

Cuestiones procesales en las reclamaciones por accidentes de circulación tras la Ley 35/2015

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ALGO GADOS EN ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

Los seguros obligatorios de responsabilidad civil de los gestores concursales

El accidente de trabajo fuera del lugar de trabajo habitual. El desplazamiento trasnacional de trabajadores

asociacionalogadosrcs.org

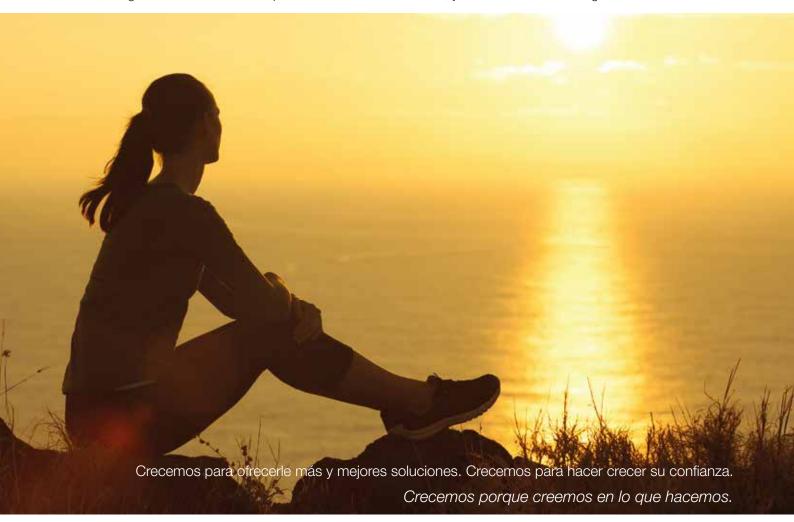


# Amgen Seguros, Agrupació y Atlantis ya son una gran familia que mira al futuro.

Una familia de compañías y marcas aseguradoras que pone a la persona en el centro. Amgen Seguros, antes Racc-Seguros, fiel a su vocación de servicio; Agrupació, la centenaria aseguradora referente en seguros médicos; y Atlantis, ya integrada como aseguradora en Amgen y continuando su tradición de referente en el ámbito sindical y de la economía social. Tres realidades unidas por un valor esencial: el servicio de máxima calidad a las personas.

Una familia con el apellido ACM (Assurances du Crédit Mutuel), que identifica a uno de los grupos financieros más importantes de Francia y con más de 30 millones de clientes en el mundo, el grupo Crédit Mutuel. Ser parte del Grupo ACM España nos permite ofrecer más y mejores soluciones innovadoras en seguros (auto, hogar, salud, accidentes, vida, decesos, dependencia, mascotas...) y también en ahorro, pensiones y otros productos financieros.

Los seguros y servicios de las aseguradoras y marcas del Grupo ACM España llegan hoy a más personas a través de los asesores expertos de Agrupació y Atlantis, las oficinas de las entidades financieras TARGOBANK y Cofidis, integradas también en el Grupo internacional Crédit Mutuel, y otros acuerdos estratégicos de distribución.







asociacionabogadosrcs.org

# Sumario Revista nº 63

## EDITORIAL Vitoria-Gasteiz la ciudad verde Por Javier López y García de la Serrana Doctrina · Cuestiones procesales en las reclamaciones por accidentes de circulación tras la Ley 35/2015 y la despenalización de las Faltas. La Reclamación, la Oferta y Respuesta Motivada, la controversia y la preparación de la acción judicial. 9 Jose Manuel Villar Calabuig Los seguros obligatorios de responsabilidad civil de los gestores concursales. 29 Alberto Javier Tapia Hermida. El accidente de trabajo fuera del lugar de trabajo habitual. El desplazamiento trasnacional de trabajadores. 43 Ana María Sampedro Parra JURISPRUDENCIA Tribunal Supremo Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º), de 27 de junio de 2017. RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación por daños materiales trascurrido el año desde que se produjo el siniestro. El proceso penal en el que estuvo implicado el reclamante como denunciado -derivado del mismo siniestro- también interrumpe el inicio del cómputo en virtud de lo dispuesto en los arts. 111 y 114 de la LECr, aunque no haya ejercitado ninguna acción en dicho proceso. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º), de 27 de junio 2017. RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL: Competencia de la jurisdicción civil para conocer del litigio derivado del incumplimiento por la aseguradora de la obligación que surge del contrato de seguro concertado entre esta y la administración local. Doctrina de los actos separables Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1º), de 13 de julio de 2017. RESPONSABILIDAD CIVIL: Se estima parcialmente en la cantidad de 12.000 euros la demanda en reclamación de la cantidad de 195.098,72 derivada de negligencia profesional de abogado por presentación de demanda fuera de plazo que supuso su desestimación por caducidad de la acción. Se estima el recurso por infracción procesal interpuesto por el perjudicado, al considerar que la cuantía se había fijado a tanto alzado, lo que supone una falta de motivación de la sentencia de segunda instancia.

\*\* "Estas sentencias pertenecen al segundo trimestre del año 2017, si bien, se incluyen en el presente número dada su relevancia al no haberse podido publicar en el anterior"

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 15 de septiembre de 2017.

  RESPONSABILIDAD CIVIL: Los propietarios del piso que, a partir del incendio de un colchón, se incendia y propaga el fuego a pisos colindantes, son responsables de los daños producidos en éstos. Acciones de reembolso por subrogación de las aseguradoras de los terceros perjudicados. Regla general de que no cabe en casación revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia. La interrupción de la prescripción por la reclamación extrajudicial efectuada a la aseguradora de la responsabilidad civil de los responsables del daño no se propaga a éstos porque la cobertura concertada es inferior al alcance cuantitativo de la responsabilidad total. No procede la moderación equitativa de la responsabilidad civil en el ámbito extracontractual.

# PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José María Hernandez-Carrillo Fuentes.

109

## ENTREVISTA A ...

Eduardo Baena Ruiz

Por Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán.

129

# Noticias

#### EDITA:

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

#### DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

#### SUBDIRECTORA:

Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán

#### COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

#### CONSEJO DE REDACCIÓN:

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

#### MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

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

#### GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

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

#### DISEÑO:

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

#### IMPRIME:

Aeroprint Producciones S.L. www.aeroprint.es

D.L. GR-1228/02 ISSN 1887-7001



asociacionabogadosrcs.org



# Vitoria-Gasteiz la ciudad verde por Javier López y García de la Serrana Director

hechos señalados entre los que cabe destacar la Batalla de Vitoria en 1813, con la que se cierra el capítulo final de la de invasión francesa de España por las tropas de Napoleón.

Es el siglo XIX, con la expansión industrial, el que crea los ensanches de la ciudad, propios de una burguesía que busca dejar su impronta y crear nuevos espacios de embellecimiento y expansión, superando ya los viejos límites de la ciudad medieval. Pero es a partir de los años 50 del pasado siglo cuando se producen los cambios más vertiginosos, pues se lleva a cabo una profunda industrialización de Vitoria que multiplica por tres hasta los años 80 la población de la ciudad. A todo esto debemos añadir que Vitoria se convirtió en la capital administrativa del País Vasco con el despliegue de infraestructura que ello conlleva. Todos estos antecedentes nos ayudan a comprender que al plantearse nuevos retos, hay diferentes formas de enfocar el futuro de las ciudades y los instrumentos legales que determinaran su continuidad.

itoria-Gasteiz es una ciudad que ha sabido preservarse, aunque ha sido cruce de caminos hacia Europa la ciudad ha guardado sus tesoros de tradición e historia que muestra como joyas, engastadas en un anillo verde.

No es ocioso hablar de los parques y jardines que la circundan, pues la ciudad ha buscado esa identificación con la naturaleza y la sostenibilidad, con esa infraestructura verde de la que muchas ciudades carecen. Es por ello un interesante ejemplo que podemos estudiar sobre cómo la normativa, apoyada en una ciudadanía implicada y en unas instituciones con voluntad de cambio, pueden trasformar una ciudad y proyectar su planteamiento urbano hacia el futuro con una propuesta verde y comprometida con el cambio climático.

Vitoria cuenta con un núcleo medieval cuidado, en el que su pasado se ha preservado de forma modélica, pues es el auténtico carácter y corazón de la ciudad, sus iglesias, plazas y palacios nos hablan de una ciudad, que como capital alavesa también era un importante nudo de comunicaciones. Esta posición estratégica la situaba en el mapa como una codiciada plaza y por ello su dilatada historia se ve jalonada de

#### El paradigma del urbanismo verde

El urbanismo, el control del agua, la eficiencia energética, la gestión de residuos y la emisión de gases, son algunas de las cuestiones capitales a las que toda urbe debe enfrentarse, saber dar las respuestas adecuadas a estos problemas nos impulsa a un futuro sostenible del que Vitoria es un ejemplo singular.

Las repuestas dadas por lo programas municipales han propiciado un urbanismo de calidad, que busca una ciudad más accesible para el ciudadano, desconcentrando las zonas verdes con parques diseminados y conformando pasillos verdes para crear una continuidad entre ellas, que al mismo tiempo se articula con los bosques cercanos creando un límite verde en forma de anillo. La amplitud de miras en este planteamiento medioambiental y el apoyo de la población se han visto recompensados con un premio al ser nombrada Vitoria en 2012 "Capital Verde Europea".



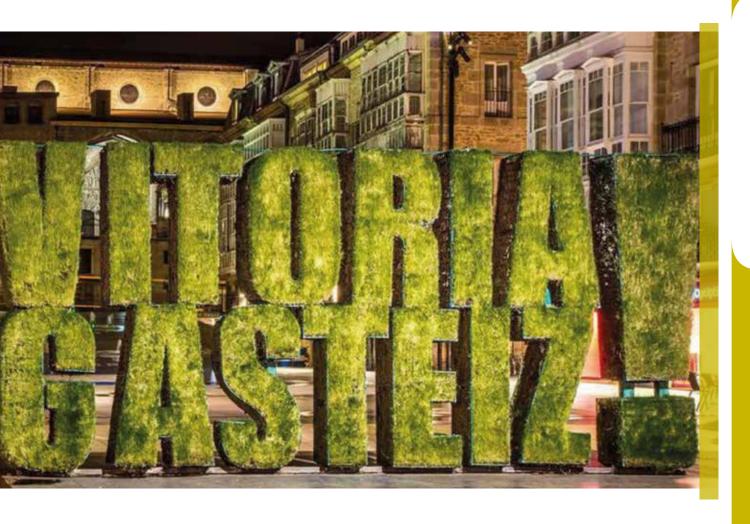
Debemos reflexionar sobre esto, pues los mismos instrumentos legales que se han utilizado para un crecimiento desaforado, que en muchas de nuestras ciudades han acabado con zonas verdes y zonas naturales, que ya son irrecuperables, aquí han servido para articular una nueva forma de entender la ciudad creando infraestructuras verdes que nos ayudan a afrontar las grandes cuestiones del futuro y hacer que nuestras ciudades sean más humanas recuperando su paisaje natural, tan importante como el cultural o la dotación de servicios.

#### El XVII Congreso Nacional

Con el deseo de disfrutar a partes iguales de la ciudad de Vitoria y del programa científico y de ocio preparado para esta ocasión, este año celebramos en esta preciosa ciudad el XVII Congreso Nacional de nuestra Asociación, contando nuevamente con un magnífico manual que recoge las ponencias que se exponen a lo largo de este, inaugurando el mismo el Magistrado de la Audiencia Provincial de Álava, Jesús ALFONSO PONCELA GARCÍA, quien nos ofrece su ponencia "Cumplimiento normativo (compliance) y responsabilidad civil" donde tratará sobre la importancia y trascendencia actual de esta materia, destacando la responsabilidad que puede generar el incumplimiento de la misma, así como

la contundencia de nuestro Tribunal Supremo al condenar estas conductas sin vacilar: asimismo nos ofrece un repaso sobre los elementos necesarios para que surja la responsabilidad penal de una persona jurídica, exigencias contenidas en el artículo 31 bis del Código Penal, siendo también de especial importancia la previsión de modulación de las penas previstas en la Ley.

A continuación contamos con la ponencia de otro magistrado, en esta ocasión perteneciente a la Audiencia Provincial de Cádiz, Antonio Marín Fernández, que afronta la segunda ponencia de este libro abordando un tema inagotable, cual es "la Carga de la prueba en la relación de causalidad. Valoración de los informes periciales." Y es que no existe asunto de responsabilidad civil que no centre su discusión en la valoración de la prueba sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el hecho imprudente o negligente y el resultado dañoso; este punto es crucial en todo supuesto que se nos presenta y los informes periciales que solicitamos las partes son, sin duda, la pieza clave para acreditar dicha relación de causalidad. En esta ponencia se analiza la relación de causalidad y la imputación objetiva, así como la distribución de la carga de la prueba a tales efectos en supuestos de distinta índole como la responsabilidad por productos defectuosos, los accidentes de



circulación o los juicios ejecutivos derivados de asuntos de autos.

La tercera ponencia viene de la mano de un gran amigo y asiduo colaborador en nuestros Congresos, Mariano Yzquierdo Tolsada, Catedrático de Derecho Civil, quien como ya nos tiene acostumbrados, logrará centrar nuestra atención en sus comentarios y observaciones, tratando en esta ocasión su estudio sobre "La falsa responsabilidad civil en el proceso penal (ineficacia de contratos, implicaciones registrales de las sentencias penales, declaraciones dominicales y aspectos de estado civil". En la misma nos hace repensar el tratamiento actual de la responsabilidad civil en el ámbito penal. su tratamiento legal y jurisprudencial y sus consecuencias ante distintos tipos de supuestos a los que afecta. Opina el autor sobre los inconvenientes y las ventajas del tratamiento de la responsabilidad civil dentro del proceso penal, así como que nuestros juzgados y tribunales penales deben conocer que la aplicación de la responsabilidad civil que les compete no se limita a los escasos artículos que el Código Penal le dedica. En esta ponencia descubriremos sin duda el amplio abanico de competencias que el juez de lo penal puede llegar a tener en el ámbito de la responsabilidad civil.

La cuarta ponencia corre a cargo de Alberto Pérez Cedillo, Vocal de la AERCYS en Inglaterra, y Lutz Carlos Moratinos Meissner, Vocal de la AERCYS en Alemania, quienes tratarán sobre "Las indemnizaciones por accidentes de tráfico en Inglaterra y Alemania", que tratan de acercarnos al derecho comparado desde una visión eminentemente práctica, pues nos ayudan a comparar el derecho resarcitorio en el ámbito de la circulación de dos países tan influyentes como Inglaterra y Alemania. Nos ilustran en materia procesal y de derecho sustantivo, sobre reclamación y valoración del daño, haciéndonos ver las diferencias y similitudes con nuestro ordenamiento jurídico. Las curiosidades sobre las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos son dignas de especial mención, como por ejemplo: el derecho del perjudicado en Alemania a ver restituidos los gastos de reparación de su vehículo siempre y cuando los gastos de reparación no superen el 130 % del valor actual del vehículo, o el tratamiento de la prescripción de la acción en el derecho inglés, donde a pesar de contar con un plazo de tres años desde el siniestro o el conocimiento de éste, dicho plazo no puede extenderse, ni se interrumpe por la tramitación de un proceso penal previo. Sin duda una interesante ponencia para estar al día de lo que pasa en nuestros países vecinos.

En la quinta ponencia, Jose Antonio Badillo ARIAS, profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Alcalá y director de la Revista RC de Inese, habla sobre "Accidentes de trabajo causados por vehículos de motor: delimitación de responsabilidades y coberturas". Se trata de una ponencia práctica y dinámica, donde se hace un repaso sobre la casuística y distintas responsabilidades que surgen en el tratamiento de los accidentes laborales con causa en vehículos de motor. Nos ofrece una visión completa de estos supuestos, analizando desde los requisitos necesarios para entender que nos encontramos ante un accidente de circulación, dependiendo de las características del vehículo y el lugar de ocurrencia, hasta la concurrencia de seguros que pueden confluir en un accidente laboral, pasando por la cuestión de cuál es la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones derivadas de este tipo de siniestros.

Como no podía ser de otra forma, tras casi dos años de vigencia del nuevo Sistema de Valoración, se hace necesario analizar aquellos aspectos controvertidos que se han dejado entrever en la aplicación del mismo, con la magnífica ponencia de Juan José Pereña Muñoz, Fiscal Jefe de Salamanca, que aborda los "Puntos oscuros del nuevo sistema de valoración de daños personales en accidentes de circulación". Aprovechando la reciente constitución de la Comisión de seguimiento del Baremo, y partiendo de un análisis constructivo del mismo, expone algunos aspectos del Sistema de Valoración que pueden ser susceptibles de mejora o aclaración.

La mesa redonda de este año aborda una de las materias más novedosas de los últimos años bajo el nombre de "Soluciones alternativas para la reparación del daño". Esta intervención viene de la mano de tres prestigiosos ponentes que ofrecen su visión de la materia desde su experiencia profesional. En concreto, contamos con Gonzalo Iturmendi Morales, Abogado-Mediador de Conflictos, que se centra en la "La Mediación de conflictos de Responsabilidad Civil", con Martín Gartziandia Gartziandia, Abogado y Síndico, el cual aborda una cuestión de gran interés como es "El derecho Colaborativo en la Responsabilidad Civil", para finalizar con el trabajo de Iñaki Subijana Zunzunegui, presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkua, que trata sobre "Las aportaciones de la justicia restaurativa al Derecho de daños".

Para la séptima ponencia contamos como es habitual con uno de los ponentes más apreciados, nos referimos a Mariano Medina Crespo, presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, quien nos ilustrará sobre una materia que siempre genera mucho conflicto en la doctrina y en la práctica indemnizatoria como es "La integridad reparatoria del daño corporal y la malversación de la Compensatio lucri cum

damno". Partiendo de un caso concreto resuelto por la Audiencia Nacional en el que se desestima la reclamación de la indemnización por los daños sufridos por un militar por haber sido indemnizado por otras vías ajenas al instituto responsabilicio, su autor realiza un impecable estudio sobre la teoría y la práctica del llamado "daño diferencial".

Para la octava ponencia contamos con una colaboradora de excepción como es Mª ÁNGE-LES PARRA Lucán, magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se ocupará de una materia que siempre está de actualidad como es la responsabilidad por productos defectuosos bajo el título "Treinta años de la Directiva de Producto para acabar aplicando el artículo". Con este trabajo la ponente realiza un estudio de la normativa europea existente en la materia, para acabar analizando cómo se solventan estos conflictos en la práctica judicial española así como la influencia de las resoluciones europeas en nuestro derecho interno.

Y para finalizar contamos con otro ponente de excepción, colaborador habitual de nuestra Asociación, como es Eduardo Baena Ruiz, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo. quien en este caso nos trae dos cuestiones de gran relevancia con su ponencia denominada "La transparencia en los contratos de seguro y la lesividad de las cláusulas que dejan sin contenido los mismos. Última jurisprudencia en materia de seguros". En un primer bloque realiza un mágico trabajo al unificar la última doctrina aplicable en materia de cláusulas lesivas y abusivas introducidas en los contratos de seguros, así como sus consecuencias, lo cual se acompaña de un segundo bloque donde analiza las últimas sentencias dictadas en materia de seguros por la Sala 1º de nuestro Alto Tribunal.

Esperamos como siempre que en este XVII Congreso Nacional de la Asociación, que celebramos en Vitoria-Gasteiz, aprendamos compartiendo nuestras inquietudes y experiencias profesionales de todo el año, pero sobre todo que hagamos de la convivencia entre letrados que nos dedicamos a la Responsabilidad Civil y el Seguro, una fuente de inspiración para afrontar los retos que se presentan en esta rama del Derecho. Por último agradecer a todos los ponentes el alto nivel de sus trabajos, así como a Sepín por su publicación un año más.

Octubre 2017





cuestiones procesales en las reclamaciones por accidentes de circulación tras la Ley 35/2015 y la despenalización de las Faltas. La Reclamación, la Oferta y Respuesta Motivada, la controversia y la preparación de la acción judicial

José Manuel Villar Calabuig Abogado

### Sumario

- 1. Consideraciones preliminares.
- 2. La despenalización de las faltas y sus consecuencias en el proceso de reclamación.
- 3. El proceso extrajudicial. La reclamación al asegurador y su irretroactividad para accidentes anteriores al 1 de enero de 2016.
- 4. El nuevo proceso para determinar el daño corporal tras la despenalización de las faltas, y la controversia.
- 5. La presunta obligación de cuantificar la reclamación por el perjudicado.
- 6. El supuesto especial del auto de cuantía máxima.
- 7. La mediación como solución de conflictos en accidentes de circulación.
- 8. La convivencia de la consignación con el régimen de la oferta y respuesta motivada y los pagos a cuenta.
- 9. Los daños materiales y los convenios de indemnización directa.

#### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Tras un año y diez meses de aplicación de la Ley 35/2015, el régimen de Oferta y Respuesta Motivada, y su grado de cumplimiento, o mejor dicho de incumplimiento, empieza a ser un problema para la gestión extrajudicial de las reclamaciones por accidente de tráfico. Lo que pretendía ser un procedimiento que permitiera la transparencia y la agilidad en las reclamaciones, se ha convertido en un claro conflicto entre el sector asegurador y los representantes de víctimas de accidentes de tráfico. La necesidad de esta reforma vino motivada por la reforma del Código Penal, con la supresión de las faltas. y la reforma del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Hasta ahora, nuestro sistema legal tenía un modelo especial para los accidentes de circulación con lesionados, como era el procedimiento de juicio de faltas y la valoración "publica" por el médico forense. Desde el 1 de julio de 2015 quedan despenalizadas las faltas (Ley 1/2015) y para los accidentes donde no se aprecie una imprudencia grave o menos graves, más del 90% de los accidentes, se pierde la opción para el lesionado de solicitar la valoración médica (y gratuita) al médico forense. Con esta reforma se ha buscado reducir el número de casos que "inundan" nuestro tribunales, con el siguiente argumento: "No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad". Este cambio legislativo, requería una solución urgente para evitar que se perjudicara a las víctimas de los accidentes de circulación, cargándoles con un gasto extra para valorar sus lesiones o quedar en manos de las entidades aseguradoras, y por ello se reformó el art. 7, según redacción introducida previamente por la Ley 21/2017, por sus evidentes defectos, pero difuminados por seguir vigente hasta ese momento los procedimientos penales de faltas.

La interpretable, por lo que estamos viendo, redacción introducida por la Ley 35/2015 requiere de una revisión urgente que impida que se siga actuando de forma dispar, pero sobre todo que impida que las víctimas queden desprotegidas y a merced de la entidades aseguradoras, obligando a la primera a incurrir en costes desproporcionados que hagan inviable acudir a los tribunales de justicia a resolver su controversia. Bien desde

la Comisión de Seguimiento de la Reforma, bien desde la voluntad de cumplir con el espíritu de la reforma que lleve a las compañías a actuar correctamente o bien desde la imposición por vía de reforma de la norma, como se nos llegó a anunciar hace unos meses, es necesario que algo cambie a corto plazo, pues, mientras tanto, muchos perjudicados están sufriendo las consecuencias y viendo como sus derechos han sido vulnerados.

#### 2. LA DESPENALIZACIÓN DE LAS FALTAS Y SUS CONSECUENCIAS EN EL PROCESO DE RECLAMACIÓN.

Defensores, en su momento, de la supresión de los juicios de faltas en reclamaciones por accidentes de circulación, por no garantizar adecuadamente la tutela judicial efectiva en un proceso más pensado para soluciones rápidas de pequeños problemas vecinales o delincuencia menor, hoy por hoy, a la vista de cómo se está respondiendo a las víctimas, el arrepentimiento es pleno. Aún con la disparidad de criterios que seguían los médicos forenses. aún con la (semi) despenalización en algunas zonas, sigue siendo mejor para las víctimas que lo que hoy nos encontramos en un porcentaje elevado.

La filosofía de la reforma era plenamente compartida por la doctrina, no tanto su aplicación práctica, basada en darle a los accidentes de tráfico una relevancia penal adecuada al grado de imprudencia, evitando, como pasaba hasta ahora, que todos los accidentes de tráfico con resultado de lesiones se sustanciaran por el juicio de faltas, al margen de apreciarse un grado de imprudencia superior. Así se convirtió en algo cómodo para todos, incluidas las compañías de seguros que habían organizado sus equipos y procesos sobre este modelo, y especializó a los juzgados de instrucción en "tribunales especiales de tráfico". Incluso, seguramente el subconsciente, en alguna resolución hemos podido leer, en referencia a la reforma penal, que "los accidentes de tráfico han quedado despenalizados".

La creación de nuevos delitos leves, con una tramitación similar a las antiquas faltas. no ha tenido efecto alguno y prácticamente son inexistentes. Estos delitos se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denominado "Juicio sobre delitos leves" (anterior juicio de faltas con modificaciones para adecuarlo a la nueva categoría).

La responsabilidad penal pasa a clasificarse en imprudencia grave e imprudencia menos grave, ligada (guste o no) a un resultado lesivo, pero la norma, a diferencia de lo que si quedaba definido en el Anteproyecto de Ley, no define que hechos y conductas conllevan imprudencia grave o menos grave, y sobre todo no hay un criterio unánime sobre las imprudencias menos graves y si están más cerca de las graves o de las que hasta ahora entendíamos como leves. Esta opción supondría que solo se despenalizan las "imprudencias levísimas", que para algunos era, y sigue siendo, la mejor de las opciones y que ya suponía una gran reducción de procedimientos judiciales penales con un, exclusivo, fin común.

Los artículos 142 y 152 de la nueva redacción de Código Penal regulan el tipo de imprudencia, relacionado con el resultado lesivo del artículo 147, por un lado, y 149 y 150 por otro. Así el accidente en el que concurra Imprudencia grave (142.1 y 152.1) con resultado de muerte o lesiones que menoscaben su integridad corporal o su salud física o mental (art.147.1), se sustanciarán como delito por imprudencia grave de oficio, no requiriendo la presentación de denuncia por la víctima o perjudicados, aunque recomendable por la posible reconversión posterior imprudencia menos grave. En los supuestos de homicidio (142.2) y lesiones (152.2) por imprudencia menos grave, se exige denuncia de la víctima o perjudicados, y también, para el caso de lesiones, que el resultado lesivo se encuadre en las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 del Código Penal. Y como algún tribunal ya se ha pronunciado, se exige antes la imprudencia, que no define la norma, y no solo el resultado ..."Pero también puede valorarse con carácter residual la imprudencia menos grave. El juicio de reproche no es el mismo en el hecho de rebasar una señal de stop a gran velocidad, sin detenerse y sin adoptar ningún tipo de prevención, que al respetarla, detenerse y cometer un error de cálculo en la reincorporación. O la no detención ante semáforo en ámbar que se rebasa ya en fase roja"

Un ejemplo de esta clara confusión creada por una norma mal reformada sería el Auto nº 165/2017 de la AP de Madrid, de 23 de febrero de 2017, que resolviendo un supuesto donde se dan los requisitos del art. 149 del CP (amputación de pierna), no estima la imprudencia menos grave, con el siguiente argumento "Pero resulta concluyente al caso que nos afecta que en el presente supuesto resulta que tan solo concurre la desgraciada situación final del resultado lesivo de la perjudicada, con amputación de la pierna izquierda, como resultado del accidente, y ello debería venir acompañado de una situación de imprudencia grave o menos grave del art. 152.1 o 2 CP, ya que en casos de lesiones de pérdida de miembro principal, como ocurre en este caso, el hecho sería constitutivo de delito, tanto si la infracción de la conducta prevista en el RD 6/2015 Arts, 76 o 77 del mismo fuera imprudencia grave o menos grave, ya que la pérdida de miembro principal es constitutiva de delito, pero siempre que al mismo tiempo se trate de imprudencia grave o menos grave, ya que el resultado lesivo del art. 149 CP de pérdida de miembro principal, como lo es una pierna, será delito tanto si se trata de una imprudencia grave, como si se trata de imprudencia menos grave."

Vicente Magro Servet, tanto en la sentencia transcrita como en diversas ponencias, estima que la mejor opción es, como hacia el Anteproyecto, ligar la imprudencia penal a las infracciones de tráfico, lo que supondría que las infracciones muy graves del art. 77 del RD 6/2015 se corresponderían con la imprudencia grave del art. 152.1 del CP y las infracciones graves del art. 76 del citado RD, se correspondería con la imprudencia menos grave del art. 152.2. Aunque no nos consta la referencia, entendemos que lo mismo pasaría para los supuestos de homicidio. La única duda que nos genera esta propuesta es que si el legislador decidió quitarlo de la Ley sería por alguna razón que ahora desatenderíamos.

Veremos si prosperan las distintas propuestas que se han presentado en 2017 y se modifica la norma de nuevo, ante la evidente confusión provocada por la actual regulación.

#### 3. EL PROCESO EXTRAJUDICIAL

A título de introducción, las grandes novedades y cambios que introdujo la reforma, a la vista de la redacción del artículo 7, son:

- ✓ Obligatoriedad de la víctima de reclamar al asegurador antes de interponer demanda judicial
- ✓ Se detalla específicamente lo que debe contener la reclamación, pidiendo la indemnización.
- ✓ La reclamación interrumpe la prescripción que se prolongará hasta la notificación de la oferta o respuesta motivada
- ✓ Se recoge el acceso de las partes al atestado e informes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
- ✓ Solicitud de informes médicos por la entidad aseguradora a centros concertados o privados.
- ✓ Debe incluirse en la Oferta el informe médico definitivo y la reforma del Baremo exige que se entregue copia al lesionado para que tenga validez la Oferta.
- Se trae a la Ley (desde el Reglamento) los pagos a cuenta cuando el proceso se demore por imposibilidad de una valoración definitiva
- ✓ En caso de disconformidad de la víctima, se abre un nuevo proceso de pericial médica, a través del Instituto de Medicina Legal (si no hubiera intervenido antes en el proceso penal) o privada (por la víctima).
- ✓ Latasaquese determine por la intervención

forense fuera de un procedimiento penal, será siempre a cargo de la aseguradora.

- ✓ El informe forense será entregado a ambas partes, y obliga al asegurador a una nueva Oferta.
- ✓ Si finalmente la víctima no aceptase la oferta del asegurador, podrá acudir al proceso de mediación o a la vía jurisdiccional oportuna
- ✓ No se admitirá a tramite la demanda que no incluya la acreditación de haber presentado la reclamación, así como la oferta o respuesta motivada del asegurador, si se hubiera emitido por la aseguradora.

Esta sería la guía del nuevo modelo, pero en los detalles está la verdadera evolución de estas proclamas.

Entremos en esos detalles.

#### La Reclamación

Consecuencia de las innumerables críticas a la redacción de la Ley 21/2017, por su ausencia de definición y requisitos, la reforma puso especial, y puede ser que excesivo, foco en determinar los requisitos y el proceso para su validez.

Párrafo 3º del nuevo artículo 7.1 "No obstante, con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, deberán comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda. Esta reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen, una declaración sobre las circunstancias del hecho, la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo de ser conocidas, así como cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño."

Dos novedades en una, la obligatoriedad de presentar la reclamación, aunque el texto inicialmente habla de comunicar el siniestro pidiendo la indemnización, con carácter previo a interposición de demanda, y por otro lado los requisitos que debe cumplir para entenderse válida.

Los nuevos requisitos son:

- ✓ Identificación de los reclamantes
- ✓ Circunstancias del hecho y del causante (de ser conocidas)
- ✓ Información médica o pericial (o de cualquier otro tipo) que permita la cuantificación.

Vuelven las dudas de a quien le corresponde realmente cuantificar la reclamación, a la víctima o a la aseguradora. Por un lado, se indica que la reclamación debe llevar la petición de la

indemnización, pero también se indica al final que se debe acompañar toda la información necesaria para que la aseguradora pueda cuantificar. En este punto podemos diferenciar el proceso a la vista del alcance de las lesiones y los perjuicios reclamados, donde para un lesionado grave, cuantificar plenamente su reclamación requiere una fase del proceso final, y ya no tendría sentido los siguientes apartados de este artículo, y para un lesionado leve será una carga que requiera de la intervención de profesionales especializados. Es evidente que esta exigencia de la reclamación tendría sentido si fuera justo antes de presentar una demanda judicial sin oportunidad de un acercamiento extra judicial, para que ambas partes puedan fijar su postura, pero que se incluya en el primer apartado de la norma confunde su verdadera intención y traslada al perjudicado unas obligaciones muy cuestionables. Confiábamos en que la práctica, como en otros supuestos, y más ese deber de diligencia que se les exige a las aseguradoras, reduiera esta carga e hiciera que fuera un proceso más sencillo, donde el primer contacto del perjudicado con la aseguradora pone en marcha un proceso natural de identificación y liquidación de las indemnizaciones oportunas. Esa expectativa, en cuanto al primer contacto o reclamación, en términos generales, si podemos decir que se ha cumplido y casi todas las entidades activan sus protocolos con esa primera reclamación. Otra cosa será ya el proceso de liquidación, que aquí la confianza solo no vale.

Más complejo se nos antoja el paso de un proceso penal a un civil y si será requisito necesario presentar una reclamación extra judicial, aunque ya en el proceso penal se haya fijado posturas de ambas partes. Trataremos por separado la nueva regulación del Auto de cuantía máxima, pero es claramente un ejemplo. Los que hemos mantenido que el proceso de Oferta y Respuesta debe ser un proceso extra judicial, mantendremos que no será necesaria la reclamación previa a la interposición de demanda judicial cuando en el proceso penal se haya ejercitado la acción civil y la cuantificación de la reclamación, al margen de que el resultado hav sido la sentencia absolutoria. Pero también deberíamos entender que si ha habido reserva de acciones en el proceso penal la norma si va a obligar al perjudicado a presentar la reclamación como requisito para acudir al proceso civil.

En unas jornadas formativas realizadas en Unespa con al publicación de la Ley, se solicitaron algunas aclaraciones a parte de los miembros participantes en la reforma, sobre cómo proceder en el caso de la reclamación y la dicotomía entre el art. 7.1 y 7.2, donde se impone al perjudicado la obligación de reclamar antes de acudir a la vía judicial, pero a la vez, sin requisitos especiales, se exige al asegurador realizar la oferta. Estas fueron sus conclusiones más destacadas:

"Habría que distinguir:

- Art. 7.2: obligación del asegurador de emitir una oferta o respuesta motivada en plazo de 3 meses desde la reclamación del perjudicado, sin concretar ningún requisito especial exigible a dicha reclamación del perjudicado.
- Art. 7.1: establecimiento de un requisito procesal para el perjudicado que consiste en la necesidad de que exista una reclamación previa del perjudicado (con un determinado contenido y aportando cierta documentación) para poder reclamar posteriormente en vía judicial.

Aquí se introduce algo que trataremos posteriormente como es si está el perjudicado obligado a cuantificar su reclamación antes de acudir a la vía judicial o no.

Si en el momento de realizar la reclamación, no se conoce la cuantificación de los daños, o bien por tratarse de lesiones de larga duración, y todavía no estén estabilizadas o bien, por no disponer de un informe de valoración médica, que permita cuantificar el importe de los daños personales: A lo único que obliga el citado art. 7. es a aportar toda la documentación médica o pericial que permita cuantificar los daños v determinar la indemnización que proceda. pero en el caso de que no se disponga de dicha información, nada impide que se formule la reclamación extrajudicial, dejando pendiente el importe a reclamar para un momento posterior, cuando se esté en disposición de poder conocer la cuantía de los daños.

Respecto a la documentación y el momento procesal para aportarla.

Según dice literalmente el párrafo tercero del art. 7.1, la reclamación del perjudicado debe contener cuanta información médica, asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño, por lo que la obligación del perjudicado es hacer entrega de la información de esta naturaleza de la que disponga en el momento de realizar la reclamación, pero ello no impide, que si no dispone de la misma o si dispusiera de información posterior no entregada anteriormente, no pudiera admitirse una demanda por adolecer de defectos la reclamación previa. De no ser así, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho reconocido en nuestra Constitución.

#### La irretroactividad de la reclamación previa en accidentes anteriores al 1 de enero de 2016.

La primera sorpresa, para algunos, fue encontrarnos con resoluciones judiciales que inadmitían demandas por accidentes anteriores al 1 de enero de 2016, al no cumplirse el requisito de procedibilidad de haber presentado la reclamación previa al asegurador. Esa sorpresa, venía derivada, seguramente, de que los participantes en aquella época en los diversos foros de la reforma, teníamos claro que la Ley solo se aplicaría a los accidentes producidos a partir del primero de enero. Pero una de las disfunciones que produjo la estructura de la Ley 35/2015 con la reforma de determinados artículos de la Ley de Responsabilidad Civil, fue dejar la referencia expresa de la aplicación temporal para "El sistema de valoración que establece esta Ley se aplicará únicamente a los accidentes de circulación que se produzcan tras su entrada en vigor."

Así, la junta de jueces de Bilbao aprobó "Se exigirá el cumplimiento del art. 7.8 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; en la redacción dada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación; para las demandas interpuestas a partir del 1 de enero de 2016, con independencia de la fecha del accidente de tráfico.

Puede que más provocado por el temor de la aplicación directa art. 1 a reclamaciones formuladas a partir de esa fecha, y al margen de la fecha de ocurrencia, especialmente menores o aquellos privados de capacidad civil, en las jornadas formativas de Unespa también se consultó al legislador por esta situación. Su respuesta fue clara "Las modificaciones que se introducen en la LRCSCVM con la Ley 35/2015, entran en vigor según lo dispuesto en su disposición adicional quinta, a partir del 1 de enero de 2016, por lo que, atendiendo al principio general de derecho de irretroactividad de las normas, no podría aplicarse le nuevo régimen de la Oferta y Respuesta motivada con carácter retroactivo".

Como argumentos más jurídicos, defensores de la irretroactividad de los artículos que modificaban la Ley de Responsabilidad Civil del Automóvil, han utilizado los criterios fijados en nuestro Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

- Disposición Transitoria 4ª del Código Civil. Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior, y éstos fuesen diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros.
- Art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dispone "Salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas".



Aun así, no podemos negar las dudas que el "descuido" normativo ha generado, y que autores como, por ejemplo, Juan José Marín López hayan manifestado que este requisito de procedibilidad entró en vigor el 1 de enero de 2016 (XXXIII Congreso de Circulación de Inese. Abril 2016)

La reacción de la jurisprudencia fue rápida, así como su difusión gracias a nuestra Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, y conocimos los Autos de la AP de Alava de 3 de mayo de 2016, la AP de Gerona de 20 de mayo de 2016 y la AP de Granada de 3 de junio de 2016, y más que vinieron después, donde se seguía le criterio buscado por el legislador y destacamos el siguiente argumento: "De este modo resulta incoherente una hermenéutica que traslada a un hecho previo, el accidente de autos, requisitos que en ese momento no se exigían, y sin embargo, resulte inaccesible a las eventuales mejoras sustantivas que introduce la reforma, en bloque, a partir del 1 de enero de 2016. Precisamente para evitar que las reclamaciones con base al nuevo baremo se multiplicaran, la norma, aprobada en septiembre de 2015, dispone su eficacia a partir de unos meses después.". A fecha de hoy parece que se

ha pacificado el problema y es sentido general en admitir las demandas.

#### NUEVO EL **PROCESO PARA** DETERMINAR EL DAÑO CORPORAL TRAS LA DESPENALIZACIÓN DE LAS FALTAS.

La norma se ha centrado especialmente en los daños corporales derivados del accidente de circulación, dejando en el Reglamento la resolución de los daños materiales tramitados por convenios.

Los deberes recíprocos del lesionado (colaboración) y la aseguradora (entrega del informe médico y oferta) que recoge en su artículo 37, que forma parte del Sistema, son:

Artículo 37. Necesidad de informe médico y deberes recíprocos de colaboración.

- 1. La determinación y medición de las secuelas y de las lesiones temporales ha de realizarse mediante informe médico ajustado a las reglas de este sistema.
- 2. El lesionado debe prestar, desde la producción del daño, la colaboración necesaria para que los servicios médicos

designados por cuenta del responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones. El incumplimiento de este deber constituye causa no imputable a la entidad aseguradora a los efectos de la regla 8º del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, relativa al devengo de intereses moratorios.

3. Los servicios médicos proporcionarán tanto a la entidad aseguradora como al lesionado el informe médico definitivo que permita valorar las secuelas, las lesiones temporales y todas sus consecuencias personales. A los efectos del artículo 7.3.c) de esta Ley, carecerá de validez la oferta motivada que no adjunte dicho informe, salvo que éste se hubiera entregado con anterioridad.

Que incluso se refuerza con el control sobre el lesionado del correcto tratamiento médico regulado en el Art. 1.2 párrafo 3º de la Ley.

Las reglas de los dos párrafos anteriores (concurrencia) se aplicarán también si la víctima incumple su deber de mitigar el daño. La víctima incumple este deber si deja de llevar a cabo una conducta generalmente exigible que, sin comportar riesgo alguno para su salud o integridad física, habría evitado la agravación del daño producido y, en especial, si abandona de modo injustificado el proceso curativo.

Lo que intentaba hacer la nueva regulación era ordenar las fases del proceso, que tanto se había discutido antes de la reforma. El tiempo nos ha dicho que el sector ha interpretado la norma de forma distinta, por la aprobación del artículo 7, a los abogados de víctimas y que se está produciendo un cierto "abuso", por su posición, en el proceso por parte de algunas aseguradoras, incumpliéndose el principio de transparencia de facilitar la información, lo que ha llevado a que sea uno de los temas a tratar, en primer lugar, por la Comisión de seguimiento de la Reforma del Baremo.

A modo de esquema, para el supuesto de Oferta Motivada, el proceso de valoración, cuantificación y Oferta podrían ser:

Opción 1. La aseguradora adopta una postura activa y el perjudicado solicita a la aseguradora que valore sus daños.

- El perjudicado comunica una primera reclamación con documentación inicial
- Los servicios médicos de la aseguradora. mediante seguimiento asistencial y/o pericial determinan las consecuencias lesivas del accidente.
- La aseguradora comunica la Oferta motivada, justificando la valoración y acompañando el informe definitivo, si no se lo facilitaron los servicios médicos.

- El perjudicado muestra conformidad o discrepancia con la Oferta.

2. La aseguradora documentación suficiente para hacer la Oferta motivada.

- El perjudicado comunica una primera reclamación con documentación, o no, inicial.
- La aseguradora queda a la espera de documentación suficiente para valorar.
- Periudicado facilita toda documentación relativa a sus daños y perjuicios.
- La aseguradora, a la vista de la documentación, sin la intervención de sus servicios médicos, realiza Oferta motivada sin informe médico o con informe de su asesoría médica.
- El perjudicado muestra conformidad o discrepancia con la Oferta.

Opción 3. Derivación de la anterior, la aseguradora sí da intervención a sus servicios médicos una vez dispone de toda la documentación, para confirmar su valoración.

Opción 4. El perjudicado reclama sus daños y perjuicios con reclamación cuantificada.

- El perjudicado presenta reclamación con toda la documentación que acredita sus daños y perjuicios, y reclama la indemnización cuantificando los daños y perjuicios.
- La aseguradora "podrá" dar intervención a sus servicios médicos o hacer la Oferta Motivada conforme a la Opción 2.
  - El perjudicado acepta o rechaza.

Cierto es que las opciones son muy diversas, pero estas cuatro pueden venir a resumir el porcentaje mayoritario de casos. Donde se produce realmente la desconexión entre representantes de víctima y el sector es, principalmente, en si la aseguradora debe enviar siempre informe médico y si es la aseguradora o la víctima la que debe valorar inicialmente dando toda la información.

El Art. 7.2 párrafo segundo señala "A estos efectos, el asegurador, a su costa, podrá solicitar previamente los informes periciales privados que considere pertinentes, que deberá efectuar por servicios propios o concertados, si considera que la documentación aportada por el lesionado es insuficiente para la cuantificación del daño". Ya vemos, por lo indicado en el 7.1 (la documentación que permita cuantificar) y ahora con este "podrá", que la Ley más parece que busca que sea el perjudicado el que facilite toda la información médica y la aseguradora decide si su Oferta podrá basarse en informes periciales de sus servicios médicos o si puede



hacerse internamente. Este argumento ha sido acogido por muchas entidades a la hora de justificar el que no se envía el informe médico, siendo los tramitadores quienes valoran en base a la documentación médica aportada. Argumento que también siguen, de forma totalmente equivocada, cuando sí interviene su servicio médico y se pretende que ese no sea el informe definitivo que el Art. 37 obliga a los servicios médicos a entregar al perjudicado.

