no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del impor-

te mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable. Supone una referencia, aunque con otras palabras, a la culpa por parte del asegurador como presupuesto de la mora, porque la LCS impone al asegurador el cumplimiento de una debida diligencia, la de un ordenado asegurador para hacer las investigaciones y peritaciones necesarias para la determinación de la deuda y su cumplimiento en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro.

Aunque sea forzoso reconocer la inexistencia de una doctrina jurisprudencial general en esta materia de la procedencia o no del devengo de intereses, lo cierto es que, como se razona en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2002, con un amplio estudio de antecedentes “..la jurisprudencia de esta Sala evolucionó desde una línea inicialmente menos favorable al asegurado, descartando tales intereses si para determinar la suma indemnizatoria hubiera sido necesario el proceso, hacia una línea mas rigurosa para con las compañías de seguros, según la cual para eliminar la condena de intereses no bastaba con la mera incertidumbre de la cantidad a pagar por la aseguradora sino que era preciso valorar, fundamentalmente, si la resistencia de la aseguradora a abonar lo que, al menos con toda certeza le incumbía, estaba o no justificada o el retraso en el pago le era o no imputable”.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido elevada a rango de Ley en el apartado 8º de la nueva redacción dada al art. 20 de la L.C.Seguro, tras la reforma llevada a cabo por la Disposición Adicional 6ª de la ley 30/95 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, que obliga a ponderar en cada caso lo justificado o no de la oposición de las aseguradoras al cumplimiento de su obligación esencial de la pronta liquidación del siniestro mediante el pago de la indemnización a los perjudicados, en el bien entendido que esa causa justificada para la no liquidación del siniestro, mediante la oportuna reparación del daño, ha de ser de carácter objetivo no bastando la existencia de un proceso judicial para justificar su no imposición, pues como gráficamente razona el Alto Tribunal en sus sentencias de 23 de diciembre de 1999 y 7 de mayo de 2001, “siempre un jurista pueda encontrar causa, real o ficticia, que le sirva de apoyo para razonar el impago”.

En esta línea en la Sala General de Magistrados del Orden Civil de esta Audiencia Provincial de fe-



cha 12 diciembre 2005 se acordó por unanimidad, en interpretación de la norma que nos ocupa que la discrepancia sobre la cuantía de la indemnización, sea por daños materiales sea por daños personales, no se entenderá suficiente para constituir una causa legítima justificativa del impago a los efectos del art. 20.8 LCS.

En el presente caso, no cabe duda que la cuestión ofrece interpretaciones jurídicas diferentes y los Tribunales no ofrecen una solución unánime a la cuestión, que no resulta baladí, ni puede desconocerse su relevancia. Motivo por el que se considera que existe la causa justificada a que se refiere el art. 20.8 LCS para no imponer el devengo de intereses por la segunda mitad de la cuantía de condena.

Ello conlleva igualmente la no imposición de costas a la parte vencida en juicio por considerar la Sala la existencia de serias dudas de derecho en la cuestión nuclear del proceso.

Ahora bien, siendo esta la segunda sentencia de este Tribunal sobre la cuestión, difícilmente en el futuro podrá invocarse la causa justificada o las

dudas de derecho respecto a la no imposición de intereses de demora y costas, respectivamente, con éxito.

TERCERO.- No ha lugar a especial imposición de costas en esta alzada (art. 398.2 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio de Compensación de Seguros contra la sentencia dictada en fecha 30 noviembre 2005 por el Juzgado de Primera Instancia 1 Pontevedra en el juicio ordinario 711/05, y en consecuencia revocar la misma en el sentido de no imponer al demandado el interés del 20% sobre la cantidad de 41.337,44 euros de principal, e igualmente no imponer las costas de primera instancia a la parte demandada debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad, sin especial imposición de costas en esta alzada.

Comentario:



M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán
Abogada

Se viene a tratar en esta Sentencia de dos temas más que controvertidos en la actualidad jurídica sobre reclamación de daños y perjuicios ocasionados con motivo de accidentes de circulación, destacando la citada resolución por su intensa fundamentación, en la cual se hace un estudio comparativo de cuáles son los criterios seguidos por las distintas Audiencias Provinciales e incluso por el Tribunal Supremo en estos asuntos.

En primer lugar se analiza cuál debe ser la interpretación que corresponde a lo dispuesto en la Tabla I, Grupo IV, del sistema normativo que integra el baremo recogido en el Anexo de la Ley 30/1995 (actualmente R.D. 8/2004) y

en el que se recoge la indemnización por daños y perjuicios que corresponde en el caso de muerte sobre víctima sin cónyuge, ni hijos y con ascendientes, y ello atendiendo al caso concreto que nos ocupa, donde el fallecido es un menor al que le sobrevive tan sólo uno de sus progenitores, al haber fallecido el otro también en el mismo accidente de circulación.

Ante dicha cuestión, la Sentencia hace referencia a la controversia existente acerca de cuál debe ser la cantidad por la que se indemnice al progenitor que sobrevive, donde hay sectores de la doctrina y jurisprudencia que entienden que le corresponderá la totalidad de la cantidad prevista en la citada Tabla I, Grupo IV, y otros

que estiman que sólo debe indemnizarse por la mitad de dicha cuantía. Y se posiciona, acertadamente, en el primero de los sectores, fundamentando tal decisión en el argumento de que no debe distinguirse allí donde la propia norma no ha distinguido, por lo que al no contemplarse en ningún momento por la Tabla I, Grupo IV, que en caso de fallecimiento de uno de los progenitores el otro deba ser indemnizado tan sólo por la mitad de lo que le correspondían a ambos, tampoco la recurrente debe llegar a dicha conclusión, y ello unido a que además si se atendiera a la otra de las interpretaciones, ésta por restrictiva no sería acorde en este caso con las propias previsiones del Baremo si comprobamos que el mismo, cuando prevé que la indemnización que se fija para cada uno de los grupos excluyentes de parientes que contempla, se atribuya a una sola persona, así lo especifica, *“caso por ejemplo de víctima con hijos a que se refiere el Grupo IV, o hermanos a que se refiere el Grupo V, de ahí que en el caso de los padres, haya de estimarse que sino se distingue ello lo es porque debe reconocerse al sobreviviente el total importe de la indemnización”*.

Asimismo esta Sentencia rechaza también el argumento que mantienen quienes defienden la interpretación contraria al entender que dicha interpretación encuentra sentido en la llamada o nota aclaratoria (5) a pie de página y en relación al concepto “Padres”, que aparece en el citado Grupo IV de la Tabla I, para el caso de que concurriera uno que conviviera y otro que no conviviera con la víctima, determinando que se asignará a cada uno el 50 por 100 de la cuantía que figura en su respectivo concepto, y es que olvidan aquellos que esta previsión lo es tan sólo para el supuesto de que los dos progenitores sobrevivieran al hijo fallecido, pero nada más viene recogido en la norma para otros supuestos como el que aquí nos ocupa.

El segundo de los temas que estudia esta Sentencia se refiere al devengo de los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, y ello por cuanto en este caso el recurrente, el Consorcio de Compensación de Seguros, considera que no debe proceder dicha imposición por concurrir causa que justifica la falta de pago en el tiempo indicando por la citada norma, por lo que en atención a lo dispuesto en el artículo 20.8 de la Ley del Contrato de Seguro no debe proceder la condena al pago de tales intereses moratorios.

Frente a dicho motivo de apelación, la Sentencia que venimos comentando estima que la *“causa justificada”* a la que hace mención el citado artículo 20.8 de la Ley del Contrato de Seguro se refiere a la culpa por parte del asegurador como presupuesto de la mora, porque éste viene obligado al cumplimiento de una debida diligencia, la de hacer las investigaciones y peritaciones necesarias para la determinación del daño indemnizable y su cumplimiento en el plazo legal de tres meses desde la producción del siniestro, y en este sentido la resolución hace un estudio de la evolución jurisprudencial en este tema, concluyendo que en la actualidad debe entenderse que la discrepancia sobre la cuantía de la indemnización, (motivo usual de las aseguradoras para no hacerse cargo del pago de los intereses moratorios) sea por daños materiales sea por daños personales, no se entenderá suficiente para constituir una causa legítima justificativa del impago a los efectos del art. 20.8 LCS; y ello aunque para el caso que nos ocupa la resolución estime que sí ha existido causa justificada en el pago retrasado y por tanto considere que no procede la condena al pago de intereses moratorios y de ahí tampoco al de las costas procesales.



Audiencias Provinciales

RESPONSABILIDAD CIVIL

Existencia de concurrencia de culpas en accidente de circulación: atribución de un 20% de responsabilidad al motorista y de un 80 a la conductora del vehículo. Valoración de la incapacidad permanente total sufrida por el lesionado, como consecuencia de las secuelas causadas en el accidente, en la cantidad mínima fijada en el baremo, ya que siendo su profesión la de camionero actualmente es titular de una licencia de taxi.

*Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo
de 20 de abril de 2006
Ponente: Ilma. Sra. D^ª. María José Pueyo Mateo*

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Por el actor Don Juan Pedro se interpuso demanda de juicio ordinario frente a Doña Sonia, Don Rafael y la entidad Mapfre, S.A. en reclamación de 131.815,61 euros.

Sostiene el demandante que el 29-09-01, sobre las 15:30 horas, circulaba por la carretera N-246 (Gijón-Langreo), en sentido Langreo, conduciendo la motocicleta de su propiedad, BMW matrícula K....-OX, cuando al llegar al cruce con la N-634 (Irún-Santiago), que se halla regulado con semáforos que para él regía en verde, y estando ya en medio del cruce, fue colisionado por un turismo Opel Vectra matrícula E....-XK, que circulando procedente



de Santiago de Compostela en sentido Irún, se introduce en la intersección sin respetar la señal semafórica que le impedía continuar la marcha por encontrarse en rojo.

Como consecuencia de la colisión el demandante alega que sufrió lesiones de las que tardó en curar 547 días, de los que 13 fueron hospitalarios y el resto impeditivos, solicitando ser indemnizado en ese capítulo con la suma de 22.990 euros. Asimismo, le quedaron como secuelas “lumbalgia residual, acuñaamiento de L2 de un 30%, artrodesis de muñeca derecha, callo deforme del 5º metacarpiano, rigidez del quinto dedo y perjuicio estético ligero”, solicitando por este capítulo, añadiendo el 10% de factor de corrección, una indemnización de 30.026,99 euros.

Finalmente, alega que a consecuencia del accidente le ha sido reconocida por la jurisdicción social una invalidez permanente total, solicitando por este daño una indemnización de 68.651 euros. A estas sumas añade el valor de la motocicleta, dado que fue siniestro total, siendo dada de baja, y que cifra en 2.704,55 euros, a lo que añade el coste de la grúa y los gastos derivados de la estancia del vehículo, 271,07 euros. Cantidades a las que han de sumarse 6.095,99 euros por tratamiento rehabilitador y gastos de traslado a Centros hospitalarios, 45,85 euros correspondientes a gastos farmacéuticos, así como 1.030 euros por los efectos personales que resultaron dañados en el accidente-reloj, casco, guantes, móvil, gafas y cazadora.

Por su parte los demandados se opusieron a la demanda negando la versión del actor y afirmando que el vehículo conducido por Doña Sonia pasó el semáforo que tenía ante sí hallándose el mismo en verde, siendo violentamente colisionada en la mitad del cruce por la motocicleta, que alcanzó el Opel en la parte lateral trasera izquierda.

La motocicleta pilotada por el actor circulaba, según se señala en la contestación a la demanda, a gran velocidad, que llegó a cifrar en más del doble de la autorizada de 50 Km/hora.

En cuanto a las lesiones sufridas por el actor, estima que son las consignadas en el Informe del Médico Forense, folio 271. Asimismo se impugnan las partidas relativas a estancia en taller o gastos de transporte. En cuanto las ropas, dada la fecha de adquisición, se alega que deben haber sufrido la correspondiente depreciación por uso y se finaliza

postulando la desestimación de la demanda, al mismo tiempo que se formula reconvencción por Doña Sonia solicitando que el actor-reconvenido sea condenado a abonarle 30.059,19 euros, importe de los daños y perjuicios sufridos por aquélla, toda vez que la misma tardó en curar de las lesiones sufridas 365 días, quedándole como secuelas un “síndrome depresivo subclínico, una cervicalgia y una rigidez de ATM leve más el 10% del factor de corrección”.

A la vista de la reconvencción, el actor-reconvenido solicitó la intervención en el proceso de su aseguradora Liberty, quien compareció de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la LEC-folio 497- solicitando que se le tuviera por demandada y se le diera plazo para contestar, intervención que fue acordada en el auto de 19-01-05-folio 520- en el que asimismo se decretó la no retroacción en el procedimiento.

El juzgador “a quo” dictó sentencia, posteriormente aclarada, estimando parcialmente la demanda y la reconvencción, fijó la indemnización del actor en 46.819,40 euros y la de la reconviniente en 4.972,9 euros.

Frente a esta resolución interpuso el actor, Don Juan Pedro, el presente recurso de apelación, formulando impugnación Doña Sonia.

SEGUNDO.- Discrepa el apelante Don Juan Pedro de la resolución del juzgador “a quo”, en primer lugar, en cuanto aquél efectúa una compensación de culpas en la producción del accidente, imputándole a él una responsabilidad del 20% y el 80% restante a la conducta de Doña Sonia. Sostiene el recurrente que el accidente se produjo por culpa exclusiva de la conductora del Opel, siendo la causa del accidente la salida de la misma del cruce hallándose el semáforo en rojo.

La Sala, a la vista de la prueba practicada y fundamentalmente de la declaración del testigo presencial de los hechos que declaró en el atestado y posteriormente como diligencia final en el presente proceso, comparte la conclusión del juzgador en cuanto a la existencia de una compensación de culpas y en el porcentaje de responsabilidad atribuido a cada conductor.

Como se ha señalado, por su inmediatez y neutralidad es decisivo el testimonio del conductor que presenció la maniobra precipitada de la conduc-



tora del Opel. Tal testimonio, plenamente concorde en el atestado y en el juicio, debe ser tomado en su integridad tanto en lo que incumbe a la maniobra antirreglamentaria de la citada conductora, como en lo atinente al exceso de velocidad del motorista. Y si bien es cierto que en el cálculo de la velocidad, como bien dice el juez “a quo”, hay una apreciación subjetiva sobre unas magnitudes variables, como la velocidad, en tanto que el arrancar con un semáforo en rojo es una mera percepción visual no sometida a cálculo técnico alguno, no debe desdeñarse la constatación de un hecho palmario como es la velocidad excesiva en una antigua travesía repleta de tráfico urbano e interurbano. Ese comportamiento imprudente, con independencia de la fijación exacta de la velocidad alcanzada, unida a las constataciones fácticas de los daños ocasionados en los vehículos es lo que debe sin duda reflejarse en el reparto atributivo de responsabilidad, por cuanto aún estando probado que el accidente no se hubiera producido de no haber infringido la señal luminosa la conductora del mismo, no es menos cierto que los daños materiales y, sobre todo, físicos sufridos especialmente por el conductor de la motocicleta se hubieran aminorado de haber observado el actor la velocidad indicada en la intersección donde se produjo el accidente.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso se ciñó al tema de las indemnizaciones. Se muestra disconforme el recurrente con los días reconocidos como impeditivos en la recurrida, solicitando se revoque en este extremo la resolución de primera instancia que fija en 13 días los hospitalarios y en 277 los días impeditivos.

Diversamente el recurrente sostiene que el juzgador “a quo” para llegar a tal conclusión se basa en el informe de la Sra. Médico Forense y no tiene en cuenta que tras el alta de la Médico Forense él tuvo que ser sometido a una intervención consecuencia del cuadro clínico que le había quedado tras el accidente, siendo ajeno a él que por las listas de espera la intervención no tuviera lugar hasta Diciembre de 2.002, por lo que concluye que los 6 meses transcurridos desde la referida alta hasta la intervención han de serle reconocidos como días impeditivos.

Por tanto, postula que se fijen en 13 días los hospitalarios y en 469 días los impeditivos.

La Sala no comparte el razonamiento que se vierte en el escrito del recurso y ello a la vista del

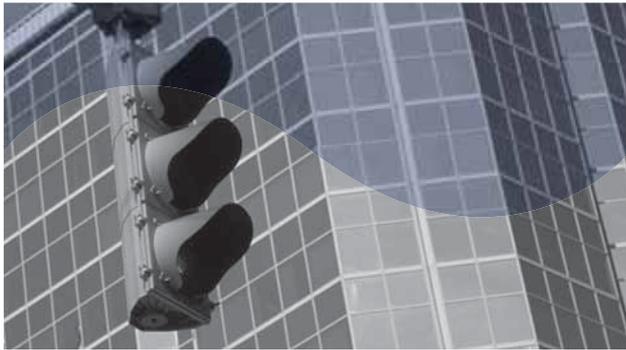
informe de la Sra. Médico Forense y de las explicaciones dadas por la misma en el acto del juicio oral, pues, como aquella manifestó, la decisión de operarse o no corresponde al paciente, en este caso la operación consistía en la extracción de una pequeña esquirola ósea en la muñeca y tanto el período hospitalario por esa intervención como el preciso para la recuperación de la misma son computados en la recurrida, no pudiendo imputársele a la contraparte el tiempo que transcurre desde que una secuela se estabiliza hasta que se efectúa la operación, pues, como señala el juzgador, en la fecha en la que la Forense dio el alta se había terminado el tratamiento, computándose de nuevo con la intervención que se realizó el tiempo de curación.

Igualmente discrepa el recurrente de la cantidad que se le concede en la recurrida por la incapacidad permanente total para su trabajo habitual.