Esta parte del debate muestra claramente la desconexión que existe entre la regulación del Sistema de Valoración y la del proceso extrajudicial regulado en el art. 7, y nos decantamos por entender que la causa ha sido doble: por hacerse en momentos distintos y por los actores que participaron en cada uno de ellos. El espíritu del legislador del nuevo eran la transparencia (cuerpo por papel le dicen) y la técnica forense en valoración del daño con la insistencia del informe médico. Así, el artículo 37 consagra "La determinación y medición de las secuelas y de las lesiones temporales ha de realizarse mediante informe médico ajustado a las reglas de este sistema". Cuando luego el artículo 7 dice que la aseguradora podrá solicitar previamente los informes periciales, supone esto que esos

informes ajustados a las reglas del sistema son los que debe facilitar la víctima, o realmente quiere decir que la aseguradora, al cuantificar, es la que debe hacerlo mediante informe médico, que debe entregar (transparencia), ya sea habiendo visto al perjudicado o valorando la documentación médica. Y puede que la solución pase por revisar conjuntamente ambas normas y establecer una definición común de qué tipo de informe, ya que informe médico e informe pericial puede que no sean lo mismo si atendemos a sus definiciones:

Informe Clínico. "Un informe clínico o informe médico es un documento que certifica los hallazgos obtenidos por la evaluación médica de un paciente, el mismo es emitido por el médico asistencial". (el texto original indica tratante, pero sustituimos por asistencial por ser más correcto)

Informe de valoración. "La Valoración del Daño Corporal designa la actuación pericial médica dirigida a conocer con la máxima exactitud y objetividad, las consecuencias que un suceso traumático determinado ha tenido sobre la integridad psicofísica y la salud de una persona, y a obtener una evaluación final que permita al juzgador establecer las



consecuencias exactas del mismo: penales, laborales, económicas, familiares, morales, etc. (Profesor D. Juan Antonio Gisbert Calabuig). La Valoración del Daño Corporal es una rama de la Medicina Legal."

No hay duda que nos decantamos por el espíritu de guienes trabajaron en la reforma del Sistema, ahora bien, podríamos plantearnos si en "todo caso" la Oferta debe estar basada en un informe pericial médico de la aseguradora, y creemos que aquí se podrían hacer algunas salvedades que por economía y agilidad en el proceso podrían quedar exentas. Serían los supuestos de incapacidad temporal donde, a la vista de la documentación médica, se puede terminar el periodo de curación y el grado de perjuicio (ejemplo. Lesionado con X días de curación y baja laboral que se valora como perjuicio de calidad de vida moderado). Incluso, en algunos casos de secuelas que quedan debidamente acreditadas en la documentación médica asistencial y que puede valorarse de forma sencilla (pérdida de una pieza dentaria, cicatrices menores, etc.). Pero en el momento que la valoración dependa de criterios médicolegales si debe haber informe médico, tal como señala el artículo 37, pues de otra forma el perjudicado no podrá valorar la Oferta.

Distinto puede ser el supuesto de la obligatoriedad de la intervención de un médico, y el grado de obligación del perjudicado en ser revisado por los servicios médicos de la entidad, cuantas veces y cuantos profesionales. Si partimos de lo que indica la norma (Art. 37.2):

2. El lesionado debe prestar, desde la producción del daño, la colaboración necesaria para que los servicios médicos designados por cuenta del eventual responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones. El incumplimiento de este deber constituye causa no imputable a la entidad aseguradora a los efectos de la regla 8º del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, relativa al devengo de intereses moratorios.

El lesionado debe permitir el reconocimiento de los servicios médicos designados por la aseguradora, y permitir el seguimiento del curso evolutivo, lo que no significa que en esa evolución deba ser siempre mediante reconocimiento. El curso evolutivo se puede seguir iqualmente a través de documentación médica. Nos decantamos, en este punto, porque la colaboración pase también por la participación de la aseguradora en las necesidades del lesionado, tanto económica como médicas, y no solo el control del lesionado para documentar su expediente y justificar el seguimiento. Las aseguradoras que se amparan en que son entidades de responsabilidad civil y no de asistencia sanitaria, para no prestar determinados servicios, confunden su cometido al olvidar que los deberes de colaboración deben ser recíprocos.

También es cierto que el artículo 1.2 parrado 3º se establece que podría reducirse la indemnización si el lesionado abandona injustificadamente el proceso de curación, lo que ratifica la buena voluntad del legislador entre las partes, con un modelo basado en la buena fe y en la colaboración.

#### La validez de la Oferta Motivada.

Aunque se ha dado mucho protagonismo a las novedades del art. 7, introducidas por la Lev 35/2015, no debemos olvidar cuales son los requisitos para que se entienda valida la oferta motivada. Art. 7.3.

- 3. Para que sea válida a los efectos de esta Ley, la oferta motivada deberá cumplir los siguientes requisitos:
- Contendrá una propuesta indemnización por los daños en las personas y en los bienes que pudieran haberse derivado del siniestro. En caso de que concurran daños a las personas y en los bienes figurará de forma separada la valoración y la indemnización ofertada para unos y otros.
- b) Los daños y perjuicios causados a las personas se calcularán según los criterios e

#### importes que se recogen en el Título IV y el Anexo de esta Ley.

- c) Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga para la valoración de los daños, incluyendo el informe médico definitivo, e identificará aquéllos en que se ha basado para cuantificar de forma precisa la indemnización ofertada, de manera que el perjudicado tenga los elementos de juicio necesarios para decidir su aceptación o rechazo.
- d) Se hará constar que el pago del importe que se ofrece no se condiciona a la renuncia por el perjudicado del ejercicio de futuras acciones en el caso de que la indemnización percibida fuera inferior a la que en derecho pueda corresponderlee) Podrá consignarse para pago la cantidad ofrecida. La consignación podrá hacerse en dinero efectivo, mediante un aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del órgano jurisdiccional correspondiente, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada.

Relevantes como son, tanto el cálculo según criterios del sistema, distinto es quien lo valora, como no condicionar el pago a la renuncia, pese a quienes se empeñan en mantenerlo, no todos son temas muy controvertidos actualmente y preferimos centrarnos en el punto c) de este artículo. En concreto, la información que debe recibir el lesionado que le permita decidir su aceptación o rechazo.

Si el presupuesto principal de nuestro Sistema son los deberes recíprocos de colaboración, mal se entiende que pese la claridad del punto c), hoy por hoy no se esté dando cumplimiento a este precepto. O si se da, se hace de una forma confusa que realmente no permite tomar una decisión por parte del lesionado o sus representantes. Podemos criticar la norma y pensar que el aportar toda la documentación por parte de la aseguradora es anticipar una prueba ante un eventual procedimiento judicial, pero cuando se hizo esta norma en lo que se pensaba era en la buena voluntad, de nuevo, y que el lesionado, sin haber incurrido en costes especiales contratando sus propios peritos médicos, pudiera entender la oferta y tomar una decisión. No ha sido así, y aunque hemos intentado hacer un ejercicio de destacar las principales experiencias prácticas, no ha sido posible pues la misma sería casi tan variada como entidades, e incluso tantas casi como tramitadores. Es muy habitual seguir viendo Ofertas donde solo se identifica en que se basa, sin acompañar informe, o que, acompañando informe médico, es imposible valorar su relación

con la Oferta, por no desglosar ni tan siquiera las secuelas, que si debía desglosar en origen pues la oferta si fija unos puntos funcionales o estéticos. Y no hablamos de casos menores. O supuestos donde el informe médico definitivo no es el informe realizado por el médico que hizo el seguimiento del lesionado, sino un informe de la entidad, posiblemente revisado por su asesoría médica, o una adaptación de su informe definitivo. Esto no es transparencia ni deberes recíprocos de colaboración, pero seguimos confiando en que esto se cumpla.

#### La controversia.

Llega el caso en que, realizada la Oferta Motivada, al margen de su grado de perjudicado cumplimiento normativo, el muestra disconformidad con la misma, y la norma establece un nuevo proceso con el fin de que el perjudicado pueda obtener una valoración de sus lesiones sin depender de la valoración realizada por la aseguradora.

Art. 7.5 de la Ley. "En caso de disconformidad del perjudicado con la oferta motivada, las partes, de común acuerdo y a costa del asegurador, podrán pedir informes periciales complementarios, incluso al Instituto de Medicina Legal siempre que no hubiese intervenido previamente.

Esta misma solicitud al Instituto de Medicina Legal podrá realizarse por el lesionado aunque no tenga el acuerdo de la aseguradora, y con cargo a la misma. El Instituto de Medicina Legal que deba realizar el informe solicitará a la aseguradora que aporte los medios de prueba de los que disponga, entregando copia del informe pericial que emita a las partes.

Asimismo, el perjudicado también podrá solicitar informes periciales complementarios, sin necesidad de acuerdo del asegurador, siendo los mismos, en este caso, a su costa.

Esta solicitud de intervención pericial complementaria obligará al asegurador a efectuar una nueva oferta motivada en el plazo de un mes desde la entrega del informe pericial complementario, continuando interrumpido el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones judiciales. En todo caso, se reanudará desde que el perjudicado conociese el rechazo de solicitud por parte del asegurador de recabar nuevos informes."

En modo resumen, en caso de controversia con la oferta, habría tres opciones:

- Solicitud de informes periciales complementarios a costa del asegurador y de común acuerdo. Seguimos en la buena voluntad, ambas partes acuerdan una pericial que sirva para aclarar y valorar correctamente el daño.
- Intervención del Instituto de Medicina Legal y Forense. También a costa de la

aseguradora. Aquí ya diferenciamos si hay acuerdo o no, y se estableció que, al margen de que haya acuerdo, el lesionado podrá acudir al IMLF por su cuenta y a costa de la compañía. Eso sí, iniciado el mismo, la aseguradora es parte en ese proceso y debe ser llamada, para aportar la documentación necesaria, e informada.

- Solicitud de informes periciales por cuenta del lesionado, que posteriormente, entendemos, debe trasladar a la aseguradora.

En los tres casos, la aseguradora está obligada a presentar una nueva Oferta Motivada en el plazo de un mes desde que se recibe el informe. No dice nada la norma si ante el primero y el tercero, es posible acudir de nuevo al IML o son excluyentes. Nos decantamos por su total validez, aunque nos confunda la última frase de la norma cuando señala, respecto a la suspensión de la prescripción, "se reanudará desde que el perjudicado conociese el rechazo de solicitud por parte del asegurador de recabar nuevos informes", pues esta circunstancia solo podría tener relevancia en el caso de la primera opción, informes complementarios de mutuo acuerdo, lo que abriría la 2º y 3º opción.

Por tanto, las consecuencias de mostrar disconformidad, son dos:

- ✓ Supone para la entidad realizar una nueva Oferta Motivada en el plazo de un mes desde la entrega del informe complementario
- ✓ Se mantiene interrumpido el plazo de prescripción

La norma no ha podido recoger todo el proceso y es el Reglamento donde se precisan los detalles sobre el procedimiento de solicitud, emisión, plazos y la entrega del informe forense. En la misma norma debe garantizarse la especialización de los forenses en la valoración del daño corporal.

Con fecha 22 de julio se publicó en el BOE la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, donde se fija la nueva regulación que se da al Cuerpo de Médicos Forenses, destacando las siguientes cuestiones:

- ✓ Modificación art. 475: para poder ejercer se requiere ser Licenciado o Graduado en Medicina y disponer de especialización en Medicina Legal y Forense.
- ✓ Modificación del art. 479: Mediante Real Decreto se determinarán las normas generales de organización y funcionamiento de los Institutos de Medicina Legal. Se prevé la creación de unidades de valoración forense integral, en las que podrán

formar parte psicólogos y trabajadores sociales. Entre las funciones, se contempla la posibilidad de emisión de informes y dictámenes a solicitud de particulares en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

✓ Disposición Transitoria 7ª: Dilación del requisito de especialidad en Medicina Legal y Forense para el acceso al Cuerpo de Médicos Forenses. Este requisito no será obligatorio hasta que concluyan su formación por el sistema de residencia las primeras promociones de estos especialistas.

Posteriormente se publicó el Real Decreto 1148/2015, de 18 de diciembre, por el que se regula la realización de pericias a solicitud de particulares por los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor, donde se establece el procedimiento para la emisión del informe, y de la que podemos destacar:

- ✓ La emisión de un informe pericial de valoración del daño corporal sufrido con ocasión de un accidente de circulación la podrán solicitar los perjudicados, entre los que se incluyen la víctima del accidente y, en caso de fallecimiento, el cónyuge viudo, ascendientes, descendientes, hermanos y allegados, así como las entidades aseguradoras, que deberán realizar una oferta motivada al perjudicado.
- La solicitud pericial al Instituto de Medicina Legal la podrán realizar la aseguradora y el perjudicado de común acuerdo, y, a falta del mismo, podrá ser instada por la víctima. "En ambos casos el precio público que se fije como contraprestación de la pericia será a cargo de la entidad aseguradora y, por tanto, gratuito para el perjudicado, al que se le permite optar entre el Instituto de Medicina Legal de su domicilio o bien el del lugar en que ocurrió el accidente", aclara el Gobierno.
- ✓ En todo caso, se solicitará el consentimiento expreso de la víctima lesionada para cada prueba que se acuerde realizar, así como para el acceso a la historia clínica y para la cesión de datos a las aseguradoras.
- ✓ El apartado 2.º del art. 2: «El ámbito objetivo de aplicación se circunscribe a la emisión del informe pericial de valoración del daño corporal sufrido con ocasión de un accidente de circulación, en el marco de la reclamación extrajudicial prevista en el art. 7 del Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en caso de

disconformidad con la oferta motivada, para lo que se emitirá un informe ajustado a las reglas del sistema de valoración de losdaños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación».

- El art. 4.4 de este Real Decreto que: «4. A la solicitud se tendrá que acompañar, para darle curso, la oferta motivada que la entidad aseguradora haya emitido, de conformidad con lo previsto en el art. 7.2 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor».
- El IML competente será el del lugar del accidente o el del lugar de residencia del perjudicado, y la solicitud se presentará en la sede del IMLCF o en la subdirección territorialmente competente del mismo, en los lugares que se prevean en la legislación del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas o, en su caso, por medios electrónicos, utilizando el modelo establecido al efecto en el anexo I, que podrá ser modificado por la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia v se publicará en el Portal de Internet de la Administración de Justicia. En el supuesto de CCAA con transferencias en Justicia, podrán desarrollar un modelo propio.

El tiempo dirá la efectividad de esta nueva figura de la intervención de médicos forenses en un proceso extra judicial, que ya nacía con muchas dudas sobre su procedencia, especialmente en las zonas donde ya se habían "despenalizado" los accidentes a la vista de los informes que se emitían por médicos forense, y si, como defiende algún Director de Instituto, su función debe ser ayudar a llegar a acuerdos en casos de disconformidad, o simplemente actuar como peritos médicos y valorar al daño por su cuenta, con riesgo de valoraciones por debajo de la valoración de la aseguradora, como también se ha producido.

Si seguimos el tenor literal de la norma, el Médico Forense realmente estaría para pronunciarse si el informe médico de la aseguradora es correcto, lo que nada impediría que si dispusiera de informe pericial de la aseguradora y del perjudicado, deba y pueda valorar ambos. Lo malo es que, a su vez, si la aseguradora no acompaña informe médico puede parecer que no se puede acudir al IML correspondiente mostrando disconformidad con la oferta, y ya han sido rechazadas muchísimas solicitudes por esta circunstancia, que nunca puede ser imputable al perjudicado, y que se soluciona solicitando el médico forense los informes médicos a la aseguradora, como ya dice la propia norma en el párrafo 2 del Art. 7.5: "El Instituto de Medicina Legal que deba realizar el informe solicitará a la aseguradora que aporte

los medios de prueba de los que disponga, entregando copia del informe pericial que emita a las partes.".

El supuesto especial de la Respuesta Motivada y los accidentes de baja intensidad o traumatismos cervicales menores.

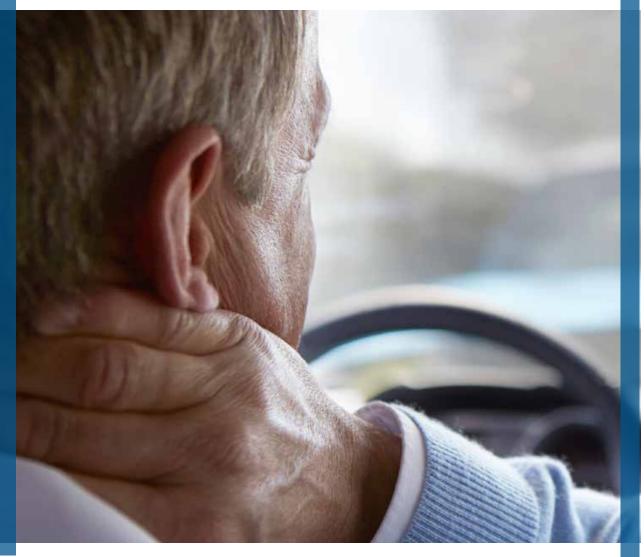
Como ocurre en el caso de la Oferta, la norma mantiene unos requisitos claros para la validez de la Respuesta, aunque, a diferencia de la anterior, en los casos de respuesta motivada, salvo cuando sea temporal por no poder cuantificar, la aseguradora está rechazando el siniestro o la reclamación, y su incumplimiento por no cumplir los requisitos legales no tiene mucho más reproche "penal" que los intereses moratorios del Art. 20 LCS, asumidos por la aseguradora si pierde el procedimiento judicial. Aquí parece que hay menos riesgo de sanción administrativa por defectos formales, ya que al estar rehusando el siniestro o la reclamación hay una necesidad de acudir a la vía judicial, a diferencia de la Oferta donde cuando se incumple el precepto legal se denuncia a la Dirección General de Seguros por no poder valorar la misma y para evitar acudir al procedimiento judicial (con los gastos que supone).

- Art. 7.4. En el supuesto de que el asegurador no realice una oferta motivada de indemnización. deberá dar una respuesta motivada ajustada a los siguientes requisitos:
- a) Darácontestación suficiente a la reclamación formulada, con indicación del motivo que impide efectuar la oferta de indemnización, bien sea porque no esté determinada la responsabilidad, bien porque no se haya podido cuantificar el daño o bien porque existe alguna otra causa que justifique el rechazo de la reclamación, que deberá ser especificada.

Cuando dicho motivo sea la dilatación en el tiempo del proceso de curación del perjudicado y no fuera posible determinar el alcance total de las secuelas padecidas a causa del accidente o porque, por cualquier motivo, no se pudiera cuantificar plenamente el daño, la respuesta motivada deberá incluir:

- 1.º La referencia a los pagos a cuenta o pagos parciales anticipados a cuenta de la indemnización resultante final, atendiendo a la naturaleza y entidad de los daños.
- 2.º El compromiso del asegurador de presentar oferta motivada de indemnización tan pronto como se hayan cuantificado los daños y, hasta ese momento, de informar motivadamente de la situación del siniestro cada dos meses desde el envío de la respuesta.

En los supuestos de rehúse por no aceptar responsabilidad la aseguradora, debate se genera, salvo porque este modelo



formal de Oferta y Respuesta, en estos casos, lleva a que el perjudicado no puede acceder, formalmente, a un acuerdo con la aseguradora. Sí sabemos que esos acuerdos se producen al margen del procedimiento de Oferta, al analizar la aseguradora todas las circunstancias del accidente, pero administrativamente ha cumplido con su obligación. La norma no regula, por tanto, el incumplimiento administrativo ante una respuesta motivada infundada que acaba con pago indemnizatorio.

Sin embargo, debemos poner foco en los supuestos de respuesta motivada por falta de nexo causal, según la aseguradora, en accidentes con lesiones del art. 135. Con la excusa de luchar contra el fraude al sector asegurador, hemos entrado en una lucha sin fin por rehusar todo lo que genere cierta duda o sospecha, bien sea por la propia aseguradora del perjudicado, para ahorrar los gastos médicos del convenio de asistencia sanitaria con centros privados, bien sea por la aseguradora causante, una vez el perjudicado ha facilitado la documentación.

Los esfuerzos del sector asegurador de que la norma reflejara, de forma contundente, los criterios por los que "solo" se debería indemnizar en esta tipología de accidentes (baja intensidad) y daños (traumatismo menor de la columna vertebral), se vieron truncados parcialmente al eliminarse de la norma dos términos: "biomecánica" (como prueba) y "excepcionalmente" (para las secuelas). Aún así, el resultado no ha sido malo para el sector al identificarse una serie de criterios de causalidad que abren un abanico de posibilidades para rehusar el siniestro por falta de relación causal. No olvidemos que, para el sector, el problema no estaba solo en la posibilidad de que se valorasen secuelas en esta tipologioa de accidentes, también se pretende poder evitar el pago de lesiones temporales y de la asistencia sanitaria.

Artículo 135 Indemnización por traumatismos menores de la columna vertebral.

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

- a) De exclusión, que consiste en que no medie otra causa que justifique totalmente la patología.
- Cronológico, que consiste en que b) la sintomatología aparezca tiempo en médicamente explicable. En particular, tiene especial relevancia a efectos de este criterio que se hayan manifestado los síntomas dentro de las setenta y dos horas posteriores al accidente o que el lesionado haya sido objeto de atención médica en este plazo.
- c) Topográfico, que consiste en que haya una relación entre la zona corporal afectada por el accidente y la lesión sufrida, salvo que una explicación patogénica justifique lo contrario.
- d) De intensidad, que consiste en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, teniendo en cuenta la intensidad del accidente y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia.

Eso sí, el sector asegurador se recompuso a este contratiempo, y vio una opción en la respuesta motivada, al encontrase la derivada de que en la posterior modificación del Art. 7, al crearse la figura de la intervención de los IML, estos solo pueden intervenir en caso de Oferta Motivada, aunque no nos resistimos a señalar que es un mención expresa por omisión de la Respuesta, no por imposición legal de que en ese caso no sea valida la intervención del IML. Siendo así, la aseguradora cumple administrativamente al hacer una Respuesta Motivada por falta de relación tristremente amparada en unos informes que muchas veces de periciales tienen muy poco y de biomecánicos menos, y deja abierta la via de negociación fuera del procedimiento del Art. 7. Una solución a esta posición sería que, en los supuestos de Respuesta por falta de relación causal, se pudiera sancionar a la aseguradora que posteriormente ha aceptado el pago del siniestro o ha sido condenada judicialmente, no solo con los intereses moratorios, cuando se aprecie motivación deficiente o mala fe.

#### **PRESUNTA OBLIGACIÓN** LA CUANTIFICAR LA RECLAMACIÓN ANTES DE LA INTERPELACIÓN JUDICIAL.

Otro de los grandes debates que han surgido tras la publicación de la Ley 35/2015, ha sido a quien le corresponde la cuantificación y en que momento "procesal". Según el tenor literal de la norma parece que la cuantificación le corresponde a la aseguradora una vez presentada la reclamación por parte del perjudicado, como se desprende de los establecido en el Art. 7.1 párrafo 3º: "Esta reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen, una declaración sobre las circunstancias del hecho, la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo de ser conocidas, así como cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño.", y ello en relación a los previsto en el Art. 7.2: "2. En el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, tanto si se trata de daños personales como en los bienes, el asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización si entendiera acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño, que cumpla los requisitos del apartado 3 de este artículo".

Siendo así, parece que el perjudicado queda exonerado de pedir un importe determinado en su reclamación a la aseguradora, pese a las dudas que genera el propio Art. 7.1 párrafo 3º, previo a lo que destacamos en la primera referencia a este artículo, "No obstante, con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, deberán comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda.". Debemos interpretar, por tanto, que esa referencia a pedir la indmenización es un genérico y que pidiendo la indemnización deja a la aseguradora su cuantificación.

Lo que ocurre es que la dualidad entre lo que se establece en el Artículo 7.1 y en el 7.2, puede suponer que antes de la interpelación judicial, el perjudicado sí se vea en la obligación de cuantificar definitivamente su reclamación, bien tras la Oferta de la aseguradora o bien, en ausencia de la misma, tras las Respuesta motivada definitiva o el silencio de la aseguradora, y esto es lo que puede provocar valoraciones como las que vimos inicialmente al transcribir las conclusiones a las que llegó el portavoz del Ministerio de Justicia en las jornadas realizadas en Unespa, al señalar: "nada impide que se formule la reclamación extrajudicial, dejando pendiente el importe a reclamar para un momento posterior, cuando se esté en disposición de poder conocer la cuantía de los daños". Es decir, el perjudicado no está obligado en su reclamación a cuantificar los daños y perjuicios, pero si debe conocerse su postura antes de acudir a los tribunales. Parece de lógica, si lo que se busca con este procedimiento es evitar pleitos que podrían haberse resuelto de forma amistosa, pero no olvidemos que esta circunstancia no está reflejada en la Ley. De ser así, mas parece que lo que se pretende es que el perjudicado, en caso de disconformidad, siempre deba acudir a una de las tres opciones que marca la norma (periciales conjuntas, Instituto de Medicina Legal o informes privados) para contestar a la aseguradora y mostrar su disconformidad, pese a que el Art. 7.5 habla de que en caso de disconformidad ambas partes "podrán" pedir informes complementarios o que el perjudicado "podrá" solicitarlos por su cuenta.

También, el nuevo apatrtado 8 del citado artículo 7, establece para el paso previo a la acción judicial:

8. Una vez presentada la oferta o la respuesta motivada, en caso de disconformidad y a salvo del derecho previsto en el apartado 5 de este precepto, o transcurrido el plazo para su emisión, el perjudicado podrá bien acudir al procedimiento de mediación previsto en el artículo 14 para intentar solucionar la controversia, o bien acudir a la vía jurisdiccional oportuna para la reclamación de los daños y perjuicios correspondientes.

No se admitirán a trámite, de conformidad con el artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las demandas en las que no se acompañen los documentos que acrediten la presentación de la reclamación al asegurador y la oferta o respuesta motivada, si se hubiera emitido por el asegurador».

No apreciamos, por tanto, que la norma en caso de disconformidad fije el requisito de manifestarle a la aseguradora la valoración de su disconformidad, y en este punto si es muy importante tener en cuenta la obligación al perjudicado establecida en el párrafo 2º del art. 7.8, que es:

- Incluir los documentos que acrediten la presentación de la Reclamación
- Incluir la oferta o respuesta, si se hubiera emitido por el asegurador

La consecuencia de no acompañar esta documentación, o no fijar claramente la ausencia de oferta o respuesta de la aseguradora, será la inadmisión a trámite de la demanda.

LEC Artículo 403 Admisión v casos excepcionales de inadmisión de la demanda.

3-Tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales.

Entendemos que será subsanable, por tratarse de un requisito formal, si no constase y si se hubiera formulado la reclamación y se trata solo de acompañar los documentos, pero la falta de reclamación previa supondrá la inadmisión definitiva y necesidad de volver al inicio del proceso, presentando reclamación formal a al aseguradora. Nada dice la norma, sin embargo, de que ocurre cuando, no habiendo reclamación pero si Oferta Motivada, por diligencia del asegurador, no haya conformidad y se acuda a la vía judicial. Contradiciendo los argumentos anteriores sobre la cuantificación de la reclamación, en un supuesto como este, el perjudicado si estaría obligado a presentar en este caso reclamación cuantificada, por no haberla presentado antes, al margen de haber recibido ya la Oferta.

Supuesto peculiar será aquél en el que el perjudicado indique no haber recibido oferta o respuesta de la aseguradora, y la misma en la contestación pruebe haber presentado oferta o respuesta al perjudicado, lo que supondría que la demanda debería haberse inadmitido. Supondrá esta circunstancia una excepción previa que deberá resolverse por el juzgador por tratarse de un presupuesto procesal, aunque sentencias como la 11/1988 de 2 de febrero (omisión de la reclamación administrativa previa, como susceptible de subsanación) nos llevan a que el debate jurisprudencial está servido y dependerá de diferentes factores su admisión o rechazo definitivo. La idea original del legislador es evitar por acuerdo de las partes la prosecución de un litigio, pero esto no debe atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva.

#### 6, EL SUPUESTO ESPECIAL DEL AUTO DE CUANTÍA MÁXIMA.

Incluimos este apartado en cuestiones procesales, ya que hasta ahora el auto era un arma de presión extra judicial contra la aseguradora o, simplemente, un paso para cuantificar una reclamación tras la emisión del informe forense.

En esta reforma se revisa de nuevo el texto para evitar ese segundo sentido que tenía hasta ahora el Auto y que era solo cuantificar la reclamación extra judicial, al eliminar el dictado del Auto en los supuestos de "...otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad,...". Excepto en el caso de fallecimiento, ya solo se dictaría el auto tras sentencia absolutoria. Y eso supone un importante avance:

Al no haber procedimiento el auto se dictaba sin que el juez hubiera conocido de los hechos ni se hubiera practicado prueba, más allá de la oferta motivada aportada,

que permitiera valorar adecuadamente los posibles perjuicios causados

- La ejecución posterior del auto implicaba que cualquier causa de oposición que fuera estimada, aunque lo fuera parcialmente, tuviera como efecto la desestimación de la ejecución.
- La nulidad de título, por cualquiera de las causas reconocidas en la Ley, debería ser previamente valorada a conciencia por la representación letrada de la víctima por si fuera estimada por el juzgador de instancia y la carga que supondría una imposición de costas a la víctima.
- Crear una falsa expectativa a la víctima que les sitúa en posición acreedora cuando realmente no es cierto que le corresponda.
- La valoración previa del juez penal limitaría los derechos de la víctima sin capacidad para formular recurso contra el auto.

Al mantener el dictado tras sentencia absolutoria, sigue en riesgo:

- Ante un procedimiento penal que el juez finalmente ha estimado que no existe reproche penal contra el causante, y que por lo tanto puede que no se hava desplegado una prueba de valoración suficiente, limita la capacidad de la víctima a ejercitar sus derechos convenientemente pues no existe una prueba definitiva. Incluso haber añadido que se dicta a la vista de la oferta motivada va en detrimento de la víctima.
- Si la sentencia penal absolutoria es consecuencia de por entender el juzgador que el causante ha sido la propia víctima y se dicta el auto de cuantía máxima, puede ocurrir que:
  - o No se dicta auto por entender que sí hay declaración de responsabilidad en los hechos probados o se dicta por un importe mínimo.
  - o Aplica una concurrencia prejuzgada por un juez penal que no ha entrado en el fondo del asunto pero ya limita el derecho de la víctima o le crea una expectativa (si aplica una concurrencia baja como el tope del 75%) que debe ser reflexionado por su representación por si es errónea.
  - o Dictado del auto por el 100% pero con unos hechos probados que muestran la culpa exclusiva o la concurrencia, y le corresponde a la víctima que porcentaje aplica antes de la ejecución para evitar la desestimación del auto.
  - ✓ Si la sentencia penal se produce por no tener reproche penal la conducta del causante pero si se ha ejercitado la acción civil en todos sus extremos, le

corresponderá a un juez penal fijar el tope de la reclamación, sin posibilidad de recurrirlo, para que luego sea un juez civil quien tenga que valorar de nuevo la prueba pero ya limitada a lo que el juez penal ha estimado. Esto provocaría un doble procedimiento para reclamar la diferencia o renunciar a la ejecución del auto.

✓ Valoración de los intereses. Dado que el auto no recoge la posible imposición de intereses moratorios, la victima debe añadir a la ejecución los intereses moratorios pero calculados a instancia de parte, sin que haya pronunciamiento previo, con el riesgo de su desestimación por interpretación judicial de la actividad desplegada por la entidad aseguradora.

Razones, las primeras, que justificaban su eliminación ante el archivo o sobreseimiento de las diligencias y, las segundas, que intentan justificar porque debería ser totalmente eliminado.

Mención especial merece el párrafo segundo del reformado artículo 13

Se procederá de la misma forma en los casos de fallecimiento en accidente de circulación y se dictará auto que determine la cantidad máxima a reclamar por cada perjudicado, a solicitud de éste, cuando recaiga resolución que ponga fin, provisional o definitivamente, al proceso penal incoado, sin declaración de responsabilidad.

Se ha querido dar un tratamiento especial a los fallecidos, manteniendo para estos supuestos el dictado del Auto incluso ante el archivo o sobreseimiento. Lo que ocurre es que la redacción ha quedado claramente forzada y no dice claramente lo que en principio parece que quiere decir. Si lo leemos con detenimiento, habla de los "casos de fallecimiento en accidente", pero no identifica a la víctima fallecida sobre sus perjudicados y abre una puerta a la interpretación en favor de todos los perjudicados por un accidente donde haya habido un fallecido, pues difícil de entender será que en un mismo accidente donde hay un fallecido y, por ejemplo, un lesionado grave se pueda dictar el auto en favor de los perjudicados del fallecido y no de la víctima grave del accidente. A la vez, la paradoja será que de aceptarse esta interpretación, cualquier perjudicado que se haya visto implicado en el accidente, y el procedimiento se archive, pueda solicitar el dictado del auto, pese a sus lesiones leves y no siendo ni tan siguiera ocupante del vehículo donde viajaba el fallecido.

No se comprende muy bien el haber hecho esta excepción a los fallecidos. La reforma intenta buscar especialmente una solución para los grandes lesionados, sin olvidar a los fallecidos por supuesto, y excluirles de la protección del Auto, si se cree en ello, cuando a los perjudicados por el fallecimiento si la tienen, no tiene sentido alguno. Los perjudicados ya mantienen su protección en el proceso penal y si hubiera archivo o sobreseimiento sería por fallecimiento del propio causante, que no requeriría protección especial a sus perjudicados.

#### COMO SOLUCIÓN 7. LA MEDIACION DE CONFLICTOS EN ACCIDENTES CIRCULACIÓN.

Corresponde a los expertos en mediación desarrollar doctrinalmente esta novedad. que con tanto énfasis ha querido el legislador introducir en nuestro sistema legal. Y decimos énfasis, tanto por ponerlo en primera posición en la fase posterior a la disconformidad del perjudicado, como por el detalle con el que se regula el proceso.

«Artículo 14. Procedimiento de mediación en los casos de controversia.

- 1. En caso de disconformidad con la oferta o la respuesta motivada y, en general, en los casos de controversia, las partes podrán acudir al procedimiento de mediación de conformidad con lo previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- 2. A tal efecto, será el perjudicado quién podrá solicitar el inicio de una mediación, en el plazo máximo de dos meses, a contar desde el momento que hubiera recibido la oferta o la respuesta motivada o los informes periciales complementarios si se hubieran pedido.
- 3. Podrán ejercer esta modalidad de mediación profesionales especializados en responsabilidad civil en el ámbito de la circulación y en el sistema de valoración previsto en esta Ley, que cuenten con la formación específica para ejercer la mediación en este ámbito. El mediador, además de facilitar la comunicación entre las partes y velar porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes, desarrollará una conducta activa tendente a posibilitar un acuerdo entre ellas.
- 4. Recibida la solicitud de mediación, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En particular, el mediador informará a las partes de que son plenamente libres de alcanzar o no un acuerdo y de desistir del procedimiento en cualquier momento, así como que la duración de la mediación no podrá ser superior a tres meses, que el acuerdo que eventualmente alcancen será vinculante y podrán instar su elevación a escritura pública al objeto de configurarlo como un título ejecutivo».

Poco se puede añadir a lo que el artículo detalla con tanta precisión, salvo estructurar el proceso para una mayor visibilidad de cómo se actúa.

- Fase inicial: lo solicita el perjudicado en el plazo de dos meses desde la oferta, respuesta o informes complementarios
- Fase de tramitación:
  - mediador cita para la celebración de la sesión informativa
  - No podrá ser superior a tres meses
- Fase final: si existe acuerdo será vinculante, pudiéndose levar a escritura pública con rango de título ejecutivo.

Asumiendo el carácter voluntario de este procedimiento, la especialización mediador en responsabilidad civil en el ámbito de los accidentes de circulación y del sistema de valoración, aunque también formado en mediación, debería ser un revulsivo para que ambas partes, siempre que desde un principio se vea que las posiciones son inviables, puedan cerrar un acuerdo de común acuerdo. Lo que no tenemos tan claro es que su formación específica en materia de circulación le condiciones la imparcialidad requerida y se pueda convertir más en un asesor encubierto de las posturas de ambas partes que de un mediador puro.

Sin experiencias relevantes hasta la fecha, dos serían los puntos fuertes de la mediación para resolver desacuerdos en materia de responsabilidad civil. Uno, la presión que puede suponer para las aseguradoras la invitación a la mediación y su rechazo directo, de cara a dar una imagen de intransigencia. Dos, el carácter reservado y confidencial de la negociación, que evita riesgos de resoluciones judiciales que interpreten la norma en una dirección u otra y, a su vez, puede permitir resolver controversias por causas a las que el Sistema, pese a su esfuerzo de haber intentado cubrir todas las opciones, no ha llegado.

#### 8. LA CONVIVENCIA DE LA CONSIGNACIÓN CON EL REGIMEN DE OFERTA Y RESPUESTA MOTIVADA. REGULACIÓN LEGAL DE LA MORA

Dos son los artículos que constituyen el eje legal sobre el que se vertebra esta materia: El Art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante LCS) y el Art. 9 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre) en su nueva redacción introducida por la Ley 35/2015.

El primero de ellos regula la mora del asegurador en una doble vertiente: a) respecto de las relaciones contractuales con el tomador del seguro o asegurado y del beneficiario en el seguro de vida y b) respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil. Obviamente nos vamos a centrar en la segunda de ellas y fundamentalmente en lo relativo a daños personales.

#### Establece dicho Art. 20 LCS:

- 3º) Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro...
- 4º) La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el cincuenta por ciento; estos intereses se entenderán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al veinte por ciento.

6º) Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro.

No obstante...cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa.

- 7º) Será término final del plazo de la obligación de abono de intereses de demora el día en que efectivamente la aseguradora satisfaga la indemnización.
- 8º) No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.

Asimismo, el Art. 9 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor establece lo siguiente:

#### Artículo 9. Mora del asegurador.

- Si el asegurador incurriese en mora en el cumplimiento de la prestación en el seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños y perjuicios causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación, la indemnización de daños y perjuicios debidos por el asegurador se regirá por lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, con las siguientes singularidades:
  - a) No se impondrán intereses por mora cuando el asegurador acredite haber presentado al perjudicado la oferta motivada

de indemnización a que se refieren los artículos 7.2 y 22.1 de esta Ley, siempre que la oferta se haga dentro del plazo previsto en los citados artículos y se ajusten en cuanto a su contenido a lo previsto en el artículo 7.3 de esta Ley. La falta de devengo de intereses de demora se limitará a la cantidad ofertada y satisfecha o consignada.

b) Cuando los daños causados a las personas hubiesen de sufrirse por éstas durante más de tres meses o su exacta valoración no pudiera ser determinada a efectos de la presentación de la oferta motivada a que se refiere el párrafo a de este artículo, el órgano jurisdiccional correspondiente, a la vista de las circunstancias del caso y de los dictámenes e informes que precise, resolverá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad ofrecida y consignada por el asegurador, atendiendo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta Ley (la nueva redacción modifica esta ultima frase y queda atendiendo a los criterios del Título IV y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo de esta Ley). Contra la resolución judicial que recaiga no cabrá recurso alguno.

El debate sobre si la reclamación judicial penal sustituye a la reclamación, es decir, si el régimen de oferta y respuesta es exclusivamente extrajudicial, no va a terminar con la entrada en vigor de la reforma. Esto supone que debemos valorar si la aseguradora, previa reclamación o en ausencia de la misma, pero obligada por su deber de diligencia o por denuncia penal, debe mantener el criterio fijado por la Ley de que cuando las lesiones sufridas por el lesionado supongan un periodo de mas de tres meses, o su exacta valoración no pudiera ser determinada, sigue obligada a la consignación, u oferta provisional, atendiendo a la fecha del accidente o de la denuncia. De una lectura literal de la norma, podemos interpretar que al indicar la norma "...ampliación de la cantidad ofrecida y consignada por el asegurador", está haciendo referencia a la oferta motivada y posterior consignación del asegurador por falta de aceptación del perjudicado, y por lo tanto el plazo para hacer la consignación nacería tras la reclamación del periudicado a la aseguradora. Eso sí, la aseguradora que valore adecuadamente sus riesgos debería mantener el criterio de la consignación, aunque sutituido por una oferta previa, desde que haya tenido conocimiento del siniestro, sobre todo, en siniestros con lesiones graves.

#### Los pagos a cuenta.

conectando Hubiera sido procedente, adecuadamente las normas, que se estableciera la obligatoriedad de los pagos a cuenta, no solo hacer referencia a los mismos de haberse realizado (Art. 7.4.a.1º), y que, en los supuestos previstos en el Artículo 9.c), la aseguradora tuviera que ofrecer provisionalmente, y de forma motivada, el importe mínimo que estima deberá al finalizar el proceso curativo, y a falta de la prueba de los daños y perjuicios definitivos reclamados por el perjuidcado. No ha sido así y la redacción del artículo 9 c) en conexión con el 7.4 a) párrafo segundo, ha llevado a una interpretación, incorrecta bajo nuestro punto de vista, del carácter voluntario de los pagos a cuenta, salvo que haya procedimiento judicial penal, es decir casi nunca, y que si se realizan se haga por importes claramente insuficientes, que en muchos casos no cubren ni el periodo de perjuicio temporal agotado.

Pese a la falta de contundencia del Art. 7.4, creemos que la Ley si ampara la necesidad de realizarse pagos a cuenta, u ofertas provisionales, por importe suficiente en los supuestos fijado en el Artículo 9.c.

Art. 7.4. "En el supuesto de que el asegurador no realice una oferta motivada de indemnización, deberá dar una respuesta motivada ajustada a los siguientes requisitos:

a) ......

Cuando dicho motivo sea la dilatación en el tiempo del proceso de curación del perjudicado y no fuera posible determinar el alcance total de las secuelas padecidas a causa del accidente o porque, por cualquier motivo, no se pudiera cuantificar plenamente el daño, la respuesta motivada deberá incluir:

1.º La referencia a los pagos a cuenta o pagos parciales anticipados a cuenta de la indemnización resultante final, atendiendo a la naturaleza y entidad de los daños.

Y para los supuestos donde si se haya realizado ese primer ofrecimiento de pago a cuenta (vía respuesta motivada) procedería la ampliación si los cálculos que sirvieron de base a la misma se ven desbordados por el transcurso del tiempo, ya sea en cuanto al periodo de curación como en lo relativo a las secuelas previsibles.

Es frecuente ver resoluciones judiciales que imponen intereses moratorios a la aseguradora por existir una notoria diferencia entre el cálculo realizado por aquélla en la consignación inicial y la indemnización que finalmente se reconoce en dicha resolución a favor del periudicado. Y en algunas ocasiones, aun habiendo existido declaración de suficiencia sobre la primera -v única- consignación. Ahora, con las dudas sobre el efecto liberatorio de la respuesta motivada con pagos a cuenta, es recomendable seguir los criterios jurisprudenciales hasta la fecha con la consignación liberatoria y adaptar el ofrecimiento a la realidad conocida del daño. Y más si nos atenemos a la nueva regulación del art. 7.4.a) párrafo segundo, 2º, donde se incluye lo que hasta ahora regulaba el Reglamento sobre la respuesta motivada y los pagos a cuenta: "2°. El compromiso del asegurador de presentar oferta motivada de indemnización tan pronto como se hayan cuantificado los daños y, hasta ese momento, de informar motivadamente de la situación del siniestro cada dos meses desde el envío de la respuesta".

#### 9. LOS DAÑOS MATERIALES Y LOS CONVENIOS DE INDEMNIZACION DIRECTA.

No podemos decir que el legislador se haya olvidado de los daños materiales en su nueva regulación. El propio Artículo 7.1 señala "1. El asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes." . A su vez el Artículo 7.2 indica "2. En el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, tanto si se trata de daños personales como en los bienes, el asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización." Y lo enfatiza en el 7.3 al obligar a una valoración separada: "3. Para que sea válida a los efectos de esta Ley, la oferta motivada deberá cumplir los siguientes requisitos: a) Contendrá una propuesta de indemnización por los daños en las personas y en los bienes que pudieran haberse derivado del siniestro. En caso de que concurran daños a las personas y en los bienes figurará de forma separada la valoración y la indemnización ofertada para unos y otros.". Pero dicho esto, la norma deja un tanto huérfana a la valoración de los daños materiales y se centra, con mucho más detalle, en los daños personales.

Cierto es que, en materia de tráfico, priman los convenios de indmenización directa y que la importancia de estos convenios se ha visto incrementada tras la modificación del Art.8 de la Ley de Responsabilidad Civil del Automovil. Este artículo ha sido modificado por la disposición final 9 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, y que entró en vigor el 1 de enero de 2016, según establece su disposición final 21.1. Ref. BOE-A-2015-7897.

Artículo 8. Convenios de indemnización directa. Declaración amistosa de accidente. Convenios de asistencia sanitaria para lesionados de tráfico.

- 1. Para agilizar las indemnizaciones en el ámbito de los daños originados con ocasión del uso y circulación de vehículos de motor, la entidad aseguradora deberá adherirse a los convenios de indemnización directa entre entidades aseguradoras para la liquidación de siniestros de daños materiales.
- 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el asegurador facilitará ejemplares

de la denominada declaración amistosa de accidente que deberá utilizar el conductor para la declaración de los siniestros a su aseguradora.

- 3. Para agilizar la asistencia a los lesionados de tráfico, el asegurador podrá adherirse a los convenios sectoriales de asistencia sanitaria para lesionados de tráfico así como a convenios de indemnización directa de daños personales.
- 4. A estos efectos, dichos convenios deberán prever condiciones equivalentes y no discriminatorias para todas las entidades aseguradoras, sin que puedan imponerse restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquel objetivo.

El reglamento aprobado REAL DECRETO 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, prevé (Art. 17.1) que "En aquellos siniestros cuya tramitación, liquidación y pago se efectúe en el marco de los convenios de indemnización directa suscritos entre entidades aseguradoras para la tramitación de siniestros se entenderá cumplida la obligación de presentar la oferta motivada de indemnización, prevista en el artículo 7.2 del texto refundido de la Ley, cuando, antes de los tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, la entidad aseguradora de éste le satisfaga los daños en los bienes derivados del siniestro o proceda a su reparación".

Además la aseguradora del perjudicado debe recoger en un documento (algo muy desfasado actualmente), una vez reparado el vehículo, estos tres requisitos:

- a) La conformidad del perjudicado con el pago o reparación realizada.
- b) Que el pago o reparación se realiza en nombre y por cuenta de la entidad aseguradora del responsable del siniestro, en virtud de los convenios de indemnización directa suscritos entre ambas aseguradoras para la tramitación de siniestros, los cuales en ningún caso serán oponibles frente el asegurado o el perjudicado.

c) Que la entidad aseguradora del perjudicado se subroga en la posición de la aseguradora del responsable, en cuyo nombre y por cuenta de la cual satisface la indemnización.

Cuando no se haya solucionado el siniestro, el punto 2 de este artículo 17 establece: "Transcurrido el plazo de tres meses desde la recepción de la Reclamación del perjudicado sin que se hayan satisfecho o reparado los daños a los bienes recaerá sobre la entidad aseguradora del responsable del siniestro la obligación de emitir oferta motivada de indemnización en los términos de los apartados 2 y 3 del artículo 7 del texto refundido de la Ley". Al margen de las dificultades que los convenios generan para que se cumpla en plazo esta norma, es claro que recibida la reclamación del perjudicado, la aseguradora del responsable no puede oponer a este que los daños materiales deben resolverse, en virtud de los convenios, por la aseguradora del propio perjudicado, sin perjuicio de la posibilidad de regularizar internamente entre las entidades, y sin poder posponer la solución de la reclamación a una reclamación judicial, como parece que algunas entidades pretenderían para luego poder regularizar. La reclamación formal debe ser causa suficiente para realizar la Oferta y liquidar los daños materiales, aunque se hayan (mal) gestionados previamente en los convenios.

Finalmente, Como punto 3 se recoge una matización aclaratoria, que lógicamente es indiscutible, no solo porque los convenios actuales se refieren solo al daño material o en los bienes del perjudicado, sino por aplicación estricta de las reglas básica d ela institución de la responsabilidad civil, donde responderá finalmente la entidad del causante del accidente: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 anterior, en el caso de que de un mismo siniestro se deriven daños en las personas y en los bienes la entidad aseguradora del responsable del siniestro deberá presentar la oferta motivada de indemnización correspondiente a los daños en las personas derivados del siniestro o, en su caso, dar respuesta motivada."



Los seguros obligatorios de responsabilidad civil de los gestores concursales (mediadores y administradores)

Alberto Javier Tapia Hermida

Catedrático de Derecho Mercantil Abogado

#### Sumario

- I. LOS SEGUROS ANALIZADOS SON INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN PREVENTIVA DE LOS TER-CEROS POTENCIALMENTE PERJUDICADOS POR LOS ACTOS DE LOS GESTORES CONCURSALES.
  - 1. El proceso de implantación de estos seguros obligatorios de responsabilidad civil de los gestores concursales: administradores y mediadores concursales.
  - Relaciones y comparación de ambos seguros.
- II. SU CONFIGURACIÓN COMO SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.
  - 1. Son seguros especiales: consecuencias.
  - 2. Son seguros obligatorios de responsabilidad civil: consecuencias.
  - 3. El posible complemento de los seguros obligatorios mediante seguros voluntarios de responsabilidad civil.
- III. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LOS SEGUROS.
  - El interés.
  - 2. El riesgo.
  - 3. El daño.
- IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL ASEGURADA.
  - 1. La actuación dañosa: los actos ilegales o negligentes de los gestores concursales (mediadores o administradores concursales).
  - 2. El daño patrimonial causado y cubierto por los seguros.
  - 3. La relación de causalidad eficiente entre la actuación del mediador o administrador concursal asegurado y el daño patrimonial ocasionado a los terceros perjudicados.
  - 4. Previsiones reglamentarias específicas del seguro obligatorio de responsabilidad civil del administrador concursal.
- V. ELEMENTOS PERSONALES DE LOS SEGUROS.
  - 1. El asegurador.
  - 2. El tomador y el asegurado: el mediador o el administrador concursal.
  - 3. El tercero perjudicado. La acción directa.
- VI. ELEMENTOS RÉALES DE LOS SEGUROS.
  - La suma asegurada.
  - 2. Duración del contrato de seguro.
- VII. ACREDITACIÓN DE LOS SEGUROS.
  - 1. En el seguro de los mediadores concursales.
  - En el seguro de los administradores concursales.
- VIII. CONCLUSIONES.



I. LOS SEGUROS ANALIZADOS SON IN-STRUMENTOS DE PROTECCIÓN PREVENTIVA DE LOS TERCEROS POTENCIALMENTE PER-JUDICADOS POR LOS ACTOS DE LOS GESTO-RES CONCURSALES.

1. El proceso de implantación de estos seguros obligatorios de responsabilidad civil de los gestores concursales: administradores y mediadores concursales.

Tras la promulgación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y, en concreto, de la modificación -por su art.21- de la Ley Concursal, con la introducción de un nuevo Título X, sobre "el acuerdo extrajudicial de pagos", podemos decir que existen dos tipos de "gestores concursales" en sentido amplio: los mediadores concursales, que gestionan el acuerdo extrajudicial de pagos; y los administradores concursales, que gestionan el concurso.

Ambos gestores concursales comparten dos denominadores comunes en su actuación que son relevantes en el momento de determinar sus responsabilidades y, por ende, el alcance de sus seguros obligatorios de responsabilidad civil porque:

> a) Por una parte, los dos gestores concursales actúan bajo la supervisión -indirecta o directa- del juez que fuera competente para conocer del concurso del deudor (en el caso de los mediadores concursales1) o que efectivamente conozca del mismo.

b) Por otro lado, se exige a ambos gestores concursales que desarrollen una serie de actuaciones en los respectivos procesos con un nivel de diligencia específica cuya omisión podrá dañar los patrimonios de las personas físicas o jurídicas implicadas y, en consecuencia, hará nacer su correspondiente responsabilidad civil.

En relación con esta última idea, debemos constatar que la creciente conciencia social del riesgo que implica para el patrimonio de los potenciales perjudicados (deudor, acreedores y terceros) una actuación negligente de aquellos gestores concursales y de la consiguiente necesidad de garantizar preventivamente su responsabilidad civil ha llevado a nuestro Ordenamiento a introducir la obligación de aquellos gestores de contratar un seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente<sup>2</sup>.

Adviértase, en este último sentido, que el nuevo régimen legal de los seguros obligatorios establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), empieza diciendo que "se podrá exigir a quienes ejerzan determinadas actividades que presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad de

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Supervisión indirecta que se deduce de que este juez será ante quién el mediador concursal deberá solicitar le declaración de concurso si el plan de pagos no fuera aceptado por los acreedores y el deudor continuara incurso a situación de insolvencia (art.238.3 LC), quien sustanciará el concurso consecutivo si el acuerdo extrajudicial de pagos es anulado (art.239.6 LC) y el competente para conocer de las eventuales impugnaciones del acuerdo extrajudicial de pagos "ex" art.239 de la LC.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Se trata de una manifestación más de la "interferencia recíproca de la evolución de la responsabilidad civil y su seguro" a la que se refería el Maestro Fernando Sánchez Calero, en su comentario al art.73 de la LCS en SÁNCHEZ CALERO F. (Dir.) y otros, "Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones", 4ª Edición, Cizur Menor 2010, p.1594 y ss. 29. En concreto, sobre estos seguros ver nuestro estudio "Los seguros obligatorios de responsabilidad civil de los mediadores y de los administradores concursales" en "Diligencia y responsabilidad de los administradores concursales". Cuestiones actuales sobre derecho concursal; responsabilidad concursal del deudor, responsabilidad de los administradores y acuerdo extrajudicial de pago. III Congreso Concursal y Mercantil Salamanca, Ed. Thomson Reuters, Madrid (2014), pp. 105 y ss.

las personas, incluida la seguridad financiera, la suscripción de un seguro u otra garantía equivalente que cubra los daños y perjuicios que puedan provocar y de los que sean responsables". En este caso, las actividades de ambos tipos de gestores concursales presentan un riesgo directo y concreto para la seguridad financiera de los potenciales perjudicados (deudor, acreedores y terceros).

El proceso de implantación de estos seguros obligatorios de responsabilidad civil de los gestores concursales se ha desarrollado en dos fases:

> a) En una primera fase, la Ley 38/2011, de reforma de la LC, introdujo -como requisito para poder actuar como administrador concursal- la exigencia de un seguro de responsabilidad civil o de una garantía equivalente que fueran proporcionadas a la naturaleza y al alcance del riesgo que debía ser cubierto. Esta obligación de garantizar la responsabilidad civil de los administradores concursales mediante un seguro de responsabilidad civil o mediante una garantía equivalente se articuló imponiéndoles el deber de contratar dicho seguro o garantía y acreditarlos en el momento de aceptar su cargo (art. 29.1 LC y RD 1333/2012)3.

> b) En una segunda fase, la Ley 14/2013, reforma de nuevo la LC e introduce un Título X sobre "el acuerdo extrajudicial de pagos" y, dentro de él, la nueva figura del mediador concursal, que se nombrará por el registrador o el notario competentes (art. 233.1 LC) y que debe reunir las condiciones de la Ley 5/2012, además de algunas de las del art. 27.1 de la LC (abogado, economista, etc.) aplicándose como normativa supletoria "lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes" en los arts. 338 a 349 del RRM. A falta de previsiones específicas en la LC sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil de estos mediadores concursales (particularmente, en el art.233, que se ocupa de su nombramien

to4), entendemos que el interés público exige extender a estos mediadores concursales el deber de suscribir un seguro o garantía equivalente de su responsabilidad civil que se establece para todos los mediadores en el art. 11.3 de la Ley 5/2012 y se desarrolla -en uso de la previsión de desarrollo reglamentario contenida en el segundo inciso de la Disposición Final Octava de aquella Ley- en el Capítulo IV (arts. 26 a 29) del RD 980/2013. Esta aplicación exige adaptar el paradigma genérico de responsabilidad que se establece en el art. 14 de aquella Ley 5/2012 al modelo de conducta que se deduce del Título X (arts. 231 a 242) de la LC. Por otro lado, conviene señalar que esta aplicación a los mediadores concursales del deber general de todo mediador de garantizar preventivamente su responsabilidad civil mediante un seguro obligatorio o garantía equivalente se justifica especialmente en el caso de los mediadores concursales a la vista de los cometidos que le confiere la LC en la gestión del "acuerdo extrajudicial de pagos" y los riesgos correspondientes de que incurran en responsabilidad civil frente a terceros5.

c) En tercer lugar, nos interesa destacar la influencia colateral de la Ley 17/2014 en el seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales cuando, en la nueva redacción del art.33 de la LC, detalla las "funciones de la administración concursal" porque, de hecho, nos esta ofreciendo un catálogo legal de hipótesis de riesgo de que el administrador concursal incurra en responsabilidad civil si no desarrolla tales funciones, siendo preceptivas en cada caso o si las ejerce de forma negligente o dolosa, causado daño a alguien6.

2. Relaciones y comparación de ambos seguros.

Los dos seguros que examinamos en este Estudio pueden operar, en ocasiones, como "vasos comunicantes" desde el momento en que, cuando el mediador concursal sea designado administrador concursal en el concurso consecutivo, según lo previsto en el art. 242.2.2º LC, deberá modificar su seguro de responsabilidad civil para adaptarlo a los requisitos del RD 1333/2012.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Sobre el seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales puede verse el estudio de IRIBARREN, M., "El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales", Anuario de Derecho Concursal nº 29, mayoagosto 2013, pp. 19 y ss.; el de QUINTANS EIRAS, Mª.R., "El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores concursales", en "Estudios de Derecho Mercantil: libro homenaje al profesor J.A. Gomez Segade", Madrid 2013, pp. 1056 y ss.; y nuestro estudio sobre "El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales", Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 19 (2013), pp. 31 y ss. Asimismo, puede verse el comentario del art.29 de la LC por PEÑAS MOYANO, Mª.J., en Comentario a la Ley Concursal, (dir. Pulgar, J.), Madrid 2016, pp. 501 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Ver el comentario del art.233 de la LC por SENENT MAR-TINEZ, S., en Comentario a la Ley Concursal, (dir. Pulgar, J.) antes citado pp. 2392 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> V. nuestro estudio TAPIA HERMIDA, A.J., "El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales", Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal nº 21 (2014), pp. 41 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Ver el comentario del art.33 de la LC por MARINA GAR-CÍA-TUÑON, A., en Comentario a la Ley Concursal, (dir. Pulgar, J.) antes citado pp. 524 y ss.



Ambos seguros tienen un muy distinto grado de desarrollo reglamentario porque:

a) El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los administradores concursales cuenta con una disciplina reglamentaria específica en el RD 1333/2012, particularmente relevante en cuanto se refiere a la adaptación de la suma asegurada a las características del concurso de que se trate en su art.8.

b) El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales carece de regulación específica y el régimen genérico del RD 980/2013 deja una laguna regulatoria relevante cuando constatamos la ausencia de una determinación precisa de la suma mínima asegurada exigible en cada caso, más allá de la referencia genérica del art.28. A este aspecto nos referiremos en el epígrafe VI.1 de este estudio con ocasión de examinar la suma asegurada.

En cuanto se refiere a la siniestralidad en este tipo de seguros, aun cuando desconocemos la existencia de estadísticas públicas, aventuramos que deberá ser baja si nos atenemos a la experiencia de los litigios en los que se ha reclamado la responsabilidad civil de los administradores concursales. Las sentencias dictadas por la Jurisdicción civil en la materia<sup>7</sup> han desestimado, por regla general, las respectivas demandas de responsabilidad civil de los administradores concursales; todo ello sin perjuicio de que la Jurisdicción penal haya estimado, en algún caso, la responsabilidad civil directa de las aseguradoras "ex" art.117 del Código Penal frente a las empresas concursadas derivada de delitos de los administradores concursales8.

En el caso de los mediadores concursales, la reciente creación legal de esta figura no permite tener una mínima experiencia de reclamaciones -y eventuales condenas- de su responsabilidad.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Podemos citar las Sentencias de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm.669/2013, de 11 de noviembre (RJ 2013/7817); de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona núm.202/2013, de 15 de mayo (JUR 2013/343868); de la Sección 1º de la Audiencia Provincial de Jaén núm.239/2010, de 29 de octubre (JUR 2011/65141); de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Huelva núm.97/2010, de 23 de junio (JUR 2010/356103); de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba núm.142/2008, de 7 de julio (JUR 2009/95813) y de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm.118/2008, de 4 de abril (JUR 2008/108009).

<sup>8</sup> En este sentido, puede verse el Auto núm. 653/2016 de 17 marzo, de la Sección 1ª de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo (RJ 2016\2224).

En todo caso, esta escasa siniestralidad deberá influir en las tarifas de primas que apliquen los aseguradores.

Por último, procede recordar que una interpretación sistemática de la normativa vigente pone de manifiesto una preferencia de nuestro legislador por el seguro obligatorio de responsabilidad civil frente a la garantía equivalente9.

#### II. SU CONFIGURACIÓN COMO SEGUROS OBLIGATORIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

1. Son seguros especiales: consecuencias.

A los seguros de responsabilidad civil de los gestores concursales, al ser contratos de seguro dotados de regimenes legales y -sobre todoreglamentarios especiales, se les aplica el siguiente orden de fuentes (art.2 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en adelante, LCS):

- a) Primero, el régimen específico contenido en los arts11.3 y 14 de la Ley 5/2012, y en el RD 980/2013, para el caso de los mediadores concursales; o en el art.29.1 de la LC y en el RD 1333/2012, para el caso de los administradores concursales.
- b) Supletoriamente, se aplica la LCS, a la que se remite expresamente el RD 1333/2012 en determinadas ocasiones, como en la remisión expresa del art.11 a la acción directa del art.76 de la LCS.

Junto a lo anterior, hay que tener en cuenta que la propia finalidad de estos seguros obligatorios y el ámbito de la cobertura que con ellos se pretende ofrecer a los potenciales perjudicados obligan a integrar su contenido por remisión a la LC en elementos decisivos para configurar ambos seguros, empezando por el régimen general de la propia responsabilidad civil asegurada de los mediadores concursales (específicamente, art.233 y ss. de la LC y, genéricamente, art.14 de la Ley 5/2012) o de los administradores concursales (art.36 LC).

2. Son seguros obligatorios de responsabilidad civil: consecuencias.

Esta obligatoriedad característica de los seguros de responsabilidad civil que examinamos tiene las siguientes consecuencias:

a) Primero y en cuanto a la obligatoriedad objetiva, el nuevo régimen legal de los seguros obligatorios establecido en la Disposición Adicional Segunda de la LOSSEAR exige el rango legal para la creación de este tipo de seguros cuando dice que "la obligación de suscripción de seguros deberá establecerse mediante normas con rango de Ley" que deberán contar con informe preceptivo de la DGSFP o del órgano competente de las Comunidades Autónomas, "con objeto de que

puedan formular observaciones en materia de técnica aseguradora".

b) Segundo y en cuanto a la obligatoriedad subjetiva, la vigencia de ambos seguros es un presupuesto para la aceptación del cargo de mediador o de administrador concursal, de modo tal que estos no pueden aceptar sus respectivos nombramientos sin acreditar que gozan, en el caso de los administradores concursales, de la cobertura aseguradora con el alcance exigido en función de las circunstancias del propio administrador o del concurso, según dispone expresamente el art.29.1 de la LC.

En el caso de los mediadores concursales, aun cuando el art.233 de la LC no establece de forma expresa un deber similar, a la vista del art.11.3 de la Ley 5/2012 -a la que se remite el art.233 de la LC- y por los argumentos "a fortiori" antes señalados, debemos entender que también les resulta exigible acreditar aquel seguro o garantía en el momento de aceptar su cargo.

- c) Tercero, conviene destacar la responsabilidad administrativa en la que incurrirán los administradores o mediadores concursales que desarrollen su actividad sin el pertinente seguro obligatorio porque la Disposición Adicional Segunda de la LOSSEAR establece, en su apartado 2, que "la realización de actividades careciendo del correspondiente seguro obligatorio será constitutivo de infracción administrativa muy grave, salvo lo dispuesto en su normativa específica" añadiendo que "será sujeto infractor la persona física o jurídica que viniera obligada a la suscripción del seguro, pudiendo ser sancionado con multa de 1.000 a 20.000 euros"10.
- d) Cuarto, el carácter obligatorio de estos seguros proyecta sobre ellos -de forma complementaria a lo anticipado en general respecto del art.2 de la LCS en el epígrafe precedente- las consecuencias regulatorias en el ámbito concreto del seguro de responsabilidad civil de modo tal que, a falta de normas propias de sus regímenes especiales, se aplicarán las normas generales de la sección 8º del título II de la LCS sobre el seguro de responsabilidad civil.

Por último, señalar que estos seguros incrementan el número -ya muy notable- de los seguros obligatorios que, en nuestro Ordenamiento, alcanza cifras singulares porque se han llegado a computar -en cálculos prudentes- en torno a 400 de estos seguros, a diferencia de Francia, donde hay unos 100, Polonia, donde hay unos 40 o Alemania, donde, a nivel federal, se computan unos 30 seguros obligatorios

<sup>9</sup> Sobre la comparación entre ambos instrumentos, ver nuestro estudio sobre "El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales", pp. 33 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Añade que "la instrucción y resolución del procedimiento sancionador corresponderá a la Administración pública competente por razón en la materia cuya regulación impone la suscripción del seguro obligatorio".

de responsabilidad civil<sup>11</sup>. A estos efectos, debemos destacar que el nuevo régimen legal de los seguros obligatorios establecido en la Disposición Adicional Segunda de la LOSSEAR quiere evitar la sensación de caos incontrolable derivada de la multiplicidad dispersa en distintos ámbitos y niveles normativos (estatales y autonómicos, legales y reglamentarios) de estos seguros obligatorios imponiendo a la DGSFP la obligación de comunicar a la Comisión Europea, "de acuerdo con el registro que se desarrolle reglamentariamente y que gestionará el Consorcio de Compensación de Seguros, los seguros obligatorios existentes en España, indicando las disposiciones específicas que regulan el seguro obligatorio"12.

3. El posible complemento de los seguros obligatorios mediante seguros voluntarios de responsabilidad civil.

El mediador o el administrador concursal podrá añadir a las coberturas obligatorias de su responsabilidad civil otras voluntarias que protejan su patrimonio de forma más amplia desde un punto de vista cualitativo, extendiendo la garantía del seguro a otras hipótesis distintas de las previstas legal y reglamentariamente; o cuantitativo, incrementado las sumas aseguradas -en el caso de los administradores concursales- respecto de los mínimos reglamentarios del art.8 del RD 1333/2012 y protegiendo con mayor intensidad su patrimonio ente reclamaciones que puedan exceder aquellas sumas aseguradas mínimas. En el caso de los mediadores concursales, la indeterminación cuantitativa de las sumas en el art.28 del RD 980/2013 deja indeterminada también la cuantía de la cobertura adicional.

En el caso de los seguros de los administradores concursales, la regulación contempla dos posibilidades de construir esta convivencia de coberturas: bien mediante dos contratos de seguro<sup>13</sup> o bien mediante un contrato de seguro que introduzca la cobertura mínima obligatoria

<sup>11</sup> La sobreabundancia de estos seguros obligatorios especiales tiene un impacto negativo para el comercio intracomunitario de seguros como constata el Informe Final del Grupo de Expertos de la Comisión Europea en Derecho Europeo de Contrato de Seguro publicado el 27 de febrero de 2014 ("Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law", European Commission, Directorate General for Justice, European Union 2014), pág.15 y ss., epígrafe 30 y ss.

<sup>12</sup> El Registro sobre seguros obligatorios se regula en la Disposición Adicional primera del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (ROSSEAR).

<sup>13</sup> Posibilidad a la que alude el preámbulo del RD 1333/2012 cuando dice que este régimen especial "no impide que, al amparo de la autonomía privada o de otras previsiones legales, los administradores concursales contraten otros seguros específicos e independientes de esa responsabilidad civil, para cubrir más intensamente los riesgos del ejercicio de esa actividad profesional".

como ampliación de las pólizas de responsabilidad civil profesional de abogados, economistas, titulados mercantiles o auditores o, partiendo del seguro de responsabilidad civil obligatorio, incluya otras coberturas que libremente se pacten entre las partes, ampliando el ámbito y los límites de cobertura (art.10 RD 1333/2012).

#### III. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LOS SEGUROS.

#### 1. El interés.

El interés asegurado en estos seguros obligatorios es la relación -susceptible de valoración económica- entre un sujeto, en este caso, el mediador (art.233 LC) o el administrador concursal (art.27 LC); y un bien que es su entero patrimonio, susceptible de ser gravado por una deuda que resulte de su responsabilidad civil concursal (art.233 y ss. y art.36 LC, respectivamente), que puede tener carácter contractual (art. 1101 Código Civil) o extracontractual (art. 1902 Código Civil).

#### 2. El riesgo.

Es el grado de probabilidad -que se debate entre la imposibilidad y la certeza- de que acaezca el siniestro cubierto, en este caso, la reclamación de un tercero perjudicado que entre dentro del ámbito objetivo de los seguros obligatorios fijado, para los mediadores concursales, en el art.27 del RD 980/2013 y, para los administradores concursales, en el art. 3 del RD 1333/2012.

Dicho grado de probabilidad dependerá -fundamentalmente- de la complejidad del acuerdo extrajudicial de pagos, en el caso de los mediadores concursales; o del concurso, en el caso de los administradores concursales. La consideración de los presupuestos de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos (art.231 LC) permite anticipar un riesgo menor de reclamaciones -tanto en cantidad como en calidadfrente a los mediadores concursales que frente a los administradores concursales.

En todo caso, el riesgo cubierto en cada caso es un elemento técnico esencial para configurar ambos seguros y, en concreto, para determinar las sumas aseguradas exigibles como así lo muestra el régimen general de los seguros obligatorios contenido en la Disposición Adicional Segunda de la LOSSEAR cuando, tras referirse en su apartado 1, a la posible exigencia de un seguro o garantía equivalente a quienes ejerzan actividades que presenten un riesgo directo y concreto para la seguridad financiera de las personas, añade que "la garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto".

#### 3. El daño.

Consiste en el nacimiento de una deuda de responsabilidad que reduce el volumen del patrimonio del mediador o administrador concursal asegurado. Como en todo seguro de res-

ponsabilidad civil, la realización efectiva de ese daño requerirá, en ocasiones, de su declaración judicial por sentencia

Esta última circunstancia tiene sus consecuencias específicas en el régimen del seguro obligatorio de los administradores concursales porque su cobertura se extenderá a los gastos soportados por el acreedor que hubiere ejercitado la acción en interés de la masa (art. 3.2 RD 1333/2012), gastos que se entenderán comprendidos dentro de las sumas mínimas aseguradas (art. 8.3 RD 1333/2012).

### IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL ASEGURADA.

1. La actuación dañosa: los actos ilegales o negligentes de los gestores concursales (mediadores o administradores concursales).

Sin querer ni poder exponer en este punto el régimen de la responsabilidad civil de los mediadores concursales o de los administradores concursales, nos parece útil realizar una serie de reflexiones pertinentes a los efectos del análisis de los seguros obligatorios de aquella responsabilidad. A estos fines, nos basta con decir que la actuación dañosa del mediador o del administrador concursal, generadora de su deuda de responsabilidad civil asegurada, puede determinarse respondiendo a cuatro preguntas sucesivas: ¿Qué debe hacer el mediador o el administrador concursal? ¿Cómo debe hacerlo? ¿Cuáles son las negligencias típicas en sus actuaciones respectivas? ¿Cuáles son los patrimonios de terceros perjudicados en cada caso? Respondamos a estas cuatro preguntas:

1.1. ¿Qué debe hacer el mediador o el administrador concursal?

Procede diferenciar los deberes de conducta de ambos gestores concursales asegurados:

a) El mediador concursal es el órgano de gestión del acuerdo extrajudicial de pagos que tiene los deberes esenciales de comprobación de créditos y convocatoria de los acreedores (art.234 LC), de elaboración del plan de pagos (art.236 LC), de asistencia a la junta de acreedores (at.237 LC), de formalización y supervisión del acuerdo aceptado o de solicitud de concurso en caso de decisión de los acreedores de no continuar las negociaciones, de falta de aceptación o incumplimiento del acuerdo (arts.236.3, 238.3 y 241.3 LC)<sup>14</sup>.

En este punto y dada la remisión que hace el art.233.1 de la LC a la Ley 5/2012, procede constatar que el modelo genérico de responsabilidad civil de los mediadores prevé una doble instancia de imputación de la misma: a los propios mediadores y, en su caso, a las instituciones de mediación, en particular, por la designación del mediador (art. 14 Ley 5/2012). Y, en consecuencia, tanto los mediadores como las instituciones de mediación deberán contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil o garantía equivalente (art. 29 RD 980/2013); sin perjuicio de que el primero de los seguros -el de los mediadores- pueda contratarse en una póliza individual o en una póliza colectiva cuyo tomador sea la institución de mediación (art. 26.2 RD 980/2013). La remisión que hace la LC (art.233), para el nombramiento de los mediadores concursales, a la lista oficial de mediadores "suministrada por el Registro de Mediadores e instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia" hace que el registrador o notario deban nombrar a los medidores concursales a los inscritos en aquel Registro en los términos previstos en la sección 3º del Capítulo III (arts.18 y 19) del RD 980/2013

b) El administrador concursal es un órgano omnipresente en el concurso, lo que debe ser tenido en cuenta por el asegurador para evaluar el riesgo cubierto por el seguro obligatorio. Además, la intensidad de la actuación del administrador concursal -y por lo tanto la probabilidad de que incurra en una acción u omisión ilegal o negligente que origine una reclamación- depende en gran medida del carácter voluntario o necesario del concurso de que se trate (art. 22 LC). Porque es evidente que la actuación del administrador como interventor en el primer caso (art. 40.1 LC) reduce el riesgo de reclamación frente a la actuación como gestor en el segundo caso, que incrementa aquel riesgo (art. 40.2 LC); todo ello en términos generales y salvando las excepciones legales u operativas que se puedan producir.

Por otro lado y sin poder entrar en el examen pormenorizado de las numerosas funciones que el art.33 de la LC confiere a la administración concursal; es lo cierto que dicho precepto proporciona una base utilísima para que el asegurador pueda hacer un catálogo de riesgos que pueden estar en el origen de las reclamaciones de responsabilidad civil cubiertas por el seguro obligatorio que examinamos. En todo caso, vemos como, en las diversas fases del concurso -fase común, de convenio, de liquidación y de calificación- se suceden actuaciones en las que el administrador concursal goza de una especial facultad decisoria dotada de una cierta discrecionalidad, susceptible de no ser compartida por el deudor concursado, los acreedores o terceros que estén dispuestos a plantear una reclamación de responsabilidad civil por los daños que consideren causados15.

1.2. ¿Cómo debe de actuar el mediador o el administrador concursal?

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Ver un análisis más detallado de este aspecto en nuestro estudio sobre "El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales" antes citado pp. 37 y ss.



<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Ver por todos el comentario de estos preceptos de la LC por SENENT MARTINEZ, S., en Comentario a la Ley Concursal, (dir. Pulgar, J.) antes citado pp. 2397 y ss.

La respuesta diferirá si nos encontramos ante un mediador concursal, que deberá proceder conforme a los principios de confidencialidad e imparcialidad de los arts.9 y 13 de la Ley 5/2012 y de independencia (art.233.1 LC)16; o nos hallamos ante un administrador concursal, que deberá sujetar su conducta al paradigma del ordenado administrador y representante leal (art. 35.1 LC)17.

1.3. ¿Cuáles son las negligencias típicas en las que puede incurrir el mediador o el administrador concursal?

Serán el "negativo fotográfico" de los deberes de conducta antes señalados y, por lo tanto, la responsabilidad cubierta por el seguro obligatorio alcanza tanto a los daños por acción (p. ej. convocatoria defectuosa de los acreedores contra lo previsto en el art.234 de la LC, en el caso del mediador concursal; o pago a los acreedores incumpliendo las reglas del art. 154 y siguientes de la LC, en el caso del administrador concursal) o por omisión (p. ej. omisión de la solicitud del concurso ante el incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos contra lo dispuesto en el art.241.3 LC en el caso del mediador concursal; o la pasividad en el ejercicio de las acciones de reintegración del art. 71 y siguientes de la LC, en el caso del administrador concursal).

- 2. El daño patrimonial causado y cubierto por los seguros.
  - 2.1. En el seguro de los mediadores concursales.

El ámbito de cobertura abarca, genéricamente, "todos los daños y perjuicios, distintos a los resultados esperados de la mediación, que causen por sus actos u omisiones; como los derivados de la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes" (art.27 RD 980/2013) y, específicamente, los daños que pueda causar su conducta a los patrimonios del deudor, de los acreedores, o de terceros afectados; sin que, a diferencia de lo que sucede en el concurso, se aísle patrimonialmente una masa activa que pueda ser dañada como tal por la conducta del mediador, tal y como se deduce de la descripción de los activos líquidos, bienes y derechos que debe efectuar el deudor en su solicitud (art.232.2 LC) y del contenido del plan de pagos

2.2. En el seguro de los administradores concursales.

En este caso, se produce una diferenciación de la responsabilidad civil asegurada en función del patrimonio dañado ya que, partiendo de lo dispuesto en el art.36 de la LC sobre la responsabilidad civil de los administradores concursales18, el art.3 del RD 1333/2012 desarrolla el ámbito objetivo del seguro obligatorio diferenciando dos tipos de responsabilidad civil que, compartiendo el común denominador de que el sujeto activo del daño y, por tanto, el deudor de la obligación de indemnizar será el administrador concursal; se diferencian en los patrimonios de impacto de su actuación dañosa y, en consecuencia, en los sujetos activos de la relación de indemnización, acreedores del crédito de responsabilidad civil frente al administrador concursal, según veremos a continuación19. En efecto:

a) A título principal, este seguro cubre el riesgo de nacimiento, en el patrimonio del administrador concursal asegurado, de una obligación de indemnizar al deudor o a los acreedores por los daños y perjuicios causados a la masa activa del concurso por los actos y omisiones realizados, en el ejercicio de sus funciones, por el administrador concursal o por el auxiliar delegado de cuya actuación sea responsable que sean contrarios a la ley o hayan sido realizados sin la debida diligencia (art.3.1.1º RD 1333/2012). Serán acreedores de ese crédito potencial de responsabilidad del administrador concursal, primero, el propio deudor concursado, puesto que la masa activa del concurso está integrada por "los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento" (art.76.1 LC). Y, en segundo lugar, los acreedores porque ese patrimonio del deudor -en cuanto se convierte en masa activa del concurso- adquiere una función adicional en interés también de sus acreedores. Esta primera cobertura del asegurador se extiende a las reclamaciones presentadas contra el asegurado durante el ejercicio de su función o en los cuatro años siguientes a la fecha en la que el administrador concursal cesó en el cargo por cualquier causa, siempre y cuando dichas reclamaciones tuvieran su funda-

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> En este punto, las Conclusiones de la reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la Reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales de 11 de octubre de 2013, en su apartado I.8ª, plantea precisamente la eventual extensión del deber de confidencialidad que impone el art.9 de la Ley 5/2012 a su posterior actuación como administrador concursal, sobre la base de "que el art.233.1 LC se referencia en la Ley 5/2012".

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Ver el comentario del art.35 de la LC por QUIJANO GON-ZALEZ, J., en Comentario a la Ley Concursal, (dir. Pulgar, J.) antes citado pp. 549 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Ver el comentario del art.36 de la LC por QUIJANO GON-ZALEZ, J., en Comentario a la Ley Concursal, (dir. Pulgar, J.) antes citado pp. 558 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Sobre ambos tipos de responsabilidad civil, ver nuestro estudio sobre "El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales" antes citado pp. 38 y ss.

mento en los daños y perjuicios causados a la masa activa durante el período en el que ostente la condición de administrador concursal en el proceso de que se trate (art.9.1.1º RD 1333/2012).

b) De forma adicional, este seguro cubrirá los daños y perjuicios por actos u omisiones del administrador concursal que lesionen directamente los intereses del deudor, los acreedores o terceros (art.3.1.2º RD 1333/2012). Este segundo ámbito de cobertura se corresponde con la salvedad que establece el art.36.6 de la LC respecto de las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquéllos. Esta segunda cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad debe entenderse que se extiende a las reclamaciones presentadas contra el asegurado durante el ejercicio de su función o en el año siguiente a la fecha en la que el administrador concursal cesó en el cargo por cualquier causa, siempre y cuando dichas reclamaciones tuvieran su fundamento en los daños y perjuicios causados directamente a los intereses del deudor, los acreedores o terceros durante el período en el que ostente la condición de administrador concursal en el proceso de que se trate. Previsión ésta que cabe deducir de plazo de 1 año de prescripción de las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales que lesionen directamente los intereses de aquéllos (art.9.1.2º RD 1333/2012).

3. La relación de causalidad eficiente entre la actuación del mediador o administrador concursal asegurado y el daño patrimonial ocasionado a los terceros perjudicados.

El patrimonio del deudor, de sus acreedores o de terceros puede verse dañado, durante la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos, por múltiples acontecimientos que nada tengan que ver con la actuación del mediador concursal. Es por ello por lo que se debe discriminar cuidadosamente entre los casos en que la relación de causalidad eficiente exista y aquellos en que no, porque sólo en los primeros nacerá la responsabilidad civil del mediador concursal y la procedencia de su cobertura por el seguro obligatorio.

Asimismo, la masa activa del concurso o el patrimonio del deudor, de sus acreedores o de terceros, pueden verse dañados, durante la tramitación del concurso, por multitud de eventos propios del riesgo empresarial (p. ej. el descenso del valor de la cartera de acciones de la masa activa causado por un descenso en la cotización bursátil o el descenso en el valor de los inmue-

bles de la masa activa por caída del mercado inmobiliario) que únicamente deberán causar la responsabilidad del administrador concursal en el caso de que se acredite una relación de causalidad eficiente entre la actuación de éste último y el daño sufrido.

4. Previsiones reglamentarias específicas del seguro obligatorio de responsabilidad civil del administrador concursal.

En el seguro obligatorio de responsabilidad civil del administrador concursal se establecen dos previsiones reglamentarias específicas:

a) La primera consiste en que este seguro deberá cubrir, además de la indemnización que deba pagar el administrador por los daños y perjuicios causados a la masa activa del concurso, los gastos necesarios que hubiera soportado el acreedor que hubiera ejercitado la acción de reclamación de la responsabilidad del administrador concursal en interés de aquella masa activa (art.3.2 RD 1333/2012). Y, en consonancia con lo anterior, es importante en la aplicación práctica de este seguro, la aclaración de que la suma asegurada comprenderá tanto los daños y perjuicios como los gastos que hubiere soportado el acreedor que hubiere ejercitado la acción en interés de la masa (art.8.3 RD 1333/2012).

b) La segunda consiste en que la reclamación del perjudicado "podrá" producirse en un proceso judicial, que se sustanciará ante el Juez que conozca o haya conocido el concurso (art.9.2 RD 1333/2012). Y ello porque, cuando se ejercite judicialmente la acción de responsabilidad contra el administrador concursal, ésta se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso (art.36.3 LC).

### V. ELEMENTOS PERSONALES DE LOS SEGUROS.

1. El asegurador.

En los dos tipos de seguros analizados, deberá actuar como asegurador una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de responsabilidad civil en general (apartado A.a.13 del Anexo a la LOSSEAR), so pena de incurrir en la nulidad del contrato, con las consecuencias propias del art.24 de la misma LOSSEAR<sup>20</sup>.

2. El tomador y el asegurado: el mediador o el administrador concursal.

Deberá actuar como tomador y asegurado:

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Sobre estas consecuencias del asegurador "de hecho" por falta o insuficiencia de autorización administrativa para operar en el ramo de que se trate, conforme a la normativa precedente puede verse nuestro "Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones", 1ª Edición, Editorial Thomson/Civitas, Cizur Menor 2006, p.164 y ss.

a) El mediador concursal, ya sea persona natural o jurídica, porque sobre él recae el deber de aseguramiento (art.11.3 Ley 5/2012 y art.26.1 RD 980/2013). Además, las instituciones de mediación deben tener suscrito su específico seguro de responsabilidad civil o la garantía equivalente que cubra la responsabilidad que les corresponde conforme a la Ley 5/2012 (art.14) y, en especial, la que pudiera derivarse de la designación del mediador. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de asumir la contratación de la cobertura de la eventual responsabilidad civil de los mediadores que actúen dentro de su ámbito (art.29 RD 980/2013).

b) El administrador concursal, ya sea persona natural o jurídica, porque sobre él recae el deber de aseguramiento (art.2.1 RD 1333/2012). Con la particularidad de que, cuando la administración concursal sea una persona jurídica, la cobertura del seguro o garantía equivalente incluirá la responsabilidad de los profesionales que actúen por cuenta de ésta (art.2.2 RD 1333/2012). El interés público y la presunción de solvencia que subvacen en determinados casos en los que actúan como administradores concursales la propia Administración pública o entidades o agencias públicas vinculadas a ella lleva a establecer algunas excepciones a la obligación de contratar el seguro de responsabilidad civil como sucede en los casos en que una Administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de la anterior sea nombrada administrador concursal y designe para llevar a cabo tales cometidos a una persona natural que tenga la condición de empleado público o cuando sea designado administrador concursal el personal técnico de la CNMV o del Consorcio de Compensación de Seguros (art.3.3. RD 1333/2012)<sup>21</sup>.

### 3. El tercero perjudicado. La acción directa.

La función tuitiva o de garantía preventiva de los intereses patrimoniales de los sujetos que operan en el entorno concursal y que pueden verse perjudicados por la actuación negligente o dolosa de los administradores o mediadores concursales -a la que nos referíamos en el epígrafe I de este estudio- que desarrollan estos seguros de responsabilidad civil profesional se muestra con particular intensidad en el reconocimiento a aquellos potenciales perjudicados de una acción directa frente al asegurador por parte del art.76 de la LCS. Función garantista que ha venido destacando la jurisprudencia tanto civil como penal del Tribunal Supremo en relación

con los seguros de responsabilidad civil profesional tanto obligatorios como voluntarios22.

En el seguro de responsabilidad civil de los mediadores concursales, la remisión implícita al régimen general de este tipo de seguro de la LCS como disciplina supletoria "ex" art.2 de aquella LCS; atribuye a los terceros perjudicados por las acciones u omisiones de aquellos mediadores y a sus herederos una acción directa contra el asegurador de su responsabilidad civil en los términos del art.76 de la repetida LCS. No debe confundirse este efecto con la alusión del art.14 de la Ley 5/2012 a la acción directa del perjudicado contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores.

En el seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales, la masa activa del concurso, el deudor concursado, sus acreedores o los terceros afectados aparecen como terceros perjudicados (en el caso de la masa activa, por referencia al deudor o los acreedores indirectamente afectados) y a ellos y a sus herederos se extiende la acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar que, en general, les atribuye el art.76 de la LC y, en particular, les reconoce el art.11 del RD 1333/2012. Y, en consecuencia, el administrador concursal asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido, a los efectos de ejercicio de la acción directa (at.11.2 RD 1333/2012)<sup>23</sup>.

### VI. ELEMENTOS REALES DE LOS SEGUROS.

- 1. La suma asegurada.
- 1.1. En el seguro de los mediadores concursales.

Se establece una referencia genérica a la "suma asegurada" cuando se dice que esta suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional

 $<sup>^{21}</sup>$  Ver nuestro estudio sobre "El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales" antes citado., pp. 41 y ss. y nuestro comentario a la Disposición Adicional Segunda de la LC, en Comentario a la Ley Concursal, (dir. Pulgar, J.) antes citado pp. 2443 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> En cuanto a la jurisprudencia civil, podemos destacar la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm.200/2015, de 17 de abril, que dice que, con el art.76 de la LCS, el legislador introduce "una norma socializadora y tuitiva (con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con la víctima del asegurado". En cuanto a la jurisprudencia penal, cabe destacar la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 588/2014 de 25 julio que, en su Fundamento de Derecho Noveno dice que: "El seguro de responsabilidad civil (tiene una) función social y económica (que) es ofrecer una garantía en determinadas actividades de riesgo, para que quienes en ella participen tengan garantizado el resarcimiento de los daños que puedan sufrir, que no se deriven de culpa o negligencia por su parte (art 117 CP)".

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Ver nuestro estudio sobre "El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales" antes citado pp. 42.



a la entidad de los asuntos en los que intervenga (art.28 RD 980/2013). En este punto, falta una cuantificación normativa precisa de la suma mínima asegurada en función de las circunstancias del acuerdo o de los acuerdos extrajudiciales de pagos que gestione el mediador concursal (cfr.art.231 LC). En efecto, en el epígrafe I de este Estudio vimos que el régimen común a los mediadores del RD 980/2013 contiene una referencia genérica a que "la suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga". Si a lo anterior añadimos que la cuantificación de la suma asegurada es un elemento esencial en los seguros obligatorios de responsabilidad civil, podemos concluir que convendría que una disposición reglamentaria24- estableciera la suma mínima asegurada en función de los niveles de riesgo de la actuación del mediador que podrán fijarse conforme a criterios cuantitativos (por ejemplo, el pasivo del deudor) o cualitativos (por ejemplo, la condición de personas jurídicas o sociedades de capital del deudor) implicados en el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos (ver art.231 LC). Todo ello para garantizar que, respecto de los medidores concursales y de las circunstancias de los respectivos acuerdos extrajudiciales de pagos, se cumple el principio general enunciado en el art.28 del RD 980/2013 de que la suma asegurada o garantizada sea "proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga".

En todo caso, dado que es preciso acreditar la contratación de un seguro o garantía equivalente en el momento de aceptar el nombramiento como mediador concursal, observamos en la práctica dos tipos de soluciones:

- a) Las pólizas dobles de cobertura específicamente concursal que garantizan a la persona en la doble condición de administrador y mediador concursal, produciéndose una especie de fenómeno de absorción de las sumas aseguradas de los mediadores por las de los administradores concursales establecidas en el RD 1333/2012, a las que nos referiremos seguidamente.
- b) Las pólizas simples de cobertura genéricamente mediadora que se pueden contratar como pólizas colectivas contratadas por asociaciones de mediadores y que establecen una suma asegurada común (por ejemplo, de 150.000 euros) y una prima adicional para la cobertura de la mediación concursal.
- 1.2. En el seguro de los administradores concursales.