Alega el apelante que se ha valorado tal incapacidad en la cantidad mínima fijada en el baremo y alega que lo razonable sería fijar el importe del factor de corrección al alza por lesiones permanentes totales en su grado máximo o, subsidiariamente, la indemnización debía cifrarse “en la mitad superior entre el límite mínimo y máximo establecido por dicho concepto”.

La Sala de nuevo comparte los razonamientos que se vierten en la recurrida, pues si bien es cierto que el actor cuando ocurrió el accidente tenía 39 años, siendo su profesión la de camionero, actividad para la que fue declarado afecto a una incapacidad permanente total, no puede soslayarse que posteriormente y actualmente es titular de una licencia de taxi que conduce él, no habiendo rebatido en el recurso la afirmación que se hace en la recurrida de que además ayuda a su mujer en el negocio de hostelería que ésta regenta.

CUARTO.- En cuanto a la impugnación de Doña Sonia, la misma se centró en el tema de los intereses del artículo 20 de la Ley de **Contrato de Seguro**. Sostiene la impugnante que si bien ella no demandó a la aseguradora del actor Liberty, aquél solicitó ante la reconvenición de la demandada que su aseguradora fuera llamada, lo que así se hizo personándose la misma a los efectos del artículo 13 de la LEC. Y siendo ello así, estima la Sala que la impugnación debe ser acogida pues, según el citado precepto, el que interviene al amparo de ese precepto se convierte en parte, y como tal parte



demandada la tuvo el juzgador “a quo” en el auto de fecha 19-01-05 (folio 519).

En consecuencia, procede extender la condena que se hace en la recurrida respecto de Don Juan Pedro a la Aseguradora Liberty, imponiéndole a ésta los intereses del artículo 20 de la Ley de **Contrato de Seguro** desde la fecha del siniestro.

QUINTO.- Se imponen las costas del recurso a la parte apelante, no procediendo hacer expresa declaración de las costas de la impugnación -artículo 398 de la LEC-.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente.

Fallo

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Don Juan Pedro y acoger la impugnación formulada por Doña Sonia frente a la Sentencia dictada en fecha veintidós de Noviembre de dos mil cinco por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pola de Lena, en los autos de los que dimana el presente rollo, que se **REVOCA** en el único extremo de condenar solidariamente a Don Juan Pedro y Liberty Insurance, Cía de Seguros y Reaseguros, S.A. en la cantidad fijada en la recurrida, suma que devengará respecto a la aseguradora el interés del artículo 20 de la Ley de **Contrato de Seguro** desde la fecha del siniestro.

Se confirma el resto de pronunciamientos de la recurrida

Se imponen las costas del recurso al apelante.

No procede hacer expresa declaración en cuanto a las costas de la impugnación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Comentario:



Raquel Ruiz García
Abogada

Se trata este de un supuesto en el que al analizarse la responsabilidad en un accidente de circulación se viene a establecer en la sentencia una concurrencia de culpas, determinándose que aún habiendo quedado probada la responsabilidad en el siniestro por parte de la conductora del vehículo, al no haber obedecido a la señal luminosa que le obligaba a detener el mismo, no se le atribuye la responsabilidad completa del accidente, distribuyendo el porcentaje en un 80% para ésta y un 20% para el conductor de la motocicleta, por estimarse que de haber observado la velocidad a la que venía obligado a circular en la intersección, se habrían aminorado los daños materiales y físicos que sufrió como consecuencia del ac-

cidente, por lo que procede tal reducción en la responsabilidad de la conductora del vehículo al haber intervenido la víctima en el hecho dañoso, mediado esa concurrencia de culpas en la fase inicial del accidente.

De este modo cuando concurre, como sucede en el presente caso, la culpa del agente y del perjudicado o víctima, los Tribunales deben de moderar la responsabilidad del primero y reducir en proporción su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado, concurrencia que es aplicable aunque no haya sido solicitada por el demandado y que se producirá al efectuar la liquidación de las consecuencias del evento dañoso en el que ha concu-



rrido, como causa eficiente en menor o mayor grado, la culpabilidad del agente material o de la propia víctima.

Por otro lado viene a ser objeto de debate la cuantificación de los días improductivos, excluyéndose por tal concepto los 6 meses transcurridos desde el alta del médico forense hasta que se sometió a una intervención quirúrgica consecuencia del cuadro clínico que le había quedado como consecuencia del accidente, viniendo a manifestarse en la sentencia que no podrá imputarse a la contraparte el tiempo que transcurre desde que una secuela se estabiliza hasta que se efectúa la operación, puesto que fueron computados los días improductivos hasta la estabilización de la secuela, computándose posteriormente los necesarios tras la intervención quirúrgica. Y es que no se podrá imputar a la parte obligada al pago el tiempo que media desde que se estabiliza la secuela hasta que se efectúa la operación, puesto que las secue-

las se indemnizan cuando se objetivizan y estabilizan, con independencia de una hipotética intervención posterior, que ni es obligatoria, ni desnaturaliza el concepto de secuela, como sinónimo de estabilización del proceso curativo.

Se reproduce por lo tanto en esta sentencia la discusión entre perjudicados y compañías aseguradoras a la hora de cuantificar los días improductivos, viniendo a seguir esta Audiencia el criterio en base al cual no se podrá imputar a la parte contraria el tiempo que transcurre desde la estabilización de la secuela hasta la fecha en la que se produce la operación, puesto que una secuela no adquiere tal condición desde el momento en que es inoperable, sino desde que un facultativo determina que estamos en presencia de un estado clínico residual invariable tras la estabilización de las lesiones, por lo que en ningún momento podrá tener acogimiento como días improductivos los que mediaron desde el alta del médico forense hasta la intervención quirúrgica.

Audiencias Provinciales

CONTRATO DE SEGURO

Seguro de Defensa Jurídica. Cobertura de los gastos por libre elección de abogado designado por el ocupante del vehículo al no haber sido excluida dicha facultad en la póliza; aplicación del art. 76 LCS

Audiencias Provinciales



*Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 10 de Abril de 2006
Ponente: Ilma. Sra. D^a. María José Pueyo Mateo*

Fundamentos jurídicos

PRIMERO.- Por la actora, Doña Concepción, se promovió juicio ordinario frente a la aseguradora “Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros”, solicitando sea condenada ésta a abonarle 57.094,04 euros, suma a la que ascienden los gastos por defensa jurídica devenidos en el proceso por ella seguido frente a la aseguradora Royal Sun Alliance.

Alega la actora que el 23-02-98 el vehículo en el que viajaba como ocupante sufrió un accidente de tráfico, del que ella fue víctima, por lo que encargó a un despacho de abogados de su libre elección el ejercicio de la acción civil de responsabilidad frente a la aseguradora del vehículo causante del daño. Por estos hechos se siguió un proceso civil en el que la Sra. Concepción reclamó 741.659,78



euros como indemnización, siéndole concedida 21.124,91 euros en la sentencia. Elevándose el importe de las minutas pasadas por su Letrado a 28.235,56 euros por su intervención en la 1ª instancia y 28.858,48 euros por la apelación.

En ambos casos las minutas se confeccionaron conforme a los baremos orientativos del Colegio de Abogados. Finalmente, alega la actora que no obstante tener conocimiento la demandada del siniestro y habiéndole comunicado los Letrados que llevarían su defensa, como lo acredita la comunicación que en efecto le hizo el 3-05-99 y el fax remitido el 29-01-01, nada contestó aquella, como tampoco cuando el 6-07-01 les remitió copia de la sentencia de 1ª instancia “así como el escrito preparatorio de recurso de apelación, que procedemos a presentar. En su momento, les haremos llegar copia de escrito de interposición del recurso”, adjuntándoles las minutas de honorarios se añadía “quedando a la espera de su conformidad o indicaciones que estime oportunas...”, sin que tampoco a esta fax se diera contestación por la aseguradora. Sólo tras la carta enviada reiterando la petición de pago de minutas el 23-11-04, contestó la aseguradora demandada -folio 93- el 21-12-04 manifestando que la libre designación de Abogado y Procurador era exclusivamente para el asegurado, no para las otras personas amparadas por la garantía, y que además el límite que figuraba en las condiciones particulares para la póliza es de 3.006 euros. Interpretación a la que ya por fax del mismo día 21-12-04 se opuso el Letrado de la defensa de Doña Concepción.

A la pretensión de la demandante contestó Banco Vitalicio oponiéndose alegando: 1º) Que la base de cálculo de la minuta debe serlo por la cantidad concedida en la sentencia y no por la postulada en la demanda, al incluir en ésta pretensiones infundadas; 2º) Se impugna el condicionado particular de la póliza aportada con la demanda como documento nº 2, y se alega que la compañía, al haberse anulado la póliza en la que se ampara la actora en fecha 4-10-02, no tiene en sus archivos el documento físico firmado, “pero sí consta la póliza en los archivos informáticos por lo que se incorporó al acta notarial el duplicado de la póliza obtenido del archivo informático”, estableciéndose en las condiciones particulares, apartado 4, que la garantía de defensa jurídica queda limitada a 3.006 euros por siniestro; 3º) Se alega por la aseguradora que de la lectura de las condiciones generales se concluye que la libre elección de Abogado y Procurador sólo

la tiene el asegurado, circunstancia que no concurre en la actora, que era ocupante del vehículo y esposa del tomador.

La juzgadora “a quo” dictó sentencia desestimando la pretensión actora al concluir que de la lectura del condicionado general se infería que la libre elección de Abogado quedaba circunscrita al asegurado, circunstancia que no concurría en el caso de la actora. Frente a esta resolución interpuso la demandante el presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- Es un hecho pacífico que en el Condicionado General, bajo el epígrafe “Riesgos adicionales”, se señala 1) riesgo noveno, defensa jurídica que cubre ... 1.2) “Reclamación de daños, es decir, los gastos que deban realizar el tomador del seguro, el propietario del vehículo asegurado, su conductor y los ocupantes restantes de dicho vehículo, para el ejercicio de las acciones correspondientes a fin de obtener del responsable civil y de su asegurador, el resarcimiento de los gastos, daños y perjuicios que hayan sufrido en un accidente de circulación en el que haya estado involucrado el vehículo asegurado”.

A la vista de esta cláusula y del hecho de que se abonara por la defensa jurídica una prima independiente, fue un hecho no discutido por las partes que el tomador del seguro había concertado el seguro de defensa jurídica y que éste cubría a los ocupantes del vehículo.

En lo que difieren los litigantes es en si la libre elección de Abogado y Procurador queda circunscrita al asegurado o es extensible al resto de personas que se mencionan en la cláusula transcrita y en este punto la aseguradora sostuvo, en interpretación compartida por la Juzgadora “a quo”, que la libre elección sólo corresponde al asegurado y a tal conclusión se llega en la sentencia a la vista del apartado 1.2 a) de la cláusula, que textualmente dice así: “el asegurado tendrá derecho a elegir libremente Abogado y Procurador para su defensa y representación, respectivamente, en cualquier clase de procedimiento relacionado con la citada cobertura disfrutando el profesional de la más amplia libertad para la dirección técnica del asunto en litigio, sin depender de las instrucciones de la compañía”; b) de la dicción literal del art. 76 de la Ley de **Contrato de Seguro** que se refiere únicamente al asegurado; c) de una interpretación del cláusulado de las condiciones generales a luz del citado

art. 76, lo que le lleva a concluir que el apartado I.2 del riesgo noveno, transcrito en líneas precedentes, supone una ampliación para los ocupantes de lo dispuesto en el art. 76.a) para el asegurado “pero sin que ello suponga sin más reconocer a todos los ocupantes del vehículo el derecho a la libre elección de Abogado y Procurador ...” sino que en el caso de aquéllos el seguro cubre los gastos generados en el procedimiento cuando la defensa se asume por la propia aseguradora.

Diversamente la recurrente sostiene que lo asumido en el contrato respecto a la defensa jurídica es una obligación de dar -cubrir gastos- y no una prestación de hacer -procurar la defensa y representación mediante profesionales designados por la aseguradora-. Asimismo se argumenta que si bien es cierto que el art. 76 de la L.C.S. en todos sus apartados se refiere exclusivamente al asegurado, no se puede soslayar que en el presente caso en el condicionado relativo a la defensa jurídica se hace referencia a otras personas distintas de aquél, lo que permite concluir que a estos efectos la condición de asegurado se predica de todos los titulares del derecho de defensa jurídica y no únicamente del así nombrado.

Argumentación esta que la Sala comparte, toda vez que otorgando el condicionado la cobertura de la defensa jurídica a todas las personas a que se hace referencia en el apartado I.2 transcrito en el fundamento jurídico anterior, aunque posteriormente, al referirse al derecho de libre elección de Abogado y Procurador la cláusula I.2 a), se alude literalmente al asegurado, ello no debe conducirnos a excluir de tal derecho a quienes estando amparados por el seguro de defensa jurídica no reúnan la condición de asegurado y ello pues tal exclusión no figura en ningún momento en el documento y además el derecho de libre elección de Abogado y Procurador para el asegurado se vincula en el condicionado general al art 74 de la L.C.S., precepto que como es sabido establece que, salvo pacto en contrario, el asegurador en el seguro de responsabilidad civil asume la dirección jurídica frente al perjudicado, pero en el presente caso no se trata de la aplicación del citado art. 74 sino del 76, y como señala la sentencia citada por la parte apelante de la Sección 7ª de esta Audiencia Provincial de fecha 19-02-04, en un supuesto análogo al de autos: “El clausulado transcrito para nada se refiere al “asegurado” sino a otros sujetos concretos a quienes extiende la cobertura del seguro de defensa jurídica contratado.

Como es usual las Condiciones Generales comienzan describiendo las posibles figuras intervinientes en el **contrato de seguro** (Art. 8 LCS) distinguiendo al tomador del seguro, del asegurado, que es (así se dice) la persona que tiene un interés económico sobre el bien objeto de seguro, y del beneficiario que es aquél llamado a percibir los capitales o ventas aseguradas.

De otro lado, explica la doctrina cuando analiza el **contrato de seguro** de defensa jurídica, que en este tipo de seguros destaca la variedad de elementos personales según sus diversas modalidades y como éstas identifican de maneras notablemente diversas a quienes son sus asegurados y así cabe diferenciar situaciones como en los seguros de defensa jurídica genérica en que, junto al tomador, suele señalarse como asegurado al cónyuge o pareja de hecho, a los ascendientes que convivan con aquél o a sus hijos; en la defensa profesional se suele considerar asegurados, también, a los asalariados del tomador, en las del hogar a quienes conviven habitualmente en la vivienda, en las de comunidades de propietarios de bienes inmuebles urbanos, la condición de asegurado se suele extender a la propia Comunidad, su Presidente, miembros de la junta rectora y al administrador y así podíamos continuar y todo se dice para ilustrar sobre que, en este tipo de seguros, como ya se dijo, se identifica de forma muy diversa quienes son asegurados y que no debe confundirse la figura del Tomador del seguro con la del asegurado.

Esto así y como quiera que la actora era ocupante del vehículo asegurado y siniestrado y a ella extiende el condicionado el ámbito personal de cobertura del riesgo contratado no se puede acoger la tesis de la resolución recurrida”.

A lo anteriormente expuesto aún hemos de añadir que en el caso de autos en varias ocasiones se puso en conocimiento de la aseguradora que la defensa de la ocupante la llevaba un Letrado de su libre elección sin que aquélla opusiera objeción alguna, siendo contrario a un elemental principio de buena fe que si entendía que la ocupante carecía de la libre elección de defensa no lo pusiera en conocimiento de la misma, máxime a la vista de la importante cuantía del proceso instado por aquélla para reclamar a la aseguradora del otro vehículo los daños y perjuicios que entendía le habían sido irrogados en el accidente.

En lo tocante a la existencia o no de un límite en la cuantía del gasto, el condicionado general, en



el apartado I.2 d), señala que “los honorarios de los Abogados y Procuradores libremente designados por el asegurado quedarán limitados a la suma asegurada que se especifique en las condiciones particulares ...”

Pues bien, en el presente caso la actora basa su pretensión en la fotocopia aportada con la demanda obrante a los folios 84 y 85 de los autos, documento expresamente impugnado por la demandada apelante, toda vez que en el mismo faltan las condiciones particulares, lo que acredita aportando, no el original por las razones expuestas en líneas precedentes, sino la copia de la póliza litigiosa que es remitida al mediador en el que figuran diversas condiciones particulares y concretamente en la cláusula 5ª se dice que “la garantía para la defensa jurídica queda limitada a la suma de 500.000 pesetas por siniestro, entendiendo por tal todas las actuaciones judiciales y profesionales derivadas de un mismo hecho”. A ello habría de añadirse que impugnado el documento en el que la actora basa su pretensión, se requirió a su esposo, que era el asegurado, para que exhibiera el original, lo que aquél no hizo a pesar de haber afirmado que lo tenía el Abogado, para posteriormente sostener en el acto del juicio que no recordaba lo que le habían dicho en el despacho del Letrado tras el requerimiento judicial efectuado.

Mas aún cuando sea objetable la posición del asegurado no puede obviarse, de un lado, que la cláusula referida al límite de los gastos, en cuanto es una cláusula limitativa debía constar la firma del asegurado, requisito que no se ha acreditado que concurra por lo ya expuesto en el caso de litis y, de otro, que ya en la comunicación enviada a la aseguradora demandada el 6-07-01, obrante al folio 82, por el despacho de abogados de la actora se les remitió -folio 90- la minuta de honorarios de la 1ª instancia, no dando contestación alguna a tal comunicado la aseguradora demandada, conducta esta que no se aviene con el principio de buena fe al que aludimos en líneas precedentes y que lógicamente genera en la parte contraria la creencia, aunque no se le abonara la minuta, de que no existía una objeción para el pago que se derivase del clausulado de la póliza. A ello aún habría de añadirse que en la primera comunicación, esto es la de fecha 3-05-92, se rogaba a la aseguradora que comunicase si estaba conforme o no con los profesionales designados por la Sra. Carla y a la satisfacción de los honorarios que se devenguen, entendiendo prestada su conformidad si no efectuaban manifestación en contrario y no la efectuaron.