Según venimos destacando, en este caso existe una regulación específica de la suma asegurada mínima por el art.8 del RD 1333/2012 cuando establece dos escalas que atienden, en primera instancia, a la condición de persona física o jurídica del administrador concursal y, dentro de cada escala, al número de concursos o a la importancia o complejidad del concurso, tomando en consideración las condiciones del deudor. De modo tal que existen dos escalas: Una escala de sumas aseguradas para los administradores concursales personas físicas, que pasa por 4 tramos que van desde los trescientos mil a los 3 millones de euros (uno primero básico del administrador concursal en cualquier

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Adviértase que la habilitación reglamentaria contenida en el segundo inciso de la Disposición Final Octava de la Ley 5/2012 para "desarrollar el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores" no se ha agotado en el Capítulo IV del RD 980/2013, por cuanto queda por determinar el elemento esencial de la suma mínima asegurada.

tipo de concurso y tres tramos sucesivos reforzados por el número de concursos ordinarios en los que figure designado el administrador concursal, por la importancia cuantitativa del concurso o por la relevancia cualitativa y cuantitativa del concurso). Y una escala de sumas aseguradas para los administradores concursales personas jurídicas, que simplifica los tramos a dos de dos y de cuatro millones de euros, según se trate de todo tipo de concursos o concursos de intermediarios financieros o de sociedades cotizadas u otras entidades típicas del mercado de instrumentos financieros<sup>25</sup>.

### 2. Duración del contrato de seguro.

En el seguro de responsabilidad civil de los mediadores concursales no se establece una previsión específica sobre la duración del contrato, si bien es cierto que las alusiones legales y reglamentarias al deber de todo mediador de tener cubierta -mediante un seguro o garantía equivalente- su responsabilidad civil (art.11.3 Ley 5/2012 y art.26 RD 980/2013), conduce a exigir que aquel seguro obligatorio dure el tiempo preciso para cubrir aquella responsabilidad.

En el seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales, el interés público por garantizar una vigencia de la cobertura aseguradora coetánea a la duración de la actividad gestora del administrador concursal potencialmente generadora de la responsabilidad civil cubierta lleva a la normativa específica a exigir la previsión de prórroga del contrato por una o más veces por periodos de un año, en función de la duración del cargo (art.5 RD 1333/2012)<sup>26</sup>.

En cuanto se refiere a la delimitación temporal del riesgo en este último tipo de seguro, el asegurador deberá atender las reclamaciones que se presenten contra el administrador concursal asegurado bien durante el periodo de seguro que -como acabamos de ver- deberá coincidir con el del ejercicio de su función o bien dentro de los 4 años siguientes en el cese de su cargo, siempre que aquellas reclamaciones tengan su origen en actos dañosos cometidos durante el ejercicio del cargo. Y todo ello aplicando el plazo de prescripción establecido en el art.36.4 de la LC y sin perjuicio de reducir el plazo a 1 año en los casos previstos en el art. 36.6 de la misma LC<sup>27</sup>.

### VII. ACREDITACIÓN DE LOS SEGUROS.

1. En el seguro de los mediadores concursales.

No se establece de forma específica por parte de la LC -como si veremos que hace el art.29 de la LC con los administradores concursales- el deber del mediador de acreditar -ante el registrador o el notario que le nombre- con carácter previo a su aceptación del cargo la existencia de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Sin embargo, este deber accesorio de acreditación está implícito en el deber general de todo mediador -incluidos los concursales- de contratar el seguro o garantía "ex" art.11.3 de la Ley 5/2012 y art.26 del RD 980/2013 y se explicita en el art.14 del RD 980/2013 cuando, entre la "información que deben proporcionar los mediadores" en general para inscribirse en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación -a través del formulario de solicitud contenido en la sede electrónica del Ministerio de Justicia<sup>28</sup>, para su publicidad en el mismo y mediante declaración responsable sobre su veracidad, suscrita con certificado reconocido de firma electrónica- figura la de la "póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora o la garantía equivalente que se hubiera constituido" indicándose una dirección electrónica de la entidad aseguradora o de la entidad de crédito en la que constituyera la garantía equivalente (letra f). La extensión a los medidores concursales de esta exigencia de acreditar la suscripción del seguro se deduce, en particular, del hecho de que la inscripción de las personas físicas o jurídicas en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia -que es requisito previo al nombramiento como mediador concursal- se practicará previa acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el apartado 1 del art.233 de la LC (art.18.1 del RD 980/2013) y, entre dichos requisitos esta la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Y hemos visto que la suscripción y vigencia del seguro o la garantía deberán acreditarse, con carácter general, ante aquel Registro<sup>29</sup>. Ahora bien, dado que "la suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga" y

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Ver con mayor detalle nuestro estudio sobre "El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales" antes citado, pp. 42 y ss. Asimismo, puede verse el comentario del art.29 de la LC por PEÑAS MOYANO, Mª.J., en Comentario a la Ley Concursal, (dir. Pulgar, J.). antes citado p 504

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Ver con mayor detalle nuestro estudio sobre "El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales" antes citado pp. 44.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Ver el comentario del art.29 de la LC por PEÑAS MOYA-NO, Mª.J., en Comentario a la Ley Concursal, (dir. Pulgar, J.) antes citado pp. 504 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Ver al respecto, la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013 y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Adviértase al respecto que la fecha de apertura del Registro para las solicitudes de inscripción de los mediadores concursales ha sido el pasado 1 de abril de 2014 (Disp. Trans. Tercera.2.b RD 980/2013) y que, entretanto, la relación de mediadores concursales se confeccionó a partir de la lista de administradores concursales que cumplan los requisitos del art.18 del RD 980/2013 Disp. Trans. Segunda).

dicha entidad sólo puede concretarse a la vista de los nombramientos que tenga aquella persona como mediador concursal, también deberá acreditar la suficiencia del seguro o garantía, en cada nombramiento concreto, ante el registrador o notario que le nombre de entre la lista oficial de mediadores "suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia" (art.233.1 LC).

2. En el seguro de los administradores concursales.

El interés general porque estén cubiertos los riesgos que para el patrimonio de terceros puede implicar la actuación del administrador concursal hace que su regulación trate de garantizar una sincronización de las tres partes intervinientes (las del contrato de seguro y el juzgado del concurso) que asegure que existe la cobertura legal mínima durante toda la actuación potencialmente dañosa. Y esta sincronización pasa por un diálogo entre aquellas tres partes que se desarrolla en tres momentos: Primero, la acreditación del seguro por el administrador concursal ante el Juzgado del concurso (art.29 LC y art.6 RD 1333/2012); segundo, la comunicación por el Juzgado al asegurador del nombramiento y aceptación del cargo por el administrador concursal (art.4 RD 1333/2012); y, tercero, la comunicación por el asegurador al Juzgado de las incidencias del seguro (art.7 RD 1333/2012)30.

### VIII. CONCLUSIONES.

- 1ª. El riesgo de que una actuación ilegal o negligente de los mediadores o administradores concursales cause daños, respectivamente, a los patrimonios del deudor, de los acreedores o de terceros afectados por un acuerdo extrajudicial de pagos o a la masa activa del concurso o a los patrimonios del deudor concursado, de sus acreedores o de terceros ha generado un interés público en su cobertura preventiva.
- 2ª. Para satisfacer dicho interés público en cuanto a la actuación de los mediadores concursales se refiere, la Ley 5/2012 -a la que se remite el art.233.1 de la LC- exige que el mediador suscriba un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga (art.11.3); exigencia que debe aplicarse a los mediadores concursales. El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales no tiene un régimen reglamentario detallado en el RD 980/2013, especialmente, por falta de cuantificación precisa de la suma mínima asegurada.
- 3ª. Para satisfacer aquel interés público en cuanto a la actuación de los administradores

<sup>30</sup> Ver nuestro estudio sobre "El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales" antes citado pp. 44 y ss.

- concursales se refiere, la Ley 38/2011 reformó la LC para introducir en su art. 29.1 un nuevo requisito para poder aceptar el cargo de administrador concursal y desarrollarlo durante el procedimiento que consiste en acreditar la suscripción de un seguro obligatorio de responsabilidad civil o una garantía bancaria equivalente. El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales si tiene un régimen reglamentario detallado en el RD 1333/2012.
- 4º. Tanto el mediador como o el administrador concursal podrán complementar la cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad civil con un seguro voluntario que amplíe dicha cobertura en términos cualitativos o cuantitativos.
- 5º. La responsabilidad civil asegurada en el caso de los mediadores concursales se corresponde con la delimitada en los arts.14 de la Ley 5/2012 y en los arts.233 y ss. de la LC.
- 6ª. La responsabilidad civil asegurada en el caso de los administradores concursales se corresponde con la delimitada en el art. 36 de la LC y, por lo tanto, a efectos de cobertura, se distingue entre dos tipos de responsabilidades según la actuación dañosa del administrador concursal incida directamente en la masa activa del concurso o en los patrimonios del deudor concursado, los acreedores o terceros.
- 7º. Los tres elementos esenciales del seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales son: primero, la garantía de que su cobertura temporal se mantiene a lo largo del procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos y durante un periodo mínimo posterior al mismo, que dependerá del tipo de responsabilidad cubierta; segundo, el reconocimiento de una acción directa del tercero perjudicado o sus herederos contra su asegurador de responsabilidad civil; y, tercero, la fijación reglamentaria de una suma mínima obligatoriamente asegurada que será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga y que está pendiente de concreción.
- 8ª. Los tres elementos esenciales del seguro obligatorio de responsabilidad civil de los administradores concursales son: primero, la garantía de que su cobertura temporal se mantiene a lo largo del procedimiento concursal y durante un periodo mínimo posterior al mismo, que dependerá del tipo de responsabilidad cubierta; segundo, el reconocimiento de una acción directa del tercero perjudicado o sus herederos contra el asegurador de responsabilidad civil; y, tercero, la fijación reglamentaria de una suma mínima obligatoriamente asegurada en dos escalas diferenciadas según se trate de un administrador concursal, persona física o persona jurídica; y, dentro de dichas escalas, se toma en consideración las características objetivas del concurso de que se trate.
- 9ª. En el seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales, la necesidad de garantizar la cobertura durante



el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos impone las correspondientes comunicaciones entre los tres sujetos implicados: el mediador concursal asegurado, su asegurador de responsabilidad civil y el registrador o notario que lo designa.

10ª. La necesidad de garantizar la cobertura durante el procedimiento concursal impone las correspondientes comunicaciones entre los tres sujetos implicados: el administrador concursal asegurado, su asegurador de responsabilidad civil y el juzgado del concurso.







# El accidente de trabajo fuera del lugar de trabajo habitual. El desplazamiento transnacional de los trabajadores

Ana María Sampedro Parra Abogada de sinjestros responsabilidad

Tramitadora senior de siniestros responsabilidad civil de AIG EUROPE LIMITED sucursal en España

### **Sumario**

- I. EL ACCIDENTE DE TRABAJO EN MISION
- II. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD
- III. LA DEUDA DE SEGURIDAD DEL EMPRESARIO. RESPONSABILIDAD DERIVADA
- IV. DEL ACCIDENTE DE TRABAJO
- V. BREVE REFERENCIA A LOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD:
  - A. LA RESPONSABILIDAD PENAL
  - B. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA
  - C. LA RESPONSABILIDAD LABORAL
  - D. LA RESPONSABILIDAD CIVIL:
    - a) Responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual
    - b) La culpa.
- V. LA LEY 45/1999 SOBRE DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL
- VI. PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO DURANTE EL DESPLAZA-MIENTO TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES DE EMPRESAS ESPAÑOLAS A OTRO PAÍSES DE LA UE/EEE EN EL MARCO DE LA LEY 45/1999
  - A. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO
  - B. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL COMPETENTE
  - C. DUPLICIDAD DE EMPRESARIOS:
    - a) Responsabilidad civil de Contratas y Subcontratas
    - b) Responsabilidad de las Empresas de Trabajo Temporal. Jurisdicción internacional aplicable en supuesto de demanda exclusiva del trabajador frente a empresa usuaria con domicilio en Europa.
  - D. PLURALIDAD DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:
    - c) El Acta de Infracción del Inspector de Trabajo.
    - d) El Recargo de Prestaciones

CONCLUSIONES BIBLIOGRAFIA



### EL ACCIDENTE DE TRABAJO FUERA DEL LUGAR DE TRABAJO HABITUAL. EL DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL TRABAJADORES.

Este artículo es un extracto de mi Trabajo de Fin de Master en Responsabilidad Civil, 4ª edicción, de la Universidad de Granada, organizado por la FEPJ de Granada, tutorizado por Don Javier López y García de la Serrana, codirector del Master, a quien quiero agradecer su plena disposición y cercanía.

Mi trabajo se centra en el estudio de las distintas problemáticas jurídicas que pueden surgir como consecuencia de los accidentes en misión, sufridos por trabajadores de empresas españolas, desplazados temporalmente empresas de la UE y su regulación normativa.

### I. EL ACCIDENTE LABORAL EN MISIÓN:

El accidente en misión es un subtipo del accidente de trabajo y, en particular, una derivación del accidente in itinere, que ha sido desarrollado en su integridad, por la jurisprudencia, ya que la ley no lo recoge expresamente.

Por accidente en misión se entiende "aquel sufrido en el cumplimiento o por consecuencia de las tareas encomendadas por el empleador al trabajador, que debieran realizarse fuera del lugar habitual de trabajo y, quizá también, fuera de la jornada ordinaria"1.

Se configura, por tanto, como "una figura jurídica que tiene la naturaleza de un accidente laboral ordinario.... sobre la ficción legal de que toda actividad que realiza el trabajador fuera de su lugar habitual de trabajo, por exigencias de su contrato o por orden del empleador, se considera realizada como <en lugar y tiempo del trabajo>" 2.

Se produce así una ampliación del concepto habitual de tiempo y lugar de trabajo, que es característico de este tipo de accidente.

De la noción se desprende, primero, que es requerido que el trabajador se desplace de un lugar a otro, y segundo, que las tareas le hayan sido solicitadas por el empresario (requiriéndose, por tanto, que la prestación sea por cuenta ajena). En definitiva, debe haber un nexo inexcusable -o elemento causal- entre el desplazamiento y el trabajo, es decir, que al igual que en el accidente de trabajo común, la lesión debe ser consecuencia o con ocasión del trabajo.

Son ejemplos del accidente en misión, el desplazamiento temporal a otra localidad para la realización de tareas profesionales, encuentros con clientes, llevar a trabajadores o al empresario a su domicilio con el coche de empresa, entre otros<sup>3</sup>.

Sin embargo, esta definición se ve afectada por ciertas matizaciones que son necesarias realizar. Así, se excluyen los siguientes tipos de desplazamientos:

- Aquellos que son inherentes a la propia actividad, como los propios de los trabajadores del mar o en la actividad del transporte "que consiste precisamente en un desplazamiento permanente del trabajador como forma de cumplir la prestación de servicios. No se produce, por tanto, el desdoblamiento entre el trabajo y desplazamiento, que es propio de la misión típica, pues el trabajo normal consiste precisamente en el desplazamiento, en la actividad de realizar el transporte".4
- El que se efectúa del domicilio al centro de trabajo y viceversa, denominado accidente in itinere.

Además, del nexo causal se requieren otros dos elementos:

El elemento locativo, por el cual se considera lugar de trabajo "aquél en el que en cada momento el trabajador desempeña la misión, o bien el vehículo o medio de transporte utilizado mientras dura el desplazamiento"<sup>5</sup>. Definiéndose como un concepto amplio, cuya nota principal es que éste no sería el centro de trabajo del empleador.

El elemento temporal, esto es, que el incidente tenga lugar en tiempo de trabajo, que en los accidentes en misión abarcaría tanto el propio desplazamiento (el tiempo de viaje en el medio de transporte elegido) como el ejercicioen sentido estricto-, de la actividad profesional.

E indicamos, "en sentido estricto de la actividad profesional" porque, inicialmente, la jurisprudencia interpretó el elemento temporal de forma amplia, abarcando la presunción de laboralidad todo lo que sucedía durante la misión, principalmente porque durante dicho tiempo el trabajador no podía reintegrarse a su vida privada y a su domicilio familiar. Pero, posteriormente, concretó que determinadas estaban conectadas actividades. si no

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> "El accidente de trabajo en misión". Rodrigo Tascón López .Tirant Lo Blanch, 2010.pág. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> "El accidente laboral en misión". Mario A. Castellano Suárez, profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> "Los accidentes sufridos fuera del lugar de trabajo habitual o en misión". Daniel Toscani Giménez. Gestión práctica de riesgos laborales, N.º 28, junio 2006.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> STSJ CL 5760/2015 de Burgos. N. <sup>9</sup> recurso 738/2015. Ponente Carlos José Cosme Martínez Toral.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> "Últimos perfiles del accidente de trabajo en misión" Raquel Poquet Catalá. Profesora asociada de la UNIR. Revista jurídica de los Derechos Sociales Lex Social, Vol.7. Núm.1 (2017).

necesariamente con el trabajo, como los actos de la vida cotidiana, no gozaban de esa presunción de laboralidad.

Así, se ha debatido si los accidentes ocurridos durante el tiempo de descanso gozan o no de la presunción de laboralidad.

El Tribunal Supremo ha precisado que "no todo lo que sucede durante la misión tiene una conexión necesaria con el trabajo, cuando no es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral, máxime cuando ocurra en periodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal"<sup>6</sup>.

La doctrina también considera que los actos de descanso durante la misión, "forman parte de la actividad normal de la persona, debiendo tener la misma consideración cuando se usa de ellos en el lugar habitual de residencia o fuera de ella por razón de trabajo. Lo contrario es extender la consideración de accidente de trabajo a los ocurridos en el tiempo libre por el sólo hecho de estar desplazado, lo cual significa que el accidente no laboral es inexistente durante el tiempo que dure el desplazamiento".

Hay que distinguir estos tiempos de descanso u ocio para actos de la vida cotidiana, de aquellos otros en los que el trabajador está disponible, como en las guardias, o en aquellos trabajos con una disponibilidad permanente, en los que se puede considerar que se está dentro de la jornada laboral y, por tanto, se presume su carácter laboral.

Debemos mencionar la Directiva 2002/15/CE de 11 de marzo, aplicable al sector del transporte, por su utilidad para distinguir entre tiempo de trabajo, tiempo de disponibilidad y de descanso.

En el primero se está en el lugar de trabajo, a disposición del empresario en el ejercicio de las tareas normales, realizando funciones complementarias o en periodos de espera de carga o descarga.

En el tiempo de disponibilidad no se permanece en el lugar de trabajo, pero se está disponible para responder a posibles instrucciones que ordenen emprender o reanudar la conducción.

El tiempo de descanso, se define en oposición a "los periodos de disponibilidad".

En cuanto a los incidentes que tienen lugar

durante las pausas de actividad (para el café o un bocadillo, descanso para comer) son consideradas como tiempo de trabajo al igual que en el accidente de trabajo común.

Hay otras actividades de las que se duda si podrían encuadrarse dentro del concepto de accidente en misión, como las cenas de empresa, actos sociales o actividades deportivas. Si la asistencia es libre, no parece existir esa conexión con el trabajo, pero es controvertido si debe serlo en el supuesto de que el empresario haga especial hincapié en asistir.8

En cualquier caso, en los accidentes en misión, "habría de valorarse la situación concreta del trabajador al tiempo de sufrir el deterioro de la salud, mereciendo especial consideración aquellos indicios que permitan descubrir que el trabajador se encontraba pendientes de sus quehaceres profesionales, y de un modo u otro (sea por estar en tiempo de disposición, sea por mantenerse en el lugar indicado por la empresa, esperando nuevas instrucciones, sea por estar realizando tareas preparatorias), vinculado a ellos y, en consecuencia, sometido al poder de dirección empresarial".9

### II. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD:

El art. 156.3 Ley General de la Seguridad Social indica "Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo".

Establece así una presunción de laboralidad, de que la causa del accidente que ha provocado las lesiones, es la ejecución de la actividad profesional.

El trabajador sólo tendrá que demostrar que la lesión se ha manifestado en lugar y tiempo de trabajo y, automáticamente, se considerará que el accidente es laboral.

Esta presunción sólo quedará desvirtuada cuando ocurran hechos, de tal importancia, que sea evidente, a todas luces, la ausencia de relación entre trabajo y accidente.

Ello significa, que quien alegue la ausencia de nexo causal, que en lógica será el empresario, deberá probarlo (se invierte así la carga de la prueba u onus probandi).

Cobra importancia el concepto de "tiempo de trabajo", pues si concurre se dará esa presunción de laboralidad.

La jurisprudencia ha determinado que no sólo es tiempo de trabajo el dedicado a la

 $<sup>^{\</sup>rm 9}$  "El accidente de trabajo en misión". Rodrigo Tascón López. Tirant Lo Blanch 2010. Página 53.



<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> STS 1876/2007. "El accidente de trabajo in misión: legislación jurisprudencia española". Varios autores. Revista CES Derecho ISSN 2145-7719. Volumen 6 Número 1 Enero-Junio 2015.

<sup>7 &</sup>quot;Últimos perfiles del accidente de trabajo en misión" Raquel Poquet Catalá. Profesora asociada de la UNIR. Revista jurídica de los Derechos Sociales Lex Social, Vol.7, núm.1 (2017).

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> "Los accidentes sufridos fuera del lugar de trabajo habitual o en misión". Daniel Toscani Giménez. Gestión práctica de riesgos laborales, N. <sup>9</sup> 28, junio 2006.

ejecución del mismo, sino también "aquellos otros periodos que estén vinculados con el trabajo tales como, descansos, pausas e interrupciones, permaneciendo dentro del área de riesgo incluso habiendo finalizado la jornada: aseos, comedores, aparcamiento de la empresa, vestuarios".10

El accidente in itinere no tiene lugar durante el tiempo de trabajo (ni el lugar) por lo que no existe está presunción iuris tantum. Para que sea considerado accidente de trabajo, primeramente, la parte que lo alega, el trabajador en este caso, debe probar que el accidente reúne los cuatro elementos que son característicos de este tipo de accidentes (teleológico. topográfico, cronológico mecánico) esto es, que se produjo en tiempo y lugar de trabajo.

En cambio, en el accidente en misión sí se da esta presunción de laboralidad, al producirse esa ampliación del concepto de tiempo y lugar, que ya indicamos previamente con las matizaciones indicadas. Ahora bien, en cualquier caso, se exigirá que el trabajador pruebe la orden empresarial de la misión encomendada para verificar la realidad del desplazamiento.

Además, como expusimos anteriormente, la jurisprudencia más reciente afirma que durante todo el tiempo de la misión, el trabajador no está en tiempo y lugar de trabajo (periodos de descanso y de carácter privado), por lo que la lesión sufrida en esos periodos no goza de la presunción de laboralidad, aunque sólo bastará el indicio de que sí se ha producido en el lugar y en tiempo de trabajo.

Por último, quisiera recomendar la lectura de dos Sentencias recientes sobre los accidentes en misión para quien quiera ampliar esta materia.La primera de ellas es la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 23 de Junio de 2015, (STS 4364/2015 Núm. Recurso 944/2014), por fallecimiento de un empleado desplazado a Tailandia, tras regresar a España, como consecuencia de una infección por legionella contraída allí, cuyo ponente es Excmo. D. Luis Fernando de Castro Fernández.

Y la segunda, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 7 de Febrero de 2017, (STS 813/2017. Núm. Recurso 536/2015), cuyo ponente es Excmo. D. José Manuel Lopez García de la Serrana. En esta ocasión, la misión consistía en el desplazamiento habitual a diferentes lugares de España. El trabajador se sintió indispuesto por la mañana e informó a un compañero que se quedaría en la habitación del hotel. Posteriormente, falleció en dicha habitación por un infarto.

### III. LA DEUDA DE SEGURIDAD DEL EMPRESARIO. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ACCIDENTE DE TRABAJO

La Constitución Española, en su artículo 40.2, establece el deber de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Igualmente, el art. 43.1 reconoce el derecho a la protección de la salud y, por último, el art.15 configura, como un derecho fundamental, el derecho a la vida y a la integridad física y moral.

Igualmente, el art. 4.2 d) del Estatuto de los Trabajadores señala que los trabajadores tienen derecho a "su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene".

Estos derechos se han venido a plasmar en la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)- y en determinados Reales Decretos aplicables a sectores laborales específicos- y son consecuencia, no sólo de los derechos instaurados en la CE, sino también de los compromisos contraídos con la organización Internacional del Trabajo y con la Unión Europea.<sup>11</sup>

El artículo 42.1 de la Ley 31/1995, establece que "el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.'

Este artículo viene a plasmar las consecuencias de lo que se denomina la deuda de seguridad del empresario, instaurada en el art.14.1 LPRL, cuando indica "los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo" lo que "supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales" (incluso frente a los propios descuidos e imprudencias no temerarias de los trabajadores, según reza el art.15.4 LPRL).

Como bien se indica la protección ha de ser eficaz, es decir, es necesario no sólo instaurar las medidas de prevención adecuadas sino también vigilar que se cumplen y que son efectivas. Configurándose así, el empresario como un sujeto responsable de llevar a cabo dicho plan de prevención y de vigilar su cumplimiento (art.14.2 LPRL).

El incumplimiento de las medidas de instauración y vigilancia de su cumplimiento, se sanciona por el RD 5/2000, de 4 de agosto,

<sup>10 &</sup>quot;La presunción de laboralidad del accidente sufrido en tiempo y lugar de trabajo". Daniel Toscani Jimenez, profesor titular de la Universidad de Valencia. Capital Humano. Núm. 228. Enero 2009.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> "La indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo: criterios jurisprudenciales". Maria Luisa Segoviano Astaburuaga. Magistrada del Tribunal Supremo. Blog Actum Lefebvre nº50.Abril, 2011.

por el TRLISOS<sup>12</sup>, que establece un sistema de control administrativo.

El incumplimiento de la deuda de seguridad conlleva el nacimiento de la responsabilidad del empresario que puede ser varios tipos: responsabilidad administrativa, responsabilidad penal, la responsabilidad laboral y, por último, civil por daños y perjuicios.

### IV. BREVE REFERENCIA A LOS TIPOS DE **RESPONSABILIDAD:**

### RESPONSABILIDAD PENAL:

empresario puede incurrir responsabilidad penal como consecuencia de un accidente de trabajo, así ocurre en los casos de fallecimiento por homicidio imprudente o bien, de lesiones por imprudencia grave que conllevan penas de presión de distinta duración.

Pero también, se imponen determinadas penas ante el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo con el objeto de proteger la vida, salud e integridad de los empleados. Así, los artículos 316 y 317 del Código Penal establecen la obligación de facilitar los medios necesarios para que los trabajadores eiecuten su actividad laboral con las medidas de seguridad necesarias sin poner en peligro su vida, salud o integridad física.

Establece así tres elementos básicos del tipo delictivo:

- "El "no facilitar medios necesarios" se configura como un delito de comisión por omisión, según la doctrina y parte de la Jurisprudencia y no como un delito de omisión pura.

Es decir, se produce una equiparación entre la omisión y la acción, entendiéndose que la persona -que debe tener un especial deber jurídico de cuidado- que omite una acción ha realizado una conducta activa que ha producido un resultado que es considerado delito. Es lo que se ha denominado omisión impropia y que se plasma en el art.11 del Código Penal.

- Por "medios necesarios" se maneja comprendiendo un concepto amplio, todos los recursos personales, materiales y organizativos que los empresarios están obligados a facilitar para evitar o disminuir el riesgo generado por la actividad laboral, habiéndose inclinado el Tribunal Supremo por este concepto amplio de medios comprendiendo la información, la formación, la vigilancia y el control, la adecuada organización y planificación de la actividad y por supuesto los medios materiales.

- Por último, se exige un peligro real, (no hipotético) y efectivo".13

Para su comisión no es necesario que se haya producido un siniestro ya que se configura como un delito de peligro o de riesgo<sup>14</sup>, por el que se penaliza el incumplimiento de medidas de seguridad y salud que pongan en peligro la vida y la integridad física de los trabajadores, aunque no se haya concretado el riesgo en un resultado de lesiones.

### RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA:

Las infracciones administrativas vienen reguladas en el Real Decreto legislativo 5/2000 del Texto refundido de la ley sobre infracciones y sanciones en el Orden Social (TRLISOS) v. en concreto, en su art.5.2. Que indica "Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley".

Estas infracciones pueden derivar, por tanto, de conductas de hacer, o bien, de no hacer.

Con carácter general, establece un régimen sancionador pecuniario pero, para supuestos de especial gravedad, impone una serie de sanciones adicionales como la paralización de los trabajos, la suspensión e incluso el cierre del centro de trabajo y limitaciones para contratar con la Administración, entre otras. Medidas que, como veremos, recogerá el inspector de trabajo en el acta de infracción.

Debemos mencionar, que la responsabilidad penal y administrativa no son compatibles entre sí, en base al denominado principio "non bis in idem". Así el art.3.1 RDL 5/2000 (TRLISOS) indica "no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente en los casos que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento". Si las infracciones pudieran ser constitutivas de delito la Administración se abstendrá de seguir su procedimiento sancionador hasta que la vía penal haya concluido.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> "La responsabilidad civil del empresario por daños derivados del accidente de trabajo". Doctorado Aurelia Carrillo Lopez.Universidad de Granada.2014.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Ponencia Master Responsabilidad Civil 2017. Escuela de práctica jurídica de la Universidad de Granada. Modulo Responsabilidad del Empresario. Marta Martín Santos. Fiscal Delegada de Siniestralidad Laboral.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> "La indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo: criterios jurisprudenciales". Maria Luisa Segoviano Astaburuaga. Magistrada del Tribunal Supremo. Blog Actum Lefebvre nº50.Abril, 2011.



### **RESPONSABILIDAD LABORAL:**

Se centra en dos figuras: las prestaciones de la seguridad social y el recargo de prestaciones, del que hablaremos más adelante. Ambas se regulan en la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) y tienen como finalidad proteger al trabajador una vez ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad profesional.

### **RESPONSABILIDAD CIVIL:**

Dentro de la responsabilidad civil hay que distinguir entre la responsabilidad civil derivada de delito (ex delito), la responsabilidad civil derivada de culpa contractual y la responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual (aquiliana).

Vamos a centrarnos únicamente la responsabilidad civil contractual y extracontractual, que conllevaran, en caso de estimarse, una indemnización adicional al trabajador por el daño causado con el objeto de reparar íntegramente el daño.

### RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL:

La sólo existencia de un accidente laboral no conlleva automáticamente responsabilidad empresarial. Se debe acreditar un conducta directa del empresario causante del daño para poder exigir una indemnización complementaria -que repare los daños y perjuicios causadosbasada bien, en una responsabilidad contractual o bien, en una responsabilidad extracontractual o aquiliana.15

La primera de ellas, encuentra su razón de ser en el artículo 1.101 del Código Civil y siguientes, y la segunda en el artículo 1.902 y 1.903 (responsabilidad por hecho ajeno) del mismo texto legal.

Parece claro, que la responsabilidad del empresario se configura como una responsabilidad contractual -derivada de la deuda de seguridad establecida en el

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> "La responsabilidad civil del empresario por daños derivados del accidente de trabajo". Doctorado Aurelia Carrillo Lopez. Universidad de Granada, 2014.



ordenamiento jurídico (establecida en el art.14 LPRL) - dada la existencia de un contrato de trabajo que vincula al empresario con el trabajador. O en otras palabras, el ilícito -que determina la responsabilidad del empresariopor infracción de las medidas de seguridad, control y vigilancia, deriva del contrato de trabajo.

Sin embargo, esta cuestión fue objeto de polémica durante bastante tiempo, ya que tanto la Sala IV como la Sala I del Tribunal Supremo mantenían criterios dispares, así la Sala IV optaba por considerar que responsabilidad civil tenía naturaleza contractual y otorgaba la competencia a los Juzgados de lo Social, mientras que la Sala I difería y consideraba que la responsabilidad era de naturaleza extracontractual, con la consiguiente competencia de los Juzgados del orden civil.

Los argumentos de la Sala I, para determinar su competencia eran, entre otros, que la Jurisdicción civil no está vinculada a la social, siendo independiente de ésta, y que la Sala de lo Civil no está vinculada más que por el imperio de la Ley y su propia jurisdicción.<sup>16</sup>

Además, defendía su competencia por el carácter privado de la reclamación al ser, tanto el trabajador como el empresario, particulares, porque la pretensión de reparación tampoco se fundamentaba en los derechos y obligaciones del contrato, sino en el art.1902 CC, y, por tanto, el daño se configuraba como resultante de una conducta ajena al contrato.

Además, la Sala I adoctrinó la denominada "unidad de culpa civil" de la que resulta que "cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual, y al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente o, incluso, proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso que más acomoden a aquellos, todo ello a favor del perjudicado".17

Finalmente, la Sala I -en su Sentencia de 15 de Enero de 2008 (Rec.1395/07)- se adhirió al criterio de la Sala IV estableciendo que, si el hecho determinante del daño deviene de un incumplimiento laboral (dentro de la órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial), se considerará que hay un incumplimiento contractual y la jurisdicción competente será la Social, independientemente de si la demanda se basa en responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Así, su fundamento de derecho quinto expresa: «A juicio de esta Sala, por consiguiente, habrá incumplimiento del contrato de trabajo en aquellos casos en que se vulneren las normas voluntarias, colectivas o legales, reguladoras del mismo, porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1258 CC, los contratos obligan desde el momento de su perfección no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Y por ello, las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores forman parte del contenido del contrato de trabajo según las normas legales que lo regulan (...)»

Por tanto, las obligaciones de seguridad de los trabajadores, forman parte del contrato de trabajo, según se interfiere de la normativa existente (art, 14 y 42 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales) y, si el accidente de

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> "La responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo" José Antonio Sanfulgencio Gutiérrez. Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> "A vueltas sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil de un accidente de trabajo: ¿El principio de un desencuentro? Jorge Ricardo Pardo Gato. Abogado. Revista de responsabilidad civil y seguro.



trabajo, es debido a un incumplimiento de aquéllas, la responsabilidad será contractual y la jurisdicción competente la Social.

La Ley 36/2011, de 10 de Octubre, reguladora de la Jurisdicción Social ha venido a consagrar definitivamente este criterio, estableciendo la competencia del orden social para todos aquellos asuntos de reclamación de daños y perjuicios por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Quedando únicamente fuera de este orden, los pleitos entre el empresario y los obligados a coordinar con él las actividades preventivas de riesgos laborales (art.3.b Ley 36/2011).18

### LA CULPA:

Se hace necesario, en este punto, hablar de la culpa como elemento típico de la responsabilidad y su trato, diferente, en ambos órdenes jurisdiccionales.

Los artículos 1.101, 1.103 y 1.902 del Código Civil establecen que los daños y perjuicios deben causarse mediante culpa o negligencia, por lo que en el ámbito de la responsabilidad del empresario no debería llegarse a una conclusión diferente.

En el orden jurisdiccional civil, la Sala I del Tribunal Supremo, ha concretado que aunque sigue siendo necesario el requisito de la culpa,

<sup>18</sup> "Responsabilidad por accidentes de trabajo con especial referencia a la indemnización civil y al nuevo baremo de la Ley 35/2015". José Manuel López y García de la Serrana. Ponencia Master en Responsabilidad civil, Granada. 17 de Marzo 2017.

el incremento de actividades peligrosas ha determinado que la persona -que consigue un beneficio de esas actividades- debe responder, especialmente, por la creación de ese riesgo, no dependiendo esa responsabilidad de la culpa o negligencia. Esta cuasi-objetivación de la responsabilidad requerirá la exigencia de una diligencia cualificada.<sup>19</sup>

Por contra, en el orden jurisdiccional social, no se ha producido una eliminación del elemento culposo. Es necesario acreditar la culpa o negligencia, es decir, acreditar que la empresa ha incumplido alguna norma de seguridad y que media relación de causalidad entre la infracción y el daño. Ahora, no debe entenderse como una culpa en su sentido clásico, sin posibilidad

<sup>19</sup> "Como señala la sentencia de 11 de junio de 2008 (Rec. 458/01), se parte del principio de responsabilidad subjetiva, pero se admiten supuestos en los que debe acentuarse la imputabilidad objetiva del daño a su causante, cual ocurre en los supuestos en que concurren especiales deberes de diligencia impuestos por la creación de riesgos extraordinarios, o en que debe exigirse la prueba de haber actuado diligentemente al causante del evento dañoso, por razones, más que de una inversión de la carga de la prueba, del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo." "Responsabilidad por accidentes de trabajo con especial referencia a la indemnización civil y al nuevo baremo de la Ley 35/2015." José Manuel López y García de la Serrana. Ponencia Master en Responsabilidad civil, Granada. 17 de Marzo 2017. Página 19.

de atenuación alguna, excluyendo así la responsabilidad por riesgo u objetiva.

el empresario, se exonera de responsabilidad en los casos de fuerza mayor y caso fortuito (por hecho imprevisto ajeno a la empresa), negligencia exclusiva de la víctima (por imprudencia temeraria) y por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario.

El fundamento de excluir la responsabilidad por riesgo se encuentra en que, si el empresario es siempre responsable civil -cumpla o no las medidas de seguridad e higiene-, se produciría una "desmotivación" a observar tales normas, por lo que las sanciones perderían su efecto disuasorio.

La carga de la prueba recae sobre el empresario (como así se establece en el art. 96.2 de la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social, cuando se indica "corresponderá a los deudores de seguridad....probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de la responsabilidad") quien deberá probar que actuó con la diligencia debida, que según el art.1.104 Código Civil es "aquella diligencia que requiere la naturaleza de su obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar". Además, no es la única norma que regula el asunto ya que conforme establece el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la carga de la prueba recae en el empresario.

En conclusión, la jurisdicción civil, por reclamación en base a la responsabilidad civil extracontractual, del art.1.902 del Código Civil, en el caso de accidentes de trabajo, ha quedado relegada a los daños ocasionados por un tercero ajeno a la relación laboral (no pudiendo surgir entre empresario y trabajador) pero también, a los daños ocasionados por un empresario a un tercero ajeno a la relación laboral (véase Sentencia del caso "Uralita", en el que la Sala de lo civil, del Tribunal Supremo, declaró competente a la jurisdicción civil para conocer de las demandas de tres amas de casa que habían enfermado como consecuencia del amianto al lavar la ropa del trabajo de sus maridos<sup>20</sup>).

### 45/1999 LEY **SOBRE** DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN EL MARCO DE UNA PRESTACION DE SERVICIOS TRANSNACIONAL.

Como es sabido, el Tratado de la Unión Europea instauró unas determinadas libertades

<sup>20</sup> "Responsabilidad civil y responsabilidad laboral derivadas de una misma contingencia profesional. De nuevo sobre la jurisdicción competente. Carlos Gómez Liguerre. InDret. Enero. 2016.

fundamentales europeas entre las que hay que destacar, por su relación con el tema del presente trabajo, la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores.

Ello ha conllevado que numerosas empresas trasladen, temporalmente, a trabajadores a otros países de la UE para ejercer allí su actividad profesional, pensemos en empresas multinacionales que trasladan durante unos meses a algún trabajador a una de las empresas del grupo en otro país miembro, o bien en una empresa contratista que desplace a sus trabajadores a una empresa principal situada en otro Estado miembro para realizar un encargo profesional puntual allí.

Como hemos visto, los accidentes de trabajo sufridos por los trabajadores, durante estos tipo de desplazamiento transnacional señalados previamente, será considerado como un accidente en misión, con las particularidades que ello reviste. Además, esta situación entrañará -en caso de accidente laboral-, una serie de dificultades, que intentaremos esbozar, dado que en la relación laboral habrá una pluralidad de sujetos intervinientes con sede jurídica en distintos países europeos en la mayoría de los supuestos. Dejaremos de lado, en nuestro desarrollo, aquellos desplazamientos en los que sólo intervenga un empresario.

En consecuencia al establecimiento de aquellas libertades de libre prestación de servicios y de circulación de los trabajadores, se han aprobado una serie de normas para regular las condiciones de estos desplazamientos, así surge la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Diciembre de 1996, transpuesta al ordenamiento español a través de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

A su vez, se hizo necesario dictar diversos reglamentos -en materia de seguridad socialdestacando el Reglamento 1408/1971 y Reglamento 883/2004, en los que no vamos a entrar.<sup>21</sup>

Recientemente, la Directiva 2014/67/UE de 15 de mayo de 2014 ha venido a introducir algunas modificaciones a la Directiva 96/71/ CE, con el objetivo de mejorar su aplicación y cumplimiento.

Esta Directiva 2014/67/UE ha tenido su transposición en el ordenamiento español por RD Ley 9/2017, de 26 de mayo, introduciendo algunos cambios en la Ley 45/1999, de 29 de Noviembre.

<sup>21 &</sup>quot;Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004". Aurelio Desdentado Bonete. Magistrado del Tribunal Supremo. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Por trabajador "desplazado" señala la Directiva 96/71/CE se entiende "a todo aquél trabajador que, durante un periodo de tiempo limitado, realiza su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en el que ejerce normalmente su actividad, y esto sin perjuicio de la proximidad o vecindad del país" pero introduciendo una condición "siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento".

El objetivo de la Ley 45/1999 es garantizar la aplicación de determinadas condiciones mínimas de trabajo de la legislación del país de ejecución del trabajo, independientemente de la ley que rija el contrato de trabajo, no sólo para proteger al trabajador sino también para evitar la competencia desleal entre las empresas.

El ámbito de aplicación son las empresas establecidas en un Estado Miembro de la UE o signatario del EEE<sup>22</sup> que desplacen trabajadores a España, así como aquellos países que en virtud de un Convenio Internacional puedan prestar servicios en España (y que, por tanto, pueden no ser países miembros).

La D.A.1º amplía su ámbito de aplicación inicial al establecer que esta Ley también es aplicable a las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente trabajadores al territorio de Estados Miembros de la UE o signatarios del EEE. 23

Como hemos indicado, la Ley 45/1999 es la transposición de la Directiva 96/71/CE al ordenamiento jurídico español, por lo que, en el caso de trabajadores de empresas españolas desplazados a la UE, también se deberá tener en cuenta las leves estatales de transposición de dicha Directiva en los respectivos ordenamientos jurídicos de otros Estados miembros.

La Ley 45/1999, por último, delimita los tipos de desplazamientos amparados por la norma, que son:

- Los desplazamientos en ejecución de un contrato de prestación de servicios entre empresas (contratas y subcontratas).
- Los desplazamientos derivados de una cesión temporal de trabajadores (Empresas de Trabajo Temporal, a partir de ahora ETTs).
- Los realizados dentro de la propia empresa o del grupo de empresas que forme parte.

<sup>22</sup> Islandia, Noruega y Liechtenstein.

Por último, excluye de su aplicación: a los desplazamientos de la marina mercante, los que se lleven a cabo para actividades formativas, los desplazamientos cuando no exista relación laboral entre el trabajador y la empresa de origen, y finalmente, los de duración inferior a ocho días (exceptuando los llevados a cabo por una ETT).

En cuanto al tiempo que debe durar el desplazamiento temporal nada dice la ley, lo cual resulta paradójico teniendo en cuenta su carácter temporal, por lo que habrá que estar a lo que se prevea en el contrato de trabajo o en la normativa aplicable a dicho contrato de trabajo.

Tras delimitar los tipos de desplazamientos la ley impone una serie de condiciones de trabajo que deben respetarse obligatoriamente, conformándose lo que ha venido a llamarse el "núcleo duro" de la ley, independientemente de la legislación aplicable al contrato de trabajo.

Las condiciones de trabajo que conforman este núcleo duro son: los periodos máximos de trabajo y los periodos mínimos de descanso, las cuantías del salario mínimo, la igualdad de trato y no discriminación, la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo, la no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial, y los derechos de huelga y reunión entre otros.

Para concluir, la Ley impone una serie de obligaciones instrumentales, entre ellas, la comunicación del desplazamiento a la autoridad laboral del país receptor del trabajador, así como una obligación de cooperación con las Administraciones Públicas de otros Estados en materia de información e inspección de trabajo, de la que hablaremos más adelante, en concreto, en el capítulo de "Pluralidad de Administraciones Públicas".

PROBLEMATICA **DERIVADA** DEL ACCIDENTE DE TRABAJO DURANTE EL DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES DE EMPRESAS ESPAÑOLAS A OTROS PAISES DE LA UE/EEE EN EL MARCO DE LA LEY 45/1999.

En el contexto que acabamos de ver, esto es, de trabajadores desplazados, con carácter temporal, por empresas españolas (empresa de origen) a otras empresas con sede en la UE/EEE (empresa destinataria), siempre que dichas empresas pertenezcan: al mismo grupo empresarial (filiales o multinacionales), a una empresa contratista que desplaza a la empresa principal o viceversa, o a una empresa de trabajo temporal a una usuaria; cambiando así el trabajador temporalmente del centro de trabajo habitual, surgen infinidad de preguntas, que intentaremos, si no resolver, al menos señalar.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> "La ley 45/1999, de 29 de Noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional". José Ignacio García Ninet y Arantxa Vicente Palacio. Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 27. Derecho Social Internacional y Derecho Comunitario. Depósito legal: M.12.168-1998.

### LEY APLICABLE AL CONTRATO TRABAJO:

Para empezar, debemos determinar cuál es la ley aplicable al contrato de trabajo y, para ello, debemos acudir al Reglamento Roma I (CE) n. º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que sustituye al Convenio de Roma de 1980, y que determina cual es la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo de carácter internacional.24

El artículo 8 del Reglamento Roma I establece lo siguiente:

«1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes.... No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.

2. En defecto de elección por las partes: "el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.

3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.

4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.

Como hemos indicado la Directiva 96/71/ CE, transpuesta en nuestro ordenamiento por la Ley 45/1999, establece una serie de condiciones de trabajo mínimas (núcleo duro), que pueden prevalecer sobre la ley aplicable del país de origen, si son más beneficiosas en el país de destino. Es decir, que la lex contractu cede temporalmente ante la lex loci laboris temporalis.25 Con ello, se añade una protección adicional a favor del trabajador que el juzgador deberá tener en cuenta.

Ello conlleva, como apunta María Gema Quintero Lima, en "La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales. Página 191." que pudiera haber dos legislaciones aplicables al mismo tiempo, ya que, como vimos, la Ley 45/1999 dispone que, en su núcleo duro, se encuentra, entre otras, las normas relativas a la seguridad, salud e higiene laborales. Por lo que, pudiera darse la situación que se aplicaran las normas de prevención de riesgos laborales de un Estado (bien el de origen, bien el de destino, en función de cual fuera el más beneficioso) y, en el resto de condiciones de trabajo, rigiese la normativa del otro Estado. Lo que se vislumbra como ciertamente complejo en el supuesto de conflicto.

Una vez determinada la ley aplicable, el Reglamento Roma I, nos aclara que dicha ley regulará las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, así como la indemnización de daños y perjuicios, entre otras materias.

Por tanto, en el supuesto de un accidente de trabajo sufrido por un trabajador de una empresa española, durante su desplazamiento temporal a UE, deberemos concretar cuál es la ley aplicable, ya que es la que regirá para la reclamación de daños y perjuicios, es decir, la reclamación de la responsabilidad civil adicional.

Como acabamos de ver, no hay una única opción, por lo que podría ser aplicable tanto la ley española como la ley extranjera (e incluso ambas, en el caso de normas integrantes del núcleo duro de la Ley 45/1999).

Por último, únicamente añadir que la ley extranjera debe ser alegada por quien pretende aplicarla, lo que abre otro capítulo interesante, que no vamos a analizar ahora, cual es la aplicación del derecho extranjero por los tribunales de un país.

Una vez determinada la legislación aplicable hay que sumar otra dificulta añadida:

### JURISDICCION INTERNACIONAL COMPETENTE:

Para determinar la jurisdicción internacional competente debemos acudir Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> "El Convenio de Roma de 1980 sigue siendo aplicable en Dinamarca en virtud de la opción de este país de no participar en los instrumentos de justicia civil, incluido el Reglamento Roma I, así como en determinados territorios de ultramar de los Estados miembros que no se consideran territorios de la UE en virtud del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Reglamento Roma I se aplica a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009". Guía Práctica Competencia judicial y legislación aplicable a los litigios internacionales entre trabajadores y empresarios. Comisión Europea. http://e-justice.europa.eu

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> "La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales". María Gema Quintero Lima. Profesora titular del trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012). Vol.4. №1.pp 180-221. ISSN 1989-4570. www.uc3m.es/cdt.

la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis).

Este Reglamento determina la competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo "en la medida en que en el litigio no intervenga ninguna autoridad pública como demandante o demandada". "Los litigios relativos a la Seguridad Social que surjan entre las autoridades administrativas y los trabajadores están excluidos"26

El art.21.1 del Reglamento indica:

"Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados:

- a) ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que estén domiciliados, o
- b) en otro Estado miembro:
  - ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado, o
  - si el trabajador no desempeña o no ha desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador".

Sobre el concepto del "lugar en el que habitualmente el trabajador desempeñare su trabajo" podríamos detenernos en su análisis pero nos remitimos a la reciente sentencia del TJUE de 14 de Septiembre de 2017 (asuntos C-168 y 169/2016) para quien quiera ampliar esta materia.<sup>27</sup>

La Directiva 2014/67/UE ha consolidado el criterio establecido por la Directiva 96/71/CE, que añadió un foro adicional, al indicar que los trabajadores podrán demandar al empresario en el país en el que el trabajador hubiera sido o hubiera estado desplazado, siempre que las reclamaciones versen sobre los aspectos del núcleo duro de la Directiva 96/71/CE, exclusivamente.

En el caso de la Ley 45/1999, se establece que -en el caso de trabajadores desplazados por empresas europeas a España- serán competentes los Juzgados de lo Social para conocer de estos asuntos (entendemos que el resto de legislaciones europeas, al transponer

la Directiva a su ordenamiento interno, habrán incluido este foro en sus respectivos países señalando los juzgados competentes en sus propios países).

Por tanto, un trabajador de una empresa española desplazado temporalmente a UE podrá demandar al empresario español en el país de destino, gracias al foro añadido, o en el país de origen.

En caso de que la responsabilidad no fuera del empresario español, sino de tercero ajeno a la relación laboral que tuviera su domicilio fuera de España, nos obligaría a revisar la jurisdicción internacional competente para las obligaciones extracontractuales, así como la ley aplicable en el Reglamento (CE) Nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales o Roma II, supuesto que analizaremos más adelante.

En el supuesto de demanda conjunta frente a varios demandados, se podrá elegir el foro del domicilio de cualquiera de ellos, según reza el art.8 del Reglamento Bruselas I Bis "siempre que las demandas estén vinculadas entre sí...a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente".

### **DUPLICIDAD DE EMPRESARIOS:**

El desplazamiento transnacional de trabajadores. enmarcado en la Directiva 96/71/CE y su transposición por la Ley 45/1999, como hemos visto se aplica a:

- Los desplazamientos en ejecución de un contrato de prestación de servicios entre empresas (contratas y subcontratas).
- Los desplazamientos derivados de una cesión temporal de trabajadores (ETTs).
- Los realizados dentro de la propia empresa o o del grupo de empresas que forme parte.

Lo que significa que, casi siempre<sup>28</sup>, va a haber una duplicidad de empresarios intervinientes, el empresario del país de origen del trabajador y el empresario del país de destino.

Esto conlleva examinar las relaciones que unen a dichas empresas y "genera la necesidad de diferenciar entre las obligaciones que se han de cumplir en

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Guía Práctica Competencia judicial y legislación aplicable a los litigios internacionales entre trabajadores y empresarios. Comisión Europea. http://e-justice.europa.eu

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> "El concepto de lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo. El caso Ryanair y Crewlink." El blog de Eduardo Rojo Torrecilla. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Barcelona. 16 de Septiembre de 2017.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> "Dado que cabe el desplazamiento entre centros de trabajo de la misma empresa (multinacional), sitos en Estados distintos, en los que no habría como tal una dualidad de empresarios", página 198. "La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales". María Gema Quintero Lima. Profesora titular del trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012). Vol.4. №1.pp 180-221. ISSN 1989-4570. www.uc3m.es/cdt.

origen, las que se han de cumplir en destino, y las que se han de cumplir en origen y en destino."<sup>29</sup>

Partiendo de esta clasificación de los desplazamientos y de que la legislación española fuera la aplicable a la relación contractual, vamos a examinar la responsabilidad empresarial en los dos primeros supuestos, contratas y subcontratas y empresas de trabajo temporal. Sin olvidarnos, que estos desplazamientos se llevarán a cabo temporalmente, estando el centro de trabajo habitual en España, único supuesto en el que el accidente sería considerado en misión.

Como ya hemos indicado, el empresario no es el único sujeto responsable tras un accidente de trabajo, ya que hay terceros que también pueden compartir dicha responsabilidad. Así, los servicios de prevención, las mutuas de accidentes de trabajo, las empresas usuarias del servicio, las empresas del mismo grupo, las contratas y subcontratas e, incluso, terceros ajenos a la relación contractual.

Todo ello conllevará diversas responsabilidades de distinta naturaleza, así responsabilidad contractual de empresario frente al trabajador y responsabilidad extracontractual de los servicios de prevención y terceros ajenos al contrato frente al trabajador.

# LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS:

El art. 42 del Estatuto de los Trabajadores regula la figura jurídica de la contratación y subcontratación de obras o servicios de la propia actividad.

Pero no hay en el ordenamiento jurídico una definición de ambos conceptos, por ello la doctrina los ha definido como:

En el caso de la contrata: "aquel tipo contractual «en virtud del cual una parte llamada contratista, asume la obligación de realizar una obra o servicio determinados a favor del empresario principal o comitente, que asume a su vez la obligación de pagar por ello un precio» y la subcontrata como «el acuerdo contractual por el que un contratista o titular de un encargo de contrata encomienda a otro contratista la ejecución de determinadas obras o servicios que forman parte del encargo productivo más complejo que aquél se ha comprometido a realizar».<sup>30</sup>

En cuanto a la definición de propia actividad la

jurisprudencia ha venido a definirla indicando que "estaremos antes una contrata correspondiente a la propia actividad cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial" 31

El art. 24 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos laborales, de 8 de noviembre, impone la obligación al empresario principal o comitente, de un deber de vigilancia del cumplimiento de esta normativa por parte de los contratistas y subcontratistas, que desarrollen su actividad en los propios centros de trabajo del empresario principal, y para ello, deberá llevar a cabo una coordinación de actividades con los contratistas.

La responsabilidad del empresario principal deriva así de la propia responsabilidad in vigilando y no del incumplimiento de la ley de prevención por parte del contratista.

Además, el empresario principal tiene la obligación de asegurar que la prestación laboral se lleve a cabo en condiciones seguras para los trabajadores, dado que la actividad se está realizando en su propio centro de trabajo.

Por otro lado, las obligaciones del contratista también serán correlativamente las mismas, deber de cumplir con las normas de prevención y deber de vigilar que el centro de trabajo del empresario principal es seguro y si no lo es, exigir al empresario principal que lleve a cabo las modificaciones que sean necesarias para que lo sea.

Por lo que ambas partes contraen obligaciones tanto propias como de vigilancia del otro, por ello, el art.42.3 del texto refundido de la Ley de infracciones y Sanciones del Orden Social (TRLISOS), establece una responsabilidad solidaria entre el empresario principal y los contratistas y subcontratistas cuando hay un incumplimiento en salud y seguridad laboral.

Esta solidaridad se ha llamado impropia, ya que "la obligación de uno y otro responsable tiene distinta fundamentación legal, ya que la de uno nace del contrato de trabajo y la de otro de un precepto legal que le obliga a vigilar y responder cuando crea un riesgo por quien contrató".<sup>32</sup>

La solidaridad impropia es una creación jurisprudencial y, se diferencia de la solidaridad propia, en que no nace de la ley o de la voluntad de las partes y responde a razones de seguridad e interés social, en beneficio del acreedor que puede dirigirse indistintamente frente a cualquiera de los deudores (estableciendo,

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> "La responsabilidad civil del empresario por daños derivados del accidente de trabajo". Doctorado Aurelia Carrillo Lopez.Universidad de Granada, 2014.



<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> "La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales". María Gema Quintero Lima. Profesora titular del trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012). Vol.4. Nº1.pp 180-221. ISSN 1989-4570. www.uc3m.es/cdt.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> "Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora." Fernando Salinas Molina. Magistrado del Tribunal Supremo. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº38. Derecho del Trabajo.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> "Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora." Fernando Salinas Molina. Magistrado del Tribunal Supremo. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº38. Derecho del Trabajo.

además, la innecesaridad del litisconsorcio pasivo).

La responsabilidad solidaria se establece como una responsabilidad por culpa, ya que se debe imputar un incumplimiento negligente en cualquier caso, aunque no se pueda individualizar las respectivas responsabilidades (por lo que se atribuye ficticiamente un idéntico porcentaje de responsabilidad a cada uno).

En cuanto a los supuestos de distinta actividad, también se puede extender la responsabilidad al empresario principal si el accidente laboral deviene de un incumplimiento negligente por parte de éste, dentro de su esfera de responsabilidad. Pero no responde de vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos del contratista dado que, al no ser su propia actividad, no tiene por qué conocerla.<sup>33</sup>

supuesto de desplazamientos transnacionales de un trabajador de una empresa española, (el empresario principal estará en el país de destino mientras que el contratista será la empresa española) recordemos que la Directiva 96/71/CE y la ley 45/1999 establecen como parte de su núcleo duro, las normas de seguridad, salud e higiene, y para asegurar su cumplimiento establece una serie de normas instrumentales<sup>34</sup>.

De lo analizado, y teniendo en cuenta que la legislación aplicable al contrato de trabajo fuera la española, se desprende que en caso de accidente de trabajo debido al incumplimiento de los deberes de seguridad, el trabajador desplazado a un país de la UE, podría exigir responsabilidad civil a ambos empresarios. Pero entendemos, que sería más sencillo optar por exigir responsabilidad civil -contractualúnicamente a su propio empresario, no llamando al proceso al empresario principal -que está domiciliado en otro país- dada la naturaleza solidaria de la responsabilidad de ambos y la innecesaridad de litisconsorcio pasivo. Además de optar por los Juzgados de lo Social españoles como competentes para resolver la causa, al estar en España el domicilio del demandado, y no optar por los Juzgados del país de destino que tendrían que aplicar un derecho extranjero, que no conocen.

### LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

Conviene señalar que resulta difícil imaginar un supuesto de accidente en misión aplicable a este caso, sólo lo sería en el supuesto de que el trabajador fuese contratado por la ETT en España, para llevar a cabo su actividad en una empresa usuaria en España, pero que -puntualmente- cambiase su actividad laboral a otro centro de trabajo en la UE (por ejemplo, a una filial de la empresa usuaria) ya que, para que el accidente de trabajo fuese considerado en misión, el centro de trabajo debe variar del habitual.

La regulación de las Empresas de Trabajo Temporal (ETTs) es muy amplia, así tenemos:

- La Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo temporal.
- La Ley 14/1994 de empresas de trabajo temporal, de 1 de junio.
- El Reglamento RD 4/1995, de 13 de Enero, de desarrollo de la lev.
- La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995 de 8 de Noviembre.
- El Reglamento RD 216/1999, de 5 de febrero. en materia de seguridad y salud.

Esta regulación establece las obligaciones y responsabilidades en materia de riesgos laborales de la ETTs y de la empresa usuaria. Debemos concretar que la empresa de trabajo temporal es la empresa que contrata al trabajador y la empresa usuaria es la que recibe la prestación laboral del trabajador a través del contrato de puesta a disposición. Por lo tanto, para ambas, se derivan obligaciones distintas.

El art. 28 de la LPRL, viene a consagrar el derecho de los trabajadores contratados a tener idéntica protección en materia de seguridad v salud que el resto de la plantilla de trabajadores de la empresa usuaria.

Hay que distinguir, entre aquellas obligaciones que se imponen antes del inicio de la ejecución de la actividad laboral, de aquellas que surgen una vez iniciada la prestación de servicios.

Así, antes del inicio de la prestación laboral, la empresa usuaria debe informar a la ETT sobre la normativa en prevención de riesgos laborales, del sector específico en el que el trabajador va a desarrollar su actividad, así como sobre las características del puesto de trabajo y la cualificación requerida.35 Una vez que la ETT recibe esta información, deberá trasladarla al trabajador. Además, la empresa usuaria deberá verificar que el trabajador propuesto es idóneo

<sup>33 &</sup>quot;Responsabilidad por accidentes de trabajo con especial referencia a la indemnización civil y al nuevo baremo de la ley 35/2015". Master en Rc Granada. 17 de Marzo de 2017. José Manuel López y García de la Serrana.

<sup>34</sup> Debemos matizar que hablamos, en cualquier caso, de trabajadores de empresas contratistas cuyo centro de trabajo habitual está en España, pero que temporalmente son desplazados a otro a Estado Miembro con el objeto de realizar su actividad laboral a una empresa principal. Por lo que, los accidentes de trabajo que allí ocurran serán accidentes de trabajo en misión.

<sup>35 &</sup>quot;La responsabilidad civil del empresario por daños derivados el accidente de trabajo" Doctorado Aurelia Carrillo Lopez. Universidad de Granada, 2014.



para el puesto ofrecido e informarle de los riesgos de su puesto.

Una vez que el trabajador ha iniciado su contrato de trabajo ejecutando la actividad laboral en la empresa usuaria, pasan a ésta las obligaciones en materia de seguridad y salud como así se establece en el art.28.5 LPRL ("En las relaciones de trabajo a través de empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores").

de motivo esta imputación responsabilidad está en que la empresa usuaria es la que recibe la prestación laboral y sobre la que pesa la dirección y el control de su actividad.

Residualmente, la ETT deberá verificar que el trabajador es idóneo para el cargo, darle la formación adecuada para dicho puesto y, por último, deberá vigilar su salud con las evaluaciones médicas correspondientes.

En el supuesto de accidente de trabajo, el responsable principal será, en lógica, la empresa usuaria al ser "el titular de la organización productiva"36, siempre que el accidente ocurra en el centro de trabajo de la empresa usuaria y que la causa del accidente resida en una conducta del empresario que infrinja las medidas de seguridad y salud. La responsabilidad se basa así en una responsabilidad por culpa o negligencia. Por lo que habrá que examinar con

detenimiento si pudiera ser imputable a la ETT algún comportamiento omisivo que hubiera podido dar lugar al accidente de trabajo, lo que no parece muy probable.

En el supuesto de trabajadores desplazados por una ETT española, que resulten lesionados en un accidente de trabajo durante la ejecución de su prestación laboral en una empresa usuaria situada en UE, entendemos que el trabajador podría optar por interponer la demanda frente a la empresa usuaria exclusivamente, salvo que del análisis de las circunstancias se evidenciara algún incumplimiento de la ETT.

Aquí, nos encontraríamos con varias dificultades jurídicas, ya que primero habría que analizar si se trata de una responsabilidad civil contractual o extracontractual y, en base a la respuesta, determinar la jurisdicción competente en el ámbito internacional.

En mi opinión, dada la especial relación entre el trabajador y la empresa usuaria, en la que se prestan servicios laborales obteniendo así la empresa usuaria un beneficio del propio trabajo del empleado, entendemos que si bien no hay una relación contractual laboral (pues ésta sólo se da entre el trabajador y la ETT) sí podría haber una relación contractual atípica o un cierto compromiso o vínculo entre ambos. Se podría considerar que las obligaciones de la empresa usuaria derivan: bien de un contrato de trabajo ajeno, pero cuyas obligaciones de seguridad le vinculan; o bien de la ley (de prevención de riesgos laborales, que le impone como titular del centro de trabajo unas condiciones necesarias de seguridad) que sólo es aplicable a aquellos

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> "La responsabilidad civil del empresario por daños derivados el accidente de trabajo" Doctorado Aurelia Carrillo López. Universidad de Granada, 2014.

que tienen condición de trabajadores (propios o ajenos) pero no frente a terceros que no lleven a cabo actividad laboral.

Entendemos que el trabajador no puede ser considerado un tercero típico (como lo sería, un visitante a la empresa, por ejemplo, en una jornada de puertas abiertas) y que el daño, no deriva de la mera explotación del establecimiento sino que, deriva del incumplimiento de unos especiales deberes de seguridad y salud impuestos por una relación contractual laboral ajena de la que él se beneficia.

Sin embargo, como ya hemos dicho, en puridad no hay un contrato de trabajo entre la empresa usuaria y el trabajador, por lo que frente al trabajador la empresa usuaria es un tercero y en base a ello, la responsabilidad es puramente extracontractual.

Como indica, Aurelia Carrillo López, en responsabilidad del empresario daños derivados del accidente de trabajo" nos encontramos, en la relación laboral, con distintos niveles de terceros. Así, tendríamos los terceros que "están dentro de la órbita del empresario (como los servicios de prevención y los propios trabajadores de los que el Código Civil impone al empresario una responsabilidad por hecho ajeno basada en los artículos 1903 y 1904), otro nivel en los que estaría aquellas empresas que no son la empleadora directa del trabajador pero que se benefician de sus servicios (como las empresas usuarias o del mismo grupo); los terceros ajenos a la relación laboral pero vinculados con la prestación del trabajo (como los contratistas) y, por último, los terceros totalmente ajenos a la relación laboral (como los fabricantes, importadores y suministradores". Todos ellos, pueden ser declarados responsables civiles frente trabajador pero al tratarse de terceros ajenos a la relación laboral, su responsabilidad tiene carácter extracontractual, fundamentándose en el art.1902 del Código Civil.

Sin embargo, esto no significa que la jurisdicción competente sea la civil ya que el art.2 b) de la Ley de la jurisdicción Social ha impuesto al orden social el conocimiento de las reclamaciones de los daños que deriven del trabajo, con la única excepción de las reclamaciones entre el empresario v las personas que coordinen con él la prevención.

En el ámbito europeo, en caso de demandar exclusivamente a la empresa usuaria europea (o bien a la empresa principal en el caso de contratas y subcontratas) deberíamos, como hemos indicado antes, determinar si se trata de una responsabilidad civil contractual o extracontractual, para establecer los órganos jurisdiccionales competentes por el Reglamento Bruselas I bis (obviando el foro aplicable a los contratos individuales de trabajo ya que no hay contrato laboral entre ambos).

Esto, no es tarea sencilla sino más bien todo lo contrario, habiendo sido objeto de numerosas consultas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Para empezar hay que señalar que "la calificación como contractual o extracontractual que la ley nacional aplicable da a la acción ejercitada no es relevante para su calificación como materia contractual o extracontractual a efectos del Reglamento Bruselas I"37. El TJUE ha establecido que es un concepto autónomo independiente de las legislaciones nacionales.

Además, hay que tener en cuenta que su clasificación en una u otra, determinará ley aplicable (Así, Roma I para las obligaciones contractuales o Roma II para las extracontractuales).

Para simplificar, diremos que para que la materia se considere extracontractual se han de verificar dos elementos:

"Elemento positivo: que se trate de una acción que ponga en cuestión la responsabilidad del demandado v

Elemento negativo: que la acción no se pueda calificar como materia contractual. Esto puede ocurrir por dos razones, bien porque no exista un compromiso libremente asumido por las partes, bien porque no se considere que la acción ejercitada deriva de ese compromiso". 38

Pero, aunque no podemos examinar aquí si la acción será considerada como contractual, cuyas reglas de competencia determina el art. 7.1 del Reglamento (ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda); o bien si será considerada como extracontractual (delictual/causidelictual) lo que determinará la aplicación del art.7.2 (ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso). la solución en nuestro caso será la misma, ya que el órgano jurisdiccional competente será el del domicilio de la empresa usuaria (o la principal, en caso de contratas), ya que es donde debe cumplirse la obligación y también donde se ha producido el hecho dañoso.

No sería operativo aquí el foro de la Directiva 96/71/CE (niley 45/1999 nileyes de transposición de la Directiva a los ordenamientos nacionales). al demandar exclusivamente al empresario, sin vínculo contractual con el trabajador, ya que entendemos que ésta es aplicable al empresario

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> "Estrategia Procesal y Litigación Internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual". María Asunción Cebrián Salvat Investigadora predoctoral. Universidad de Murcia.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> "Estrategia Procesal y Litigación Internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual". María Asunción Cebrián Salvat Investigadora predoctoral. Universidad de Murcia.

que desplaza al trabajador y no al que recibe la prestación del servicio.

Posteriormente, quedaría por analizar la ley aplicable en base a Roma I o bien Roma II.

Si entendemos que no hay cabida a discusión posible y que la empresa usuaria (o bien la principal en el caso de contratas) son terceros ajenos a la relación laboral frente al trabajador, deberemos acudir al órgano jurisdiccional del lugar donde se ha producido el daño y aplicar el reglamento Roma II sobre obligaciones extracontractuales.

Una vez examinada la dualidad empresarial. debemos detenernos en otra problemática que se deriva del desplazamiento transnacional de trabajadores, la dualidad de Administraciones Públicas intervinientes en este tipo de relaciones laborales, que quizás, es la más compleja.

### LA PLURALIDAD DE ADMINISTRACIONES **PUBLICAS:**

En España, la inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) es la encargada de la vigilancia y control de la prevención de los riesgos laborales y además, se encarga de la vigilancia del cumplimiento de las leves que regulan los desplazamientos. Pero, no hay que olvidar que, también las Comunidades Autónomas tienen competencias en dicha materia.

La ley 45/1999 establece que el empresario que desplace trabajadores a España (empresa de origen), deberá comunicar el desplazamiento a la autoridad autonómica española del territorio de la empresa de destino, que es donde se van a prestar los servicios (art.5.1º Ley 45/1999). A su vez, dicha autoridad debe comunicar el desplazamiento a la ITSS y a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Adicionalmente, hay que señalar que, en el país de origen habrá igualmente un organismo que vigile la normativa de los desplazamientos y otra que controle el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

En el caso de trabajadores desplazados a España, la autoridad laboral competente tiene la obligación de informar al empresario extranjero de las condiciones de trabajo (del núcleo duro de la ley) que debe garantizar (Art.7.2 Ley 45/1999).

En el caso de empresas españolas que desplacen a trabajadores a otros países de la UE/EEE, será la autoridad laboral del país de destino europeo la competente para informar al empresario español y se regula en las legislaciones de transposición de la Directiva 96/71/CE de cada país miembro. Aunque, la ley también establece la posibilidad de que sea la Administración española la que realice esa petición en nombre del empresario (D.A.1º).

Además, de esta obligación de información, se establece una obligación de cooperación recíproca entre las Administraciones Públicas de los Estados implicados para el desarrollo de su actuación.

Así, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede solicitar a su homólogo, en el otro Estado implicado, la cooperación necesaria para el ejercicio de sus funciones de cumplimiento de la normativa en materia de desplazamiento v viceversa.39

Por último, se establece la obligación, que pesa sobre la autoridad española, de comunicar a las Administraciones Públicas de los otros las infracciones administrativas cometidas en España por las empresas que han desplazado trabajadores a España -que recordemos no son empresas españolas y no están, por tanto, sujetas al ordenamiento jurídico nacional.

También la autoridad española comunicará las infracciones de las empresas españolas que han desplazado trabajadores a UE/EEE, que, además, serán responsables en España, en base a esta Ley 45/1999, por el incumplimiento de las condiciones de trabajo del núcleo duro previstas en el lugar de destino.

La Ley prevé la imposibilidad de sancionar a la empresa dos veces por los mismos hechos (siempre que haya identidad de sujeto, hecho y fundamento) por lo que si la empresa española ya ha sido sancionada penal o administrativamente en el país de destino del trabajador, no podrá ser sancionada en España o viceversa. Pero, como apuntan, José Ignacio García Ninet y Arantxa Vicente Palacio en "La ley 45/1999, de 29 de Noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional" nada indica la norma sobre cómo actuar o cómo resolver dicha incidencia si ocurriera.

Recientemente, el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transpone la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, (D.A.1ª.5) ha facultado al inspector de trabajo para iniciar de oficio el procedimiento sancionador por incumplimiento de las condiciones de trabajo (núcleo duro), en virtud de comunicación de las Administraciones públicas a las que corresponda, en el lugar de desplazamiento, la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> "La ley 45/1999, de 29 de Noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional". José Ignacio García Ninet y Arantxa Vicente Palacio. Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 27. Derecho Social Internacional y Derecho Comunitario, página 35. Depósito legal: M.12.168-1998.

Esta modificación, nos parece de especial relevancia para los supuestos de accidentes de trabajo pues permitirían al inspector dictaminar un acta de infracción, por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales (que están incluidas en el núcleo duro), contra las empresas españolas que hubieran desplazado a trabajadores a la UE/EEE.

También se ha modificado la TRLISOS al incluir como sanciones leve o grave (en función de la calificación del accidente de trabajo) la no comunicación, en tiempo y forma, a la autoridad laboral de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que ocurran durante el desplazamiento.

Por último, señalar que según indica Pablo Paramo Montero, en su estudio sobre infracciones y sanciones en el ámbito de la inspección de trabajo, "sólo existen experiencias de cooperación con otros países para el intercambio de información. La inspección se rige por el principio de territorialidad y no existen en España experiencias de inspecciones realizadas por inspectores en territorios de otros países vecinos o del entorno europeo". Aunque a continuación señala que, por el contrario, sí ha habido inspectores de trabajo portugueses que han realizado visitas con inspectores españoles en territorio español, lo que desembocó en un Acuerdo, con la inspección de Portugal, de colaboración en octubre de 2003.

constan Acuerdos Además, con las de Italia inspecciones (declaración intenciones de 2007), Rumanía (mayo de 2009), Polonia (noviembre 2010) y, por último, un acuerdo entre los Ministros de Trabajo de España y Francia de septiembre de 2010 (información disponible a 2011).

Para concluir, mencionar que existe un proyecto de "convergencias de Inspecciones construyendo un sistema de enforcement de nivel europeo" denominado "CIBELES" por el que se está estudiando los elementos básicos para una asistencia mutua europea en relación con la salud y seguridad en el trabajo, pero en el que sólo intervienen ocho de los Estados Miembros (Alemania, Austria, Bélgica, Hungría, Italia, Malta, Portugal y España).40

Todas estas medidas, entendemos que repercuten favorablemente en la protección de la salud y seguridad de los trabajadores desplazados.

Consideramos, por último, imprescindible detenernos en dos figuras que son de especial transcendencia en el accidente de trabajo:

### EL ACTA DE INFRACCIÓN DEL INSPECTOR DE TRABAJO:

El acta de infracción es el informe en el que el inspector de trabajo recoge las infracciones cometidas por los distintos sujetos responsables, a raíz de un incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el centro de trabajo, con resultado de daños en la salud de los trabajadores o no (ya que no es necesario que haya un accidente de trabajo para que haya una infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales) y, en el que se propone la sanción correspondiente.

La constatación de los hechos constitutivos de infracción se lleva a cabo, bien mediante visita al centro de trabajo, o bien requiriendo la información necesaria a los sujetos implicados. Su fase de "instrucción" sólo puede extenderse durante nueve meses, salvo que la demora sea debida al sujeto infractor o bien a cooperación administrativa internacional.

El acta de infracción goza del principio legal de certeza, de los hechos en ella contenidos, en el procedimiento sancionador administrativo, pero no en los procedimientos judiciales laborales ya que, en estos casos, el Juzgador lo valorará en función de su sana crítica.41 Sólo es preceptivo que se aporte en el procedimiento que se incoe como consecuencia de un accidente de trabajo en el que se vayan a determinar las prestaciones de la Seguridad Social, pero se suele solicitar en la mayoría de procedimientos derivados de un accidente laboral.

Hay que señalar que la inspección de trabajo puede comunicar al Ministerio Fiscal aquellos asuntos que considere que puedan ser constitutivos de delitos y en este caso, el inspector, se tendrá que abstener de seguir el procedimiento sancionador hasta que no finalice el procedimiento penal (que cesará definitivamente en caso de sentencia penal condenatoria, por el principio non bis in idem).<sup>42</sup>

En los casos de contratas y subcontratas, si hubiera responsabilidad solidaria se hará constar en ella.

Por último, para concluir nuestro trabajo, una vez vistos los distintos tipos de responsabilidad derivados del accidente de trabajo en el que incurre el empresario (penal, administrativa, laboral y civil) hablaremos del recargo de prestaciones que también deriva de esta responsabilidad laboral del empresario, pero cuya naturaleza es distinta a las demás.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> "Estudio sobre infracciones y sanciones en el ámbito de la inspección de trabajo: el caso de España". Pablo Páramo Montero. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Documento de trabajo Nº 13. Marzo 2011.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> "La responsabilidad civil del empresario por daños derivados el accidente de trabajo" Doctorado Aurelia Carrillo López. Universidad de Granada.2014.

<sup>42 &</sup>quot;Estudio sobre infracciones y sanciones en el ámbito de la inspección de trabajo: el caso de España". Pablo Páramo Montero. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Documento de trabajo Nº 13. Marzo 2011.

### EL RECARGO DE PRESTACIONES:

La figura del recargo aparece por primera vez en la Ley de Seguro de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.

En el actual Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, de la Ley general de la Seguridad Social, se regula en el art.164 que reza:

"1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno. siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción."

La naturaleza del recargo ha sido una cuestión muy debatida por la doctrina, surgiendo tres corrientes distintas. La primera de ellas se decantaría por una naturaleza sancionadora, la segunda como una indemnización civil, y, por último, la tercera como una naturaleza mixta, que configuraría el recargo como una "sanción compleja unitaria de carácter indemnizatorio, ae naturaleza sancionadora".<sup>43</sup> eminentemente

En esta última corriente, el recargo vendría a estar integrado por un componente represor y, por otro, reparador sin que sea "posible aislar separadamente ambos componentes".

El Tribunal Supremo ha venido a confirmar esta naturaleza mixta (SSTS de 30 de enero de 2008. Rec. Núm.2008/2567) afirmando que su naturaleza es compleja o sui generis debido a esos dos componentes concurrentes al mismo tiempo.

Los requisitos para su imposición son, en primer lugar, como se indica en el art.164.1 LGSS la existencia de un accidente laboral o enfermedad profesional, cuyos requisitos ya tratamos al inicio de este trabajo.

La conducta del trabajador, salvo en los casos de imprudencia temeraria, no exonera al empresario de la imposición del recargo pero sí puede atenuar la graduación de la sanción en base a la compensación de culpas.

Además, se requiere que el accidente de trabajo o enfermedad profesional sean debidos a la falta de adopción de medidas de seguridad y salud laborales, incumpliendo así el deber de cuidado que le impone el ordenamiento jurídico. Este deber de cuidado se equipara, no a la diligencia ordinaria, sino a la profesional basada en la imposición de los deberes de prevención.

Además, se requiere un nexo de causalidad directa entre la falta de medidas de seguridad (general o específica) y el accidente.

Por último, debe existir un daño causado al trabajador v éste debe tener derecho a percibir las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

En los supuestos en los que hay una duplicidad de empresarios, la obligación del deber de cuidado, en los casos de empresas usuarias o de empresa principal en el caso de contratas, deriva del deber de control que tienen estos empresarios sobre su centro de trabajo, son obligaciones imputadas ex lege, que conllevan que esa obligación también resida frente a trabajadores que prestan sus servicios en su centro de trabajo, aunque no sean sus propios trabajadores.

la subcontratación, el empresario principal puede incurrir, como ya hemos visto, en incumplimientos de ese deber objetivo de cuidado y que dicho incumplimiento sea la causa directa del accidente de trabajo. En ese caso, el recargo también se le podrá imputar con carácter solidario.

En el caso de Empresas de Trabajo Temporal que ceden a un trabajador a una empresa usuaria, igualmente hay un deber de cuidado derivado de que el trabajo se desarrolla en el centro de trabajo propio de la usuaria, que es la que además recibe los frutos del trabajo del empleado "externo". La empresa usuaria responde así de las condiciones de seguridad en las que se desarrolla la prestación laboral (además del deber de información de los riesgos laborales al trabajador) y, por tanto, si el accidente de trabajo deviene de una omisión de ese deber de cuidado, se le podrá imponer la sanción del recargo.

Sin embargo, no parece que la Empresa de Trabajo Temporal pueda llegar a ser sujeto responsable del recargo (salvo en el excepcional

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> "La responsabilidad civil del empresario por daños derivados del accidente de trabajo". Doctorado Aurelia Carrillo López. Universidad de Granada, 2014.

supuesto en que fuera declarada responsable por una omisión de su deber de formación o de control de la salud). En ese caso, se duda sobre si su responsabilidad sería subsidiaria frente a la empresa usuaria.

Señalar, que la mera imposición del recargo de prestaciones no supone la existencia de una correlativa responsabilidad civil del empresario que dé lugar a la indemnización civil adicional. Se exige una responsabilidad basada en una "culpa muy grave que va más allá de lo que supone la infracción de las normas de seguridad.... ya que la estimación del recargo conllevaría automáticamente la indemnización de daños y perjuicios, lo cual, evidentemente, no tiene por qué concurrir en todos los supuestos de accidente de trabajo....no obstante, la sala IV del Tribunal Supremo ha sostenido que la sentencia en la que se afirma la existencia de nexo causal entre el incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales y la enfermedad posterior del trabajador condenando a la empresa al abono del recargo, produce el efecto positivo propio de la cosa juzgada en un posterior proceso en el que se exige el abono de indemnización por daños y perjuicios al empresario incumplidor. "44

Es decir, que de la mera imposición del recargo no se deduce el derecho a una indemnización civil adicional a cargo del empresario y que la sentencia que establece la condena del recargo produce efectos de cosa juzgada en la sentencia de reclamación de cantidad por responsabilidad

A ello, hay que añadir que la Sentencia penal vincula al resto de jurisdicciones, por lo que si ésta es absolutoria, por inexistencia del hecho o falta de participación del acusado o la extinción de la responsabilidad penal vincula a la Administración. 45 Aunque, la mera existencia de diligencias penales no es causa para suspender el procedimiento administrativo para la imposición del recargo o de una sanción.

El recargo no exige que el accidente tenga lugar en el centro de trabajo en sentido estricto así, en cuanto a los accidentes en misión e in itinere, cuando es la empresa la que facilita los medios de transporte y éstos no estén en un óptimo estado, puede dar lugar a la imposición del mismo.<sup>46</sup>

Con respecto al desplazamiento transnacional de trabajadores de empresas españolas en los supuestos vistos a lo largo de este trabajo, surge la duda de si también los empresarios de empresas usuarias y de empresas principal en los casos de contratas, pueden ser sancionados con el recargo. Para ello, hay que tener en cuenta, que hay ordenamientos nacionales de otros Estados miembros que ni siquiera tienen esta figura, o teniéndola, no poseen la misma naturaleza, además, estas empresas no están sometidas al ordenamiento jurídico Público español<sup>47</sup>. Por lo que, la respuesta parece que será negativa.

### **CONCLUSIONES:**

Como hemos podido ver a lo largo del desarrollo de este trabajo, la cuestión aquí planteada no es una tarea fácil de afrontar ya que conlleva a analizar muchas variantes: entre otras, como hemos visto, la ley aplicable al contrato, la jurisdicción competente, la falta de competencia del inspector laboral español para actuar fuera de su territorio; y otras, que no hemos apuntado anteriormente, como la litispendencia internacional, la ejecución de Sentencias penales y civiles extranjeras en España o viceversa, o la ejecución de infracciones administrativas fuera de nuestro territorio.

En los últimos años, la movilidad laboral europea ha ido en aumento. Así, la Comisión Europea ha indicado recientemente que 1.7 millones de europeos se desplazan diariamente a otro país europeo para trabajar, lo que nos debe hacer dimensionar la realidad de la situación.48

Estos desplazamientos han conllevado nuevas normativas, como la Directiva 96/71/ CE y su reciente modificación por la Directiva 2014/67/UE. Como hemos podido ver, el objeto de estas Directivas es eminentemente social, en donde se busca, la protección del trabajador frente a los posibles abusos empresariales. Pero, principalmente, su objetivo es la regulación de la prestación de servicios, de carácter transnacional, con el fin de evitar el dumping social entre empresas.

Recientemente, el Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, ha anunciado lo que pudiera ser un primer paso para este control

<sup>44 &</sup>quot;La responsabilidad civil del empresario por daños derivados del accidente de trabajo". Doctorado Aurelia Carrillo Lopez. Universidad de Granada, 2014.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> "El recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, por faltas de medidas de seguridad, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional". Manuel Iglesias Cabero, Magistrado del Tribunal Supremo. Revista de Ministerio de Trabajo e Inmigración. Nº 78.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> "El recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, por faltas de medidas de seguridad, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional". Manuel Iglesias Cabero, Magistrado del Tribunal Supremo. Revista de Ministerio de Trabajo e Inmigración. Nº 78.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> "La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales". María Gema Quintero Lima. Profesora titular del trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012). Vol.4. Nº1.pp 180-221. ISSN 1989-4570. www.uc3m.es/cdt.

<sup>48</sup> www.euroactiv.com "Commission wants new EU labour authority to crack down on worker abuse". 14/09/2017.

o seguimiento preventivo, así ha indicado "We should make sure that all EU rules on labour mobility are enforced in a fair, simple and effective way by a new European inspection and enforcement body"... "It seems absurd to have a banking authority to police banking standards, but no common labour authority for ensuring fairness in our single market". 49

No podemos estar más de acuerdo, consideramos que se deben establecer mecanismos de regulación europeos eficientes, con el fin de garantizar la protección de los derechos laborales de los trabajadores y las libertades económicas de los empresarios. Y para ello, es imprescindible no sólo una inspección laboral europea sino también la creación de unos principios de derecho europeo de responsabilidad laboral que deban ser respetados por los ordenamientos jurídicos nacionales.

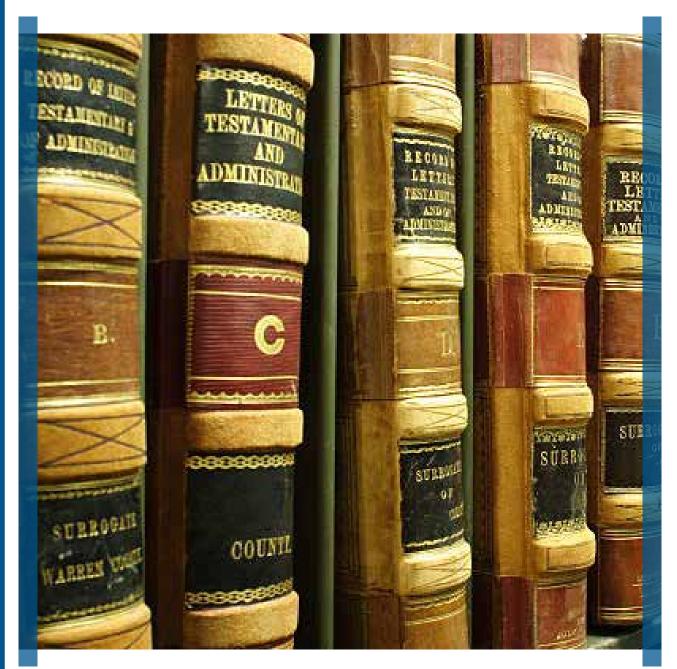
### **BIBLIOGRAFIA**

- Carrillo Lopez, Aurelia "La responsabilidad civil del empresario por daños derivados del accidente de trabaio". Doctorado. Universidad de Granada. 2014.
- Castellano Suárez, Mario A. "El accidente laboral en misión". Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas, de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).
- Cebrián Salvat, María Asunción "Estrategia Procesal y Litigación Internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractualy extracontractual". Investigadora predoctoral. Universidad de Murcia.
- Desdentado Bonete, Aurelio "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004". Magistrado del Tribunal Supremo. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- García Ninet, José Ignacio y Vicente Palacio, Arantxa "La ley 45/1999, de 29 de Noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional". Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 27. Derecho Social Internacional y Derecho Comunitario. Depósito legal: M.12.168-1998.
- Gómez Liguerre, Carlos "Responsabilidad civil y responsabilidad laboral derivadas de una misma contingencia profesional. De nuevo sobre la jurisdicción competente". InDret. Enero. 2016.
- <sup>49</sup> www.euroactiv.com "Commission wants new EU labour authority to crack down on worker abuse". 14/09/2017.

- Iglesias Cabero, Manuel "El recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, por faltas de medidas de seguridad, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional", Magistrado del Tribunal Supremo. Revista de Ministerio de Trabajo e Inmigración. № 78.
- López y García de la Serrana, José Manuel "Responsabilidad por accidentes de trabajo con especial referencia a la indemnización civil y al nuevo baremo de la Ley 35/2015". Ponencia Master en Responsabilidad civil, Granada. 17 de Marzo 2017.
- Martín Santos, *Marta "Ponencia Master Responsabilidad Civil 2017. Escuela* de práctica jurídica de la Universidad de Granada. Modulo Responsabilidad del Empresario". Fiscal Delegada de Siniestralidad Laboral.
- Páramo Montero, Pablo "Estudio sobre infracciones y sanciones en el ámbito de la inspección de trabajo: el caso de España". Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. Documento de trabajo Nº 13. Marzo 2011.
- Pardo Gato, Jorge Ricardo "A vueltas sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil de un accidente de trabajo: ¿El principio de un desencuentro?". Abogado. Revista de responsabilidad civil y seguro.
- Poquet Catalá, Raquel "Últimos perfiles del accidente de trabajo en misión" Profesora asociada de la UNIR. Revista jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social, vol. 7, núm.1 2017.
- Quintero Lima. María Gema "La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus institucionales". remiendos Profesora titular del trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2012). Vol.4. №1.pp 180-221. ISSN 1989-4570. www.uc3m.es/cdt.
- Rojo Torrecilla, Eduardo "El concepto de lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo. El caso Ryanair y Crewlink." Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Barcelona. El blog de Eduardo Rojo Torrecilla.16 de Septiembre de 2017.
- Salinas Molina, Fernando "Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora." Magistrado del Tribunal Supremo. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº38. Derecho del Trabajo.

- Sanfulgencio Gutiérrez, José Antonio "La responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo". Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales.
- Segoviano Astaburuaga, Maria Luisa. "La indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo: criterios jurisprudenciales". Magistrada del Tribunal Supremo. Blog Actum Lefebvre nº50. Abril, 2011.
- Tascón López, Rodrigo "El accidente de trabajo en misión". Tirant Lo Blanch, 2010.
- Toscani Giménez, Daniel "Los accidentes sufridos fuera del lugar de trabajo habitual o en misión". Gestión práctica de riesgos laborales, N.º 28, junio 2006.