Cuestión distinta es la relativa a la cuantía de los honorarios. En el presente caso alega la aseguradora que los mismos son excesivos en tanto que se minuta sobre la cuantía de la demanda, existiendo una gran desproporción entre lo solicitado y lo concedido.

En esta parte la Sala, a la vista de la documental obrante en autos y más concretamente de las sentencias recaídas en 1ª instancia y en apelación, estima que el asunto sometido a la resolución judicial no plantea problema alguno en lo relativo a la responsabilidad de la aseguradora demandada en aquel proceso, ya que como se señala en el 1º Fundamento Jurídico de la sentencia de 1ª instancia del juicio verbal seguido por las lesiones sufridas por la Sra. Concepción, era “incontrovertida” la responsabilidad en el accidente de Royal Sun Alliance, centrándose la cuestión litigiosa en el quantum de la indemnización, y dentro de este tema el fundamental era el apartado relativo a la determinación del origen postraumático de la lesión padecida por Doña. Carla diagnosticada de siringomelia, extremo en el que ambas resoluciones, tras valorar las pruebas periciales obrantes, concluyeron no estimando acreditada la relación causal pretendida entre la referida lesión y el accidente, calificando la sentencia de apelación en su Fundamento Jurídico 3 de “falta de contundencia de la prueba en la que se apoya la parte actora para acreditar el nexo causal ni siquiera a través del juicio de probabilidad”.

Sentado lo anterior, se estima de aplicación al caso de litis lo declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 19-05-05 en la que se señala: “porque, de aceptarse el planteamiento del recurso de apelación, entonces, y de estos motivos de casación, ahora, resultaría que la aseguradora quedaba indefectiblemente obligada a pagar la minuta de honorarios, cualesquiera que fuesen su importe y partidas, con tal de que no excediera de veinticinco millones de pesetas.

Que esto último no es así se desprende de la común opinión doctrinal sobre la aplicabilidad de los criterios orientadores colegiales para solventar las discrepancias al respecto, de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 242 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882/16) en relación con el párrafo segundo de su artículo 244 cuando el abogado reclama los honorarios a su propio defendido y, en fin, de la configuración jurisprudencial del contrato de prestación de servicios profesionales de abogado como uno de aquéllos en que el precio

de los servicios puede determinarse con posterioridad y, de surgir litigio, en función de la prueba practicada sobre naturaleza y cuantía del asunto, complejidad del mismo, dedicación del abogado y resultados obtenidos, pero sin olvidar la costumbre y la equidad (SSTS 8-11-04 [RJ 2004/6720], 30-4-04 [RJ 2004/1677] y 20-11-03 [RJ 2003/8082]).

En suma, acierta sin duda el tribunal sentenciador cuando razona que, de aceptarse sin más el planteamiento en apelación de la hoy recurrente en casación, la aseguradora quedaría inerte ante el acuerdo entre su asegurado y el abogado que éste eligiera para presentar una minuta por el importe que fuese con tal de no sobrepasar el límite máximo de cobertura establecido en la póliza”.

A la vista de cuanto antecede la Sala estima que dada la naturaleza del asunto, que su complejidad no era tanto jurídica como de pericial médica, y valorado asimismo así el resultado obtenido, se estima adecuado fijar los honorarios de Letrado a satisfacer por la demandada en 8.000 euros, suma que devengará el interés del artículo 20 de la Ley de **Contrato de Seguro** desde la fecha de esta resolución, dada la desproporción entre lo solicitado y lo concedido, habiendo sido en esta resolución donde se valoró la importancia del trabajo desarrollado por el Letrado y su cuantificación económica.

En cuanto a la impugnación de la aseguradora, la misma se centró en la no imposición de costas que se efectúa en la sentencia de 1ª instancia, a pesar de ser la demanda desestimada. Pues bien,

dado el tenor de la resolución de la apelación, en la que se estima parcialmente la demanda, la impugnación carece de sentido por ser de aplicación el principio establecido en el art. 394 de la L.E.C. para los supuestos de estimación parcial.

TERCERO.- No procede hacer expresa declaración de las costas de la instancia, ni de las de la apelación -artículo 394 y 398 de la LEC-. No se hace expresa imposición de las costas de la impugnación, dado que por lo expuesto la misma perdió su objeto.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

Fallo

Desestimar la impugnación formulada por Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros y estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Doña Concepción contra la Sentencia dictada en fecha catorce de diciembre de dos mil cinco por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pola de Lena, la que se REVOCA y en su lugar se acuerdo estimar parcialmente la demanda interpuesta por la Sra. Concepción y condenar a la Aseguradora Banco Vitalicio de España Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros a abonar a la actora la cantidad de 8.000 euros, suma que devengará el interés del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros desde la fecha de esta resolución.

No procede hacer expresa declaración de las costas de 1ª instancia ni de las de apelación e impugnación.

Comentario:



Javier López García de la Serrana
Abogado

Regulado en los artículos 76 a) a 76 g), el seguro de Defensa Jurídica, es un contrato joven y relativamente complejo, que provoca en la práctica dudas interpretativas esenciales y problemas en su aplicación; por el mismo, el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato,

a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro, tal y como dispone el art. 76 a), otorgándole el art. 76 d)



de la misma LCS, al asegurado, el derecho a la libre elección de Abogado y Procurador, derecho que encuentra su base en el carácter de confianza y los vínculos que se crean entre defensor y defendido, existiendo, por tanto, un *intuitu personae* esencial en la elección y ejercicio de ambos oficios.

La primera cuestión debatida en la sentencia comentada, es la necesidad de determinar si el “ocupante” del vehículo, no coincidente con el asegurado, tiene también legitimación para la libre elección de profesional, pudiendo en consecuencia interponer el procedimiento correspondiente para reclamar los honorarios devengados.

La audiencia responde en sentido afirmativo, apoyándose para ello en dos argumentos; por un lado, aun admitiendo que el clausulado de la póliza utiliza el término “asegurado” para reconocer el derecho a la libre elección, entiende que esto no debe llevarnos a excluir a aquellos que estando amparados por el seguro de defensa jurídica, no reúnan tal condición, perfilándose de esta forma, la nueva doctrina jurisprudencial recogida igualmente en la SAP de Zaragoza de 24 de enero de 2006 que declara, en un supuesto similar que *“parece razonable que la mención al “asegurado” para libre elección de abogado y procurador para su defensa y representación, comprenda a todas las personas que tengan un interés económico sobre el bien objeto del seguro, es decir quienes puedan sufrir algún quebranto económico con ocasión de la circulación de vehículos de motor”*, por otro lado, esgrime la importancia que tiene la comunicación por parte de la actora de la elección de libre profesional; si nada opuso la Compañía cuando se le notifica este dato, no solo va en contra del principio de buena fe aludido por la Audiencia, ya que si entendía que carecía de la libre elección debió ponerlo en conocimiento de la actora, sino que obvia lo que es doctrina jurisprudencial consolidada; *“no puede impugnar la personalidad o la legitimación de un litigante quien dentro o fuera del pleito se la tenga reconocida pues ello significaría ir contra sus propios actos...”*(STS de

21 de julio de 1989 y las que ésta cita).

La segunda cuestión objeto de análisis es la determinación de la existencia de un límite cuantitativo en los honorarios; el establecimiento de una cantidad prefijada en las condiciones particulares de la póliza, lleva a preguntarse tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, si se trata de una delimitación del riesgo o de una cláusula limitativa de derechos. Si bien es cierto que entre la jurisprudencia menor se mantienen distintas posiciones al respecto, la sentencia comentada, de forma tajante, considera la suma asegurada como limitativa y solamente eficaz en el supuesto de que haya sido aceptada por el asegurado de manera expresa, tal y como exige el artículo 3 de la Ley, con la consecuencia final de no surtir efectos frente al asegurado en aquellos casos en los que no se cumplió el requisito de la aceptación¹.

Vuelve a utilizar nuevamente el criterio de la buena fe para descartar la admisión de la cláusula, al entender que si la actora comunicó, al igual que hizo con la elección de Letrado, la minuta de honorarios requiriendo a la Compañía para que realizara, en su caso, las objeciones que considerara oportunas, el hecho de guardar silencio pudo provocar una creencia de admisión implícita de la cuantía reclamada.

Ahora bien, una vez descarta la existencia de un límite, lo siguiente que se cuestiona la Audiencia es si, la cuantía reclamada es proporcionada o por el contrario debe ser moderada.

El ejercicio de la abogacía descansa en el principio de libertad del abogado en la fijación de sus honorarios, sin que esto implique, tal y como ha declarado el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de mayo de 2005, que la cantidad fijada no pueda ser moderada, es mas, una de las funciones atribuidas a los criterios orientadores colegiales, es precisamente el solventar las discrepancias que pudieran surgir por este tema. En la sentencia analizada, la Audiencia estima que, atendidas las circunstancias y naturaleza del asunto, procede dicha moderación judicial de los honorarios.

¹ En el mismo sentido SAP Jaén 26 de junio 2003, SAP Zaragoza de 27 marzo 2006, SAP Jaén 14 enero de 2002, entre otras.

Pronunciamientos relevantes

por José M^a Hernández-Carrillo Fuentes



Para quienes, incrédulos – o descreídos- sostienen que la culpa exclusiva de la víctima hace tiempo que se extinguió en nuestros Tribunales , o fue erradicada por cualquier forma y porcentaje de culpa exclusiva de la víctima

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo
de 26 de Mayo de 2006*

“los fallecidos Claudio y Donato , componentes de la C.B., que había realizado la instalación de la fontanería en las naves de las sociedades code mandadas y a cuyo mantenimiento atendía, el día en que se produjo el accidente, se encontraban en el local de P.. reparando un grifo y al advertir que una de las bombas de refrigeración de una de las máquinas no funcionaba por insuficiencia del depósito de agua, salieron a un patio exterior, común de las sociedades demandadas, donde se encontraban varios bidones, cogieron uno de ellos, metálico, de 700 litros, que se hallaba herméticamente cerrado, con la intención de serrar la tapa y utilizarlo como depósito de mayor cabida en la refrigeración de la máquina. Al aplicar un máquina radial para serrar el bidón, éste explotó, sufriendo los fallecidos quemaduras de tal gravedad que ocasionaron su



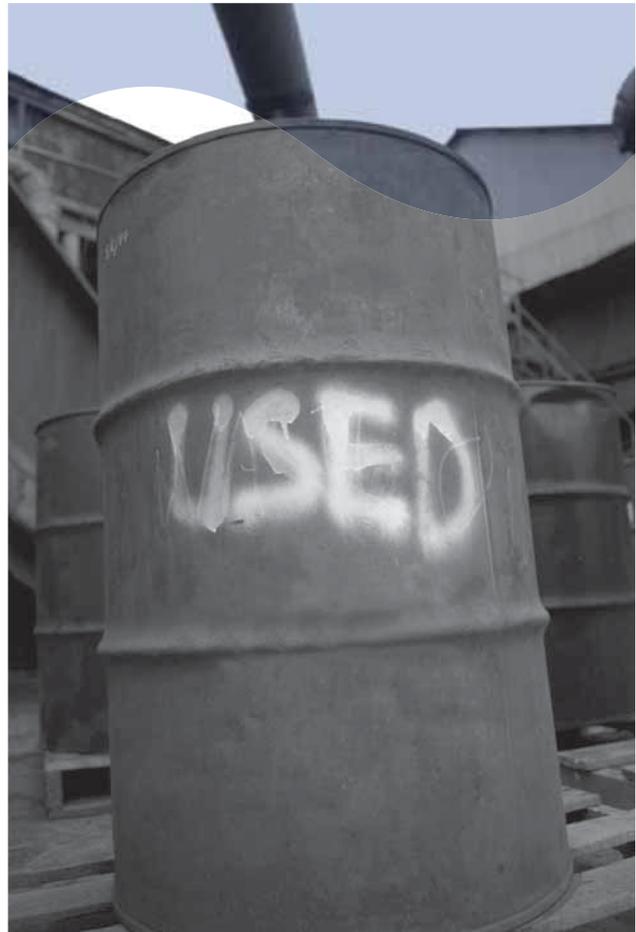
muerte a los pocos días. El bidón contenía restos de residuos de hidrocarburos utilizados en la actividad industrial de Y. J...; se hallaba abandonado en el patio trasero, común de las demandadas, sin indicación alguna de cuál era o había sido su contenido.

La sentencia recurrida estimó que la conducta de los fallecidos contribuyó causalmente en la explosión del bidón, por lo que redujo la indemnización solicitada al 50%.

La sentencia recurrida afirma la contribución causal de la conducta de los fallecidos a la producción del accidente porque: “en primer lugar, como profesionales de la fontanería debían conocer el riesgo que supone la manipulación de recipientes que se encuentran herméticamente cerrados, ignorando su contenido, lo que les obliga a extremar su precaución, procediendo previamente a la apertura del tapón y si éste se encontraba solidificado, debían haber desechado la manipulación del bidón; en segundo lugar, como profesionales que habían instalado la fontanería, conocían la actividad productiva de ambas sociedades, no siendo totalmente ajenos a que se empleaba material inflamable; en tercer lugar, aplicar una radial sobre un bidón metálico, herméticamente cerrado, supone una grave negligencia por cuanto al calentar el material metálico por acción del corte, unido a la producción de chispas, debieran haber previsto la posibilidad de que se inflamara su contenido.

Esta Sala comparte la intervención en el curso causal de los hechos de la conducta gravemente

negligente de los fallecidos en la manipulación del recipiente, no así el grado de influencia en la producción del resultado lesivo. La conducta imputada a los fallecidos por su extrema falta de adopción de las más elementales normas de diligencia, que no podían desconocer por razón de su oficio, se manifiesta como causa única y exclusiva del resultado producido, excluyendo, por su entidad y relevancia, la influencia que en ese curso causal pueda atribuirse a la conducta de las sociedades codemandadas. Fueron las víctimas del suceso quienes eligieron, de entre los que allí había y que no necesitaban de manipulación alguna, el bidón en cuestión; antes de proceder a cortar el bidón en la forma que intentaron, la más elemental norma de prudencia obligaba a cerciorarse de su contenido lo que fácilmente pudieron hacer retirando el tapón de cierre del recipiente, cualquier que fuera el estado del mismo, al estar provistos, por su oficio, de herramientas y productos idóneos para ello. Al no hacerlo así y proceder al corte de la chapa con un instrumento generador de alta temperatura al aplicarse sobre el metal, su conducta ha de considerarse como la única determinante del daño causado, y en este sentido procede la estimación del primer motivo del recurso.”





No por infrecuente, es imposible hallar una sentencia en la que se declara la Responsabilidad Civil de un Registrador de la Propiedad, por la cancelación indebida de anotaciones preventivas de embargo

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo
de 18 de mayo de 2006
ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández

“Por D. Pedro Miguel se dedujo demanda contra D. Sebastián, Registrador de la Propiedad, por negligencia profesional con fundamento en los arts. 296 de la Ley Hipotecaria y 1.902 del Código Civil, solicitando la condena del demandado a pagar seis millones ciento treinta mil pesetas en concepto de principal, más seiscientos trece mil pesetas en concepto de intereses y veintiocho mil cuatrocientas treinta pesetas por gastos bancarios, así como el importe que resulte de las liquidaciones de intereses y tasaciones de costas a practicar en los autos de juicio ejecutivo registrado con el nº/95 y seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº .. de Ceuta hasta el momento de interposición de la demanda, y al interés legal que resulte desde la fecha de presentación de la demanda hasta la ejecución y efectividad de esta resolución.

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Ceuta de 17 de marzo de 1.999, recaída en los autos de juicio de menor cuantía nº ... de 1.997 estimó la demanda, declaró la responsabilidad civil del demandado Dn. Sebastián como consecuencia de la cancelación de la anotación de embargo sobre la finca nº 17.870, y le condenó a indemnizar al actor Dn. Pedro Miguel en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme a las bases contenidas en la fundamentación jurídica de la resolución que se dan por reproducidas.

La Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz de 27 de mayo de 1.999, dictada en el Rollo 67 del propio año, revocó parcialmente la resolución del Juzgado apelada por el demandado sustituyendo la indemnización establecida en la recurrida por la de condenar al demandado a que, a su elección, proporcione al actor una garantía equivalente, en el momento de la cancelación, a las anotaciones preventivas de embargo de las fincas registrales nº 17.852 y 17.870, o

deposite la cantidad que tales medidas cautelares garantizaban. La nueva solución adoptada respecto de la del Juzgado la fundamenta en la aplicación analógica del art. 300 de la Ley Hipotecaria.

Que el tribunal “a quo” declara la existencia de un daño o perjuicio actual consistente en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación, y, en consecuencia, un debilitamiento del conjunto de garantía que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho,

Que la apreciación del perjuicio actual es coherente con la realidad fáctica de que la entidad ejecutada vendió una de las fincas respecto de las que se había producido la cancelación indebida del embargo por el Registrador, en tanto que respecto de la otra se produjeron posteriores embargos y anotaciones; y,

Que no se trata, por ende, de un perjuicio eventual, o de mera posibilidad real futura, sino actual y





cierto, con independencia de la forma como deba ser resarcido dicho perjuicio, que es tema ajeno a la existencia.

Se comparten las alegaciones del motivo acerca de que no cabe equiparar el embargo y su anotación en el Registro, que la anotación no tiene carácter constitutivo, ni crea ni constituye un verdadero derecho subjetivo privado de carácter o naturaleza real, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía tal carácter, ni confiere a su titular los beneficios protectores de la fe pública, ni cierra el Registro según el art. 38 LH, de modo que la anotación del embargo puede ser cancelada, sin que ello afecte al procedimiento, y no impide la venta del inmueble. Pero se discrepa sobre la falta del nexo causal.