- Toscani Giménez, Daniel "La presunción de laboralidad del accidente sufrido en tiempo y lugar de trabajo". profesor titular de la Universidad de Valencia. Capital Humano. Núm. 228. Enero 2009.
- Palacio, Arántzazu "Cambios Vicente Sociales y Cambios Jurídicos. Un Nuevo Ejemplo: El accidente in itinere vs el accidente en misión". Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I, Castellón. (Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum. 4º trimestre 2014. N. º1).
- "Guía Práctica Competencia judicial y legislación aplicable a los litigios internacionales entre trabajadores y empresarios". Comisión Europea. http://ejustice.europa.eu



# Jusisprudencia i a

Reclamación por daños materiales trascurrido el año desde que se produjo el siniestro. El proceso penal en el que estuvo implicado el reclamante como denunciado -derivado del mismo siniestro- también interrumpe el inicio del cómputo en virtud de lo dispuesto en los arts. 111 y 114 de la LECr, aunque haya ejercitado ninguna acción en dicho proceso

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 27 de junio de 2017.

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

### Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Sobre las 15,30 horas del día 12 de abril de 2012 ocurrió un accidente de tráfico en el que se vieron implicados cuatro vehículos. El accidente ocurre cuando el vehículo ...XKNN circula por la carretera Cala Figuera de Calvia, que tiene un carril para cada sentido de circulación, y es colisionado en su parte delantera por el Volkswagen, modelo Golf, ...FDF, el cual previamente había colisionado por alcance en su parte trasera con el vehículo matricula ...QFW, cuya conductora se había detenido detrás del vehículo Mazda matrícula AQ- ...-NY. Este accidente ha dado lugar a dos demandas que fueron acumuladas: a) la del titular del vehículo ...XKNN, frente a las aseguradoras de los coches



AQ- ...-NY y ...FDF por las lesiones y daños sufridos, y b) la del titular del Volkswagen ...FDF contra el propietario y aseguradora del vehículo AQ- ...-NY, por los daños sufridos. 2.- Previa a las dos demandas fue la denuncia que don Raimundo (titular del vehículo ...XKNN) interpuso el día 6 de septiembre de 2011 contra don Franco, titular del Volkswagen ...FDF, y otros, y que se tramitó ante el Juzgado de Instrucción nº 7 de Palma, bajo el procedimiento del Juicio de Faltas 451/11, el cual terminó por renuncia judicial de fecha 8 de febrero de 2012, con reserva de acciones civiles, consecuencia de lo cual el día 14 de febrero de 2012 se dictó sentencia por la que se absolvía a los denunciados. 3.- El Juzgado de 1.ª Instancia estimó la demanda principal (la del titular del coche ...XKNN) y condenó solidariamente a las aseguradoras de los vehículos AQ-...-NY y ...FDF, desestimando la demanda acumulada por considerar que la acción había prescrito. La sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de apelación formulado por Don Franco. 4.- Don Franco formula recurso de casación al amparo del artículo 477.2.3 LEC, por razón de interés casacional, por vulneración de la jurisprudencia de esta Sala recogida, entre otras, en las sentencias de 27 de febrero de 1987 13 de mayo 2014 y 12 de diciembre 2011. Cita también algunas sentencias de Audiencias Provinciales y el artículo 1969 del Código Civil,

en relación a los artículos 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto la sentencia no ha tenido en cuenta el efecto interruptivo de la prescripción que supone el procedimiento penal previo y ello con independencia de la posición que el hoy recurrente y demandante ocupara en el procedimiento penal.

SEGUNDO.- El razonamiento de la sentencia para estimar la prescripción es el siguiente: «el ahora apelante podía ejercitar la acción desde la fecha del accidente conforme lo dispuesto en el art. 1969 del Código Civil.» En el supuesto que ahora nos ocupa, el apelante no solo no ejercitó la acción en el plazo de un año desde que ocurrió el accidente sino que tampoco procedió a la interrupción de la prescripción mediante la reclamación extrajudicial al acreedor tal y como contempla el art. 1973 del Código Civil.» Pero es que, además, el procedimiento penal al que se refiere la parte apelante en su recurso, que para él no interrumpió la prescripción ya que era denunciado y no denunciante y, por lo tanto, no ejercitaba ninguna acción, por lo que no le es de aplicación lo dispuesto en el primer inciso del referido artículo 1973 del Código Civil, finalizó antes del transcurso del año desde que acaeció el accidente, pues conforme alega el propio apelante en su recurso, la resolución en el procedimiento penal recayó en fecha 14

de febrero de 2012 y el accidente ocurrió el 12 de abril de 2011. Y aun así el repetido apelante esperó para ejercitar su acción que transcurriera más de un año desde la fecha del siniestro de autos, pues no la ejercitó hasta el 6 de julio de 2012. Por todo ello y conforme se indica acertadamente en la sentencia de instancia debe considerarse que tal acción ya estaba prescrita». El recurso se estima. Es jurisprudencia constante de esta Sala (sentencias 6/2015, de 13 de enero, 185/2016, de 18 de marzo y 721/2016, de 5 de diciembre, entre otras), la siguiente: «Como resulta de los artículos 111 y 114 de la LECrim, en relación con el 1969 CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio (SSTS de 5 de julio de 2007, RC n.º 2167/2000; 3 de mayo de 2007, RC n.º 3667/2000; 6 de mayo de 2008, RC n.º 5474/2000; 19 de octubre de 2009, RC n.º 1129/2005 y 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006). De ahí que constituya también constante doctrina de esta Sala que, en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al artículo 114 LECrim (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 2007, RC n.º 595/2001 ; 3 de mayo de 2007, RC n.º 3667/2000 ; 1 de octubre de 2009, RC n.º 1176/2005, 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006). @Por tanto, seguido un pleito penal sobre los mismos hechos, éste subsiste, como impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil en el orden correspondiente, hasta que no alcance firmeza la sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento libre o provisional y, por tanto, archivo, una vez notificada al perjudicado, esté o no personado en las actuaciones». Se mantiene, pues, dice la sentencia 721/2016, que desde que la denuncia en vía penal se interpone, la acción penal está ya «pendiente» y el proceso penal «promovido», en el sentido y a los efectos de lo dispuesto en los artículos 111 y 114 LECrim; con las con-

secuencias anteriormente expresadas sobre la prescripción extintiva de la acción civil. En palabras de la Sentencia 112/2015, de 3 de marzo: «(L) a denuncia en vía penal -con sus posibles efectos en el orden civil- supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil, al tiempo que el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impide que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho». El artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no discrimina hechos o situaciones como las que refiere la sentencia. Lo que dice es: «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». La acción civil sobre el hecho que motiva la apertura de un proceso penal no puede ejercitarse hasta que sea resuelta la cuestión penal y el fallo de la cuestión civil no se hace posible hasta la decisión del proceso penal, bien sea mediante sentencia o bien por auto de sobreseimiento firme. De tal forma que mientras esté subsistente, cualesquiera que sean las personas implicadas, quién haya comparecido como parte en él (sentencia 1372/1987, de 27 de febrero), o que en tal proceso se hubiera aquietado alguna de las partes con el archivo de las actuaciones si estas continuaron en tramitación (425/2009, de 4 de junio), el perjudicado no puede formular la demanda civil, ni contra ellas ni contra otras distintas, respondiendo a la necesidad de evitar que por los órganos de distinta jurisdicción a la penal se puedan efectuar pronunciamientos que contrarien lo que allí se resuelva; contradicción que podría producirse aun en el supuesto de que fueran distintas las personas demandadas en el orden civil, pero siempre, claro está, que el proceso penal y el civil correspondiente versaran sobre el mismo hecho y se asentaran sobre iguales presupuestos (sentencias 111/2006, de 7 de febrero, 113/2007, de 1 de febrero, entre otras), como aquí sucede estando, como estamos, ante un mismo accidente de tráfico con varios vehículos implicados y consecuencias distintas. Bien entendido que la incoación o reapertura de una causa penal muy posterior al hecho dañoso, no puede servir para que se reavive la prescripción que ya se hubíera consumado y que no puede ser eliminada de ese modo (sentencias de 14 de febrero de 1978, 2 febrero 1984, 20 de octubre de 1987, 24 de junio de 1988 y 10 de mayo 1994, así como las sentencias 290/2013, de 25 abril y 578/2013, de 6 de octubre).



TERCERO.- Como quiera que la demanda se interpuso el día 6 de julio de 2012 y el proceso penal concluyó mediante sentencia de 14 de febrero de 2012, es evidente que la acción civil ha sido ejercitada dentro de plazo, por lo que debe estimarse el recurso de casación y, asumiendo la instancia, resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, en el sentido de aceptar, de un lado, la resolución del Juzgado de 1ª Instancia en cuanto a la responsabilidad, no cuestionada en apelación, de las aseguradoras de los vehículos ...FDF y AQ- ...-NY (primera demanda) y de imputar, de otro, al propietario y aseguradora del AQ-...-NY (segunda demanda) el daño ocasionado al vehículo propiedad de Don Franco, que con su comportamiento culposo contribuyó causalmente al daño, como reconoce, lo que determina la aplicación de un porcentaje de reducción del 50% en coherencia lógica con su responsabilidad en el daño causado al Sr. Raimundo, es decir, 7.438,63 euros, con más los intereses del artículo 20 de la LCS a cargo de la aseguradora demandada desde la fecha del siniestro.

CUARTO.- Estimado el recurso, no procede hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso, como tampoco de las originadas en ambas instancias, por la admisión parcial de la demanda formulada por el ahora recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### FALLO

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

1. - Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de don Franco, contra la sentencia de fecha 23 de diciembre de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4.ª, en el recurso de apelación núm. 187/2014, que se deja sin efecto únicamente en cuanto al pronunciamiento ahora recurrido, con revocación de la sentencia del juzgado, que se mantiene en lo demás. 2.- Estimar en parte la demanda formulada por don Franco frente a don Enrique y Allianz Seguros a quienes condenamos al pago de siete mil cuatrocientas treinta y ocho euros con sesenta y tres céntimos (7.438,63 euros), más los intereses legales que, respecto de la aseguradora, serán los del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

3.- No procede hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso, como tampoco de las originadas en ambas instancias. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.

Por Fernando Estrella Ruiz

Abogado

a Sentencia que nos ocupa resulta interesante y un tanto polémica, en tanto que, partiendo de lo establecido en los artículos 1.969 y 1.973 del Código Civil, en relación con los artículos 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, da un paso más al no realizar distingo según cual fuera la posición del demandante en el previo procedimiento penal. En definitiva, nuestro Alto Tribunal, viene a establecer que el previo procedimiento penal también interrumpe el inicio del cómputo de la prescripción en el caso de que el reclamante tan sólo hubiese figurado como denunciado en el mismo.

Desde mi modesta opinión, resulta un tanto injusta tal solución, pues, como bien se recoge en tal resolución, no existe la más mínima duda respecto a que la denuncia en vía penal supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los Tribunales e interrumpe la prescripción. Esto es, en palabras de una de las resoluciones mencionadas, no debe excepcionarse tal prescripción por razón del resultado que la denuncia pueda tener, pero cuestión distinta es el hecho que nos ocupa, donde el reclamante tuvo una conducta totalmente pasiva hasta la interposición de su demanda, no interponiendo denuncia previa (estuviese o no prescrita, fuese o no extemporánea), ni interrumpiendo la prescripción de su acción por cualquier reclamación extrajudicial.

Como punto de partida, resulta cierto y reiteradamente expuesto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a que "La prescipción, entendida como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye cualquier tipo de aplicación rigorista y debe merecer en todo momento un tratamiento fuertemente restrictivo y no desmedidamente técnico, en razón fundamentalmente a su consideración como una figura jurídica basada en hechos externos y en el transcurso del tiempo, más que en razones de estricta justicia intrínseca". (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 1.984, 6 de Marzo de 1.985, 21 de Abril de 1.986, 9 de Mayo de 1.986 y 8 de Octubre de 1.988)".

Ahora bien, tan cierto es que no debe perjudicar a la víctima una interpretación rigorista o excesivamente desmedida del derecho como que "la prescripción tiene su fundamento subjetivo en una presunción de abandono del derecho por su titular, a lo que puede añadirse que, según la tesis objetiva, entraña una limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica (Sentencias de 13-4-1.956, 17-12-1.979 y 26-4-1.982).

De ahí que venía siendo pacífica la reiterada Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar la prescripción, cuando afirmaba una y otra vez que la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible "cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación" (Sentencia de 5 de Diciembre de 2016).

(...) no debe excepcionarse tal prescripción por razón del resultado que la denuncia pueda tener, pero cuestión distinta es el hecho que nos ocupa, donde el reclamante tuvo una conducta totalmente pasiva hasta la interposición de su demanda, no interponiendo denuncia previa (estuviese o no prescrita, fuese o no extemporánea), ni interrumpiendo la prescripción de su acción por cualquier reclamación extrajudicial.

## OMENTARIO

Pero insistimos, cuestión distinta es la que nos ocupa, donde el reclamante tuvo una actitud completamente pasiva hasta el momento en que interpuso la demanda civil, constando tan sólo como denunciado en el previo Juicio de Faltas, por lo que no ejercitó la acción penal a la que se refiere el artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por ello, al margen de plantear al lector la duda de cuál hubiera sido el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el caso de que tal reclamante ni siguiera hubiera ostentado la condición de denunciado en tal procedimiento penal (imaginemos que el denunciante se dirige en su denuncia contra una persona equivocada, aclarándose tal error, mucho tiempo después y con ocasión de la celebración del Juicio de Faltas, en el que no habría comparecido el cuestionado reclamante al no haber sido parte), debo destacar la circunstancia de que las tres Sentencias citadas entre paréntesis en la resolución que nos ocupa (Sentencias 6/2015, de 13 de Enero, 185/2016, de 18 de Marzo y 721/2016, de 5 de Diciembre) se caracterizan por una previa conducta activa por parte del titular de la acción, a diferencia de la pasividad o abandono del derecho en el caso que nos ocupa.

Y así, tanto en la de 13 de Enero de 2015 como en la de 18 de Marzo de 2016 (en el primer caso se trata de un accidente de circulación, mientras que en el segundo se resolvía un incidente en una sala de fiestas al pisar el demandante un cristal), el lesionado había intentado ser parte en el previo procedimiento penal, personándose en el primer caso (la Sentencia no aclara si interpuso o no denuncia) e interponiendo denuncia en el segundo, si bien, en ambos casos había transcurrido el plazo de prescripción de la infracción penal. E igualmente, en la Sentencia de 5 de Diciembre de 2016, la demandante, lega en derecho, había tenido una previa conducta activa, acudiendo a la Guardia Civil al objeto de formular la correspondiente denuncia, tramitándose esta posteriormente de forma incorrecta, al remitirse a la Fiscalía del Tribunal Tutelar de Menores, pese a que el menor implicado (se trataba de un accidente con una escopeta de caza) sólo contaba con 10 años de edad y no podían, en consecuencia, serle exigidas responsabilidades penales o civiles conforme a la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, siendo en consecuencia dicho Tribunal manifiestamente incompetente.

En definitiva, a tenor de la Sentencia objeto del presente análisis, no parece exigirse una posición activa en el previo procedimiento penal, en contra de la interpretación que hasta ahora venía entendiendo que la interrupción de los artículos 111 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 1.973 del Código Civil dependía de una previa conducta activa del reclamante. Sin perjuicio de su relativa importancia de cara al futuro, dada la desaparición de los Juicios de Faltas y de la escasa persecución en vía penal de la mayor parte de los accidentes de circulación, dejo planteada tal cuestión a la espera de la opinión, sin duda más cualificada, de los lectores de la presente revista.

# RESPONSABILIDAD CIVIL

Competencia de la jurisdicción civil para conocer del litigio derivado del incumplimiento por la aseguradora de la obligación que surge del contrato de seguro concertado entre esta y la administración local. Doctrina de los actos separables.

> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 27 de junio de 2017.

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

#### Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes

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

- 1.- El 1 de marzo de 2006 el Excmo. Ayuntamiento de Alhaurín el Grande, representado por su Alcalde, suscribió con Zurich España un contrato de seguro de responsabilidad civil/patrimonial en la actividad de administración local.
- 2.- Entre las condiciones particulares destacan las siguientes: 2.1) La duración del contra-

to era anual, con posibilidad de renovación por idéntico período, mediante acuerdo entre las partes. 2.2) Las coberturas garantizadas eran la explotación/patrimonial, patronal, profesional y gastos de fianza y defensa. 2.3) Se fijó como límite asegurado 1.200.000 euros por siniestro, 1.200.000 euros por anualidad del seguro, y 300.000 euros como sublímite por víctima general. 2.4) Se pactó como franquicia general por siniestro 300.000 euros.

- 3.- Entre las Condiciones especiales destacan las siguientes: 3.1) El contrato de seguro se configuró de "gran riesgo", rigiéndose por sus propias estipulaciones, siendo de aplicación la Ley 50/1980, de Contrato de seguro, únicamente en defecto de pacto expreso, sin que le fuera de aplicación el artículo 73 de dicha Ley (artículo 1). 3.2) El seguro, conforme a lo dispuesto en el artículo 3, garantizaba las consecuencias económicas de la Responsabilidad Civil/Patrimonial, que pudiera corresponder directa, subsidiaria o solidariamente al asegurado por daños corporales, materiales y perjuicios ocasionados involuntariamente a terceros, cuya causa sobreviniera durante la vigencia del contrato.
- 4.- En septiembre de 2005 el Ayuntamiento de Alhaurín el Grande adjudicó las obras de construcción de un edificio destinado a Biblioteca Municipal en el camino de Gerald Brenan s/n, de Alhaurín el Grande, comenzando las mismas con el acta de replanteo el 27 de octubre de 2005, y durante su ejecución, en concreto el día 7 de junio de 2006, se produjeron daños en distintas viviendas colindantes, instando 28 vecinos el procedimiento de responsabilidad patrimonial contra el Consistorio.
- 5.- El 7 de marzo de 2008 la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Alhaurín el Grande inició el expediente para determinar la responsabilidad por los daños ocasionados en las viviendas, siendo parte la aseguradora Zurich, que presentó escrito de alegaciones.
- 6.- El 3 de noviembre de 2008 se dictó Propuesta de Resolución estimando las reclamaciones formuladas por 26 de los 28 afectados, por importe global de 1.501.888,77 euros, que fue ratificado por dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Andalucía el 3 de noviembre de 2008, dictando el Consistorio Decreto el 26 de enero de 2009 (número 136/2009) en el que reconocía las cuantías a percibir por los perjudicados, siendo notificado a la aseguradora Zurich y al Consejo Consultivo de Andalucía, si bien el 10 de junio de 2009 el Ayuntamiento dictó nuevo Decreto (1350/2009) estimando

parcialmente el recurso interpuesto por Zurich, al estar excluidos de la cobertura del seguro determinados daños, desestimándose respecto de otras indemnizaciones que sí estaban incluidas en la cobertura.

- 7. El 31 de julio de 2009 la Junta de Gobierno Local aprobó la propuesta de abono de las indemnizaciones a los afectados (acuerdo que fue notificado a la aseguradora Zurich), efectuando el Consistorio los pagos en la forma periódica aprobada.
- 8.- Al no dar cumplimiento la entidad Zurich al contrato de seguro concertado en su día, el Ayuntamiento de Alhaurín el Grande dictó Decreto 1304/2011 acordando el ejercicio de acciones judiciales frente a Zurich, que se formalizaron en la demanda presentada el 12 de julio de 2011, en reclamación de 1.189.390,20 euros. cuyo conocimiento correspondió al juzgado de Primera Instancia número Uno de Coín.
- 9.- La aseguradora Zurich se opuso a la demanda, alegando la excepción procesal de litispendencia, y subsidiariamente prejudicialidad civil, toda vez que el Arquitecto Director de las obras y autor del Proyecto interpuso recurso contencioso-administrativo frente al Decreto del Ayuntamiento que declaraba la responsabilidad patrimonial de la Dirección Facultativa, procedimiento del que conoce el juzgado Contencioso- Administrativo número 4 de Málaga, por lo que podrían producirse resoluciones contradictorias, oponiéndose respecto del fondo de la cuestión controvertida.
- 10.- Desestimadas las excepciones procesales y practicadas las pruebas en el acto del juicio, la titular del juzgado dictó sentencia absolviendo en la instancia a la aseguradora demandada al apreciar la falta de jurisdicción para conocer de la pretensión ejercitada, siendo competente la jurisdicción contencioso- administrativa, según razona en el fundamento de derecho sexto.
- 11.- El Ayuntamiento demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, que dictó sentencia el 30 de diciembre de 2014 por la que desestimó el mismo.
- 12.- Mantiene la sentencia de la Audiencia que, en el caso de autos, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, cubierta por un contrato de seguro, y no ante un supuesto derivado del



cumplimiento, ejecución o consecuencias de la contratación en que interviene la misma con otros contratantes.

Se lee en ella que:

«En definitiva, para apreciar la naturaleza administrativa de los contratos, que implicara a su vez la atribución de la competencia al orden jurisdiccional contencioso administrativo, se ha de partir de dos consideraciones:

1°) que una de las partes contratantes sea Administración Pública, y 2º) que los objetos sobre los que haya recaído la contratación tengan un destino igualmente público.

«Ambos requisitos concurren en el presente supuesto, pues el Ayuntamiento de Alhaurín el Grande, como promotora de un edificio destinado a Biblioteca Municipal, y tras ser adjudicadas las obras, previa la firma del correspondiente contrato administrativo, suscribió con la entidad Zurich un seguro de responsabilidad civil/ patrimonial para responder de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse como consecuencia de su ejecución. Quiere ello decir que el contrato de seguro, aunque concertado con

una entidad de derecho privado, iba destinado a responder de las posibles responsabilidades por la ejecución de un contrato administrativo, por lo que prima la utilidad pública del aseguramiento, no siendo de recibo alegar una contratación privada para sustraer de la órbita del derecho administrativo el referido contrato, por lo que las incidencias que puedan surgir en su cumplimiento deben ser sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa, por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, en los términos previstos en los artículos 9, 19 y 21 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, artículos 4 y 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (artículos 2.1, 19.1 y 20.1).

«Aún cabe añadir que, como expresamente reconoce a recurrente, la responsabilidad de la que derivaría la obligación de la aseguradora demandada de asumir las indemnizaciones que corresponderían a los perjudicados, es consecuencia de un acto administrativo, y también lo es la determinación de esos perjudicados y las cuantías de las indemnizaciones correspondientes a cada de ellos, por lo que no puede alterarse el orden legalmente establecido sobre la distribución de competencias, sobre todo cuando el conocimiento de las reclamaciones judiciales de los particulares afectados, aunque se dirigieran frente a la aseguradora junto con el Consistorio, correspondería a la jurisdicción contencioso- administrativa, y que, como ya hemos expuesto, la responsabilidad deriva de un acto administrativo, que incluso ha sido recurrido por el Arquitecto integrante de la dirección facultativa, precisamente ante dicha jurisdicción.».

«La Audiencia cita en la sentencia de la de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2002, que analiza lo que denomina «entrecruce competencial del orden civil versus contencioso administrativo», exponiendo una recopilación de doctrina y de supuestos normativos, en los que se distingue entre los eventos de responsabilidad de la Administración y los derivados del cumplimiento, ejecución o consecuencias de la contratación en que interviene la misma con otros contratantes. Igualmente cita la sentencia de la Sala de 24 de enero de 2007, que otorga primacía a la satisfacción de una finalidad o interés público, que constituye el elemento teleológico definitorio de la naturaleza administrativa, o, según la cambiante legislación, la vinculación al giro o tráfico especifico de la Administración contratante, aplicando para ello el entonces vigente artículo 5 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.»

13.- El citado Ayuntamiento interpuso, contra la anterior sentencia, recurso extraordinario por infracción procesal, por vulneración de las normas sobre competencia objetiva a que hace referencia el apartado 1,1º del art. 469LEC.

Se articula en un solo motivo que versa sobre la indebida aplicación del artículo 9.4 LOPJ, por extensión, de los artículos 9.1 y 9.2 LOPJ, así como del artículo 9.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), vigente en el momento de adjudicarse el contrato privado de servicio de seguro, de fecha 1 de marzo de 2006, del que trae causa la presente reclamación, y posteriores artículos que en idénticos términos recogen las ulteriores Leyes de Contratos.

La parte recurrente en la fundamentación del motivo único del recurso, sostiene que la normativa aplicable al contrato suscrito entre el Ayuntamiento y Zurich viene determinada por lo previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2000, ya citado, cuyo artículo 5.3 establece: que tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por la Administración que estén comprendidos en la categoría del artículo 6 del artículo 206; referente, entre otros, a los contratos de seguros; y según el apartado 1 del artículo 9, dichos contratos privados se regirán en cuanto a sus efectos y extinción por las normas de Derecho privado; especificando su apartado 3 que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados; así mismo, el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador del contrato litigioso, al establecer el régimen jurídico aplicable al contrato, reitera que nos encontramos ante un contrato de carácter privado, cuyos efectos y extinción se regulan por la normativa privada. En este sentido, sostiene la parte recurrente que el objeto sobre el que versa la demanda interpuesta por el Ayuntamiento se centra en el incumplimiento por parte de la aseguradora Zurich del contrato celebrado el 1 de marzo de 2006, ante la negativa de la misma a proceder al abono de las indemnizaciones a los perjudicados derivadas de los daños y perjuicios a las viviendas colindantes producidos en fecha 7 de junio de 2006, durante la ejecución de las obras destinadas a la construcción de un edificio destinado a Biblioteca Municipal (iniciadas el 27 de octubre de 2005), cuyo promotor fue el Ayuntamiento demandante; por tanto, el objeto litigioso no está constituido por la determinación de la responsabilidad patrimonial, que según la recurrente ya quedó declarada mediante los Decretos de la Alcaldía n.º 136/2009, de 26 de enero, y n.º 1350/2009, de 10 de julio (documentos n.º 40 y 41 de la demanda), sino en el incumplimiento Contractual por parte de la compañía aseguradora demandada. Por ello, estima la recurrente, que el orden jurisdiccional competente para conocer del presente procedimiento es el orden jurisdiccional civil y no el contencioso administrativo, que es lo que se resuelve tanto en la sentencia impugnada como en la de primera instancia. Al respecto, se cita en el recurso la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2007, que deja clara la competencia del orden jurisdiccional civil para resolver las controversias surgidas en cuanto a los efectos y extinción de un contrato privado celebrado por una Administración Pública, en este caso el Ayuntamiento de Madrid, que pretendía que se reconociera la competencia orden jurisdiccional contencioso administrativo para que conociera de las controversias



surgidas con el adjudicatario de un contrato de patrocinio, que, como señala la propia sentencia, era de carácter privado.

SEGUNDO.- Para la cuestión jurídica que se somete al enjuiciamiento de la sala es necesario hacer dos consideraciones:

(i) No se plantea la responsabilidad patrimonial de la administración local, en concreto del Avuntamiento de Alhaurín el Grande (Málaga). por los daños ocasionados a terceros como consecuencia de la construcción de una Biblioteca Municipal.

El Ayuntamiento ha reconocido su responsabilidad, ha indemnizado a los perjudicados, y lo que pretende es que la aseguradora demandada le satisfaga lo que él ha abonado a aquéllos, en atención a que el siniestro se encontraba cubierto por el contrato de seguro de responsabilidad civil/patrimonial concertado entre las partes el 1 de marzo de 2006.

Por tanto, y siempre a los efectos prejudiciales que ahora ocupan para resolver el recurso, se trata de determinar la naturaleza del contrato, para después hacer lo propio sobre la jurisdicción competente para conocer del litigio sobre su eficacia y cumplimiento.

(ii) Si se atiende a la fecha de celebración del contrato - 1 de marzo de 2006-, el marco jurídico en el que se incardina la contratación del seguro es el Texto Refundido de la Ley de Contrato de Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Ley 2/2000, de 16 de junio.

Consecuencia de lo anterior es que las sentencias de la sala citadas por la parte recurrida y por la parte recurrente deban de aplicarse con cautela, pues hacen referencia a un marco iurídico anterior.

TERCERO.- Según afirma doctrina autorizada la Administración pública recurre de forma creciente a la institución del seguro para conseguir un funcionamiento mas eficiente desde el punto de vista económico.

Se extiende, en lo que nos ocupa, a la cobertura de daños acontecidos no solo con ocasión de las relaciones jurídico-privadas, sino también derivados del ejercicio de potestades administrativas.

En concreto al seguro de responsabilidad patrimonial constituye un fenómeno generalizado en el ámbito de la Administración local, donde la introducción del sistema de seguros de riesgos, como es el enjuiciado, posee una amplia tradición.

El riesgo se transfiere desde la Administración pública, que habría de hacer frente al mismo con cargo a su presupuesto, a las aseguradoras privadas.

Esto permite a la Administración sustituir la previsión económica de las consecuencia de un riesgo incierto por el abono cierto a la aseguradora privada de la cantidad que resulta de la

CUARTO.- Sobre la naturaleza de esta clase de contratos ha existido una evolución legislativa que ha esclarecido las dudas que existían.

El texto original de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas consideraba los contratos de seguro de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas como contratos administrativos.

Mediante la reforma operada por la Ley 13/1999, de 28 de diciembre, estos contratos pasaron a tener carácter de privados.

La naturaleza privada del contrato de seguro para cubrir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública aparece reconocido en el TRLCAP aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio, de aplicación al contrato litigioso, según va hemos adelantado.

Conviene reseñar los siguientes preceptos:

«El seguro es un instrumento que permite a un actor económico sustituir un coste incierto y elevado por un coste cierto y reducido. El seguro transfiere riesgos del patrimonio del asegurado al patrimonio del asegurador, que puede asumirlos mediante el procedimiento de acumular unidades del riesgo, de forma tal que las pérdidas resulten estadísticamente previsibles.

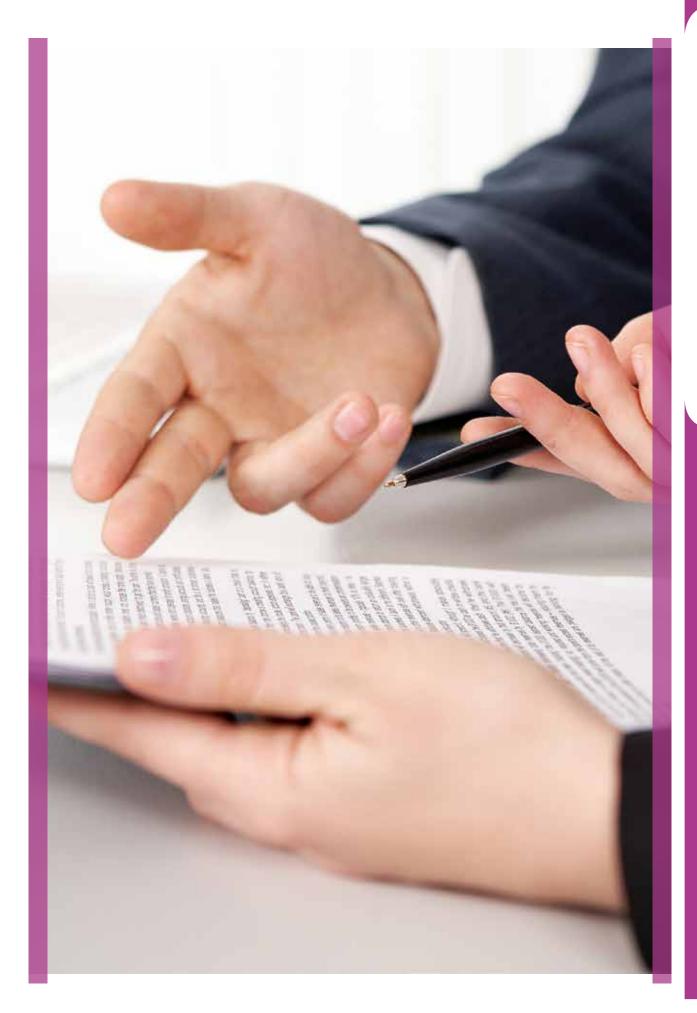
»En el ámbito de la Administración pública, este proceso de transferencia de riesgos tiene un alcance inesperado. El proceso de aseguramiento supone una privatización del riesgo. Éste se transfiere desde las Administraciones públicas, que deben hacer frente al mismo con cargo a su presupuesto (mediante un sistema que ha sido llamado de autoaseguramiento), a las aseguradoras privadas. Esto permite a las Administraciones sustituir la previsión económica de las consecuencias de un riesgo incierto por el abono cierto a la aseguradora privada de la cantidad que resulta de la prima. Con ello se plantean diversos problemas de compatibilidad del régimen jurídico-administrativo de responsabilidad con el régimen del seguro privado.»

- »[...] Artículo 5. Carácter administrativo y privado de los contratos.
- »1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.

#### »2. Son contratos administrativos:

- »a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos [...].
- » Artículo 9. Régimen jurídico de los contratos privados.
- »1. Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado [...].
- »2. Los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, se adjudicarán conforme a las normas contenidas en los Capítulos II y III del Título IV, Libro II, de esta Ley.
- »3. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso- administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción.
  - » Artículo 206. Categorías de los contratos .

»Para la aplicación del artículo 203 [supuestos de publicidad], los contratos se agrupan en las siguientes categorías:



»[...] 6. Servicios financieros: »a) Servicios de seguros [...]».

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, declara el carácter privado de los contratos que celebre una Administración con los servicios financieros de seguros.

El art. 10 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP, incluye los seguros de responsabilidad patrimonial al hacer referencia a las pólizas de seguro suscritas por la Administración.

QUINTO.- Con tales antecedentes, y en aplicación de la doctrina de los «actos separables», se ha de distinguir entre la fase de preparación y adjudicación del contrato, cuya impugnación se habría de decidir ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de aquellos conflictos que surjan entre la Administración y la aseguradora en cuanto a los efectos y extinción del contrato, que sería competencia de la Jurisdicción civil.

De ahí que se puede coincidir con la sentencia 781/2007, de 25 de junio, aunque el contrato sobre el que decide ésta no es de seguro, que el contrato cuyo incumplimiento origina la reclamación objeto de este proceso reviste carácter privado, y se halla sólo sometido a la legislación administrativa en todo cuanto afecta a los actos tradicionalmente considerados separables -los relativos a la formación de la voluntad de la Administración, a su preparación y adjudicación-, en tanto que en cuanto a sus efectos y extinción se somete a las normas de derecho privado, correspondiendo, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos, como aguí sucede, a las consecuencias del incumplimiento contractual.

Por tanto, procede estimar el recurso y declarar la competencia de la jurisdicción civil para conocer del litigio, por cuanto lo que plantea la parte actora es el cumplimiento por la aseguradora de la obligación derivada del contrato de seguro.

SEXTO.- Conforme prevé los arts. 394.1 y 398.1 LEC, no se imponen las costas del recurso a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- En aplicación del párrafo tercero del art. 476.2 LEC, se casa la sentencia recurrida y se ordena al tribunal que la ha dictado que se resuelva sobre el fondo de la cuestión, concediéndole preferencia.

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

1.- Estimar el recurso interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2014. dictada en recurso de apelación núm. 81/2013, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, contra sentencia de 19 de octubre de 2012, dictada en autos de juicio ordinario núm. 431/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Uno de Coín (Málaga). 2.- Casar la sentencia recurrida y ordenar al tribunal que la dictó que resuelva sobre el fondo de la cuestión, concediéndole preferencia. 3.- No se imponen las costas del recurso a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa. Así se acuerda y firma.



Abogada

In la Sentencia se trata el siempre dudoso tema del orden jurisdiccional competente a fin de conocer sobre determinadas cuestiones referentes a un contrato suscrito entre una administración pública y una entidad de derecho privado, en este caso, una compañía aseguradora, tratándose, por consiguiente, de un contrato de seguro.

Y resulta tan dudoso el tema que, incluso, en primera y segunda instancia se declara la falta de jurisdicción del tribunal, siendo casada por el Tribunal Supremo, quien declara competente la jurisdicción civil para el conocimiento del tema.

La Sentencia parte de dos consideraciones básicas:

1º.-No se plantea la responsabilidad patrimonial de la administración local, del Ayuntamiento, por los daños ocasionados a terceros como consecuencia de la construcción de una Biblioteca Municipal. Habiéndose declarado la misma por el Ayuntamiento, quien ha indemnizado a los perjudicados, pretendiendo por medio de la acción ejercitada que la aseguradora demandada le satisfaga la cantidad abonada, en base al contrato de seguro suscrito.

Por lo que, y a los efectos de determinar la jurisdicción competente para conocer del litigio sobre la eficacia y cumplimiento del contrato, se trata de determinar la naturaleza del mismo (carácter administrativo o privado).

2ª.-Ha de atenderse a la fecha de celebración del contrato a fin de determinar el marco jurídico en el que se incardina la contratación del seguro. En el caso que nos ocupa, es el Texto Refundido de la Ley de Contrato de Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Ley 2/2000, de 16 de junio.

En el seguro de responsabilidad patrimonial el riesgo se transfiere desde la Administración Pública, que habría que hacer cargo al mismo con cargo a su presupuesto, a las aseguradoras privadas. Esto permite a la Administración sustituir la previsión económica de las consecuencias de un riesgo incierto por el abono cierto a la aseguradora de una cantidad determinada (la prima).

La Sentencia trae a colación la evolución legislativa que ha esclarecido las dudas que existían sobre la naturaleza de esta clase de contratos. Apareciendo reconocida la naturaleza privada del contrato de seguro para cubrir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en el citado Texto Refundido aprobado por RDL 2/2000, concretamente en sus artículos 5.2.a)., 9, y 206.

Y resulta tan dudoso el tema que, incluso, en primera y segunda instancia se declara la falta de jurisdicción del tribunal, siendo casada por el Tribunal Supremo, quien declara competente la jurisdicción civil para el conocimiento del tema.

### COMENTARIO

Así mismo, cita la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que declara el carácter privado de los contratos que celebre una Administración con los servicios financieros de seguros; y el artículo 10 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que incluye los seguros de responsabilidad patrimonial al hacer referencia a las pólizas de seguro suscritas por la Administración.

Con tales antecedentes y en aplicación de la doctrina de los "actos separables", se ha de distinguir entre la fase de preparación y adjudicación del contrato, cuya impugnación se habría de decidir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de aquellos conflictos que surjan en cuanto a los efectos y extinción del contrato, que serían competencia de la Jurisdicción civil.

Debiendo recordar, en este punto, cómo la doctrina de los "actos separables" conlleva el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos previos a la perfección de un contrato privado celebrado por la Administración, fundándose la acción en dichos actos, a la jurisdicción contencioso-administrativa, aun cuando condicionen la validez y los efectos del contrato; mientras que las acciones que se deriven de sus efectos y extinción será competencia del orden jurisdiccional civil como contrato de carácter privado que es.

Con esta Sentencia se viene a ratificar la citada doctrina a pesar de que muchos autores se han manifestado sobre la situación esquizofrénica que supone la admisión de dos jurisdicciones distintas para los incidentes que origina un mismo contrato privado, a lo que se une, en muchas ocasiones, la dificultad que supone el determinar su naturaleza privada o administrativa. Motivo por el que por parte de algunos se ha recomendado la unificación jurisdiccional de toda la materia contractual de la Administración, alegando que la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración Pública ha perdido hoy en día su razón de ser, sobre todo si se hace un examen comparativo con la realidad de otros países europeos incluidos dentro del ámbito de la Unión Europea y la necesidad de unificación de normas entre ellos.

Por tanto, la Sala concluye que el contrato cuyo incumplimiento origina la reclamación reviste carácter privado, hallándose sólo sometido a la legislación administrativa en todo cuanto afecta a los actos tradicionalmente considerados separables (los relativos a la formación de la voluntad de la Administración, a su preparación y adjudicación), mientras que las cuestiones referentes a sus efectos y extinción se somete a las normas de derecho privado, correspondiendo, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos, como sucede en el caso enjuiciado, a las consecuencias del incumplimiento contractual, toda vez que la parte actora (Ayuntamiento) plantea el cumplimiento por la aseguradora de la obligación derivada del contrato de seguro.

Ante lo cual, se estima el recurso, declarándose la competencia de la jurisdicción civil para conocer del litigio, ordenando al tribunal que resuelva sobre el fondo de la cuestión, concediéndole preferencia. Otra cosa será qué resuelve éste sobre la excepción procesal de litispendencia y subsidiariamente prejudicialidad civil planteada por la aseguradora, toda vez que el Arquitecto Director de las obras y autor del Proyecto interpuso recurso contencioso-administrativo frente al Decreto del Ayuntamiento que declaraba la responsabilidad patrimonial de la Dirección Facultativa, procedimiento del cual conoce el Juzgado Contencioso-Administrativo, por lo que, podrían producirse resoluciones contradictorias. Cuestión interesante si se estima dicho recurso y no se declara la responsabilidad patrimonial en los términos establecidos por el Ayuntamiento. Si bien, ésta es otra cuestión no planteada en la presente Sentencia.

# RESPONSABILIDAD CIVIL

Se estima parcialmente en la cantidad de 12.000 euros la demanda en reclamación de la cantidad de 195.098,72 derivada de negligencia profesional de abogado por presentación de demanda fuera de plazo que supuso su desestimación por caducidad de la acción. Se estima el recurso por infracción procesal interpuesto por el perjudicado, al considerar que la cuantía se había fijado a tanto alzado, lo que supone una falta de motivación de la sentencia de segunda instancia

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

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Don Belarmino contrató los servicios profesionales del letrado don Camilo para recurrir el despido disciplinario de la empresa en la que había trabajado desde noviembre de 1996, por transgresión de la buena fe contractual. Como guiera que el citado letrado no presentó la demanda dentro del plazo legalmente previsto la demanda fue desestimada al apreciarse la excepción de caducidad alegada por la demandada, sin entrar en el fondo del asunto. La sentencia quedó firme al inadmitirse el recurso de casación para la unificación de doctrina presentado ante el Tribunal Supremo.



Esta actuación dio lugar a la reclamación que el sr. Belarmino formuló frente a su letrado en reclamación de daños y perjuicios derivados de su negligencia profesional por importe de 195.098,72 euros.

La sentencia del juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó al demandado a abonar al actor la suma de 12.000 euros, más el interés legal. La sentencia fue confirmada por la Audiencia.

SEGUNDO.- Don Belarmino ha formulado recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

En el primero se invoca en un primer motivo, que va ser estimado, la incongruencia y falta de motivación de la sentencia recurrida. Se desconoce, y es cierto, como se argumenta por la recurrente, cual es el camino que se ha seguido en ambas instancias para llegar a entender que con la imposición de una cantidad a tanto alzado de 12.000 euros quedaba resarcida la acción de daños y perjuicios por negligencia profesional ejercitada contra el demandado, necesario para conocerlo y discutirlo en caso de no ser ajustado a derecho.

Dice la sentencia lo siguiente:

«...no cabe equiparar a los efectos de "quantum" indemnizatorio la cantidad pretendida por el mismo, en el proceso incoado por su despido, con la cantidad en que se cifra como indemnización por la negligencia profesional, del letrado demandado. Debiéndose en este punto reiterar a dichos efectos, que la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, ha sentado el principio de que en casos como el que es objeto de autos, no cabe el estimar que exista concreto daño patrimonial, sino daño moral, en tanto en cuanto, la actividad negligente del Letrado, ha importado la perdida de oportunidad de su cliente. Pérdida de oportunidad que no puede cifrarse en la suma que este pretendía obtener en el proceso que resultó fallido. Dado, que es indudable, que el resultado del pleito por despido del actor, hoy recurrente, no puede darse en modo alguno por seguro como estimatorio de la pretensión de este, dado que como es evidente, la parte demandada en aquel, habría alegado aquello que en su derecho pudiera haberle convenido, y no podría partirse en consecuencia de la premisa de acogimiento total en su caso de su demanda de despido, como hace el recurrente».

La motivación contenida en la sentencia no expresa ni razona de forma clara cuáles son las circunstancias por las que fija a tanto alzado una determinada cantidad, y no otra, ni en que concepto se le indemniza, con una motivación indudablemente ambigua en la que se mezcla el daño moral, el patrimonial y la pérdida de oportunidad para confirmar la sentencia del juzgado, que parece acudir al criterio de pérdida de oportunidad para indemnizar los daños y perjuicios «por cumplimiento defectuoso del contrato» en 12.000 euros, sin precisar que oportunidades se perdieron para cuantificar de esa forma y no de otra el daño resultante de la negligencia profesional, y sin hacer lo que corresponde en estos caso, como con reiteración ha declarado esta sala, esto es un cálculo de prosperabilidad de la acción frustrada por la negligencia del letrado; todo ello después de haber estimado la existencia de negligencia, el daño y la relación de causalidad entre uno y otro, lo que impide a esta sala dar una repuesta adecuada al recurso.

La motivación cumple una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, y la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos ( sentencias 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, 26 de noviembre 2012, entre muchas otras), evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (sentencias de 14 abril 1999, 8 de octubre 2009, 7 de julio 2011, entre otras). Nada de esto ha sido observado en la sentencia recurrida.

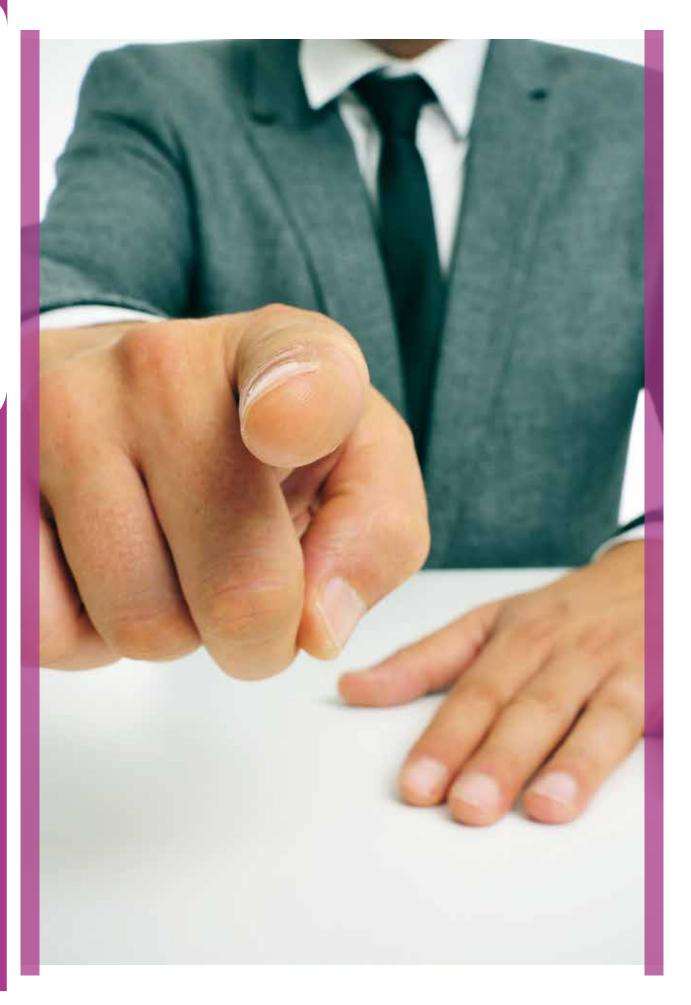
TERCERO.- La estimación de este primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, hace innecesario entrar a examinar el recurso de casación, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 476, 2, 4, al regular los efectos de la admisión de los recursos extraordinarios por infracción procesal, anular la sentencia impugnada y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia para que la Sala de apelación proceda a dictar sentencia debidamente fundamentada, fáctica y jurídicamente, en cuanto a la pretensión indemnizatoria suscitada, teniendo en cuenta lo que ya ha sido resuelto con carácter firme; todo ello sin que haya lugar a pronunciarse sobre las costas de las instancias, que quedan a expensas de lo que decida la nueva sentencia de apelación, y sin hacer especial declaración de las costas causadas por los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (art. 398.2 LEC).

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido 1.º- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Don Belarmino contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 9 de febrero 2015.

2.º- Anular la sentencia recurrida y reponer las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar la sentencia objeto de este recurso, para que, con absoluta prioridad. y remisión de los autos y rollo de apelación a la citada sección de la Audiencia Provincial de Madrid, proceda a dictar una nueva sentencia debidamente fundamentada, fáctica y jurídicamente, en cuanto a la pretensión indemnizatoria suscitada, teniendo en cuenta lo que haya sido resuelto con carácter firme 3.º-No ha lugar a resolver el recurso de casación interpuesto por D. Belarmino contra la misma sentencia. 4.º- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, ni de las originadas en ambas instancias. 5.º- Si contra la nueva sentencia volviera a interponerse cualquiera de los dos recursos, o ambos simultáneamente, se advierta de esta circunstancia al remitir las actuaciones a esta Sala para acordar su tramitación preferente a fin de evitar más dilaciones en la resolución del litigio. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.





## Comentario

Por Mª del Carmen Ruiz-Matas Roldán Abogada

uienes estamos acostumbrados a ver Sentencias dictadas en materia de responsabilidad profesional de abogados nos encontramos con resoluciones de todo tipo, desde aquellas que después de estimar la existencia de negligencia profesional desestiman la demanda por entender que no ha existido daño alguno al no existir pérdida de oportunidad para el cliente, pasando por aquellas que en aplicación de la Jurisprudencia unánime de nuestro Tribuna Supremo entran a valorar cuáles eran las expectativas de éxito de la acción frustrada para el cliente para con ello valorar cuál ha sido el daño causado, hasta aquellas otras que o bien asimilan el daño causado al valor íntegro de los intereses puestos en juego por el cliente, hay que decir que son las menos, o bien, como sucede en el supuesto que nos ocupa, conceden una cantidad a tanto alzado en valoración de la pérdida de oportunidad causada, sin entrar a justificar el porqué de la cantidad concedida.

Así, es importante tener claro que nuestro Tribunal Supremo ha dejado claro cuáles son los parámetros a tener en cuenta para valorar o cuantificar el daño causado en supuestos de negligencia profesional del abogado o el procurador, y que por tanto se han superado ya corrientes jurisprudenciales que confundían el daño moral con el daño patrimonial para conceder determinadas cantidades sin justificar, a la hora de cuantificar el daño sufrido por el cliente. Frente a tales resoluciones, actualmente la Jurisprudencia de la Sala Primera de forma unitaria viene manteniendo que el único daño causado en supuestos de negligencia profesional del letrado es la llamada perdida de oportunidad, la cual se identifica con la pérdida de oportunidad procesal que se provoca al cliente como consecuencia del error cometido por su letrado y que le impide ejercitar de forma plena su derecho a la tutela judicial efectiva. Esta pérdida de oportunidad o frustración de acciones la identifica nuestra Jurisprudencia con un daño patrimonial, en aquellos casos donde la pretensión del cliente era de índole económica, exigiendo con ello que para su cuantificación, de forma obligatoria, se realice un cálculo de prosperabilidad de la acción que finalmente el cliente ha visto frustrada, es decir, un cálculo sobre las posibilidades de éxito de sus pretensiones para con ello poder valorar cuál ha sido el daño realmente causado, pudiendo éste ser valorado desde cero a cien, en función de las pruebas que el reclamante haya practicado para hacer valer cuál hubiera sido el éxito de sus pretensiones en aquel proceso donde se produjo el error de su letrado.

...la Jurisprudencia de la Sala Primera de forma unitaria viene manteniendo que el único daño causado en supuestos de negligencia profesional del letrado es la llamada de oportunidad, la cual se identifica con la pérdida de oportunidad procesal que se provoca al cliente como consecuencia del error cometido por su letrado y que le impide ejercitar de forma plena su derecho a la tutela judicial efectiva.

## Comentario

Y es aquí, en cumplimiento de las directrices que el Tribunal Supremo nos marca para resolver estos asuntos, donde la Sentencia que nos ocupa pone el punto de atención, pues se estima que existe infracción procesal por falta de motivación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid por haber concedido ésta una cantidad en concepto de pérdida de oportunidad a tanto alzado, sin concretar si lo hace en concepto de daño moral o patrimonial, y sin justificar el porqué de la cantidad concedida. Es decir, se trata de una resolución que no sigue los dictados de la Sala Primera en la materia, y que parece volver a los criterios de una Jurisprudencia ya desfasada donde se prescindía de dicha justificación. Sin embargo de nuevo aquí el Tribunal Supremo es acorde a su tesis en esta materia, y declara la imposibilidad de resolver en cuestión de valoración de la pérdida de oportunidad sin entrar a valorar cuáles eran las expectativas de éxito de las pretensiones del cliente y por tanto cuál ha sido el daño que realmente se le ha causado, llegando a estimar por este motivo la existencia de infracción procesal por falta de motivación de la Sentencia y devolviendo los Autos a la Audiencia Provincial de Madrid, obligándola a que razone y justifique el porqué de la cantidad concedida.



Los propietarios del piso que, a partir del incendio de un colchón, se incendia y propaga el fuego a pisos colindantes, son responsables de los daños producidos en éstos. Acciones de reembolso por subrogación de las aseguradoras de los terceros perjudicados. Regla general de que no cabe en casación revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia. La interrupción de la prescripción por la reclamación extrajudicial efectuada a la aseguradora de la responsabilidad civil de los responsables del daño no se propaga a éstos porque la cobertura concertada es inferior al alcance cuantitativo de la responsabilidad total. No procede la moderación equitativa de la responsabilidad civil en el ámbito extracontractual

> Sentencia del Tribunal Supremo de 15 septiembre de 2017.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

PRIMERO.- En su día se presentaron distintas demandas por las aseguradoras Mutua de Propietarios, Liberty Seguros y Reale Seguros en ejercicio de acción de repetición contra los demandados don Severiano y doña Amparo y también contra su aseguradora Catalana Occidente S.A., por un mismo siniestro respecto del cual las demandantes hubieron de hacer frente a las indemnizaciones correspondientes a sus propios asegurados, solicitando declaración de responsabilidad solidaria de los demandados y se les condene al pago de las cantidades satisfechas a sus respectivos asegurados, propietarios de las viviendas ubicadas en la CALLEOOO de El Masnou, en virtud de sus respectivas póli-



zas de seguro. Los daños tuvieron su origen en el incendio que se produjo en la vivienda de los Sres. Amparo Severiano el 9 de mayo de 2007, al haber ardido un colchón.

Los demandados se opusieron, salvo Catalana Occidente que se allanó respecto de determinada cantidad a la que entendió que se limitaba su responsabilidad según el contrato de seguro. El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Mataró dictó sentencia de fecha 16 de noviembre de 2012, que fue estimatoria en parte de las demandas, si bien desestimó la formulada por Liberty al considerar que la acción estaba prescrita. La sentencia negó que se tratara de un caso fortuito, atribuyendo responsabilidad a los demandados ya que el origen del daño estaba bajo la esfera de su control y el incendio pudo haber sido evitado, pues la utilización de una lámpara de lectura sin la debida fijación desencadenó el suceso, sin que se haya probado que el incendio se produjo pese a haber actuado con diligencia. Respecto de la cuantificación de los daños se consideró que resultaban más objetivos los informes periciales aportados por los Sres. Amparo Severiano, procediendo a fijar su importe prácticamente en la misma suma prevista en los referidos informes.

Las partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 19.ª) dictó sentencia de fecha 10 de diciembre de 2014 que estimó parcialmente los recursos de apelación interpuestos por Mutua de Propietarios y Liberty y desestimó el presentado por Reale y la impugnación de la sentencia formulada por los Sres. Severiano Amparo. Consideró que no podía estimarse el suceso como caso fortuito ni cabía exonerar de responsabilidad a los demandados, ya que el elemento que inicia la combustión es una lámpara- flexo encendida que cayó sobre la cama al quedar dormido el hijo mayor de los demandados y, aun cuando la primera combustión fue sofocada por el mismo con abundante agua marchándose de la habitación, poco después se reavivó la combustión del colchón, ya que el fuego no había quedado sofocado totalmente. Añade la Audiencia que, aunque no se esté ante el desarrollo de una actividad que genere un riesgo, el incendio se originó dentro del ámbito de control, vigilancia y disponibilidad del propietario de la vivienda y que dejar un flexo encendido por descuido de quien lo utiliza y se queda dormido es un elemento potencial de riesgo. No puede calificarse el hecho como caso fortuito, ya que competía al causante cerciorarse de que la ignición no se avivaría, incumpliendo así con la diligencia regular y exigible del artículo 1104 CC conforme a las concretas circunstancias del caso. Concluye que el elemento mueble causante del incendio forma parte en cuanto a su uso y titularidad

del ámbito de disponibilidad de los titulares de la vivienda, hallándose dentro de la esfera de control y vigilancia de quienes habitan en ella. Estima el recurso de Liberty en cuanto afirma que fue interrumpido el plazo de prescripción trienal de la acción de repetición con las reclamaciones extrajudiciales cursadas frente a Catalana Occidente, que es la aseguradora de los demandados, al tratarse de una obligación solidaria. Tras valorar nuevamente la prueba pericial practicada, se inclina por estimar en parte el recurso de Mutua de Propietarios y acoge la valoración del Sr. Joaquina, perito de Mutua de Propietarios, por considerarla más completa científica y razonada que la del Sr. Demetrio (perito de los demandados) si bien a valor real. También estima en parte el interpuesto por Liberty, acogiendo la valoración de su perito Sr. Laureano frente a la acogida en la instancia del Sr. Demetrio, pues aunque ha indemnizado a su asegurado a valor de nuevo, el porcentaje de depreciación que aplica el Sr Demetrio en su informe es arbitrario y no contrastado y desestima el de Reale al entender acertada la valoración del Sr. Demetrio efectuada en la instancia.

Los demandados Sres. Amparo Severiano formularon recurso extraordinario por infracción procesal y de casación al amparo art. 477.2.3 de la LEC, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala.

#### Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El primero de los motivos se formula al amparo del artículo 469.1.2.º LEC por incongruencia interna de la sentencia, con infracción del artículo 218.1 LEC, en tanto que calcula la indemnización con base en el valor a nuevo pese a reconocer que había de estarse al principio de la «restitutio in integrum».

Este motivo está en relación de dependencia con el recurso de casación pues en el mismo se discute la condena pronunciada contra los demandados y a favor de Liberty Seguros, cuando en el recurso de casación de dichos demandados se sostiene la prescripción de la acción de dicha entidad. En definitiva se ha de estar a lo resuelto en dicho recurso sobre la prescripción de la acción ejercitada.

El segundo de los motivos se formula al amparo del artículo 469.1.4.º LEC y 5.4 de la LOPJ y denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE por infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba, en concreto, por infracción del artículo 348 LEC, relativo a la prueba pericial, y 376 de la misma Ley, relativo a las declaraciones de testigos, en la medida en que la sentencia recurrida yerra en orden a la determinación del daño indemnizable.

La parte recurrente comienza afirmando que la Sala de apelación incurrió, a su juicio, en una infracción previa consistente en efectuar una valoración de la prueba pericial diametralmente opuesta a la efectuada en la primera instancia sin la debida justificación de por qué aquella primera valoración era arbitraria o ilógica. Continúa diciendo que la Sala de apelación prescindió por completo de la valoración del Juez a quo y la sustituyó por la suya propia con infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala Primera del Tribunal Supremo que atribuye a los tribunales de instancia la soberanía para valorar la prueba, por aplicación del principio de inmediación, y que impide la revisión de su valoración probatoria salvo que la Sala justifique que aquella valoración era manifiestamente ilógica o arbitraria. Cita al respecto una sentencia de esta sala de 15 marzo 2002, según la cual: «es doctrina reiterada que debe prevalecer el criterio de la Sentencia recurrida cuando no incida en conclusiones arbitrarias o ilógicas que conculcan las reglas de la sana crítica. Además, no cabe pretender desvirtuar un resultado fáctico deducido de varios medios de prueba mediante la impugnación de uno de ellos».

Dicha argumentación no puede ser aceptada en cuanto se dirige a imponer al tribunal de apelación la aceptación de la valoración probatoria llevada a cabo en la primera instancia, salvo que considere que la misma resulta ilógica. Cuando esta sala, en la sentencia que cita, se refiere a la «sentencia recurrida» está aludiendo a la sentencia dictada en apelación y no a la de primera instancia. El tribunal de apelación, por la propia naturaleza ordinaria de este recurso, está facultado -siempre con respeto a la facultad dispositiva de las partes al fijar los términos de lo recurrido- a hacer una nueva valoración probatoria distinta a la llevada a cabo en primera instancia, pues tan "tribunal de instancia" es el Juzgado como la Audiencia Provincial.

La sentencia 97/2010 de 15 marzo, dice: «sin que quepa confundir, ni por su diferente naturaleza, ni por su distinta función, el recurso ordinario de apelación con el recurso extraordinario de casación, pues éste, a diferencia de aquél, no es una instancia. En el sentido expresado se manifiesta, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 21 de febrero de 2008, número 119, en la que se declara que "el efecto devolutivo de la

apelación atribuye al conocimiento del juzgador 'ad quem' la totalidad de la cuestión que se le somete, sin que quepa distinguir entre el fundamento jurídico y el fáctico"... ». A partir de tal razonamiento, se aplica la parte recurrente a discutir con carácter general la valoración probatoria llevada a cabo por la Audiencia en relación con la determinación del importe de los daños causados, lo que no resulta admisible en el recurso extraordinario. Esta sala ha reiterado, entre las más recientes en sentencia 484/2016. de 14 julio, lo siguiente: «que la revisión de la valoración probatoria no está expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para las instancias, y que sólo puede, excepcionalmente, ser denunciada como infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad (SSTS de 20 de junio de 2006 y 17 de julio de 2006), o por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba ( SSTS de 16 de marzo de 2001, 10 de julio de 2000, 21 de abril de 2005, entre otras). En defecto de todo ello dicha valoración es función de la instancia ajena a las potestades de casación (27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000, 15 de abril de 2008, RC n.º 424/2001). En igual sentido, la sentencia núm. 231/2013, de 25 marzo (Rec. núm. 1461/2009 ), dice que "se pretende someter a esta Sala una alternativa a la valoración de la prueba hecha en la sentencia recurrida, en la que se dé prevalencia a aquellos datos que son favorables a la pretensión de la recurrente, lo que implicaría que esta Sala tuviera que revisar en su conjunto la prueba practicada, imposible en el recurso extraordinario por infracción procesal, que no constituye una tercera instancia (STS de 29 de septiembre de 2009, RC n.º 1417/2005 ), cuya naturaleza extraordinaria impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio ( SSTS de 9 de mayo de 2007, RC n.º 2097/2000 , 27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000 , 15 de abril de 2008, RC n.º 424/2001, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 29 de septiembre de 2009) ....».

En definitiva, únicamente aquellos errores patentes que afecten a la concreta valoración del resultado de un medio de prueba son los que pueden significar una falta de tutela judicial denunciable por esta vía, lo que no se ha puesto de manifiesto en el caso presente.

#### Recurso de casación

TERCERO.- El primero de los motivos denuncia la infracción por la sentencia impugnada del artículo 1974 CC al haber considerado la Audiencia Provincial que Liberty Seguros interrumpió la prescripción frente a los Sres. Amparo Severiano, pese a que no interpuso ningún tipo de reclamación judicial o extrajudicial contra los mismos, sino únicamente contra Catalana Occidente, que era su aseguradora.

Dicha norma establece que «la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores». Sostiene la parte recurrente que el citado precepto ha sido objeto de interpretación por parte del Tribunal Supremo, que ha indicado con claridad que tal regla sólo es aplicable a los deudores en obligaciones solidarias en sentido propio, pero no en los supuestos en que la posible concurrencia de responsabilidades no es de tal carácter, citando al efecto el Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 2003 en cuanto establece que «El párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio, cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad Impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente».

La sentencia recurrida revoca la de primera instancia, que había apreciado la excepción de prescripción en relación con la reclamación de Liberty Seguros. Pese a que, durante el plazo de vigencia de la acción, Liberty Seguros no dirigió ninguna reclamación frente a los Sres. Amparo Severiano y se limitó a reclamar a su aseguradora, Catalana Occidente, la sentencia considera que resulta de aplicación el artículo 1974 CC y que, por tanto, las reclamaciones dirigidas a Catalana Occidente también interrumpen la prescripción para el ejercicio de la reclamación frente a los Sres. Amparo Severiano.

El motivo se estima pues resulta claro que no puede producir efectos interruptivos de la prescripción para el asegurado la reclamación extrajudicial dirigida exclusivamente frente a su aseguradora, que sólo cubría su responsabilidad hasta una cantidad inferior a la reclamada. La estimación del motivo comporta la casación de la sentencia impugnada en el particular a que el mismo se refiere, examinando a continuación el resto de los motivos en cuanto se refieren a la reclamación formulada por las demás aseguradores demandantes.

CUARTO.- El segundo motivo denuncia la infracción del artículo 1105 CC y de la jurisprudencia, en tanto que la sentencia recurrida descarta la aplicación de caso fortuito al exigir una diligencia superior a la media en la previsión del daño. Refiere la parte recurrente que la sentencia impugnada, en su fundamento de derecho segundo (páginas 7 y 8), afirma que el hecho de que se reiniciara la combustión del colchón en que dormía el hijo de los demandados «no puede constituir un suceso imprevisible, o que, previsto, fuera inevitable». En concreto dice la sentencia: «aun cuando es habitual tener un flexo para leer en la habitación, lo que no puede ignorarse que constituye un elemento de riesgo el quedarse dormido sin antes apagar el flexo ante posibles caídas, como desgraciadamente ocurrió en el caso que nos ocupa. Y aun cuando advertida por el usuario la ignición del colchón procedió a inundarlo con abundante agua, tras comprobar que se había hecho un pequeño agujero del que salía humo, marchando a continuación a la habitación de la hermana para proseguir durmiendo, no puede en modo alguno calificarse la conducta desplegada como constitutiva de caso fortuito. El control y la vigilancia que competía al miembro de la familia cerciorándose de un modo cabal, completo y absoluto de que la ignición no se reproduciría o avivaría también, no puede en modo alguno constituir un suceso imprevisible o que previsto no fuese inevitable (art. 1105 CC)».

La consideración que hace la parte recurrente acerca de que dicha afirmación contradice la jurisprudencia de esta sala sobre el "caso fortuito" no puede ser aceptada, va que las sentencias que cita se refieren a supuestos bien distintos al ahora examinado, el cual resulta especialmente opuesto a la situación característica del «caso fortuito» ya que existió un incidente previo consistente en que el colchón ardió y, en tal circunstancia, la diligencia a aplicar debió ser aún mayor en orden a mantener una vigilancia que pudiera hacer frente a lo que debió preverse como posible y que efectivamente se materializó ya que el fuego no había sido definitivamente sofocado. Desde luego, si el hecho se hubiera previsto habría sido evitable y si no se previó fue por exceso de confianza o falta de diligencia por parte del agente.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El tercero de los motivos denuncia la infracción del artículo 1104 CC y de la jurisprudencia de esta sala sobre el mismo, al no aplicar la Audiencia Provincial en su sentencia el estándar de diligencia de un buen padre de familia acomodado a las circunstancias de las personas, del tiempo, del lugar y del entorno físico o social donde se proyecta la conducta enjuiciada. Se sostiene en la formulación del motivo que la sentencia exige a los Sres. Amparo Severiano, o a su hijo, un nivel de diligencia equiparable a la de un perito experto, esto es, muy superior a la del «buen padre de familia» o al derivado de «las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Dice la sentencia que «con independencia de que los demandados o su hijo conocieran las particularidades de la combustión de los colchones, resulta que la diligencia desplegada no fue la adecuada y exigible para evitar que el fuego se reavivara. Constituyendo el flexo que se dejó encendido por descuido al irse a dormir un elemento que puede iniciar la combustión, cuando cae sobre elementos inertes (colchón) la conducta del hijo mayor de edad y de quienes son titulares de la vivienda no fue suficientemente diligente en orden a comprobar y cerciorarse de que el foco de la ignición había sido apagado por completo y totalmente, incumpliendo con la diligencia regular y exigible del art. 1104 CC conforme a las concretas circunstancias del caso». Dicho razonamiento ha de ser compartido. No cabe imputar a la sentencia impugnada vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre la entidad de la diligencia exigible en el caso, pues efectivamente la Audiencia ha valorado las circunstancias de este concreto supuesto a la hora de establecer su exigencia, como -en general- hacen todas las sentencias que se citan como doctrina jurisprudencial, sin que ninguna de ellas contemple un caso ni siguiera próximo al presente en que esta sala haya estimado que fuera suficiente la diligencia empleada.

Por ello también este motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- El motivo cuarto se formula por infracción del artículo 1902 CC y de la jurisprudencia de esta sala por incorrecta aplicación de los criterios de imputación objetiva que han conducido a la imputación del resultado dañoso a los Sres. Amparo Severiano. Se sostiene en la formulación del motivo que la imputación de responsabilidad a los Sres. Amparo Severiano es confusa, pues no queda claro si la imputación se produce por una falta de vigilancia o control de su hijo - mayor de edad-, o si la imputación se produce por el mero hecho de ser

los demandados los propietarios de la vivienda. Dice la sentencia en su fundamento de derecho segundo lo siguiente: «Acreditado el origen del incendio en un elemento privativo o -bien mueble-titularidad de los Sres. Amparo Severiano así como el daño causado a terceros perjudicados, no ha resultado suficiente en orden a exonerar a los propietarios de la vivienda donde se originó la ignición por un descuido del hijo que habitaba con ellos a tal efecto, la interpretación que del relato fáctico hacen los recurrentes. No puede desconocerse que el elemento inmueble causante del incendio forma parte en cuanto a su uso y titularidad, del ámbito de disponibilidad de los titulares de la vivienda, hallándose dentro del ámbito de control y vigilancia de quienes habitan en ella -art. 1902 Ccivil o del que tiene control de la casa-».

Precisamente ese ámbito de control y de vigilancia -en definitiva lo que la jurisprudencia ha calificado como «posición de garante»- es lo que determina la responsabilidad de los titulares de la vivienda desde la cual se propagó el fuego. Se trata de una responsabilidad de rigurosa exigencia al modo previsto en el mismo sentido por el artículo 1910 CC, en tanto establece que «el cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaren o cayeren de la misma». Desde esta perspectiva, carece de sentido la negación de imputabilidad objetiva de las consecuencias dañosas del suceso a los demandados -hoy recurrentes- pese a los notables esfuerzos argumentativos que se aprecian en la formulación del motivo al recorrer los distintos criterios jurisprudenciales de adecuación, confianza e incremento del riesgo, con cita de una doctrina que no resulta de aplicación al caso presente. Es precisamente la posición de garante (entre otras, STS 1ª núm. 805/2002, de 22 julio ), que deriva del propio disfrute del bien en orden a asumir la responsabilidad por los daños que del mismo y de su utilización puedan derivar para terceros, la que justifica la atribución de dicha responsabilidad a los titulares.

Por ello el motivo ha de ser desestimado.

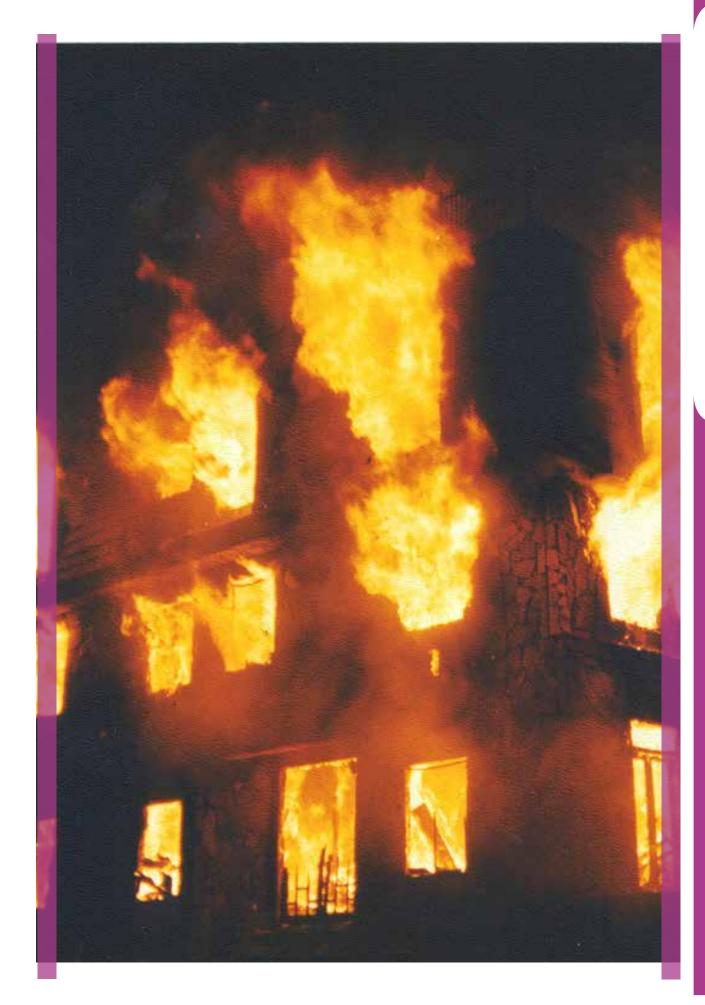
SÉPTIMO.- Igualmente ha de ser rechazado el motivo quinto, en cuanto denuncia la infracción del artículo 1903 CC y de la jurisprudencia de esta sala sobre dicha norma. Sostiene la parte recurrente que la sentencia infringe el citado artículo 1903 CC, que regula la responsabilidad por hecho ajeno, al establecer la responsabilidad de los demandados con base en el artículo 1902 CC, que regula la responsabilidad por hecho propio, cuando - excluida dicha responsabilidad por razón de lo expuesto en los motivos anteriores- tampoco sería aplicable la derivada del artículo 1903 CC que se refiere a la responsabilidad por hecho de otro.

Se ha de reiterar al respecto lo ya razonado en relación con los anteriores motivos. La sentencia impugnada ha resuelto de modo correcto partiendo de la atribución a los demandados de una responsabilidad propia por no haber atendido debidamente sus deberes de vigilancia y control como titulares de la vivienda de la que disfrutan, lo que implica la asunción de las consecuencias dañosas derivadas de hechos que, aunque no se deriven de su propia actuación, se produzcan por las actuaciones de las personas que se encuentran en la casa sobre las que dichos titulares están obligados a desplegar una conducta de vigilancia y control que excluya los daños a terceros.

El motivo sexto se formula por infracción del artículo 1103 CC y de la jurisprudencia de esta sala, pues - según considera la parte recurrente- la sentencia recurrida prescinde del grado de negligencia en punto a la moderación de la responsabilidad pese a la evidente desproporción entre esa pretendida negligencia y el daño. Nuevamente se traen como fundamento del motivo sentencias que contemplan casos bien distintos del ahora planteado. Es cierto que cuando se trata de una responsabilidad por incumplimiento contractual, una vez restituido el equilibrio de las prestaciones, la indemnización por el daño derivado del incumplimiento puede graduarse en atención a la entidad de la culpa (artículo 1103 CC), pero tal previsión no puede aplicarse a efectos de reducir la indemnización por el daño de carácter material causado, ya que en tal caso se estaría imponiendo al perjudicado -en el que no cabe apreciar culpa alguna- la necesidad de soportar siguiera en parte el daño sufrido, lo que en absoluto entra dentro de las previsiones de la norma de que se trata.

El motivo séptimo ha quedado sin objeto en tanto que se refiere a la indemnización procedente respecto de Liberty Seguros cuando la estimación del motivo primero, que comporta la consideración de que su acción estaba prescrita, da lugar a que los demandados no estén obligados a indemnizar a dicha entidad demandante.

OCTAVO.- Estimado el recurso interpuesto respecto de Liberty Seguros, no procede condena en las costas causadas por el mismo respecto de dicha entidad (artículos 394 y 398 de



la Ley de Enjuiciamiento Civil), con devolución del depósito constituido. La desestimación del recurso respecto de las demás partes recurridas comporta la condena en costas de los recurrentes en cuanto a las causadas por dichas partes. Las costas de primera instancia causadas por la demanda interpuesta por Liberty Seguros se imponen a dicha entidad, así como las producidas por su recurso de apelación.

#### FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de don Severiano, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 19.ª) de 10 de diciembre de 2014 en Rollo de Apelación n.º 470/2013, dimanante

de autos de juicio ordinario n.º 1239/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Mataró, con imposición a los recurrentes de las costas causadas por dicho recurso.

2.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por los citados contra dicha sentencia, absolviéndoles respecto de la pretensión deducida en su contra por Liberty Seguros, condenando a dicha entidad al pago de las costas causadas en primera instancia y por su recurso de apelación, sin condena respecto de las costas causadas por el recurso de casación en cuanto a dicha recurrida. 3.º- Desestimar el recurso de casación en cuanto a las demás pretensiones formuladas por la parte recurrente, con imposición a dicha parte de las costas causadas por el resto de las partes recurridas. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



## COMENTARIO

Por Mariano Medina Crespo Abogado

o puede efectuarse un comentario de alcance de esta sentencia que abarque los diversos extremos que aborda, pues cualquiera de ellos exigiría un amplio comentario, máxime cuando no se cultiva un arretismo repetitivo y complaciente. Se trata de una sentencia en la que el lector se ve abocado, después de leerla varias veces, a intentar ser el discípulo aventajado de Juan de Mairena, porque, como objeto inmediato de cualquier reflexión, se trata de averiguar con claridad berroqueña y no barroca el verdadero fundamento normativo de la condena, en concepto de responsabilidad civil, de los propietarios de un inmueble en el que se produjo un incendio que se propagó a elementos comunes del edificio y a otros diversos pisos; incendio que se produjo porque el hijo de aquéllos, mayor de edad, lector

Los propietarios del piso que, a partir del incendio de un colchón, se incendia y propaga el fuego a pisos colindantes, son responsables de los daños producidos en éstos. Acciones de reembolso por subrogación de las aseguradoras de los terceros perjudicados. Regla general de que no cabe en casación revisar la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia. La interrupción de la prescripción por la reclamación extrajudicial efectuada a la aseguradora de la responsabilidad civil de los responsables del daño no se propaga a éstos porque la cobertura concertada es inferior al alcance cuantitativo de la responsabilidad total. No procede la moderación equitativa de la responsabilidad civil en el ámbito extracontractual

encamado, se durmió con el flexo encendido y éste se cayó sobre la cama, dando lugar a la combustión del colchón.

Pero, además de esta cuestión, está la procesal de que la sentencia recurrida no había brindado a los demandados, según ellos, la debida tutela judicial, porque no había respetado la valoración de la prueba efectuada por el juzgador "de instancia", confundiendo así el sentido de la expresión de la jurisprudencia estricta de que el recurso de casación, como instancia extraordinaria que no es una tercera instancia, se dirige frente al fallo de la sentencia de instancia que es la del Tribunal a quo, es decir, la de la Audiencia Provincial y no la del Juzgado de Primera Instancia. Está también la novedosa tesis de fraccionar el crédito resarcitorio de un perjudicado para sostener que la interrupción de la prescripción extintiva de la acción resarcitoria ejercitada, en virtud de la reclamación extrajudicial dirigida a un deudor, no se propaga a los otros deudores solidarios cuando el alcance cuantitativo de la deuda de éstos (en este caso, los asegurados) es superior al de la de aquel otro (la aseguradora de la responsabilidad civil de los indicados asegurados que hacía valer el límite cuantitativo de su cobertura). A su vez, se nos dice que no cabe la moderación judicial por razones equitativas de una indemnización que haya de abonarse por responsabilidad civil extracontractual, porque el art. 1103 del Código civil solo es aplicable en el ámbito del incumplimiento contractual.

De modo muy sintético, muestro mi conformidad con la solución desestimatoria dada la cuestión procesal, aunque su ratio se podía haber formulado con mayor claridad, sin que pueda ocultarse que el error de la parte demandante nace, en buena medida, de un conjunto de sentencias de Audiencia Provincial que, resolviendo recursos de apelación, se permiten trasvasar la doctrina casacional sobre la censura de la valoración de la prueba al ámbito de sus recursos y sostener que la misma corresponde al juzgador de la primera instancia. Muestro, en cambio, mi disconformidad con la que viene a reputarse regla prohibitiva de la moderación de la indemnización extracontractual por razones de equidad, porque el artículo invocado pertenece a la disciplina común de las obligaciones, como reiteradamente ha dicho el propio TS, sin proyectarse de modo exclusivo y excluyente sobre las contractuales. Y también muestro mi discrepancia con la solución dada a la cuestión de la prescripción extintiva de la acción ejercitada frente a deudores que son propiamente solidarios a los que se aplica la doctrina propia de los impropios, por una razón puramente cuantitativa que resulta sorprendente, dando lugar a que uno se pregunte que cómo se explica que se absuelva a los demandados por haber prescrito la acción resarcitoria ejercitada contra ellos y que, no obstante, se mantenga la condena de su aseguradora que, asumiendo la responsabilidad civil de ellos, queda afectada por la obligación de abonar a la aseguradora demandante subrogada la suma de 35.000 € por ser la cantidad con la que quedaba agotado el límite cuantitativo de la cobertura concertada, con lo que la

## COMENTARIO

aseguradora asume una responsabilidad civil que. al tiempo, se declara extinguida por prescripción; y es que se desconoce que la responsabilidad civil que está prescrita para un asegurado lo está también para su aseguradora y la responsabilidad civil que no está prescrita para una aseguradora de responsabilidad civil, no puede estarlo para su asegurado. Enunciados estos tres compromisos, que aquí me es imposible desarrollar, me centro en la determinación del fundamento normativo de la condena como responsables de los propietarios del piso donde se produjo el incendio propagado.

Si el hijo incendiario (por negligencia) hubiera tenido 16 años, la condena de los propietarios del piso se habría fundado en el art. 1903 CC, porque el causante culposo del siniestro (por la mala suerte desencadenada por una falta de completa diligencia) habría sido ese hijo menor y el fundamento de la condena había estribado en la que se consideraría una defectuosa vigilancia del hijo, como constitutiva de la que durante mucho tiempo se denominaba culpa mediata que quedaba al margen de la culpa inmediata que se identificaba con la culpa in operando, así como, como variante de ella, con la culpa in omittendo. Pero el hijo era mayor de edad y por ello no podía condenarse a sus padres por el art. 1903, sino por el 1902 y, no como padres, sino como propietarios del piso, de modo que la culpa indirecta en que se habría incurrido en el caso de que el hijo hubiera sido menor, se convierte en una culpa directa (in operando, in omittendo) por el hecho de que el causante del daño era mayor de edad. Viene así a considerarse que, si el causante del siniestro es un hijo mayor, sus padres son más culpables que si fuera menor, al apreciarse en un caso la culpa directa (real) y en el otro la indirecta (ficticia). Pero, para fundar la responsabilidad de los propietarios del piso en una culpa directa, aunque inexistente, se acude a la figura del garante, que de suyo, serviría para fundarla en el art. 1903, pero no en el 1902, porque, si se responde como garante es porque se incurre en una responsabilidad por hecho dañoso de otro; y si quien habría de responder como garante responde por su propia culpa, responde en virtud de ésta y no como garante.

Como el TS (su Sala en Pleno) no se siente a gusto con lo que dice que dice, se decide a decir otra cosa que no termina por decir; y es que considera que la responsabilidad civil de los propietarios del piso constituye una responsabilidad "de rigurosa exigencia al modo previsto en el mismo sentido por el art. 1910"; y si se trata de hacer valer esta similitud -ad instar-, sin atreverse a decir que, en rigor, esa rigurosa responsabilidad civil nace de aplicar por analogía el art. 1910 (o por su interpretación extensiva, que es técnica distinta), lo que está reconociendo es que se está ante una responsabilidad civil por hecho ajeno en virtud de un riesgo específico que es el que corresponde al propietario de un inmueble por los daños que se causen desde él; y si esto es así, se está reconociendo que la responsabilidad de los propietarios se habría producido, naturalmente sin tener ellos culpa alguna, como efectivamente no la tuvieron por el hecho de que su hijo mayor cometiera la doble imprudencia de dormirse con el flexo encendido, primero, y de no sofocar de modo radical la combustión del colchón, después, yéndose tan tranquilo a dormir a otra habitación, donde posiblemente hubiera mejor olor. Dígase lo que se diga, el título normativo de la atribución de la responsabilidad civil de los propietarios del piso no es la culpa, sino el riesgo específico ligado a la peligrosidad de actividades desenvueltas en él.

Si el TS se hubiera decidido por apreciar la existencia de un principio institucional implícito que se induce a partir del denominador común de aquellos preceptos del Código civil que establecen una responsabilidad objetiva por razón del riesgo específico creado, se habría aplicado la norma que lo consagra, no explicitada, pero sí expresada, sin necesidad de acudir a la ficción del invento de una culpa inexistente. Naturalmente, si los daños se hubieran producido por caso fortuito como fuerza mayor propia del riesgo desencadenado (y no por una fuerza mayor extraña a dicho riesgo), los propietarios hubieran sido igualmente responsables, aunque el hijo hubiera acometido la situación con un dechado máximo de diligencia, que es lo que, en definitiva, aunque sin decirlo tan a las claras, es lo que han declarado algunas de las sentencias invocadas por la SAP de Barcelona (Sección 19ª) de 10 de diciembre de 2014 (Asunción Claret Castany), que fue la que el TS anuló parcialmente por acoger la excepción de prescripción extintiva de la acción resarcitoria ejercitada por subrogación por una de las actoras, pero con desestimación previa del recurso deducido por infracción procesal y con desestimación, después, de los motivos de casación deducidos en relación con la atribución de la responsabilidad civil a los propietarios demandados y en relación con la falta de moderación judicial del alcance cuantitativo de la responsabilidad civil establecida.

## Tribunal de Justicia de la Unión Europea

RESPONSABILIDAD

**Cuestión Prejudicial. Las Directivas** comunitarias en materia de seguro de responsabilidad civil se oponen a una normativa nacional que excluye de la cobertura los daños corporales y materiales sufridos por un peatón víctima de un accidente de circulación, exclusivamente por ser dicho peatón el tomador del seguro y el propietario del vehículo que causó tales daños

> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2017.

> > Ponente: Excmo. Sr. D. Alexander Arabadjiev

PRIMERO.LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIÓN PREJUDICIAL.-

13. El 26 de abril de 2009, el Sr. Delgado Mendes y su esposa se encontraban en una finca de su propiedad, sita en Chamusca (Portugal), en cuyo patio había aparcados dos automóviles: uno perteneciente al Sr. Delgado Mendes y otro a su esposa. Sobre las seis de la tarde, el Sr. Delgado Mendes y su esposa se apercibieron de que al volante del vehículo del primero había un hombre, al que no conocían, que había encendido el motor. El Sr. Delgado Mendes y su esposa se subieron inmediatamente al otro vehículo para perseguirlo.

- 14. El vehículo del Sr. Delgado Mendes se detuvo en una intersección. El Sr. Delgado Mendes también se detuvo, a unos 20 metros de donde se encontraba el vehículo de su propiedad, y salió del vehículo de su esposa para dirigirse hacia el suyo.
- 15. El conductor del vehículo del Sr. Delgado Mendes dio marcha atrás y chocó con el lado derecho del vehículo de la esposa de éste y con el propio Sr. Delgado Mendes, tirándolo al suelo. Avanzó y volvió a retroceder rápida y repentinamente, derribando al Sr. Delgado Mendes, que acababa de levantarse, y pasándole por encima, con el resultado de que éste fue arrastrado unos ocho metros por su propio vehículo.
- 16. El Sr. Delgado Mendes sufrió diversas fracturas y traumatismos como consecuencia directa del relatado accidente. Recibió atención médica hasta el 8 de febrero de 2011, estuvo 654 días de baja laboral y sufre numerosas secuelas.
- 17. Cuando se produjo el mencionado accidente, la responsabilidad civil por los daños causados a terceros por el vehículo del Sr. Delgado Mendes estaba asegurada por CA Seguros en virtud de una póliza de seguros en la que el Sr. Delgado Mendes figuraba como tomador del seguro y conductor habitual del vehículo. Dicha póliza de seguros recogía, entre otras, las siguientes estipulaciones contractuales:
- se considerará tercero a cualquier «persona que, como consecuencia de un siniestro cubierto por el contrato, sufra un daño reparable o indemnizable de conformidad con el Derecho civil o la presente póliza de seguros» [cláusula 1.e)];
- el «presente contrato tiene por objeto cumplir la obligación de asegurar la responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles establecida en el artículo 4 del Decreto-ley [n.º 291/2007]» (cláusula 2.1);- el «presente contrato garantizará, dentro de los límites y condiciones legalmente establecidas:
- a) la responsabilidad civil del tomador del seguro, propietario del vehículo [...], así como la de quienes lo posean o conduzcan legítimamente, por los daños corporales y materiales causados a terceros;
- b) la reparación adeudada por los autores de un hurto, robo o hurto de uso de vehículos automóviles o derivada de accidentes de circulación provocados dolosamente (cláusula 2.2);el «presente contrato incluirá [...], por lo que respecta a los accidentes producidos en Por-

- tugal, la obligación de indemnizar que establece el Derecho civil [cláusula 4.1.a)];- quedarán «excluidos de la garantía obligatoria del seguro cualesquiera daños materiales causados [al] tomador de seguro» [cláusula 5.2.b)];
- En «los casos de robo [...] y de accidentes de circulación provocados dolosamente, el seguro no garantizará la satisfacción de las indemnizaciones adeudadas por los respectivos autores y cómplices al propietario [...]» (cláusula 5.5).
- 18. El Sr. Delgado Mendes ejercitó ante el Tribunal de Comarca de Santarém (Tribunal de Primera Instancia de Santarém, Portugal) una acción declarativa contra CA Seguros al objeto de que se condenase a ésta a abonarle 210 641 euros, en concepto de los daños patrimoniales y no patrimoniales sufridos, más los correspondientes intereses legales devengados a partir de la citación. CA Seguros pidió que se desestimara tal pretensión por varios motivos.
- 19. Dicho órgano jurisdiccional desestimó por infundada la pretensión del Sr. Delgado Mendes, en particular por cuanto, con arreglo al artículo 15, apartado 3, del Decreto-ley n.º 291/2007, el propietario del vehículo está excluido del conjunto de posibles beneficiarios del seguro suscrito.
- 20. El Sr. Delgado Mendes apeló esa sentencia ante el Tribunal da Relação de Évora (Audiencia de Évora, Portugal). En particular, considera que debe realizarse una interpretación restrictiva del mencionado artículo 15, apartado 3, en el sentido de que únicamente excluye la indemnización de los daños materiales sufridos por el propietario del vehículo. En efecto, estima que, con este texto, el legislador no pretendía excluir los accidentes como el que él sufrió. A su juicio, dado que el objetivo principal del contrato de seguro controvertido en el litigio principal es proteger a las víctimas de daños corporales, indemnizando a todos cuantos no sean el propio conductor, en el presente caso debe considerársele un «tercero víctima» a efectos de la indemnización de los daños corporales que sufrió.
- 21. CA Seguros se opone a tal interpretación restrictiva, aduciendo, en particular, que es contraria al artículo 9 del Código Civil portugués, ya que el seguro en cuestión pretende asegurar la responsabilidad de «todo aquel que pueda ser civilmente responsable de la reparación de los daños causados a terceros por un vehículo terrestre automóvil». Pues bien, considera que



no puede admitirse que la responsabilidad civil de la persona responsable del riesgo derivado de la circulación de un vehículo automóvil quede también protegida como si tuviera la condición de tercero.