La relación de causalidad es el nexo que une a la acción u omisión del sujeto agente y el resultado, que permite atribuir el daño en la cuenta del autor. Responde a la pregunta del cómo y el porqué del perjuicio, y su fijación se produce en virtud de apreciaciones fácticas y criterios normativos. En el caso la

existencia del nexo causal se manifiesta con meridiana claridad. El embargo de las fincas respondía a la finalidad de realizar su valor para la satisfacción del crédito ejecutado, y la anotación preventiva creaba la publicidad necesaria para evitar que se sustrajeran los bienes al apremio. Canceladas indebidamente las anotaciones se creó una apariencia de libertad de las fincas respecto de terceros lo que permitió se efectuara la venta de una de ellas como libre de cargas, y que accedieran al Registro posteriores embargos y anotaciones respecto de la otra con la preferencia consiguiente. El daño, como ya se dijo, se concretó en la resolución recurrida en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación, y en el debilitamiento del conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho, lo que obviamente no cabe cuestionar sin poner en cuestión la propia eficacia del sistema registral, y la situación tiene como causa la cancelación indebida de los asientos imputable al Registrador, todo ello con el reproche subjetivo de la negligencia, más bien del profesional que propiamente profesional.”



La sentencia nº 266/2005, de nueve de mayo, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada, desarrolla su fundamento de derecho loable, frente a una sentencia absolutoria que dicho es en términos de defensa suponía rebelión judicial a la aplicación de la Ley, pues concurriendo todos los requisitos para imponer la condena, en cuanto al hecho, y la lesión absuelve, no enjuicia “legisla” en pro de la desaparición de las faltas leves provenientes del tráfico rodado, sobre estas afirmaciones en la instancia:



“No todo hecho, aunque sea cierto, merece el reproche penal que trae consigo una sentencia condenatoria. Así dijo el TS que se trata de infracciones harto difícil de definir y de encuadrar en términos generales, dados los contornos dudosos que las delimitan entre sí y en sus diferencias con los hechos inocuos penalmente.

No dar por un pequeño golpe al vehículo que precede, (diciendo la verdad al reconocerlo) un ciudadano se merece un reproche penal y la imposición de una pena.

Las razones y el principio de intervención mínima penal anteriores determinan la absolución.”

“No podemos sino compartir las razones de los recurrentes. El caso de autos es el ejemplo paradigmático de infracción de lo establecido en los arts 3, 45, 46 letra f) y 54 del Reglamento General de Circulación (RD 1428/2003, de 21 de noviembre). Si los vehículos se encuentran detenidos en la vía por razones de congestión de tráfico y otro que circula tras ellos alcanza al que le precede, no puede sino concluirse que circulaba a excesiva velocidad, o sin respetar la distancia de seguridad o sin prestar la debida atención a las circunstancias del tráfico, pero en cualquier caso con infracción de los citados preceptos y sin debida diligencia. Por

leves que sean las consecuencias del accidente (y en el presente caso no lo son tanto, al menos en cuanto a las lesiones de Clotilde se refiere, y toda vez que se producen dos colisiones), **si concurren los presupuestos de aplicación del tipo penal (que las lesiones, de haber mediado dolo, fueren constitutivas de delito y que la actuación sea imprudente), la norma penal no puede denegarse de aplicarse apelando al principio de intervención mínima del derecho penal** (no se olvide que dicho principio, sin perjuicio de orientar la interpretación de los tribunales, está dirigido al legislador, a fin de que solo puedan alcanzar relevancia penal las conductas cuya gravedad adquiera cierta entidad, y cuando se hayan demostrado ineficaces otros medios menos lesivos para los derechos fundamentales).”



“De la recomendación obiter dictum, que efectúa el Tribunal acerca del modo de dirimir las diferencias que existan entre las partes litigantes que no pueden solucionarse en el procedimiento que dimana el presente rollo. Del juicio poco favorable que a esta Sala merecen las consideraciones de esta naturaleza, en la forma que se producen”.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo
de 24 de Abril de 2006
ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete

De cómo incluso en el demostrado procedimiento de Juicio de Faltas han de respetarse los derechos constitucionales básicos, es el objeto del **auto nº 160/06, de diez de Abril, de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Granada- ponente Ilma. Sra. Doña Aurora González Niño-**, y recoge la que podría ser nuestra argumentación, en tantas ocasiones expuesta como rechazada:

“La incompleta regulación de los juicios de faltas en nuestra legislación procesal penal) desconocedora de la necesidad de alguna previa instrucción necesaria en determinados casos especialmente en el ámbito de las faltas de imprudencia en el ámbito de la circulación rodada, y su específico procedimiento en que lo inmediato es la celebración del juicio oral al cual las partes deben aportar sus propias pruebas sobre cuya admisibilidad debe pronunciarse el juez en el mismo acto para su inmediata práctica, ha dado lugar a una práctica pro-

cesal complementando las omisiones legales que si bien redundan en detrimento de la celeridad que el legislador a pretendido conferir a este sencillo procedimiento, contribuye a dar cumplimiento a las exigencias constitucionales que giran en torno al derecho de igualdad de armas en el proceso y al derecho a la prueba.

Por eso, **la denegación de la reclamación por el Juzgado de un sencillo documento** que en modo alguno habría retrasado el proceso **significativamente cuando la parte que lo interesa nunca podría haberlo aportado al acto del juicio oral dada su naturaleza (expediente de incapacidad laboral de un tercero) no puede quedar justificada** con los argumentos ofrecidos por el Juez de Instrucción en sus sucesivas resoluciones y menos cuando reconoce que ha practicado numerosas diligencias de investigación antes del juicio oral referentes incluso a la responsabilidad civil que pudiera derivar de la presunta falta objeto



del proceso, **pues la responsabilidad civil sin perjuicio de la penal será sin duda la cuestión que más debate suscitará entre las partes en el acto del juicio como ya se adivina y no cabe duda de que la existencia de una patología precedente al siniestro apta para causar una incapacidad laboral al lesionado puede ser un factor de importante incidencia en la determi-**

nación de dicha responsabilidad, máxime cuando en los informes médico-forenses que obran al testimonio de particulares remitido por el Juzgado ninguna referencia se hace a dicho expediente de incapacidad y el propio perito médico ha emitido su dictamen apreciando la incapacidad laboral del lesionado como consecuencia de las lesiones sobreenvenidas con el accidente.”



Un ejemplo, “de libro” de estafa procesal en el ámbito del Tráfico rodado, lo constituye la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo , de 29-09-2005, en ella:

“En el curso de poco más de tres años se producen cuatro accidentes de tráfico en los que se ven involucradas las mismas personas, unidas por lazos de parentesco o sentimentales, con ligeras diferencias: los esposos Carlos y María Rosario en todos ellos, Cecilia hija de la segunda en tres de ellos, su hermana Francisca y Ángel Jesús compañero sentimental de la citada Cecilia en dos de ellos y José Carlos, esposo de Francisca, en una de ellas.

Que los accidentes -salvo el último- responden a la misma mecánica: el «responsable» no respeta la preferencia en un cruce y, por otro lado resultan afectadas siempre las mismas personas -madre e hijas- con lesiones sensiblemente iguales. El que los «accidentes» ocurran en términos y lugares pertenecientes a diferentes partidos judiciales evita el reconocimiento por el mismo médico forense cuyo informe, en definitiva, será determinante de la procedencia e importe de las indemnizaciones que en su momento se reclamen. También **se valora la significativa circunstancia de que a partir del inicio de la presente causa no consta que ninguno de los acusados haya tenido accidente circulatorio alguno.**”

Son extremadamente interesantes los matices con los que se desestima la vulneración alegada por la defensa del **Art. 11 de la L.O.P.J:**

“Alega el recurrente que el procedimiento en el que se dictó la sentencia condenatoria impugna-

da, se inició por denuncia formulada por la entidad aseguradora «B... V... de E...», quien tuvo conocimiento de la existencia de los accidentes de 27 de septiembre de 1994, 29 de septiembre de 1995 y 13 de octubre de 1995, en los que no figuraba como aseguradora de ninguno de los intervinientes en ellos, por la obtención subrepticia e ilícita por los detectives por ella contratados de información relativa a la salud e informes médicos de asistencia de los condenados por esos accidentes, sin permiso de éstos, habilitación legal o autorización judicial. Y de este conocimiento ilícito derivó la obtención del resto de documentación aportada con la denuncia tras serle cedida, también de forma ilícita, por parte de las otras entidades aseguradoras.

La Autoridad judicial, con cuya supervisión se incorporaron a las actuaciones numerosos testimonios de particulares de distintos procedimientos judiciales..., cuyas características de privacidad deben considerarse desaparecidas desde el momento en que tales datos figuran en unos procesos penales que tienen la condición de públicos por disposición constitucional y, por tanto, accesibles no sólo a las partes procesales sino al cuerpo social en general.

Insiste una y otra vez en que el origen del conocimiento de los otros «accidentes» por la entidad Banco Vitalicio -denunciante- se encontraba viciada de nulidad por haber vulnerado el derecho a la intimidad de los acusados, afirmando que, en tal caso, resulta de aplicación el art. 11.1 LOPJ Sin embar-

go, lo que este precepto sanciona es la nulidad de las pruebas obtenidas directa o indirectamente con vulneración de los derechos fundamentales, y son esas pruebas viciadas las que constituyen el objeto de la norma, no los medios por los que, en este caso, el perjudicado adquiere el conocimiento de hechos y conductas presuntamente delictivas. En la obtención de ese conocimiento, el denunciante podrá haber incurrido en irregularidad, ilegalidad o ilicitud, pero ello quedará extramuros del art. 11 LOPJ invocado, que limita sus efectos a las pruebas acreditativas de los delitos y sus circunstancias, de suerte que si la actividad probatoria se ha desarrollado en el seno de un procedimiento judicial dirigido y controlado por el Juez y las pruebas se han practicado en tal contexto procedimental con arreglo y observancia de las prescripciones constitucionales y de legalidad ordinaria, esas pruebas que fundamentan legalmente la certeza judicial de la realidad del hecho y la culpabilidad del acusado son perfectamente válidas y valorables."

Todos recordaremos, sin duda, las discusiones en la Magistratura y Tribunales cuando en el inicio de la aplicación de la Ley 30/95- actual RDL 8/04,- estas argüían que invadía sus competencias al limitar o impedir la libre valoración judicial del daño. Aquietados los ánimos – en principio – con la sentencia 181/00 de 29 de Junio, del Tribunal Constitucional ¿alguien diría que un Juez, que en la instancia considera para una persona una incapacidad absoluta, y ayuda de tercera persona, y las “dota” de 146.650,50€ y 293.300,99€, no ha gozado de discrecionalidad?. ¿podría decirse, que no hay mayor muestra de discrecionalidad aún, en el Tribunal – Audiencia Provincial, que estima el recurso y concreta la incapacidad en 80.500€, y la ayuda de tercera persona en 30.000€? Es el supuesto decidido en Sentencia nº 158 de 26 de mayo de 2006, de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, en ponencia de D.Klaus Jochen Albiez Dormán.

Respecto del primer concepto,- tras argumentar extremadamente- afirmando que: “*estos tipos de incapacidades permanente deben ser examinadas fuera de la legislación laboral, concluyó “a esta sala le parece excesiva la concesión de la cuantía máxima por este concepto”.*

Cierto es que según Sentencia de un Juzgado de lo Social se denegó la Incapacidad absoluta, pero se reconoce que: “*la incapacidad permanente no se ligan necesariamente a la ocupación laboral*

y productiva de la victima, sino a su actividad habitual por lo que no solo se deben tener en cuenta las circunstancias laborales o profesionales, sino también las...familiares y personales de la victima”.

Sobre el segundo, discrepó de que se concediese “ el máximo establecido en el baremo para un gran invalido cuando necesita la ayuda de terceras personas”, “ya que solo necesita la ayuda para actividades muy concretas en al vida diaria (vestirse, lavarse le pelo, ponerse medias) pero no requiere la presencia durante todo el día...En consecuencia, se debe reducir condenablemente la indemnización que por este concepto se concede a la actora – de 293.300,99€- considerando esta Sala que con la cantidad de 30.000€ se cubre con creces una ayuda de una tercera persona para momentos ocasionales”.

Curiosamente, no se acude al argumento – porque quizá hubiese llevado a anular el concepto, reduciéndolo a 0€ - de que fuese una incapacidad absoluta y no de máximo grado, y no una gran invalidez. Y por tanto no cabía añadir en factor corrector por ayuda de tercera persona.



entrevista a...



Jose Luis Seoane Spiegelberg



por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Aunque pueda sonar reiterativo, por coincidir en la mayoría de nuestras entrevistas con amigos y grandes colaboradores de nuestra Asociación, afortunadamente en esta ocasión puedo volver a decir que en el caso de Jose Luis Seoane Spiegelberg nos encontramos ante un amigo, frecuente participante en los Congresos y Jornadas que organiza nuestra Asociación, para quién siempre está dispuesto con agrado y gran dedicación. Don Jose Luis Seoane Spiegelberg es Presidente de la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de La Coruña, estudioso de numerosos temas jurídicos, quien destaca además por ofrecernos en sus Sentencias un estudio detallado de cada asunto que aborda, por lo que nunca podrá recriminársele una falta de justificación jurídica en sus resoluciones.



Actualmente por desgracia, es noticia la gran siniestralidad laboral en nuestro país, ¿cree que contamos con una legislación que en general de buena respuesta al conjunto de circunstancias que rodean este tipo de siniestros?

La siniestralidad laboral se ha convertido en España en una auténtica lacra social. Según las estadísticas elaboradas por el Eurostat, antes de la reciente ampliación de la Unión Europea, ocupábamos, detrás de Portugal, el segundo puesto de los países con más accidentes de trabajo tanto en cifras totales como en las relativas a mortalidad. No creo, sin embargo, que tan intolerables tasas,

cuyos fríos datos ocultan el gran drama humano sufrido por víctimas y familiares, sea debido a la legislación reguladora de la materia, constituida fundamentalmente por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Estatuto de los Trabajadores, Código Civil y Penal, así como la diversa legislación específica conformada, entre otras normas reglamentarias, por el RD 171/2004, de Prevención de Riesgos Laborales en materia de coordinación de actividades empresariales, RD 39/1997, regulador de los servicios de prevención, RD 486/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, o incluso Real Decreto 1627/1997, relativo a dichas disposiciones en las obras de construcción, sector que ofrece una de las tasas de siniestralidad más elevada. No creo, pues, que sea un problema de legislación, sino de cumplimiento de la misma, de observancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo y de las obligaciones instrumentales de evaluación de riesgos, información, consulta y constitución de servicios de prevención, así como del efectivo control de dichas disposiciones por parte de la Inspección de Trabajo. En otro orden de cosas, la actuación de los órganos de la jurisdicción penal se lleva a efecto demasiado tarde y fundamentalmente cuando el resultado se ha producido, pese a que el Ordenamiento jurídico penal anticipa la reacción criminal al respecto, mediante la tipificación de delitos de peligro en el arts. 316 y 317.

En cuanto a la responsabilidad civil que se deriva en los accidentes laborales, ¿no cree que en nuestra legislación, tanto con carácter general como con carácter especial, se echa en falta



cierta claridad a la hora de determinar el campo de responsabilidades concreto de cada uno de los agentes que intervienen?

Es difícil establecer de antemano a quién compete la responsabilidad civil cuando ante un accidente laboral nos hallamos, pues su determinación exige analizar las concretas circunstancias en las que el mismo se desarrolló para delimitar cuál ha sido la conducta negligente generadora del daño y su atribución a alguno de los agentes intervinientes, con deberes de vigilancia y control. No creo que nos encontremos ante un supuesto de falta de claridad sino de dificultades de prueba. La obligación principal radica en los empresarios y dentro de su estructura empresarial en las personas a las que se les encomienda legalmente de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad. Aquél responderá igualmente de forma directa y solidaria por la vía del art. 1903 del CC. La legislación, por otra parte, se preocupa por delimitar responsabilidades en el caso de concurso de varios empresarios en la misma actividad, manifestación de ello es el art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, o el RD 216/1999, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

Y en concreto, en uno de los sectores de mayor siniestralidad laboral, como es el de la construcción, entiende que la normativa existente en la materia sobre seguridad en el trabajo deja claro cuáles son las obligaciones de cada uno de los agentes que intervienen en la construcción?

Desde luego el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, cuyo ámbito de aplicación abarca cualquier obra, pública o privada, en la que se realicen trabajos de construcción o ingeniería civil, ha



contribuido a delimitar dicho panorama. La mentada normativa tiene presente la concreta actuación que en las obras de construcción tienen sujetos no habituales en otros ámbitos, ocupándose de las obligaciones del promotor, del proyectista, del contratista, del subcontratista y de los trabajadores autónomos. Además, se regulan las figuras del coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra y del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la misma, reflejando lo ya normado en el Real Decreto 555/1986, por el que se estableció la obligatoriedad de inclusión de un estudio de tales características en los proyectos de edificación y obras públicas. Incluso atribuye a dicho coordinador o a cualquier otra persona integrada en la dirección facultativa que observase incumplimiento de las medidas de seguridad y salud, la obligación de advertirlo al contratista, dejando constancia de tal incumplimiento en el libro de incidencias, estando aquéllos expresamente facultados para, en circunstancias de riesgo grave e inminente para la



seguridad y la salud de los trabajadores, a disponer la paralización de los tajos o, en su caso, de la totalidad de la obra, dando cuenta a la Inspección de Trabajo.

En su opinión ¿cree que en esta materia debe aplicarse con todo su rigor, el principio de responsabilidad solidaria entre los agentes que intervienen cuándo no pueda determinarse la cuota de responsabilidad de cada uno de ellos?

No me muestro contrario a ello con la finalidad de buscar el resarcimiento de la víctima y sin perjuicio de acciones internas entre los sujetos condenados. Si bien lo afirmado no significa, que no debamos delimitar con rigor cuál ha sido la concreta conducta negligente generadora del daño, y sólo cuando ello no sea posible, incluso por el pacto de silencio que opera en la materia, aplicar la solución solidaria como último recurso.

En este tipo de siniestros existe la impresión generalizada, por parte de los empresarios y técnicos, sobre la escasa o casi nula aplicación de la concurrencia de culpas del trabajador y menos aún de la culpa exclusiva del mismo ante un accidente laboral ¿ qué opina sobre ello?

Sobre el concurso de la conducta de la víctima en la génesis del daño, se puede apreciar una cierta evolución de la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. En un primer momento, no tenía en cuenta el comportamiento del ofendido, sino que medía la responsabilidad criminal del autor por la propia conducta de éste, es decir, por la antijuridicidad y por la culpabilidad de su propia acción u omisión. No obstante, a partir de la década de los años setenta se abrió camino una línea jurisprudencial construida fundamentalmente sobre la relación de causalidad, de modo que habría de medirse la incidencia de cada conducta en el resultado para atribuir éste al autor y a la víctima en proporción a la diferente contribución de cada uno en la génesis del daño, con las consecuencias jurídico penales de la degradación de la responsabilidad de delito o falta, o incluso a su eliminación total. Si bien en los últimos años existen sentencias que vuelven a la tesis tradicional de irrelevancia de la imprudencia de la víctima, quedando en todo caso una eficacia compensatoria para la determinación de la cuantía de la indemnización civil, lo que se evidencia con mayor claridad en materia de accidentes de traba-

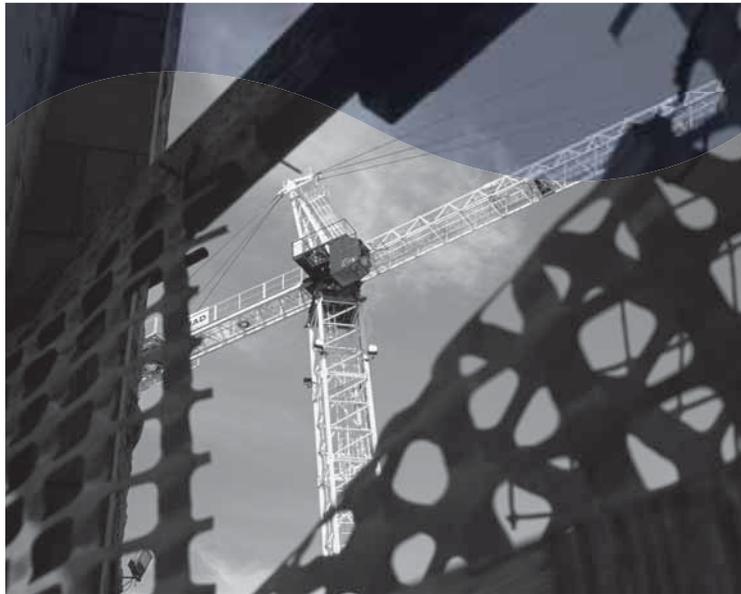
jo, en los que se considera un principio definitivamente adquirido, el de la necesidad de proteger al trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en la materia.

También se ha acudido al principio de autorresponsabilidad para justificar las consecuencias penales de la autopuesta en peligro por parte de la víctima, de manera tal que sobre ésta habrían de recaer, aún cuando no fuera de forma exclusiva, las consecuencias derivadas de su libertad de actuar de manera arriesgada. Sin embargo, esta teoría parte, si se quiere dar relevancia a la libertad como fundamento de la misma, de una víctima autónoma con capacidad de decisión propia, no tutelada, con facultades de organización conjunta de la actividad con el autor material del daño, esquema que difícilmente encaja en el mundo de la relaciones laborales, en las cuales se alzaprima, como obligación principal y más intensa, la del empresario legalmente obligado a proteger la salud de sus trabajadores, al ocupar una posición de garante, de primer grado, en la evitación del resultado, así como una estructura jerárquica de relación. Por ello, en la jurisprudencia moderna, se ha evolucionado desde la concurrencia de culpas a la doctrina de la imputación objetiva con escasa aplicación de las técnicas de la autopuesta en peligro, proclamándose que no se puede exigir al trabajador que desobedezca la orden peligrosa del empresario o sus colaboradores para construir sobre la realización por parte de éste de la actividad peligrosa un supuesto de aminoración de la responsabilidad de aquéllos.

Por el contrario y atendiendo a la opinión de quienes ejercen la representación de los trabajadores afectados, la reivindicación lleva por objeto exigir, entre otras cosas, más control por parte de la Administración en materia de infracción de las normas de seguridad en el trabajo ¿entiende que realmente fallan los medios, el método y la organización de la Inspección de Trabajo?

Mi experiencia como magistrado me permite apreciar como la realidad judicializada demuestra que, en no pocas ocasiones, la efectividad de los controles de tal clase hubieran evitado muchos accidentes. Si examinamos las sentencias dictadas al respecto podemos comprobar la reiteración de causas como las precipitaciones por trabajos en altura, con manifiesta carencia de elementos de sujeción, andamios y barandillas reglamentarias,

enterramientos en zanjas no entibadas, maquinaria carente de las debidas protecciones... que se repiten constantemente. Por otra parte, las estadísticas demuestran que las pequeñas empresas entre uno y veinticinco trabajadores concentran el mayor número de accidentes, una tercera parte del total, mientras que el 41% de los mortales se producen en empresas de menos de cincuenta empleados. En cuanto a los trabajadores las escalas menos cualificadas son los que más padecen los accidentes y además con tendencia al alza. El art. 40.2 de la CE obliga a los



poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo, existiendo al respecto un grupo de cualificados funcionarios como son los inspectores de trabajo, cuyas plantillas en porcentaje son de las menos numerosas de la Unión Europea. Todos los esfuerzos que se realicen al respecto nunca serán suficientes, una buena planificación de la acción inspectora, concentrada en las actividades de alto riesgo, puede mejorar las funestas estadísticas, para evitar que el accidente laboral se normalice como un fenómeno inevitable. Pero el reto de la eliminación de riesgos no recae exclusivamente sobre la Administración.

Y en materia de cuál debe ser la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil derivada de accidente laboral, ¿se decanta por aquellos que defienden la atribución de la misma a la jurisdicción civil o por el contrario a la laboral?

Con respecto a tal cuestión desde luego la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha sido fluctuante. En un primer momento, se reconoció por regla general la competencia del orden jurisdiccional civil para el conocimiento de dichas reclamaciones. Ulteriormente se produjo un cambio en la doctrina de dicha Sala, manifestada en varias sentencias que optaron decididamente por reconocer la competencia del orden jurisdiccional social. No

obstante, dicha posición fue un simple paréntesis, puesto que se ha retomado, de nuevo, el primero de los criterios expuestos, y, por ende, declarar la competencia de los tribunales civiles para conocer

de dichas pretensiones resarcitorias, pero con el matiz de que para ello la acción ha de fundarse en los arts. 1902 y 1903 CC, ya que si se articula únicamente en el incumplimiento de las medidas de seguridad, que en la relación laboral constituyen una obligación típica del empresario, la competencia corresponderá al orden jurisdiccional social. Argumentos tales como la compatibilidad entre las

indemnizaciones fundadas en la responsabilidad civil del empresario y las prestaciones de la Seguridad Social originadas por el mismo supuesto de hecho (art. 127.3 del TR LGSS), y el principio de reparación íntegra del daño avalan dicha posición, si bien es cierto que se viene considerando que, para fijar la cuantía de la indemnización en el proceso civil, procede computar lo ya percibido por el perjudicado en concepto de prestaciones de la Seguridad Social con origen en los mismos hechos enjuiciados.

Para defender el criterio de atribución jurisdiccional al orden social se cita la doctrina antagónica de la Sala 4ª de dicho Alto Tribunal, contra la que se argumenta por la Sala 1ª, que las resoluciones dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo, correspondientes a otros órdenes jurisdiccionales, no constituyen jurisprudencia a efectos de fundar un recurso de casación civil, y cuando se basa dicho recurso extraordinario en la cita de las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos, que la atribuyen al orden laboral, se razona que éstas no crean doctrina jurisprudencial.

En definitiva, se trata de una cuestión realmente polémica, porque la normativa se solapa, y no existe un claro criterio legal. No obstante, lo importante es que se obtenga una resolución judicial que garantice, en la medida de lo posible, la indemnidad



de la víctima, resultando realmente inadmisibles que, tras un largo proceso jurisdiccional, en el que se han invertido años, se decreta una nulidad de actuaciones atributiva de la competencia resolutoria a otro orden jurisdiccional distinto, y sin duda tal circunstancia pesa en la doctrina jurisprudencial.

Por último, ¿cuál es su opinión acerca del tratamiento que la jurisdicción penal da a este tipo de siniestros?

Hoy en día podemos señalar sin riesgo a equivocarnos que la prevención de accidentes de trabajo se configura como una finalidad prioritaria de la política criminal, en tanto en cuanto la protección de la vida e integridad física de los trabajadores constituye un bien jurídico de primer orden, necesitado de protección, al fracasar los otros intentos de asegurar el cumplimiento de las normas reguladoras de la prevención de riesgos laborales, dispensadas por otras ramas del ordenamiento jurídico. Se ha dicho, no obstante, que en la actuación del Derecho Penal no radica la solución, dado que

las sanciones miran al pasado, cuando el resultado ya se ha producido, mientras que la prevención lo hace al futuro para evitar que el daño sea realidad. Ahora bien, no podemos sustraernos al efecto de prevención general propio del Derecho Penal, que anuda a la infracción de la norma la imposición de una pena, potenciando con ello la observancia de la normativa laboral, precisamente, además anticipando la reacción criminal, con la formulación de delitos de peligro, como los recogidos en los arts. 316 y 317 del Código Penal, incluso tipificando en este último la cuestionada culpa de peligro. Ahora bien, la aplicación de estos tipos exige una coordinada actuación entre la inspección de trabajo con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal, para que la actuación de los Tribunales de justicia no se limite a los supuestos en los que ya se ha producido el fatal desenlace, como no deja ser frecuente en la práctica. La Fiscalía General del Estado ha dictado al respecto la Instrucción 1/2001 y la Circular 1/2003, y recientemente se han designado fiscales en las Audiencias Provinciales con dedicación especial a esta materia.

legislación



Ley 19/2006, de 5 de junio que modifica las Leyes de Enjuiciamiento civil, Propiedad intelectual, Patentes, Marcas, y Protección del diseño industrial. Entrada en vigor el día 7 de Junio de 2006

Esta Ley realiza una importante modificación de las diligencias preliminares, cuya utilidad solo puede advertirse con su lectura; sirvan de ejemplo, de que la modificación no se circunscribe a lo que el título anuncia, tres detalles:

1º) El artículo 261 queda redactado del siguiente modo:

Artículo 261. Negativa a llevar a cabo las diligencias.

Si la persona citada y requerida no atendiese el requerimiento ni formulare oposición, el tribunal acordará, cuando resulte proporcionado, las siguientes medidas, por medio de un auto, en el que expresará las razones que las exigen:

1. Si se hubiere pedido declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado, se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior.



2. Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciar que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal.
3. Si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante al dispuesto en el número anterior y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla.
4. Si se hubiera pedido la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante.
5. Tratándose de las diligencias previstas en el artículo 256.1.6.º, ante la negativa del requerido o en cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial. Iguales medidas ordenará el tribunal en los casos de los números 5 bis, 7.º

y 8.º del apartado 1 del artículo 256, ante la negativa del requerido a la exhibición de documentos”.

2º) El apartado 2 del artículo 733 queda redactado como sigue:

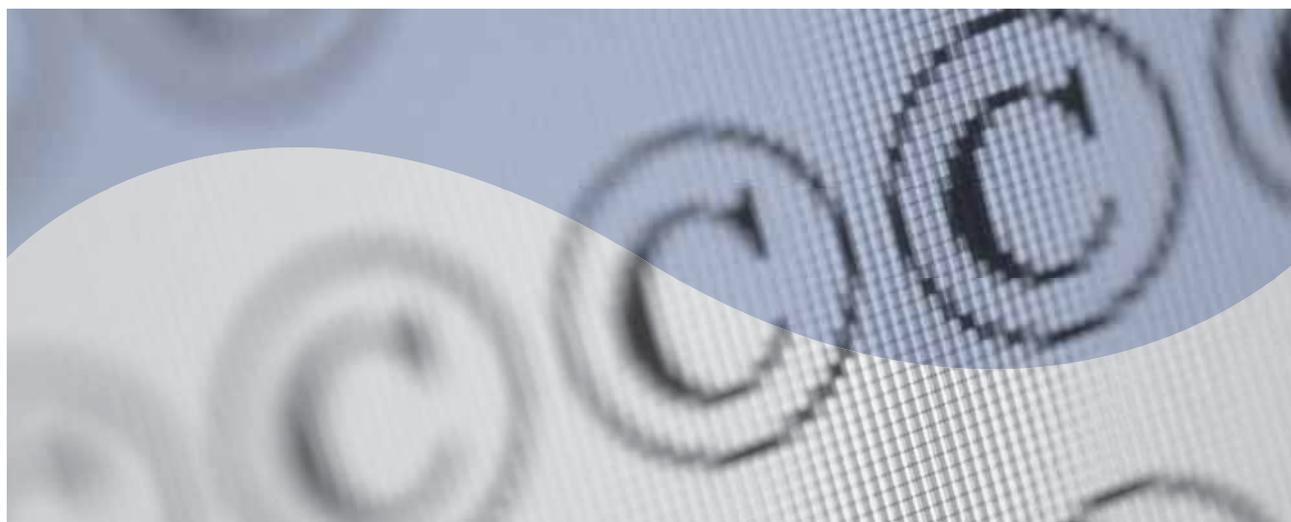
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas”.

3º) Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Se introduce un número 5.º bis en el artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la siguiente redacción:

- 5.º bis. Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley”.





LEY 12/2006, de 16 de mayo, por la que se modifica el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, y la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Entrada en vigor 18 de mayo de 2006

Esta Ley modifica el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29-10-2004

Las modificaciones se centran en los siguientes aspectos:

1º) La cobertura de los riesgos extraordinarios encomendada al Consorcio de Compensación de Seguros tiene su regulación en el artículo 6 del actual Texto Refundido, primero de la Sección 1a, «Funciones privadas en el ámbito asegurador», del Capítulo III, regula, en su apartado 1, las funciones indemnizatorias del Consorcio en materia de riesgos extraordinarios y su ámbito, y especifica qué se entiende por tales. En su apartado 2, regula lo que se entiende, a estos efectos, por «riesgos situados en España».

Por un lado, el apartado 2 procede en su integridad —aunque sin su actual numeración— del texto original del Estatuto Legal del Consorcio, aprobado por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre. Con posterioridad a esta Norma, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, incluyó en su artículo 1, por necesidades de adaptación a la normativa comunitaria, una definición de «Estado miembro de localización del riesgo» que, sin sustanciales diferencias respecto a lo previsto en el texto del Estatuto, es más completa, pues prevé el supuesto de que el tomador sea una persona jurídica. Por otro lado, la enumeración del citado apartado 2 del artículo 6 no recoge el caso específico de los seguros de personas, en los que carece de sentido que la situación del riesgo en España se defina con referencia a la residencia del

tomador, que es la que se aplica al resto de los casos, esto es, los no previstos, pues lo relevante es la residencia del asegurado, persona sobre la que recae el riesgo.

Por ello se introduce una referencia a los seguros de personas en la letra d) de este apartado, y el actual contenido de la letra d), que pasa a ser el e), se amplía para prever el supuesto de los tomadores personas jurídicas.

2º) En el sistema de asistencia jurídica al Consorcio las modificaciones que se introducen no afectan a la esencia del citado sistema, pues persiguen exclusivamente adaptarlo a los tiempos y necesidades actuales y abrir la posibilidad de aplicar otras fórmulas complementarias de asistencia jurídica para casos especiales, aclarar determinados extremos del sistema y realzar el aspecto civil de la relación entre el Consorcio y los letrados sustitutos despejando cualquier duda que pudiera surgir al respecto.

A continuación se reproducen aquí estrictamente los artículos de la citada Ley que afectan y modifican el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros:

Artículo 1. Modificación del Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre.

El Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, se modifica en los siguientes términos:



Uno. Los apartados 1 y 2 del artículo 6 quedan redactados del siguiente modo:

«1. El Consorcio, en materia de riesgos extraordinarios, tendrá por objeto indemnizar, en la forma establecida en este Estatuto Legal, en régimen de compensación, las pérdidas derivadas de acontecimientos extraordinarios acaecidos en España y que afecten a riesgos en ella situados.

Igualmente, serán indemnizables por el Consorcio los daños personales derivados de acontecimientos extraordinarios acaecidos en el extranjero cuando el asegurado de la póliza tenga su residencia habitual en España.

A estos efectos, serán pérdidas los daños directos en las personas y los bienes, así como, en los términos y con los límites que reglamentariamente se determinen, la pérdida de beneficios como consecuencia de aquéllos. Se entenderá, igualmente en los términos que reglamentariamente se determinen, por acontecimientos extraordinarios:

- a) Los siguientes fenómenos de la naturaleza: terremotos y maremotos, las inundaciones extraordinarias, las erupciones volcánicas, la tempestad ciclónica atípica y las caídas de cuerpos siderales y aerolitos.
- b) Los ocasionados violentamente como consecuencia de terrorismo, rebelión, sedición, motín y tumulto popular.
- c) Hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz.

2. A los efectos exclusivamente de la cobertura del Consorcio, se entenderá por riesgos situados en España los que afecten a:

- a) Los vehículos con matrícula española.
- b) Los bienes inmuebles situados en el territorio nacional.
- c) Los bienes muebles que se encuentren en un inmueble situado en España, estén o no cubiertos por la misma póliza de seguro, excepto aquéllos que se encuentren en tránsito comercial.

d) En el caso de seguros de personas, cuando el asegurado tenga su residencia habitual en España.

e) En los demás casos, cuando el tomador del seguro tenga su residencia habitual en España o, si fuera una persona jurídica, tenga en España su domicilio social o la sucursal a que se refiere el contrato».

Dos. El artículo 7 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 7. Ramos de seguro con recargo obligatorio a favor del Consorcio para el ejercicio de sus funciones en acontecimientos extraordinarios.

Para el cumplimiento por el Consorcio de sus funciones en materia de compensación de pérdidas derivadas de acontecimientos extraordinarios, es obligatorio el recargo en su favor en los siguientes ramos:

- a) Por lo que se refiere a los seguros de personas, el ramo de vida, en los contratos que garanticen exclusiva o principalmente el riesgo de fallecimiento, incluidos los que prevean, además, indemnizaciones pecuniarias por invalidez permanente o incapacidad temporal, en los términos y modalidades que reglamentariamente se determinen; y el ramo de accidentes, en los contratos que garanticen el riesgo de fallecimiento o prevean indemnizaciones pecuniarias por invalidez permanente o incapacidad temporal.
- b) Por lo que se refiere a seguros de cosas, los ramos de vehículos terrestres, vehículos ferroviarios, incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes y pérdidas pecuniarias diversas, así como las modalidades combinadas de éstos, o cuando se contraten de forma complementaria.

Se entienden incluidas, en todo caso, e igualmente en los términos que reglamentariamente se determinen, las pólizas de vida o accidentes que cubran los riesgos antes citados amparados en un plan de pensiones formulado conforme al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (RCL 2002, 2909), así como las pólizas que cubran daños a las instalaciones nucleares.

Quedan excluidas, en todo caso, las pólizas que cubran producciones agropecuarias susceptibles de aseguramiento a través del sistema de los seguros agrarios combinados, por encontrarse previstas en los planes que anualmente aprueba el Gobierno, así como las pólizas que cubran los riesgos derivados del transporte de mercancías, de la construcción y montaje, y cualesquiera otras pólizas de ramos de seguros distintos a los enumerados en las letras a) y b)».

Tres. El apartado 1 del artículo 19 queda redactado del siguiente modo:

«1. La representación y defensa del Consorcio ante los juzgados y tribunales corresponderá a los Abogados del Estado integrados en la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, aunque también podrá ser ejercida por abogados colegiados en ejercicio que, a propuesta del Consorcio, sean habilitados como letrados sustitutos por parte de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado para actuar en el ámbito competencial que, conforme a dicha propuesta, se establezca en la propia habilitación. La contratación de los servicios profesionales

de estos abogados colegiados se llevará a cabo por el Consorcio mediante la formalización de los correspondientes acuerdos, que tendrán siempre la consideración de contratos civiles de arrendamiento de servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, el Consorcio, previo informe favorable de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, podrá encomendar su representación y defensa, conforme a las normas colegiales generales, a abogados y procuradores designados al efecto, en aquellos asuntos o materias que, por sus características, así lo aconsejen.

Las costas que se generen en los procesos derivados de la actividad del Consorcio en los que la representación y defensa se ejerza por los letrados habilitados mencionados anteriormente se ingresarán, en su caso, en el Consorcio, aplicándoles el régimen previsto en este Estatuto Legal.

El Consorcio podrá recabar el asesoramiento en derecho de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado».

noticias y actividades



n **ACTA DE LA REUNIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EL 24 DE ABRIL DE 2006 A LAS 18:30 HORAS EN EL HOTEL MELIA CASTILLA DE MADRID.**

José María Hernández-Carrillo Fuentes
Secretario de Actas

Asistentes:

- D. Mariano Medina Crespo (Presidente)
- D. Fernando Ros de la Iglesia (Vicepresidente)
- D. Javier López García de la Serrana (Secretario General)
- D. José María Hernández-Carrillo Fuentes (Secretario de Actas)
- D. Andrés Cid Luque (vocal para Andalucía Oriental)
- D. Alberto Ortega Pérez (vocal para Madrid)
- D. Ubaldo González Garrote (vocal para Albacete)
- D. Pedro Torrecillas Jiménez (vocal para Andalucía Oriental)
- D. Josep Viella i Massegú (vocal para Catalunya)
- D. Carmelo Gascón Merino (vocal para Extremadura)



Orden del día:

1º Actividades de la Asociación

La Asociación ha realizado:

- V Congreso Nacional desarrollado en Pamplona en Noviembre de 2005.
- IV Congreso de Derecho de Circulación y Seguro de Almería en Roquetas de Mar, días 25 y 26 de Mayo de 2.006.
- III Jornada de Derecho de la Responsabilidad Civil y Seguro, día 2 de Junio de 2.005 en Vélez Málaga (organizada por la vocalía de Málaga de la Asociación).
- I Jornada de valoración del Daño corporal, en colaboración con el ICAGR el día 10 de marzo de 2006.
- Reuniones mensuales de la vocalía de Madrid (en la Casa de Ubeda).

2º Actividades de las Comisiones

- Desarrollo de la página Web que ha sido convertida en Portal.
- La Junta Directiva se constituye en Comisión de propuestas alternativas de modificaciones y reformas legislativas, ACORDANDO:

Respecto del Art.11.1 del Borrador de Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido sobre L.R.C.S.C.V.M (RDL 8/2004 ,de 29 de Octubre) (...” indemnizar por daños personales significativos...”), se acuerda enviar a D. Sergio Álvarez Camiña, Subdirector General de Seguros y Política Legislativa, un texto alternativo al previsto en el borrador del Reglamento sobre el concepto de “daños personales significativos” y su fundamentación jurídica, usando para ello el concepto de tratamiento acuñado en la Jurisdicción Penal, debiendo poner en común a tal efecto las distintas consideraciones de los miembros de la Junta Directiva.

Igualmente se acuerda proponer a la Dirección General de Seguros su intervención para la moderación de las cláusulas limitativas cuantitativas en el Seguro de Defensa Jurídica, y que dejan sin contenido el derecho a la libertad de designación de profesionales en dicho seguro (aquellas que fijan el límite de honorarios profesionales por debajo de 3.000 €), que establecía la directiva 87/344/CEE de 22 de junio de 1987 del Consejo.

3º Programa VI Congreso Nacional en Cáceres

Los días 16,17 y 18 de noviembre de 2006, conforme al contenido recogido en el programa incluido en este número de la Revista. Los asistentes matizamos, aportamos y concretamos distintas propuestas para un mejor desarrollo del congreso.

4º Presupuesto económico de la Asociación

La previsión presupuestaria se basa en el presupuesto precedente, nutriéndose de las cuotas periódicas de los asociados y –el congreso además- de las inscripciones de asistentes al Congreso.

5º Convocatoria de Elecciones para la renovación de cargos de la Asociación

Conforme a lo previsto en los estatutos, se procederá a renovar Vicepresidente, Secretario de Actas, así como la vocalías de Valencia, Cantabria, Asturias, La Rioja, Euskadi, Islas Baleares, Castilla León (dos vocalías, Aragón y Andalucía Oriental).

6º Ruegos y preguntas

- Se pone de manifiesto de con miras al Congreso Nacional VII (2007) se postulan como candidatos las ciudades de Úbeda y Santander que presentaran sus proyectos.
- Igualmente se consensuaron las bases para la convocatoria de comunicantes – y características de sus trabajos- al Premio anual Magistrado Ruiz Vadillo dotándose el primer premio de 1.500 €, el segundo de 750 €, siendo deseable un mínimo de una comunicación por demarcación territorial (vocalía) –a los cuales, se les aplicará un 25% de descuento sobre la inscripción–.

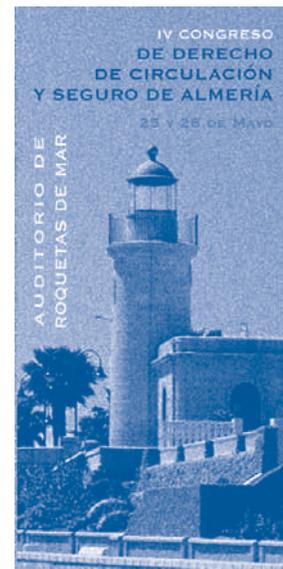


IV CONGRESO DE DERECHO DE CIRCULACIÓN Y SEGURO DE ALMERÍA

Como una primavera más, los días 25 y 26 de Mayo pudimos disfrutar en la localidad de Roquetas de Mar, del IV Congreso de Derecho de la Circulación y Seguro de Almería. Aun, a riesgo de que pueda sonar a tópico, debemos felicitar al comité organizador, D. Pedro Torrecillas Jiménez, D. Javier López y García de la Serrana, D^a Carmen Pérez Navero, D. Juan Miguel Cano Velásquez, D. José Luis Labraca López y D^a M^a Dolores Lozano Serrano, y ello por cuanto consiguieron que todos nos sintiéramos como en casa y disfrutáramos tanto de las ponencias, como de los maravillosos ratos de ocio entre compañeros.

Así, todas las ponencias fueron de primera calidad, tocando temas de siempre y temas novedosos, como por ejemplo la ponencia sobre Derecho Civil y Responsabilidad Civil ante la Reforma de los Estatutos de Autonomía con la que nos deleito Mariano Izquierdo Tolsada, quien haciendo uso de ese verbo prodigioso, logró acercarnos un tema de

plena actualidad política y social, destacando las trascendentes consecuencias jurídicas que se derivan de las modificaciones que se vienen aprobando en los diferentes Estatutos de Autonomía. Del mismo modo, D. Jesús Fernández Entralgo nos hizo un genial recorrido durante los diez años que cumple el famoso baremo, con su ponencia ...Que diez años no es nada...Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Balance de un decenio; D. José Luis Seoane Spielberg, fue capaz de explicarnos de forma exhaustiva en cuarenta y cinco minutos aproximadamente, el contenido íntegro de la regulación de la prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil con su ponencia La Prueba





Pericial en al Ley de Enjuiciamiento Civil Referida a los procesos de circulación; nuestro Presidente D. Mariano Medina Crespo, una vez más, no sólo nos enseñó sino que también nos divirtió con su ponencia “El Factor de Corrección de la Incapacidad Permanente”, insistiéndonos en que se trata de un concepto que debe ser indemnizado de forma adicional al pago de las lesiones permanentes, aunque los Tribunales se vengán resistiendo a ello y D. Miguel Pasquau Liaño nos acercó un tema más que interesante como es el de La responsabilidad del Fabricante por los Defectos de Seguridad en los Productos, analizando marco legal de dicha materia tanto a nivel nacional como comunitario, y haciéndonos ver la trascendencia de dicha regulación.

Pero si digna mención merecen las ponencias y sus ponentes, no menos lo merecen la Capea de la que pudimos disfrutar el Jueves por la noche tras la jornada de trabajo, con vaquilla incluida y algún “valiente” que incluso se atrevió a torearla. Así, como la estupenda cena de clausura en el restaurante Playa Serena del Club de Golf de Roquetas de Mar, un marco incomparable que te invita a volver a Almería para disfrutar de su clima y sus playas estupendas, y donde además de degustar de unos platos exquisitos, también pudimos pasar un rato de baile entre compañeros.

En resumen, una experiencia que repetiremos gustosamente el próximo año.

n III JORNADA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO DE LA VOCALÍA DE MÁLAGA:

En esta tercera edición de las Jornadas organizadas por la Vocalía de Málaga (Francisco Javier Téllez, Cristóbal Carnero, Juan Carlos Céspedes, Gregorio Martínez e Inmaculada Méndez), que tuvieron lugar en la localidad malagueña de Vélez tuvimos la oportunidad de escuchar las ponencias: “*El estado premórbido en el esguince cervical y su valoración*” impartidas por don José María Pérez Benavides y don David Rubiño López; “*Garantía por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción*” por nuestro compañero don Javier López García de la Serrana; “*La intervención provocada o voluntaria de terceros en los procesos derivados de responsabilidad civil de la construcción en el ámbito de la L.O.E*”, por don Jaime Nogués García. Al no poder acudir el Ilmo. Señor don Miguel Pasquau Liaño, nuestro compañero Javier López y García de la Serrana, que sustituyó al mismo, nos ilustró con la ponencia sobre “*El derecho de repetición*” y posteriormente una charla-coloquio acerca de las últimas novedades jurisprudenciales en nuestra materia.

Ya por último para poner la guinda estas jornadas extraordinariamente organizadas los compañeros de Málaga tuvieron a bien llevarnos a enclave inmejorable para cenar, el Restaurante Baviera Golf, en la localidad de Torre del Mar.



Un momento de la ponencia de Javier López y García de la Serrana, junto a los compañeros de Málaga Ramón Guerrero e Inmaculada Méndez.



El decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada, José María Rosales de Angulo, presenta la ponencia de nuestro compañero, Javier López y García de la Serrana, referida a la libre elección de profesional en el seguro de defensa jurídica.

n VIDEO-JORNADA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE CIRCULACIÓN ORGANIZADA POR EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA: Centenares de letrados de toda España han seguido a través de internet la primera jornada 'on line' de responsabilidad civil en el derecho de circulación que ha organizado el CGAE.

Esta jornada fue seguida a través de internet por cerca de 6.000 abogados en toda España y contó para su difusión con la colaboración de nuestra Asociación.

La apuesta del Consejo General de la Abogacía Española por la implantación de las nuevas tecnologías es indiscutible y cada día avanza con pasos más firmes. Una experiencia que ha sobrepasado todas las expectativas de éxito en la primera jornada de responsabilidad civil que se han organizado a través de este sistema multimedia.

CRONOGRAMA DE LA JORNADA SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE CIRCULACIÓN

Día de celebración: 09 de Junio de 2006

10:00 Inauguración:

Excmo. Sr. D. Carlos Carnicer Díez. Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.

1ª PONENCIA 10:00 a 10:30: Incapacidades permanentes y valoración

Ponente: Sr. D. Mariano Medina Crespo. Abogado.

SEDE: I.C.A. DE BADAJOZ

10:30 a 11:00 COLOQUIO

2ª PONENCIA 11:00 a 11:30: La libre elección de profesional en el seguro de defensa jurídica

Ponente: Sr. D. Javier López García de la Serrana. Abogado

SEDE: I.C.A DE GRANANDA

11:30 a 12:00 COLOQUIO

12:00 Descanso

3ª PONENCIA 12:30 a 13:00: Culpa de la víctima en daños recíprocos.

Ponente: Ilmo. Sr D. Santiago Cavanillas Múgica. Catedrático de Derecho Civil.

13:00 a 13:30 COLOQUIO

SEDE: I.C.A. DE BALEARES

4ª PONENCIA 13:30 a 14:30: Quinta Directiva. Influencia en la Nueva Ley del Contrato de Seguros.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Lozano. Director General de Seguros.

SEDE: CGAE.

14:30 CLAUSURA

Excmo. Sr. D. Ricardo Lozano. Director General de Seguros.

Excmo. Sr. D. José Manuel Rubio Gómez-Camirero. Vicepresidente del Consejo General de la Abogacía Española. Presidente de la Comisión de Formación



n **X CONGRESO DE CÁDIZ:** Este Décimo Congreso de Cádiz se ha caracterizado por ofrecer un homenaje a los ponentes que han intervenido en sus diez años de existencia, motivo por el que la mayoría de los que han participado en el mismo, ya lo habían hecho con anterioridad. Fueron de alto nivel las cinco ponencias de **Xavier O'Callaghan** y **Román García Varela**, Magistrados del TS, **Augusto Méndez de Lugo**, Presidente del TSJA, **Mariano Yzquierdo Tolsada**, Catedrático de Derecho Civil, y **Mariano Medina Crespo**, Presidente de nuestra Asociación, junto con la intervención de los Magistrados de la A.P. de Cádiz en las mesas redondas, de las que destacamos la de **Antonio Marín Fernández**, Magistrado de la Secc. 2ª, que al tratar el tema de las conclusiones en el juicio verbal, se pronunció en el sentido favorable a dar traslado a los letrados para este trámite, argumentando para ello que *“una prueba no criticada es una prueba no practicada”*.



Ernesto Martínez Gómez, uno de los organizadores del Congreso, junto con Mariano Medina Crespo, Javier López García de la Serrana y Mariano Yzquierdo Tolsada.



Los organizadores del Congreso, Fernando Estrella y Ernesto Martínez, junto con el Decano del Colegio de Abogados de Cádiz, José Antonio Gutiérrez, el Presidente de la A.P. de Cádiz, Lorenzo del Río, el Vocal del CGPJ, Juan Carlos Campos, el Presidente del TSJA, Augusto Méndez de Lugo, y el Magistrado del TS, Román García Varela.



Los ponentes Xavier O'Callaghan y Román García Varela, Magistrados del TS, Augusto Méndez de Lugo, Presidente del TSJA, y Mariano Yzquierdo Tolsada, Catedrático de Derecho Civil, junto con Juan Carlos Campos, Vocal del CGPJ, disfrutando de la grata velada en la que intervino la Chirigota de Cádiz *“Los que no paran de Rajar”*.

n ACUERDOS DE LOS MAGISTRADOS DE LAS SECCIONES PENALES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID PARA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS, DE 26 DE MAYO DE 2006.

Los Acuerdos 3.º, 4.º, 8.º, 9.º y 10.º afectan a aspectos procesales y penales del Derecho de la Circulación.

El día 26 de mayo de 2006, a las 9,30 horas, previa convocatoria al efecto, se reúnen en los locales del Consejo General del Poder Judicial sitos en la Calle Trafalgar nº 27-29 los Magistrados siguientes:

Magistrados asistentes

- D. Francisco Javier Vieira Morante (Presidente de la Audiencia Provincial).
- D. Alberto Jorge Barreiro (Presidente de la Sección 15ª), nombrado Ponente para esta reunión.
- Dña. Pilar de Prada Bengoa (Magistrada de la Sección 4ª), nombrada Ponente para esta Reunión.
- Dña. Consuelo Romera Vaquero (Magistrada de la Sección 1ª).
- Dña. Araceli Perdices López (Magistrada de la Sección 1ª).
- D. José Luis Sánchez Trujillano (Magistrado de la Sección 2ª).
- Dña. Mª Ángeles Barreiro Avellaneda (Magistrada de la Sección 2ª).
- D. Adrián Varillas Gómez (Presidente de la Sección 3ª).
- D. Juan Pelayo María García Llamas (Magistrado de la Sección 3ª).
- D. Eduardo Víctor Bermúdez Ochoa (Magistrado de la Sección 3ª).
- D. Juan José López Ortega (Presidente de la Sección 4ª).
- D. Alejandro María Benito López (Magistrado de la Sección 4ª). (Incorporado durante la discusión del segundo punto).
- D. Jesús Guijarro López (Magistrado de la Sección 5ª).
- D. Pascual Fabiá Mir (Magistrado de la Sección 5ª).
- D. Julián Abad Crespo (Magistrado de la Sección 6ª).
- Dña. María Luisa Aparicio Carril (Presidenta de la Sección 7ª).
- Dña. Ana Ferrer García (Magistrada de la Sección 7ª). (Incorporada en la discusión del punto 5º).
- Dña. Mª Pilar Rasillo López (Magistrada de la Sección 7ª).
- D. Carlos Martín Meizoso (Magistrado de la Sección 15ª).
- D. Ramiro Ventura Faci (Magistrado de la Sección 17ª).
- D. Ángel Luis Hurtado Adrián (Presidente de la Sección 23ª).
- D. Rafael Mozo Muelas (Magistrado de la Sección 23ª).
- D. Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez (Magistrado de la Sección 23ª).
- Dña. Teresa Arconada Viguera (Magistrada de la Sección 26ª).
- Dña. Ana Mercedes del Molino Romera (Magistrada de la Sección 26ª).
- Dña. Ángela Acebedo Frías (Magistrada de la Sección 26ª).
- Dña. María Tardón Olmos (Presidenta de la Sección 27ª).
- Dña. María Teresa Chacón Alonso (Magistrada de la Sección 27ª).
- D. David Cubero Flores (Magistrado de la Sección 27ª).
- Dña. María Cruz Álvaro López (Magistrada Suplente).

Magistrados representados

Dña. Pilar Abad Arroyo (Magistrada de la Sección 3ª).

Constituida la Junta de Magistrados, se designó Secretario de la reunión a Don Alberto Jorge Barreiro. Seguidamente los indicados Magistrados

designados ponentes para hacer las correspondientes propuestas de las materias seleccionadas para su discusión expusieron en cada uno de los puntos debatidos las distintas posturas adoptadas. Y, una vez debatidas y sometidas a votación, se lograron los acuerdos siguientes:

1º. Artículo 131.2 del Código Penal: computabilidad del mes de agosto en la prescripción de las faltas:

Debe computarse el mes de agosto para la prescripción de las faltas, puesto que cuando la ley habla de meses o años han de computarse íntegramente y de forma continuada (art. 5 CC), sin que quepa excluir los días procesalmente inhábiles. En la duda, siempre había que inclinarse hacia esta solución en aplicación del principio pro libertate. (Acuerdo logrado por MAYORÍA: 26 votos a favor- 2 en contra).

2º. Artículos 133.1 y 134 del Código Penal: posibilidad de interrupción de la prescripción de la pena durante la fase de ejecución:

Durante la suspensión de la pena por solicitud de indulto, o durante la acordada por el Tribunal Constitucional tras admitir a trámite el recurso de amparo, se interrumpe el plazo de prescripción de la pena. (Acuerdo logrado por MAYORÍA: 23 votos a favor- 5 en contra).

3º. Relevancia penal de la conducta de quien viaja en medio de transporte utilizando el abono de otra persona:

El acceso por el torniquete mediante un abono perteneciente a otra persona o manipulado no integra los elementos de la falta de estafa. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 22 a favor- 5 en contra).

4º. Calificación penal de la conducta de quien repostea gasolina y deja de pagar su importe:



Constituye, bien un hurto, bien una estafa. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 26 votos a favor, 2 abstenciones).

5°. Ámbito de aplicación y delimitación de los artículos del Código Penal 618.2, de incumplimiento de las obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial y 622, de infracción del régimen de custodia de los hijos establecido por la autoridad judicial o administrativa.

El art. 622 CP es aplicable al padre que no tiene la custodia e infringe el régimen de custodia del otro cónyuge.

El art. 618 CP es aplicable al resto de las infracciones del derecho de visitas u otras obligaciones familiares. (Acuerdo adoptado por UNANIMIDAD).

6°. Sustitución de penas de prisión: acumulación o no del importe de todas las condenas impuestas en una misma causa:

Con arreglo al art. 88 CP es factible sustituir varias penas impuestas en una misma sentencia, aunque la suma de ellas rebase los dos años de prisión. Sin embargo, habrán de valorarse los criterios de prevención general y especial en relación con la cuantía total de la pena impuesta y demás circunstancias del caso. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 29 a favor, 1 abstención).

7°. Efectos del quebrantamiento, con consentimiento de la víctima, de una pena de alejamiento:

Habrà que valorar el grado de antijuridicidad del caso concreto, acudiendo a la ponderación de bienes jurídicos en conflicto. (Acuerdo adoptado por UNANIMIDAD).

8°. Consignación por la entidad aseguradora mediante aval, efectos enervatorios de la mora según se preste dentro de los tres meses siguientes al siniestro o después:

La consignación con efectos enervatorios de la mora a la que se refiere la disposición final 13ª de la LEC Civil 1/2000, que ahora se refleja en el art. 9 RD Leg. 8/2004, es únicamente la realizada dentro del plazo que contemplan: los tres meses siguientes a la producción del siniestro. Tales preceptos solamente excepcionan la aplicación del régimen

general del art. 20 LCS al pago o consignación en esas formas peculiares, realizados dentro de ese preciso plazo de tres meses. Fuera del mismo, no cabrá aplicar los efectos impeditivos de la producción de la mora y de los correspondientes intereses a los pagos o consignaciones realizados con posterioridad, ni servirán esas formas de garantía de pago futuro, englobadas en aquél artículo dentro de la denominación de consignación, para evitar el devengo de los intereses correspondientes a favor del perjudicado, que se irán produciendo hasta que se produzca el pago, la reparación o la reposición, conforme al régimen general establecido en el art. 20 LCS. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 19 votos a favor- 6 en contra, 2 abstenciones).

9°. En el supuesto de lesiones de más de tres meses de duración o cuya exacta valoración no pudiera ser determinada a efectos de consignación, determinar si la aseguradora al consignar está obligada a instar del órgano judicial la correspondiente declaración de suficiencia y si dicho órgano está obligado a dictar resolución sobre la suficiencia; efectos de su incumplimiento.

La aseguradora no está obligada a instar del órgano judicial la declaración de suficiencia. Debe hacerlo de oficio el órgano judicial, aunque debería reclamar de las compañías una relación de los conceptos por los que se realiza la consignación y los destinatarios de las cantidades. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 28 votos a favor, 2 abstenciones).

10°. Posibilidad de reclamar los herederos del fallecido a consecuencia de accidente de circulación -tras un periodo de curación- la indemnización por dichos días de incapacidad:

En los supuestos en que la víctima fallece a causa del siniestro -tras un prolongado y penoso periodo de convalecencia- sí hay posibilidad de reconocer a sus herederos la indemnización correspondiente a los días transcurridos entre el siniestro, y el fallecimiento como periodo de incapacidad. En tales casos, a los perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, se les indemniza «iure proprio» única y exclusivamente -en cuanto personas enumeradas en la tabla I-, por razón del fallecimiento de ésta. Pero, por otro lado, si la víctima ha sufrido antes de fallecer un prolongado y penoso periodo de convalecencia de sus lesiones, aunque falleciera ulteriormente, debe considerarse que llegó a

ostentar un derecho de crédito a la obtención de la indemnización por incapacidad temporal, del que se derivaría la facultad de reclamarlo en su representación, pues correspondía a la víctima antes de fallecer por los daños y perjuicios personalmente sufridos o irrogados, para integrarlo en el caudal relicto. Ello al entender que el derecho de crédito del causante no se extingue con el hecho del fallecimiento sino que se transmite a sus herederos (Art. 659 C. Civil); que, de acuerdo con lo que dispone el art. 661, suceden al difunto en todos los derechos y obligaciones por el hecho solo de su muerte. (Acuerdo adoptado por UNANIMIDAD).

11°. Requisitorias: Incorporación de mayor número de datos que reduzcan la necesidad de recabar del Tribunal información complementaria por los Juzgados de Instrucción ante la presentación de requisitorias, y establecimiento de sistemas de control de los procedimientos en los que se hubieran expedido las requisitorias:

Es conveniente que en las requisitorias se incorpore el nº ordinal de informática de la policía o la Guardia Civil, la fecha de vigencia máxima de la requisitoria (calculada en función de la fecha previsible de prescripción del delito o de la pena) y el motivo que ha provocado la busca y captura, salvo cuando sea el cumplimiento de la pena (ausencia del domicilio, ilocalizable, etc.). (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 24 votos a favor- 1 en contra).

12°. Necesidad o no de audiencia del Ministerio Fiscal o acusaciones en las ratificaciones de prisiones provisionales acordadas por Juez o Tribunal que no conozca del procedimiento:

En el supuesto contemplado en el artículo 505.6 LECr, una vez que el juez o tribunal de la causa reciba las diligencias, no es imprescindible la reiteración de la solicitud de prisión provisional por parte del Ministerio Fiscal o las acusaciones personadas para mantener en este caso esa medida cautelar. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 15 a favor- 7 en contra, 3 abstenciones).

13°. Enfoque y contenido del auto de transformación en el Procedimiento Abreviado, conforme al artículo 779.1.4º LECR. Nulidad del auto por falta de determinación del hecho punible:

El auto de transformación ha de recoger los hechos nucleares de los tipos penales que se investigan en la causa y, los sujetos a quienes se atribuyen. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 14 votos a favor- 11 en contra).

14°. Día inicial para el cómputo del plazo para recurrir en apelación las sentencias dictadas en procedimiento abreviado y en juicio de faltas (notificación a la parte o la última notificación):

El plazo comenzará a correr desde la última notificación realizada a las partes. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 17 votos a favor- 6 en contra).

15°. Día final para el cómputo del plazo para recurrir en apelación las sentencias dictadas en procedimiento abreviado y en él las faltas. Aplicación supletoria del art. 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

Si en el ámbito civil -en el que rige, al igual que en el procesal penal, el principio de preclusión e improrrogabilidad de los plazos (arts. 134 y 136 LEC)- está permitida la presentación de escrito sujeto a plazo hasta las quince horas del día hábil siguiente, en mayor medida debe aplicarse ese criterio en el ámbito procesal penal, en el que en la mayor parte de los casos lo que está en juego son derechos fundamentales, entre ellos el de la libertad. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 24 votos a favor, 1 abstención).

16°. Admisibilidad en la regulación procesal actual de la adhesión al recurso de apelación con pretensiones diferentes u opuestas a las del apelante principal:

El contenido de la impugnación adhesiva debe ser reconducido en la actualidad a su naturaleza accesoria, coadyuvante y carente de autonomía sustantiva propia, con lo que se quiere indicar que la pervivencia de la adhesión no sólo está supe- ditada a la del recurso principal -de modo que el decaimiento de éste por desistimiento, extemporaneidad en su interposición u otro motivo procesal lleva consigo el perecimiento de la adhesión-, sino también que no pueda convertirse en una suerte de contrarrecurso, habiendo de presentar, por el contrario, un contenido en sintonía con las pretensiones del recurrente principal. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 22 votos a favor, 3 abstenciones).



17°. Caso de que el Tribunal considere que debe inadmitir la prueba propuesta en el recurso de apelación determinar si puede ser resuelto en la misma sentencia o es necesario que se dicte previamente un auto de inadmisión de la prueba:

La solicitud de prueba en segunda instancia debe resolverse mediante auto que admita o inadmita la prueba propuesta. (Acuerdo adoptado por UNANIMIDAD).

18°. Alcance actual de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la valoración por el tribunal de apelación de la prueba de carácter personal practicada en la instancia, cuando se trate de recursos de apelación contra sentencias absolutorias, tras las precisiones efectuadas a la STC 167/2002:

El tribunal de apelación podría revisar la sentencia absolutoria, cumpliendo los siguientes requisitos:

- 1) Puede modificar la calificación jurídica de los hechos declarados probados en la instancia.
- 2) Puede llevar a cabo las modificaciones o adiciones del hecho probado que resulten de prueba respecto de la cual el tribunal ad quem se encuentre en las mismas condiciones que el de enjuiciamiento (prueba documental, prueba anticipada y pericial documentada sentido estricto).
- 3) La sentencia de apelación puede fundarse en un juicio de inferencia diferente a que se pueda llegar partiendo como base de los mismos hechos obtenidos por el juzgador a través de la prueba directa.
- 4) Puede hacer una declaración distinta de hechos probados fundada en la prueba que se pueda practicar en segunda instancia en los supuestos legales. Sin embargo, en este punto habrá de operar con especial cautela, en especial si ha de llevarse a cabo una valoración conjunta, sobre un mismo punto de hecho, con prueba practicada en primera instancia, que pudiera aconsejar una repetición del juicio o una práctica ante el mismo órgano si se trata de prueba indebidamente rechazada.

- 5) Puede examinar las cuestiones procesales que puedan determinar la nulidad del juicio o de la sentencia.
- 6) El tribunal ad quem controlará la eventual vulneración del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, del art. 9.3 C.E., en la apreciación de la prueba, que pueda conllevar a la nulidad de una valoración arbitraria de la prueba y la necesidad de repetir el juicio.

(Acuerdo adoptado por UNANIMIDAD).

19°. Posibilidad de equiparación a efectos de la doctrina precedentemente mencionada, de la intermediación de la prueba personal con la visualización del soporte sonido y de la imagen del juicio.

La valoración de la prueba personal en segunda instancia puede realizarse mediante el visionado de la grabación con imagen y sonido del juicio oral, cumpliendo así la garantía de intermediación exigida por el Tribunal Constitucional. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 17 votos a favor- 4 en contra).

20°. Imposición de las costas en los recursos de apelación contra sentencias dictadas en procedimientos abreviados y juicios de faltas. Unificación de criterio sobre la imposición de las costas al condenado recurrente, al acusador particular y al perjudicado, en los casos de vencimiento, recursos carentes de contenido y similares:

Como regla general, no han de imponerse al apelante las costas del recurso de apelación contra la sentencia que le ha condenado penalmente.

Pudiera llegarse a una solución distinta en lo que se refiere al acusador particular o al denunciante perjudicado, si su recurso carece de toda razón y fundamento y presente un cariz claramente temerario.

En la misma línea, debieran imponerse las costas a los querellantes y denunciados en recursos contra autos de sobreseimiento, especialmente en delitos económicos, si se aprecia de forma diáfana que la denuncia o querrela carece de toda connotación punible, pese a lo cual se interpone recurso de apelación. No obstante, deben distinguirse los supuestos en que el auto de sobreseimiento no

contiene una argumentación mínimamente extensa y fundada, en los que la precariedad de la motivación de la resolución recurrida o su inconsistencia legitiman de por sí la interposición de un recurso como forma de obtener una resolución razonada en derecho. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA, con una abstención).

21º. Competencia para el conocimiento de tercerías de dominio formuladas en procesos penales:

Resulta más adecuado mantener la competencia del órgano jurisdiccional que conocer de la ejecución en trámite. Para sustentar esta opción ponderamos, en primer lugar, el contenido y alcance de la resolución que dirime el procedimiento de tercería: el art. 61 de la LEC Civil establece que en la tercería de dominio no se admitirá más pretensión

del tercerista que la dirigida al alzamiento del embargo, añadiendo que el ejecutante y, en su caso, el ejecutado, no podrán pretender en la tercería de dominio sino el mantenimiento del embargo o sujeción a la ejecución del bien objeto de la tercería; y en el mismo sentido el art. 603 del texto procesal dispone que la tercería de dominio se resolverá por medio de auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien. De otra parte, en los últimos tiempos las normas competenciales de las jurisdicciones ajenas a la civil han venido atribuyendo la competencia de las tercerías que se suscitan en los ámbitos jurisdiccionales especializados a los propios órganos ejecutantes, cercenando así progresivamente la vía atractiva de la Jurisdicción Civil. (Acuerdo adoptado por UNANIMIDAD).

ACUERDOS ANTERIORES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

n ACUERDOS DE LOS MAGISTRADOS DE LAS SECCIONES PENALES Y CIVILES DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID PARA LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS, DE 10 DE JUNIO DE 2005.

El día 10 de junio de 2005, a las 9,30 horas, previa convocatoria al efecto, se reúnen en los locales del Consejo General del Poder Judicial sitos en la Calle Trafalgar nº 27-29 los Ilmos. Sres. Magistrados de la tabla adjunta.

Constituida la Junta de Magistrados, es designado por unanimidad como secretario de las jornadas D. Ángel Illescas Rus, tras lo que los indicados Magistrados designados ponentes para hacer las correspondientes propuestas de las materias seleccionadas para su discusión, expusieron en cada uno de los puntos debatidos las distintas posturas adoptadas. Y, una vez debatidas y sometidas a votación, se lograron los acuerdos siguientes:

1º. Fecha a tomar en cuenta para la fijación de las indemnizaciones en hechos derivados de la circulación de vehículos a motor:

Debe fijarse la indemnización aplicando el nominal correspondiente a la redacción del “Sistema” vigente en la fecha en que se produjo el hecho y después actualizarse al momento en que se determina el importe de la indemnización. Esto es, aplicando las puntuaciones y criterios valorativos

vigentes en la fecha del siniestro, y cuantificando el importe de la indemnización con las variaciones del IPC producidas desde entonces hasta la fecha de la sentencia dictada en primera instancia.

(Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 40 votos a favor).

2º. Aplicación del “Sistema de valoración” en esferas de actividad distintas del tráfico rodado:

Conviene aplicar, como criterio orientativo, el “Sistema de valoración” previsto en el Anexo de la ley de Responsabilidad civil y Seguro en la circulación de Vehículos a Motor al cálculo de indemnizaciones de perjuicios causados en hechos diferentes del tránsito rodado. Tal aplicación presenta como ventajas la uniformidad e igualación de los criterios indemnizatorios, y también la facilitación de las impugnaciones de las víctimas y acusados al contar con unos razonamientos notablemente objetivados. Sin perjuicio de ello, es conveniente que las indemnizaciones resultantes sean incrementadas para los casos normales en un porcentaje que puede situarse en un 10 o 20%, sobre



todo cuando el daño moral de la víctima es más acentuado. Todo ello sin excluir la posibilidad de realizar otro tipo de valoración teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 39 votos a favor).

3º. Aplicación del art. 20.4º de la L. 50/8, de 8 de octubre de Contrato de Seguro, según redacción dada por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los seguros privados:

El artículo 20.4º de la Ley de Contrato de Seguro debe interpretarse en el sentido de entender que transcurridos 2 años desde la fecha del siniestro, si no se ha producido el pago de la indemnización, el interés será el 20% desde la misma fecha del siniestro. (Acuerdo aprobado por MAYORÍA: 38 votos a favor).

4º. Reclamación por la aseguradora subrogada de los intereses de recargo del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro:

La aplicación literal del artículo 43 LCS, impide que el asegurador que abonó a su asegurado el importe de la indemnización pueda percibir de la aseguradora del responsable el recargo, porque:

- a) Aquél no lo abonó a su asegurado y sólo podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestros correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización, por él abonada;
- b) en caso contrario se produciría un enriquecimiento injusto;
- c) la entidad aseguradora subrogada no puede ser reputada “perjudicada” en el sentido del artículo 20 LCS, ya que su “perjuicio” no deriva directamente del accidente, sino como consecuencia del abono o pago que ha llevado a cabo en cumplimiento de un contrato de seguros que había concertado con quien sí fue “perjudicado” por el acto ilícito; y.
- d) el recargo no tiene naturaleza penal, punitiva o sancionadora sino la condición de “intereses moratorios”.

(Acuerdo aprobado por MAYORÍA: 40 votos a favor).

5º. Criterios para la fijación de indemnización por gastos de paralización del vehículo:

Para la determinación de la cantidad en que debe ser resarcido el perjudicado por el daño emergente y el lucro cesante derivados de la paralización de vehículos industriales –autoescuelas, taxis, camiones de transporte, autocares, etc.- ha de tomarse en consideración la combinación de todos los medios probatorios de los que aquellos puedan resultar, sin dar preferencia a alguno de ellos sobre los demás. (Acuerdo adoptado por MAYORÍA: 45 votos a favor).

A las 18 horas , se acuerda por los asistentes levantar la sesión y dejar para posterior reunión el resto de las cuestiones cuya discusión estaba prevista.

Magistrados asistentes

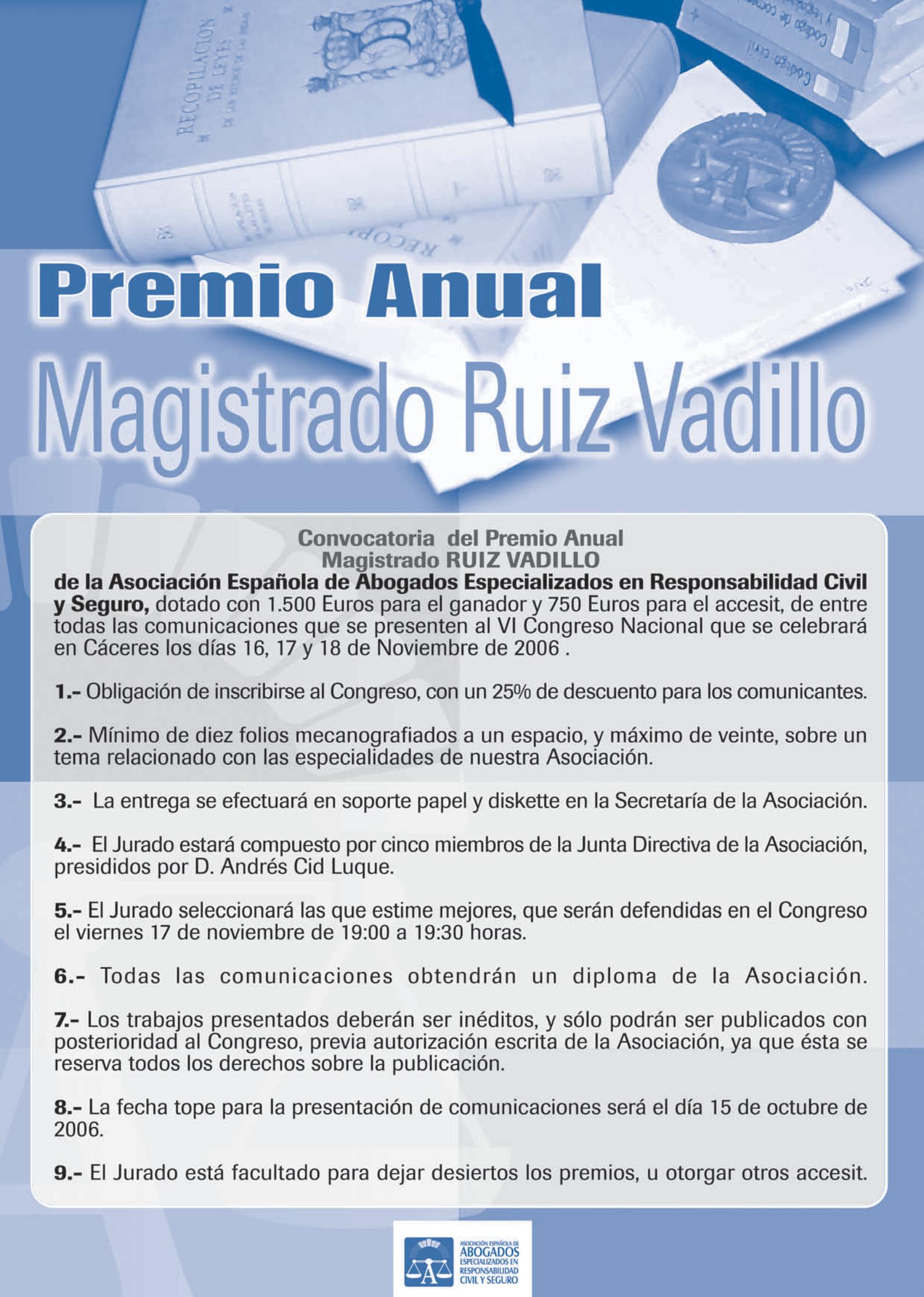
- D. Francisco Javier Vieira Morante (Presidente de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Jesús Fernández Entralgo (Presidente de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid). Ponente en la reunión.
- D. Ángel Illescas Rus (Magistrado de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid). Ponente en la reunión.
- Dña. Olazt Aizpurua Biurrarena (Magistrada de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. Araceli Perdices López (Magistrada de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. Consuelo Romera Vaquero (Magistrada de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. María Teresa Arconada Viguera (Magistrada de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. María del Carmen Compaired Plo (Presidenta de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. A. María Riera Ocariz (Magistrada de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Adrián Varillas Gómez (Presidente de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Juan Pelayo María García Llamas (Magistrado de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Eduardo Víctor Bermúdez Ochoa (Magistrado de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Alejandro María Benito López (Magistrado de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. María Luisa Aparicio Carril (Presidenta de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. Ana María Ferrer García (Magistrada de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Juan Francisco Martel Rivero (Magistrado de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. Ana Mercedes del Molino Romera (Magistrada de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. María Tardón Olmos (Magistrada de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid).

- D. Antonio García Paredes (Presidente de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Fernando Delgado Rodríguez (Magistrado de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. José Vicente Zapater Ferrer (Presidente de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Juan Uceda Ojeda (Magistrado de la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Carlos Martín Meizoso (Magistrado de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. Carmen Lamela Díaz (Magistrada de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. Rosa Esperanza Rebollo Hidalgo (Magistrada de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Lorenzo Pérez San Francisco (Magistrado de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Nicolás Pedro Manuel Díaz Méndez (Presidente de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Epifanio legido López (Magistrado de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Miguel Ángel Lombardia del Pozo (Magistrado de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Ramón Ruiz Jiménez (Magistrado de la Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. María Purificación Martínez Montero de Espinosa (Presidenta de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Ramón Rodríguez Jackson (Magistrado de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez (Magistrado de la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Ángel Luis Hurtado Adrián (Presidente de la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Rafael Mozo Muelas (Magistrado de la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez (Magistrado de la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Francisco Ramón Moya Hurtado de Mendoza (Presidente de la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid).

Magistrados representados

- Dña. Susana Polo García (Magistrada de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. Pilar Abad Arroyo (Magistrada de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Juan José López Ortega (Presidente de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Pacual Fabiá Mir (Magistrado de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. José Manuel Arias Rodríguez (Magistrado de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Modesto de Bustos Gómez Rico (Presidente de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Carlos Cezón González (Magistrado de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. José Luis Zarco Olivo (Magistrado de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Victoriano Navarro Castillo (Magistrado de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Miguel Hidalgo Abia (Magistrado de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. Manuela Carmena Castillo (Magistrada de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Jesús Celestino Rueda López (Magistrado de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- D. Pedro Pozuelo Pérez (Magistrado de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid).
- Dña. Guadalupe de Jesús Sánchez (Presidenta de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid).





Premio Anual

Magistrado Ruiz Vadillo

Convocatoria del Premio Anual Magistrado RUIZ VADILLO

de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, dotado con 1.500 Euros para el ganador y 750 Euros para el accesit, de entre todas las comunicaciones que se presenten al VI Congreso Nacional que se celebrará en Cáceres los días 16, 17 y 18 de Noviembre de 2006 .

- 1.- Obligación de inscribirse al Congreso, con un 25% de descuento para los comunicantes.
- 2.- Mínimo de diez folios mecanografiados a un espacio, y máximo de veinte, sobre un tema relacionado con las especialidades de nuestra Asociación.
- 3.- La entrega se efectuará en soporte papel y diskette en la Secretaría de la Asociación.
- 4.- El Jurado estará compuesto por cinco miembros de la Junta Directiva de la Asociación, presididos por D. Andrés Cid Luque.
- 5.- El Jurado seleccionará las que estime mejores, que serán defendidas en el Congreso el viernes 17 de noviembre de 19:00 a 19:30 horas.
- 6.- Todas las comunicaciones obtendrán un diploma de la Asociación.
- 7.- Los trabajos presentados deberán ser inéditos, y sólo podrán ser publicados con posterioridad al Congreso, previa autorización escrita de la Asociación, ya que ésta se reserva todos los derechos sobre la publicación.
- 8.- La fecha tope para la presentación de comunicaciones será el día 15 de octubre de 2006.
- 9.- El Jurado está facultado para dejar desiertos los premios, u otorgar otros accesit.

publicaciones recomendadas



CONTROL DE LAS CLÁUSULAS “ABUSIVAS” SOBRE ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

Autor: **Camara Lapuente, S.**
Editorial: **Editorial El. Navarra 2006**
Fecha: **2006**



CARGA DE LA PRUEBA EN LA PRÁCTICA JUDICIAL CIVIL

Autora: **Fernández López, M.**
Editorial: **Madrid 2006**
Fecha: **2006**



EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Autor: **Maita María Naveira Zarra**
Editorial: **Edersa**
Fecha: **2006**





CON
GRE
SO

CÁCERES 2006

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

16, 17, y 18
de Noviembre

NA
CIO
NAL

**Complejo
Cultural
San Francisco**

PROGRAMA

JUEVES 16 DE NOVIEMBRE

- 12:00 Entrega de documentación.
- 12:30 Asamblea General de la Asociación.
- 17:00 Inauguración Oficial del Congreso a cargo del Presidente de la Junta de Extremadura.
- 17:30 **Primera Ponencia: La solidaridad impropia y la cosa juzgada.** *D. Joaquín Ataz López, Catedrático de Derecho Civil de Murcia.*
- 18:30 **Segunda Ponencia: La fuerza mayor como factor exonerador de la RC automovilística.** *D. Mariano Medina Crespo, Abogado. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.*
- 19:30 **Mesa Redonda: La penalidad en los delitos contra la seguridad del tráfico: Los trabajos en beneficio de la comunidad y la privación del derecho a conducir. Alternativas en su ejecución.** *Angel Núñez Sánchez, Fiscal, y José María Hernández-Carrillo Fuentes, Abogado.*
- 21:00 Recepción del Excmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Cáceres en el Palacio de "Los Golfines de Arriba".
- 22:30 Visita guiada a la Parte Antigua de la Ciudad.

VIERNES 17 DE NOVIEMBRE

- 10:00 **Tercera Ponencia: La motivación de las sentencias en materia de daños a la luz de la jurisprudencia constitucional.** *D. Santiago Cavanillas Múgica, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Illes Balears.*
- 11:00 Pausa café.
- 11:30 **Cuarta Ponencia: La Responsabilidad Civil por Prestaciones de Servicios Defectuosos dentro del Ámbito Empresarial.** *D. Miguel Pasquau Liaño, Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía.*
- 12:30 **Quinta Ponencia: La casuística de la interpretación del concepto "causa justificada" del art. 20.8 LCS que permite exonerarse a las aseguradoras del pago de los intereses moratorios en los accidentes de tráfico.** *D. Vicente Magro Server, Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante.*
- 17:00 **Sexta Ponencia: La Responsabilidad Civil en materia de accidentes provocados por especies cinegéticas.** *D. Wenceslao Olea Godoy, Presidente de la Sala Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura.*
- 18:00 **Séptima Ponencia: La utilización del Sistema Legal de la Ley 30/95, para valorar los daños corporales producidos al margen de los hechos de la circulación.** *D. Juan Antonio Xiol Ríos, Presidente de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.*
- 19:00 Defensa y entrega del Premio **Magistrado Ruiz Vadillo.**
- 22:00 Gran cena de Clausura en el Castillo de la Arguijuela con espectáculo de fuegos artificiales, baile y barra libre.

SÁBADO 18 DE NOVIEMBRE

- 11:30 Excursión guiada a Trujillo, incluyendo visita a Bodega "Bodegas y Viñedos de Trujillo"
- 14:00 Comida campera en la finca "La Serranilla", con capea de vaquillas.

ORGANIZA:



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

PATROCINA:



OBRA SOCIAL

COLABORAN:



¡Ahora más fácil y cómodo de aplicar!

Podrá realizar el cálculo conforme a las tablas del año del accidente o las del año actual, actualizándose estas cada año automáticamente al introducirle el IPC anual. Ya no es necesario saberse todos los factores correctores de baremo, puesto que programa los va a recordar uno a uno. Igualmente ya no es necesario saber donde se encuentra cada secuela, pues al introducir el nombre de la misma, o una parte de dicho nombre, el programa localiza todas las secuelas con ese nombre o similares. Por último, el programa genera un informe del cálculo efectuado, que puede ser impreso o exportable a cualquier procesador de textos. Es un programa hecho por letrados especialistas en la materia, con la experiencia acumulada durante los diez años de aplicación del baremo.

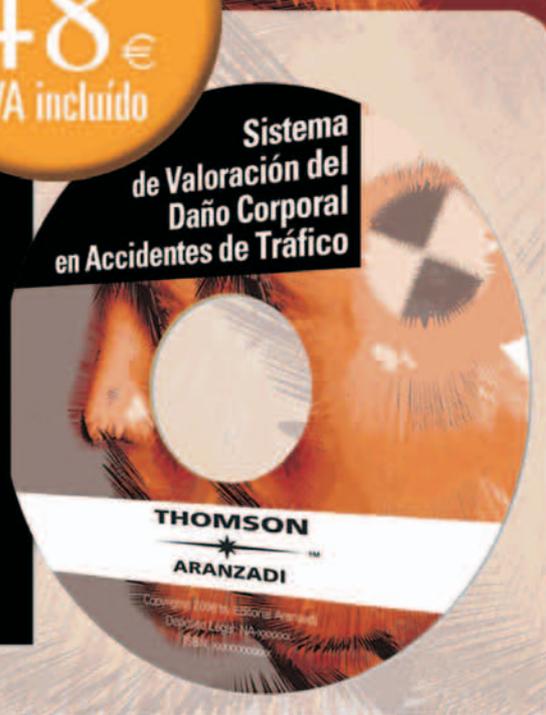
Producto recomendado por:



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO



PRECIO ÚNICO
48€
IVA incluido



THOMSON
ARANZADI

Información y Pedidos: 902 444 144