22. El órgano jurisdiccional remitente señala que el objeto del recurso se limita a la determinación del nexo existente entre el hecho generador de la responsabilidad y la obligación de indemnizar a la víctima que de ella resulta, por un lado, y los límites y el ámbito de aplicación del contrato de seguro controvertido en el litigio principal, por otro lado.

23. El Tribunal da Relação de Évora (Audiencia de Évora) indica que considera evidentes tanto la responsabilidad del conductor del vehículo del Sr. Delgado Mendes, asegurado por CA Seguros, en la producción del accidente, como la obligación que incumbe a dicho conductor de reparar los daños que causó. Este órgano jurisdiccional precisa que, en virtud del contrato de seguro celebrado entre el Sr. Delgado Mendes y CA Seguros, en una situación ordinaria en la que la víctima fuera un tercero respecto de la relación de seguro existente entre el propietario del vehículo y su entidad aseguradora, CA

Seguros sería claramente responsable de la reparación de los daños que resultan de la culpa exclusiva de dicho conductor.

24. Sin embargo, el referido órgano jurisdiccional estima que el litigio principal presenta dos particularidades, a saber, que el conductor del vehículo del Sr. Delgado Mendes provocó dolosamente el siniestro y que la víctima demandante es el tomador del seguro de dicho vehículo.

25. En cuanto a la primera de tales particularidades, el órgano jurisdiccional remitente precisa que la obligación que tiene el asegurador de indemnizar los daños derivados de los accidentes de circulación provocados dolosamente se encuentra consagrada, desde 2007, por una reiterada jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justiça (Portugal).

26. Sin embargo, por lo que respecta a la segunda de las mencionadas particularidades, tanto el artículo 15, apartado 3, del Decreto-ley n.º 291/2007 como el contrato de seguro controvertido en el litigio principal disponen expresamente que en «en los casos de robo [...] y de accidentes de circulación provocados dolosamente, el seguro no garantizará la satisfacción de las indemnizaciones adeudadas por los respectivos autores y cómplices al propietario». Pues bien, ambos supuestos se dan en el presente caso. Además, el artículo 14, apartado 2, letra b), de dicho Decreto-ley excluye también «de la garantía del seguro cualesquiera daños materiales causados [...] al tomador del seguro».

27. El Tribunal da Relação de Évora (Audiencia de Évora) y CA Seguros consideran, por otra parte, que la interpretación del artículo 15, apartado 3, del Decreto-ley n.º 291/2007 que propone el Sr. Delgado Mendes no cumple las exigencias que a este respecto establece el artículo 9 del Código Civil portugués.

28. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente tiene dudas en cuanto a la compatibilidad de los artículos 14, apartado 2, letra b), y 15, apartado 3, del Decreto-ley n.º 291/2007 (en lo sucesivo, «normativa controvertida») con el Derecho de la Unión. A este respecto, señala que la Segunda Directiva sustituyó la relación entre el propietario y el asegurador, típica del contrato de seguro, por la relación entre el asegurador y el responsable del accidente, y que la Tercera Directiva confirmó que la relación determinante, en lo que respecta a cualquier disposición o cláusula contractual de exclusión del seguro, era la relación entre el asegurador y el conductor, y no la relación entre el asegurador y el propietario, enfoque éste que, a lo largo de 2008, reiteró el Supremo Tribunal de Justiça.

29. Además, el órgano jurisdiccional remitente considera que la exclusión de las personas contempladas por la normativa controvertida se define sobre la base de criterios generales y abstractos, lo que el Tribunal de Justicia ha declarado contrario a las Directivas en cuestión. Dicho órgano jurisdiccional se pregunta asimismo por la conformidad de tales exclusiones, que se basan únicamente en la condición de propietario del vehículo siniestrado, con el principio de igualdad de trato.

30. En estas circunstancias, el Tribunal da Relação de Évora (Audiencia de Évora) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«En el caso de un accidente de circulación del que han resultado daños corporales y materiales para un peatón que fue dolosamente atropellado con el vehículo automóvil del que era propietario, conducido por quien lo había hurtado, ¿se opone el Derecho [de la Unión], en particular [los artículos] 12, apartado 3, y 13, apartado 1, de la Directiva 2009/103/CE (LA LEY 17703/2009) [...] a que se excluya en el Derecho nacional la concesión de cualquier indemnización al peatón por ser el propietario del vehículo y el tomador del seguro?»

Sobre la cuestión prejudicial

31. Con carácter preliminar, debe señalarse, en primer lugar, que la Directiva 2009/103 (LA LEY 17703/2009) no es aplicable ratione temporis al litigo principal. En efecto, habida cuenta de la fecha en que se produjo el siniestro que da lugar a dicho litigio, los artículos aplicables a éste son, en concreto, el artículo 2, apartado 1, de la Segunda Directiva y el artículo 1 bis de la Tercera Directiva.



- 32. Dicho esto, para proporcionar una respuesta útil a la cuestión planteada, deben tenerse en cuenta, además de las disposiciones que expresamente se mencionan en la cuestión prejudicial, el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva y el artículo 1, apartado 1, de la Segunda Directiva.
- 33. Por último, dado que el órgano jurisdiccional remitente ha precisado que la obligación que tiene el asegurador de indemnizar por los accidentes de circulación provocados dolosamente se encuentra consagrada desde 2007 por una reiterada jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justiça, la cuestión planteada se refiere, en realidad, no a la cuestión de si las Directivas Primera, Segunda y Tercera obligan o no a que el seguro obligatorio cubra los daños causados como consecuencia de accidentes de circulación provocados dolosamente, sino específicamente a la compatibilidad con dichas Directivas de la exclusión de un peatón de tal cobertura exclusivamente por ser dicho peatón el tomador del seguro y el propietario del vehículo que causó tales daños.
- 34. Por tanto, debe considerarse que, mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva, los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, de la Segunda Directiva y el artículo 1 bis de la Tercera Directiva deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal que excluye de la cobertura y, por tanto, de la indemnización por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles los daños corporales y materiales sufridos por un peatón víctima de un accidente de circulación exclusivamente por ser dicho peatón el tomador del seguro y el propietario del vehículo que causó tales daños.
- 35. A este respecto, en primer lugar, procede recordar que el objetivo de la normativa de la Unión en materia de seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles es garantizar la libre circulación tanto de los vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de la Unión como de los ocupantes de dichos vehículos y que las víctimas de accidentes causados por estos vehículos reciban un trato comparable, sea cual fuere el lugar de la Unión en que haya ocurrido el accidente (sentencia de 1 de diciembre de 2011, Churchill Insurance Company Limited y Evans, C-442/10, EU:C:2011:799, apartado 27).

- 36. Por consiguiente, la Primera Directiva, tal como fue precisada y completada por las Directivas Segunda y Tercera, obliga a los Estados miembros a garantizar que la responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos automóviles con estacionamiento habitual en su territorio esté cubierta por un seguro y concreta, en particular, los tipos de daños y los terceros perjudicados que debe cubrir dicho seguro (véase la sentencia de 23 de octubre de 2012, Marques Almeida, C-300/10, EU:C:2012:656, apartado 27 y jurisprudencia citada).
- 37. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el objetivo de los artículos 3, apartado 1, de la Primera Directiva, 2, apartado 1, de la Segunda Directiva y 1 de la Tercera Directiva consiste en garantizar que el seguro obligatorio de la responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles permita a todos los ocupantes víctimas de un accidente causado por un vehículo obtener una indemnización de los daños que hayan sufrido (sentencia de 1 de diciembre de 2011, Churchill Insurance Company Limited y Evans, C-442/10, EU:C:2011:799, apartado 29).
- 38. En efecto, la evolución de la normativa de la Unión en materia de seguro obligatorio pone de manifiesto que ese objetivo de protección de las víctimas de accidentes causados por vehículos ha sido constantemente perseguido y reforzado por el legislador de la Unión (sentencia de 4 de septiembre de 2014, Vnuk, C-162/13, EU:C:2014:2146, apartado 52).
- 39. En particular, la Directiva 2005/14 (LA LEY 6059/2005) extendió, mediante la inserción del artículo 1 bis en la Tercera Directiva, la cobertura del seguro recogido en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva a los daños corporales y materiales sufridos por peatones. ciclistas y otros usuarios no motorizados de las vías públicas (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de septiembre de 2014, Vnuk, C-162/13, EU:C:2014:2146, apartado 55).
- 40. Por consiguiente, habida cuenta de que el Sr. Delgado Mendes tiene la condición de peatón en el accidente de que se trata en el litigio principal, es preciso señalar que el artículo 1 bis de la Tercera Directiva obliga a que el seguro obligatorio de su vehículo cubra los daños corporales y materiales que sufrió como consecuencia del accidente, por los que un peatón tiene derecho a percibir una indemnización de conformidad con lo dispuesto en el Derecho civil nacional.

- 41. En lo que respecta, más concretamente, a la condición simultánea de víctima de un accidente de circulación, de tomador del seguro y de propietario del vehículo involucrado en el accidente, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el objetivo de protección de las víctimas que persiguen las Directivas Primera, Segunda y Tercera exige que la situación jurídica del propietario del vehículo que se encuentre en éste como ocupante en el momento del accidente sea asimilada a la de cualquier otro ocupante víctima del accidente (véase la sentencia de 1 de diciembre de 2011, Churchill Insurance Company Limited y Evans, C-442/10, EU:C:2011:799, apartado 30).
- 42. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado que ese objetivo se opone también a que una normativa nacional reduzca indebidamente el concepto de ocupante cubierto por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles excluyendo de tal concepto a las personas transportadas en una parte de un vehículo no diseñada para su transporte ni equipada para ello (sentencia de 1 de diciembre de 2011, Churchill Insurance Company Limited y Evans, C-442/10, EU:C:2011:799, apartado 30).
- 43. El Tribunal de Justicia ha deducido de ello que el mismo objetivo de protección de las víctimas exige igualmente que la situación jurídica de la persona que estuviera asegurada para conducir el vehículo, pero viajara en él como ocupante en el momento de producirse el accidente, sea asimilada a la de cualquier otro ocupante del vehículo que sea víctima del accidente y que, consecuentemente, el hecho de que una persona esté asegurada para conducir el vehículo que haya causado el accidente no permite excluirla del concepto de «tercero víctima», en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Segunda Directiva, por ser ocupante y no conductor del vehículo (sentencia de 1 de diciembre de 2011, Churchill Insurance Company Limited y Evans, C-442/10, EU:C:2011:799, apartados 31 y 32).
- 44. Por analogía, debe considerarse que el hecho de que un peatón atropellado en un accidente de circulación sea el tomador del seguro y el propietario del vehículo que causó ese accidente no permite excluir a tal persona del concepto de «tercero víctima» en el sentido de los artículos 2, apartado 1, de la Segunda Directiva y 1 bis de la Tercera Directiva.
- 45. En efecto, como señala el órgano jurisdiccional remitente y como alega acertadamen-

- te la Comisión, la circunstancia de que el propietario del vehículo accidentado y tomador del seguro no se encontrara dentro de dicho vehículo en el momento del accidente y de que fuera atropellado por éste como peatón no puede justificar un trato diferente, a la vista del mismo objetivo de protección perseguido por las Directivas Primera, Segunda y Tercera, como se menciona en el anterior apartado 41.
- 46. En segundo lugar, en cuanto a los derechos reconocidos al tercero víctima de un accidente, procede recordar que la obligación de cobertura por el seguro de responsabilidad civil de los daños causados a los terceros por la circulación de vehículos automóviles es distinta del alcance de la indemnización de estos daños en virtud de la responsabilidad civil del asegurado. En efecto, mientras que la primera está garantizada y definida por la normativa de la Unión, la segunda se rige, fundamentalmente, por el Derecho nacional (véase la sentencia de 23 de octubre de 2012, Marques Almeida, C-300/10, EU:C:2012:656, apartado 28 y jurisprudencia citada).
- 47. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que tanto del objeto de las Directivas Primera, Segunda y Tercera como de su tenor se desprende que su finalidad no es armonizar los regímenes de responsabilidad civil de los Estados miembros y que, en el estado actual del Derecho de la Unión, éstos tienen libertad para definir el régimen de responsabilidad civil aplicable a los siniestros derivados de la circulación de vehículos automóviles (sentencia de 23 de octubre de 2012, Marques Almeida, C-300/10, EU:C:2012:656, apartado 29 y jurisprudencia citada).
- 48. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha precisado que los Estados miembros deben ejercer sus competencias en este ámbito respetando el Derecho de la Unión y que las disposiciones nacionales que regulan la indemnización de los siniestros que resulten de la circulación de los vehículos automóviles no pueden privar a las Directivas Primera,

Segunda y Tercera de su efecto útil (sentencia de 23 de octubre de 2012, Marques Almeida, C-300/10, EU:C:2012:656, apartado 31 y jurisprudencia citada).

49. Como ha precisado el Tribunal de Justicia, estas Directivas se verían privadas de tal efecto si, basándose en la participación de la víctima en la producción del daño, una normativa nacional, definida con arreglo a criterios



generales y abstractos, denegara a la víctima el derecho a ser indemnizada con cargo al seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles o limitara este derecho de manera desproporcionada. Por tanto, el alcance de este derecho tan sólo puede limitarse en circunstancias excepcionales, sobre la base de una apreciación individual (sentencia de 23 de octubre de 2012, Marques Almeida, C-300/10, EU:C:2012:656, apartado 32 y jurisprudencia citada).

50. Así, de la jurisprudencia se desprende que las mencionadas Directivas se oponen a una normativa nacional que permite denegar o limitar de manera desproporcionada el derecho del ocupante a ser indemnizado por el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, por el mero hecho de haber contribuido a la realización del daño (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de octubre de 2012, Marques Almeida, C-300/10, EU:C:2012:656, apartado 33 y jurisprudencia citada).

51. Pues bien, lo mismo puede decirse de una normativa nacional como la normativa controvertida que permite que se deniegue a un peatón el derecho a ser indemnizado por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles exclusivamente por tener dicho peatón la condición de tomador del seguro y propietario del vehículo que le causó daños corporales y materiales.

52. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva se opone a que el asegurador de la responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles pueda invocar disposiciones legales o cláusulas contractuales para negarse a indemnizar a las víctimas de un accidente causado por un vehículo asegurado (véase la sentencia de 1 de diciembre de 2011, Churchill Insurance Company Limited y Evans, C-442/10, EU:C:2011:799, apartado 33).

53. El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que el artículo 2, apartado 1, párrafo primero, de la Segunda Directiva no hace sino recordar esta obligación respecto de las disposiciones o las cláusulas de una póliza de seguro contemplada por dicho artículo que excluyan de la cobertura del seguro de la responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles los daños causados a terceros víctimas de un accidente, basándose en la utilización o la conducción del vehículo asegurado por personas no autorizadas para conducirlo, por personas no titulares de un permiso de conducir o por personas que no cumplan las obligaciones legales de orden técnico referentes al estado y seguridad del vehículo (véase la sentencia de 1 de diciembre de 2011, Churchill Insurance Company Limited y Evans, C-442/10, EU:C:2011:799, apartado 34).

54. Ciertamente, como excepción a esta obligación, el artículo 2, apartado 1, párrafo segundo, de la Segunda Directiva prevé la posibilidad de que determinadas víctimas no sean indemnizadas por el asegurador, habida cuenta de la situación que ellas mismas hayan creado, a saber, las personas que ocupaban asiento por propia voluntad en el vehículo que haya causado el daño, cuando el asegurador pueda probar que sabían que era robado. No obstante, como ha declarado el Tribunal de Justicia, el artículo 2, apartado 1, párrafo primero, de la Segunda Directiva sólo admite excepciones en este supuesto concreto (sentencia de 1 de diciembre de 2011, Churchill Insurance Company Limited y Evans, C-442/10, EU:C:2011:799, apartado 35).

55. Sin embargo, es evidente que en el litigio principal no nos encontramos ante este supuesto.

56. En estas circunstancias, es preciso señalar que la normativa controvertida vulnera la garantía, establecida por el Derecho de la Unión, de que la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, que ha de determinarse con arreglo al Derecho nacional aplicable, debe estar cubierta por un seguro conforme con las Directivas Primera, Segunda y Tercera.

57. De ello resulta que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva y los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, de la Segunda Directiva deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el asegurador de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles pueda ampararse en una normativa nacional como la normativa controvertida para denegar la indemnización al tercero víctima de un accidente causado por un vehículo asegurado por los daños corporales y materiales sufridos como consecuencia del accidente.

58. En tercer lugar, debe señalarse que tal conclusión no queda desmentida por la alegación de CA Seguros de que el sistema de responsabilidad civil se vería gravemente afectado si dicha responsabilidad pudiera generarse con respecto a la propia persona asegurada, que es lo que considera que implica la pretensión de indemnización formulada en el litigio principal.





59. A este respecto, debe subrayarse que el órgano jurisdiccional remitente ha precisado que, en esta fase del procedimiento, el objeto del recurso en el litigio principal se limita a la determinación del alcance de la cobertura por el contrato de seguro controvertido de una responsabilidad civil que es indubitada. En efecto, dicho órgano jurisdiccional ha dado por sentado que el conductor del vehículo asegurado es responsable de la reparación de los daños que causó y que, en virtud del contrato de seguro celebrado entre el Sr. Delgado Mendes y CA Seguros, si no fuera por la normativa controvertida, CA Seguros sería responsable de la reparación de los daños resultantes de la culpa exclusiva de ese conductor.

60. Por tanto, la alegación de CA Seguros no se ajusta a los hechos, ya que el órgano jurisdiccional remitente no ha declarado que se haya generado la responsabilidad del Sr. Delgado Mendes con respecto a sí mismo, sino que es más bien el conductor del vehículo involucrado en el siniestro de que se trata en el litigio principal quien ha incurrido en responsabilidad frente al Sr. Delgado Mendes.

61. Habida cuenta del conjunto de consideraciones que preceden, debe responderse a la cuestión planteada que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva, los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, de la Segunda Directiva y el artículo 1 bis de la Tercera Directiva deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal que excluye de la cobertura y, por tanto, de la indemnización por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles los daños corporales y materiales sufridos por un peatón víctima de un accidente de circulación exclusivamente por ser dicho peatón el tomador del seguro y el propietario del vehículo que causó tales daños.

#### COSTAS

62. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto,

#### **FALLO**

el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972 (LA LEY 586/1972), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles. así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, de la Directiva 84/5/ CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983 (LA LEY 3282/1983), Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles, en su versión modificada por la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005 (LA LEY 6059/2005), y el artículo 1bisde la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990 (LA LEY 3704/1990), Tercera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, en su versión modificada por la Directiva 2005/14 (LA LEY 6059/2005), deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal que excluye de la cobertura y, por tanto, de la indemnización por el seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles los daños corporales y materiales sufridos por un peatón víctima de un accidente de circulación exclusivamente por ser dicho peatón el tomador del seguro y el propietario del vehículo que causó tales daños.

## COMENTARIO

Por José A. Badillo Arias Profesor de Derecho Mercantil Universidad de Alcalá

uestión Prejudicial. Las Directivas comunitarias en materia de seguro de responsabilidad civil se oponen a una normativa nacional que excluye de la cobertura los daños corporales y materiales sufridos por un peatón víctima de un accidente de circulación exclusivamente por ser dicho peatón el tomador del seguro y el propietario del vehículo que causó tales daños

A veces se producen accidentes de circulación, en los que una persona es atropellada por su propio vehículo. Estas situaciones se ocasionan, normalmente, cuando se detiene el vehículo sin poner adecuadamente sus elementos de seguridad -velocidad y freno de mano-, y el conductor, tras bajarse del mismo, es atropellado por el desplazamiento de su vehículo. Pensemos, por ejemplo, en los accidentes en los que el conductor detiene el vehículo o pone el freno de mano con el motor encendido y se baja para abrir la puerta del garaje y por no haber accionado correctamente los mecanismos de seguridad del vehículo, éste se desplaza y le atropella.

¿Tiene derecho a la indemnización una persona atropellada por su propio vehículo?

A veces se producen accidentes de circulación, en los que una persona es atropellada por su propio vehículo. Estas situaciones se ocasionan, normalmente, cuando se detiene el vehículo sin poner adecuadamente sus elementos de seguridad -velocidad y freno de mano-, y el conductor, tras bajarse del mismo, es atropellado por el desplazamiento de su vehículo. Pensemos, por ejemplo, en los accidentes en los que el conductor detiene el vehículo o pone el freno de mano con el motor encendido y se baja para abrir la puerta del garaje y por no haber accionado correctamente los mecanismos de seguridad del vehículo, éste se desplaza y le atropella.

Normalmente, estos casos se resuelven alegando que ha habido culpa exclusiva de la víctima en la producción del hecho. A nuestro juicio, más que un supuesto de esta naturaleza, pensamos que no estamos ante una causa de exoneración de la responsabilidad civil, sino más bien, ante la inexistencia de la misma. Así, si el conductor es responsable de su propio daño, no existe el requisito de la "alteridad", que es consustancial a la institución de la responsabilidad civil -no causar daños a otros- y, por tanto, no hay responsabilidad civil. El conductor, por su conducta imprudente -no haber accionado bien los mecanismos de seguridad del vehículo-, se causa un daño a sí mismo.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de septiembre de 2017, analiza un supuesto de esta naturaleza, planteado por un tribunal portugués. Los hechos tienen que ver con un atropello ocasionado al propietario por su propio vehículo. Si bien, dicho impacto lo causó un tercero que, previamente había sustraído el vehículo de su esposa. El conductor del vehículo sustraído dio marcha atrás y chocó con el lado derecho del vehículo del Sr. Delgado Mendes que, tras seguirle con su vehículo, se había bajado del mismo. Como consecuencia de dicho impacto, lo tiró al suelo y fue arrastrado unos ocho metros por su propio vehículo.

El Sr. Delgado Mendes sufrió diversas fracturas y traumatismos como consecuencia directa del relatado accidente. Recibió atención médica hasta el 8 de febrero de 2011, estuvo 654 días de baja laboral y sufrió numerosas secuelas.

Hay que recordar que el artículo 1 de la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, Tercera Directiva de Automóviles, establecía que «el seguro a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 3 de la [Primera Directiva] cubrirá la responsabilidad por daños

## COMENTARIO

corporales de todos los ocupantes, con excepción del conductor, derivados de la circulación de un vehículo».

En el caso español, cuando se adaptó esta Directiva, mediante la Disposición Adicional Octava, de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se hizo en esos términos, y a partir de su entrada en vigor, solo se excluía del SOA al conductor responsable del accidente (En la normativa anterior, estaba también excluido del SOA, el tomador del seguro, el propietario y el asegurado).

En la legislación portuguesa, el artículo 11, apartado 2, del Decreto-ley n.º 291/2007, que aprueba el seguro obligatorio de responsabilidad civil y traspone parcialmente la Tercera Directiva, dispone que: «El seguro de responsabilidad civil contemplado en el artículo 4 cubrirá los daños sufridos por peatones, ciclistas y otros usuarios de las vías públicas no motorizados cuando la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del accidente de circulación prevea la reparación de esos daños y en la medida en que lo haga.».

Por su parte, el artículo 15.3 del citado Decreto-Ley, dispone que "En los casos de robo, hurto o hurto de uso de vehículos automóviles y de accidentes de circulación provocados dolosamente, el seguro no garantizará la satisfacción de las indemnizaciones adeudadas por los respectivos autores y cómplices al propietario [...]".

En virtud de esta exclusión, que también se reproducía en la póliza, la aseguradora rechazó la indemnización al propietario del vehículo, alegando que los daños habían sido ocasionados por un vehículo sustraído y que, en consecuencia, el propietario no tenía la condición de tercero.

Ante la negativa de la aseguradora de asumir el siniestro, el perjudicado interpuso ante el Tribunal de Comarca de Santarém (Tribunal de Primera Instancia de Santarém, Portugal) una acción declarativa contra la entidad aseguradora, al objeto de que se condenase a ésta a abonarle 210.641 euros, en concepto de los daños patrimoniales y no patrimoniales sufridos, más los correspondientes intereses legales devengados a partir de la citación.

Dicho órgano jurisdiccional desestimó por infundada la pretensión del Sr. Delgado Mendes, en virtud de lo establecido en el citado artículo 15, apartado 3, del Decreto-ley n.º 291/2007, al estar excluido el propietario del vehículo del conjunto de posibles beneficiarios del seguro sus-

Tras el recurso de la víctima, el Tribunal da Relação de Évora (Audiencia de Évora), plantea una cuestión prejudicial al TJUE, porque tiene dudas en cuanto a la compatibilidad de los artículos 14, apartado 2, letra b), y 15, apartado 3, del Decreto-ley n.º 291/2007 con el Derecho de la Unión. A este respecto, señala que la Segunda Directiva sustituyó la relación entre el propietario y el asegurador, típica del contrato de seguro, por la relación entre el asegurador y el responsable del accidente, y que la Tercera Directiva confirmó que la relación determinante, en lo que respecta a cualquier disposición o cláusula contractual de exclusión del seguro, era la relación entre el asegurador y el conductor, y no la relación entre el asegurador y el propietario, enfoque éste que, a lo largo de 2008, reiteró el Supremo Tribunal de Justiça.

El TJUE, en la sentencia que comentamos, de 14 de septiembre de 2017, entiende que el hecho de que un peatón atropellado en un accidente de circulación sea el tomador del seguro y el propietario del vehículo que causó ese accidente, no permite excluir a tal persona del concepto de «tercero víctima» en el sentido de los artículos 2, apartado 1, de la Segunda Directiva y 1 bis de la Tercera Directiva.

De este modo, precisa que la normativa portuguesa vulnera la garantía establecida por el Derecho de la Unión, de que la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, que ha de determinarse con arreglo al Derecho nacional aplicable, debe estar cubierta por un seguro conforme con las Directivas Primera, Segunda y Tercera.



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



¿Un desplazamiento de vehículo de unos dos metros marcha atrás constando un índice de 1,8 mg de alcohol por litro de aire espirado, hace al conductor responsable del delito del Art. 379.2 CP? La sentencia nº 436/2017, de 15 de junio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo lo analiza:

"QUINTO.- El problema que suscita el supuesto ahora analizado guarda relación con el excurso efectuado hasta ahora: se evidencia una tasa de alcohol por encima de la prevista en el citado precepto lo que hace presumir, con presunción legal, tanto su incapacidad para manejar un vehículo de motor como la peligrosidad de su acción de conducir, sean cuales sean las circunstancias concretas.

Pero estamos ante un problema también de tipicidad; y no solo de valoración del riesgo por el entorno singularizado (distancia, lugar, momento, concurrencia...). De hecho un riesgo hipotético tampoco es descartable en el caso concreto. Para desechar el riesgo hipotético es necesario afirmar en un juicio ex ante la inimaginabilidad de peligro alguno. No es el caso.

No es esa ni la única ni la esencial cuestión a ventilar: reiteramos. Se trata asimismo de precisar si puede hablarse de conducción en el sentido del art. 379.2 CP precepto que comparte ese verbo nuclear típico con varias de las infracciones encuadradas en este capítulo IV del Título XVII, del Libro II del Código Penal (arts. 379 a 385 ter CP), dado el exiguo recorrido.

El ordenamiento penal no ofrece al intérprete una definición propia de qué debe entenderse por conducción de un vehículo de motor. Auxilia R

en esa indagación la normativa administrativa. A ella acude también el Fiscal en su fundado dictamen del que tomamos prestadas algunas de las ideas que siguen. No se aprecian razones para apartarse a estos efectos de la noción extraíble de normas extrapenales.

La interpretación combinada de varios instrumentos normativos arroja luces sobre lo que debe entenderse por conducir: Veamos:

1) Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. De él retenemos dos puntos:

1.1) Su art. 3 señala que a los efectos de la ley y sus disposiciones complementarias, los conceptos básicos sobre vehículos, vías públicas y usuarios de las mismas son los previstos en su Anexo I. En dicho Anexo no se contiene una definición de «conducir», pero sí de «conductor». Es definido como «la persona que, con las excepciones del párrafo segundo del punto 4 maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo (...)».

1.2) Sus arts. 1 («Objeto»), 10 («Usuarios, conductores y titulares de vehículos») y 13 («Normas generales de conducción»), proporcionan otras referencias no desdeñables.

1.3) El Capítulo II del Título II, (arts. 13 a 44), fija las normas de la circulación de los diferentes tipos de vehículos y usuarios. Utiliza el verbo circular para relacionar los diferentes usos que pueden darse a las diferentes vías y caminos que enuncia. Los arts. 28 y 29 contienen previsiones referidas a las maniobras de aparcar y salir del aparcamiento.

2) FΙ Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990. de 2 de marzo. Esta norma maneja el verbo conducir en diversos preceptos. Entre otros, su art. 3, bajo la rúbrica «conductores», prescribe que «se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía.». Los arts. 72 y 73 se refieren a la acción de aparcar.

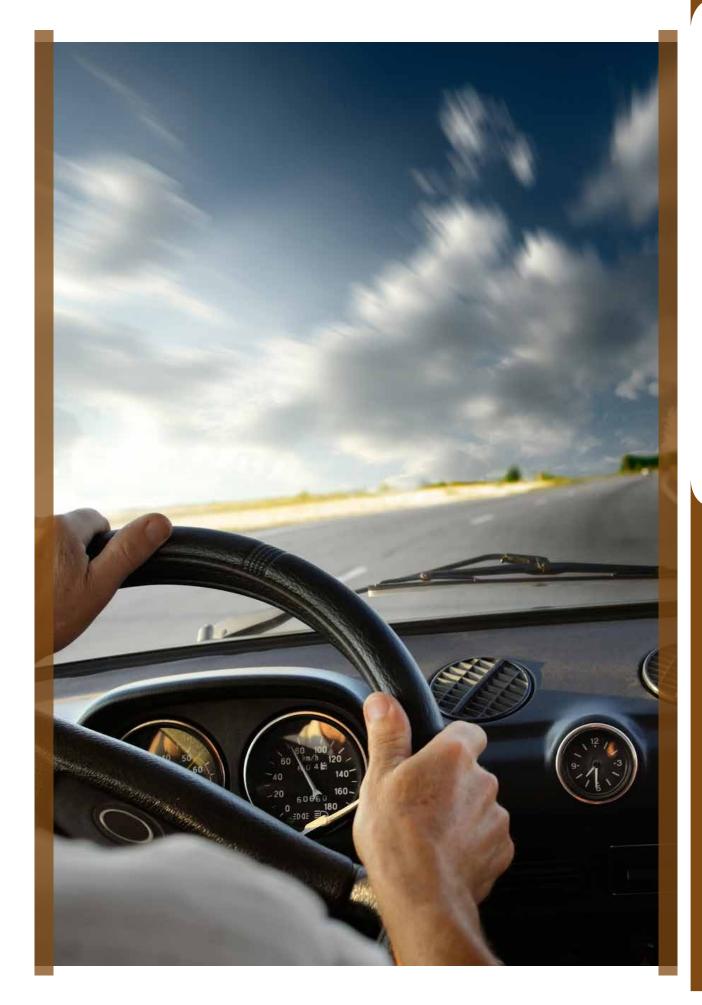
Εl Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. Su objeto viene constituido por la regulación de la enseñanza de la actividad de conducción. Hace referencia a acciones incardinables en ella, (arts 41, 42 y 43) y regula de manera extensa y pormenorizada las diferentes pruebas y maniobras que deben realizarse para la obtención de las autorizaciones administrativas para conducir vehículos de motor.

Con ese entorno normativo como telón de fondo podemos afirmar que, desde un punto de vista administrativo, «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» es la conducta que se lleva a cabo por la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza.

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «conducir», es «guiar un vehículo automóvil» (acepción quinta). Y el Diccionario del Español Jurídico define la conducta « conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» como «guiar un vehículo a motor o un ciclomotor manejando los mecanismos de dirección e impulsión del mismo, o solo los de dirección si se cuenta con inercia ». Es prescindible a los efectos de este recurso pronunciarse sobre la discutida cuestión de si el vehículo debe desplazarse auto propulsado para que podamos hablar de conducción (vid. SSTS de 23 de septiembre de 1964, 27 de septiembre de 1968 y 15 de octubre de 1968). Es tema no totalmente pacífico.

La idea de movimiento o desplazamiento está implícita en la noción de "conducir", (STS de 15 de octubre de 1986). En las primeras acepciones del Diccionario de la RALE aflora esa idea: "conducir: "1. Llevar, transportar de una parte a otra. 2. Guiar o dirigir hacia un sitio".

La acción de conducir un vehículo de motor incorpora de esa forma unas mínimas coordenadas espaciotemporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas que no son del caso analizar ahora. En este supuesto, además, concurre otro dato especialmente relevante.



La idea inicial del autor no era mover ligeramente el vehículo. Había intención de realizar un trayecto más largo, intención que revierte por la presencia policial. Lo destaca también el informe del Ministerio Fiscal. Se puede afirmar con rotundidad que el autor había comenzado a conducir.

El art. 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción.

La conducta será delictiva si concurren el resto de presupuestos del tipo objetivo: determinada tasa de alcohol en aire espirado o acreditación de que el conductor se hallaba bajo la efectiva influencia de las bebidas alcohólicas.

En el supuesto ahora examinado se produce una conducción con una tasa superior a la objetivada pues se proclama un desplazamiento aunque sea escaso. Además también es detectable, aunque no sería elemento imprescindible al superarse la tasa objetivada, un peligro hipotético. Este no exige que el riesgo se haya concretado ni que se compruebe a posteriori; sino tan solo que sea imaginable en abstracto en un juicio ex ante.

En conclusión, el desplazamiento de un vehículo a motor o un ciclomotor en una vía pública bajo los efectos de bebidas alcohólicas integra el verbo típico previsto en el artículo 379 CP. aunque el trayecto recorrido no haya sobrepasado los 2 metros.

El recurso debe ser desestimado."

Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Granada, sentencia de 12 de enero de 2015, estimó la demanda formulada condenando a la obligación de hacer, o al coste de la reparación, en caso de no hacerlo en plazo, y ello sin conocimiento de los demandados que habían sido emplazados por edictos.

Posteriormente los demandados formularon recurso de revisión contra la sentencia, instando la declaración de nulo de todo lo actuado, y que se le emplazase nuevamente por maquinación fraudulenta. El Tribunal Supremo, Sala I lo rechaza en sentencia nº 507/2017, de 19 de septiembre, por dos razones:

"1.- Es cierto que «una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta permite la revisión de la sentencia es aquella en que incurre quien ejercita una acción judicial cuando oculta el domicilio de la persona contra la que estaba dirigida, alegando que lo desconoce para interesar que se le emplace por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía» (sentencias de 14 mayo 2003, 9 de mayo de 2007, 6 de septiembre de 2007).

Ahora bien, no todo emplazamiento edictal por frustración del intentado en el domicilio señalado en la demanda es indicio de maquinación fraudulenta: en otras palabras. y como también ha entendido la STC 12/2000 (LA LEY 3417/2000) al desestimar un recurso de amparo contra la sentencia de esta Sala de 13-7-98, el emplazamiento edictal puede haber sido procesalmente incorrecto sin, pese a

ello, comportar una maquinación fraudulenta que exigiría la ocultación intencional del domicilio del demandado por el demandante.

Lo cierto es que no hubo ocultación, y menos aún que se hiciera de una forma fraudulenta mediante actos procesales voluntarios determinantes de una grave irregularidad procesal y consiguiente indefensión, que es en lo que consiste, según reiterada jurisprudencia de esta sala (sentencias 167/2013, de 21 de marzo; 430/2013, de 10 de junio, entre otras). Ello es así porque no consta que la demandante conociera un domicilio distinto de aquel en el que se efectuó el emplazamiento y que no es otro que el de la vivienda objeto de la litis. Hizo lo que podía hacer en estos casos antes de acudir a los edictos para la averiguación domiciliaria de unas personas que, según reconocen, ocupan la vivienda en la que fueron emplazados con sus hijos y nietos durante diversos periodos vacacionales, y que no dejan señal alguna de su ausencia de España.

2.- Debe recordarse que la revisión de sentencias firmes, al constituir una excepción al principio fundamental de seguridad jurídica, exige la rigurosa comprobación de la concurrencia de los requisitos relativos a la resolución que es objeto de la revisión, plazo y concurrencia de alguno de los requisitos o motivos que enumera el artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

calificado tal plazo como de caducidad, no de prescripción, incumbe al recurrente, de manera inexcusable, la fijación del elemento temporal, el día inicial del cómputo, que deberá probarse con precisión (sentencia 43/2013, de 6 de febrero, recurso de revisión 61/2010, y las que en ella se citan). Como declara el ATS de 10 de diciembre de 2013, esta Sala ha reiterado en multitud de ocasiones, entre otras la Sentencia de fecha 20 de diciembre de 2010, demanda de revisión 69/2007, que el plazo para la interposición de la demanda de revisión tiene naturaleza civil y no procesal; que es de caducidad y no de prescripción; y que no cabe interrupción del mismo (sentencias de 22 de diciembre de 1989 v 14 de septiembre de 1993, y las en ellas citadas).

Y es lo cierto que en el recurso que ahora se analiza se dice que los hechos objeto de revisión se conocieron el día 28 de septiembre de 2016 toda vez que el procedimiento se encontraba archivado y que no es hasta ese dia en el que por D.O. se informa «que los referidos Autos se encuentran en la secretaría del Juzgado, fecha en la que esta representación teniendo acceso al procedimiento para conocer la "maquinación fraudulenta" de la actora para conseguir las notificaciones en "ausencia" de mis representados al objeto de evitar que estos pudieran oponerse y defenderse frente a las pretensiones por ella ejercitadas».

Esto no es lo que exige este recurso. Decir que el plazo de tres meses empieza a contar desde dicha fecha es como dejar a disposición de la parte el momento concreto en que descubre la supuesta maquinación. Carga de la parte era manifiestan, consignan o probar como o de qué forma tuvo conocimiento de la existencia del

procedimiento, que se inicia en el año 2014, lo que no hizo. Lo cierto es que podía haber sido también el día 27 de junio de 2016 cuando comparecen en la sede del juzgado para otorgar apoderamiento apud acta a su procuradora, o el día 5 de julio en el que se les tiene por personados pues ninguna explicación ofrecen sobre el hecho del conocimiento que motiva tal actuación, ni aclaran de una forma coherente el retraso en obtener información que les facilitase la revisión (por archivo de las actuaciones, se dice).

El resultado de todo lo dicho es que no se acredita en modo alguno el momento en que el demandante en revisión es consciente de la supuesta maquinación fraudulenta, momento que ha de tomarse en cuenta a fin de fijar el día inicial desde el que computar los plazos de caducidad de 3 meses y 5 años previstos en el art. 512 LEC, siendo carga del mismo su acreditación debido al carácter sumamente restrictivo de un proceso de revisión como el presente. "



El demandante acciona en vía contenciosa frente al Ayuntamiento respecto de un accidente de tráfico con lesiones, en el curso del proceso tiene conocimiento de que la vía en que acaece no había sido recepcionada y era propiedad aun de una Junta de Compensación y dirige demanda frente a esta, que es estimada por entender que no hubo prescripción pues el primer proceso la interrumpió, y no tenía conocimiento aquel de la propiedad del vial. Posteriormente la Audiencia Provincial de Málaga consideró prescrita la acción:

La STC 25/2012, de 27 de febrero de 2012 entendió que "... la discusión se ciñe al distinto tratamiento que partes y órgano judicial dan a la cuestión pretendidamente no respondida, a saber, si la fecha del conocimiento por el perjudicado de la identidad del sujeto responsable del daño debía ser tomada como dies a quo del cómputo del plazo de la prescripción extintiva del art. 1968.2 del Código civil (CC). Mientras que el demandante de amparo, invocando la doctrina de este Tribunal contenida en la STC 144/2007, de 18 de junio, considera que se trataba de una "alegación sustancial" que merecía la respuesta del órgano sentenciador, para la parte demandada en el proceso a quo y el Ministerio Fiscal, con apoyo en la STC 73/2009, de 23 de marzo, aquella cuestión no integraba la pretensión procesal debatida, bastando a los efectos de satisfacer el derecho fundamental con la respuesta dada por la Sección juzgadora sobre la prescripción de la acción....

...En otras palabras, no integran razonamientos antitéticos o excluyentes entre sí de suerte que la estimación de uno signifique el rechazo del opuesto. Podía haberse afirmado que la reclamación frente al Ayuntamiento no afectaba a la junta y a continuación analizar si, no obstante, el plazo debía computarse como solicitaba el actor, pero no se dijo nada sobre esto ni se deduce de ninguno de los razonamientos de la Sentencia, quedando así la cuestión imprejuzgada pese a su innegable relevancia para determinar, si se estimaba, el rechazo del recurso de apelación interpuesto de contrario.... En consecuencia, debe concluirse que el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a una resolución congruente (art. 24.1 CE) fue vulnerado." Consecuencia de la Sentencia del TC, se dictó la sentencia nº 337/2012, de 19 de julio por la Sección 5º de la Audiencia Provincial de Málaga:

"Y todo ello sin que sean de recibo las alegaciones del apelado DON Olegario en el sentido de que resulta de aplicación lo establecido en el artículo 1969 del C. Civil ("el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse"), y que por tanto el dies a quo para el cómputo de la prescripción había que establecerlo en fecha 11 de mayo de 2006, que fue cuando tuvo conocimiento por primera vez de la titularidad del vial, puesto que el dies a quo para el cómputo del plazo prescriptivo de la acción de responsabilidad extracontractual lo será aquél en que dicha acción pudo ejercitarse (artículo 1969 del C. Civil), habiendo señalado la jurisprudencia desde antiguo que dicho momento debe venir referido exclusivamente al hecho de haber tenido noticias del daño el que lo sufrió y no al conocimiento por el agraviado de quién era o podía ser el responsable del daño producido (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1971).

En definitiva, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 25 de marzo de 2010 "... Se somete a la consideración de la Sala un supuesto recurrente, cual es el cómputo del plazo prescriptivo cuando el perjudicado haya accionado previamente a hacerlo frente al verdadero

responsable frente a otro que no lo era, conociendo a raíz de esa su primera reclamación de la identidad del verdadero responsable pero con consunción total o parcial del plazo prescriptivo durante aquellas actuaciones, y la respuesta de esta Sala ha sido la de que el plazo corre inexorablemente desde el momento de la producción del daño si, por su naturaleza, lo conoció o pudo conocer el perjudicado desde aquel momento pues desde entonces pudo ejercitar la acción de reclamación (artículos 1.968 y 1.969 C.C.), siendo de su cargo y perjuicio la elección equivocada o errónea del sujeto responsable o la jurisdicción frente a la que actuar su reclamación pues, salvo supuesto

extraordinario, obvio es que es de normal diligencia del perjudicado hacer las oportunas averiguaciones para conocer e identificar al verdadero responsable de su daño, desplegando a tal efecto la actividad racionalmente exigible y necesaria conforme a las circunstancias, pues, claro está, si esto es así y tanto confluye la posibilidad racional de identificación del culpable como el conocimiento del alcance exacto del daño que no puede decirse que la acción resarcitoria no puede ejercitarse ni que no conocía el perjudicado del daño y su derecho de reclamación; y así, en relación a la interpretación armónica de los artículos 1.968 y 1.969 del C.C. tenemos dicho, con cita de la doctrina jurisprudencial, en nuestra sentencia de 27-11-2.008 (Rollo 404/08) "Dispone el art. 1.969 del C.C que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición que otra cosa determine, se contará desde el día que pudieron ejercitarse y el art. 1.968 del C.C, para las acciones para exigir las obligaciones derivadas de culpa o negligencia del art. 1.902 del C.C, desde que lo supo el agraviado, precisando la STS de 19-7-2.001 que, cualquiera que sea el criterio que se sustente sobre el momento del nacimiento de la acción (teorías de la actio nata. la insatisfacción, la lesión o la realización), que tal aspecto debe abordarse con criterios objetivos y exclusión de imposibilidades subjetivas."

"TERCERO.- Si se va a estimar el recurso de casación por infracción del artículo 1973 Código Civil, en relación con los artículos 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la jurisprudencia de esta sala que se cita en el motivo.

A ninguna jurista le son ajenas, sentencias como la de la Audiencia Provincial de la Rioja de 16 de febrero de 2007 - o la de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz de 22 de enero de 2015-: "si en un proceso penal incoado no se acuerda, ni practica actuación material o procesal alguna, sino que tales actuaciones se reducen al auto de incoación, sobreseimiento y archivo, no pueden tener propiamente el carácter de diligencias penales, sin que resulten aplicables, en consecuencia, los artículos 111 y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, configurados para la existencia de un verdadero proceso penal. Y, en este caso, no tiene la caracterización de proceso penal, pues, ni siquiera comenzó, por lo que la referida actuación judicial no determina ninguna interrupción del plazo prescriptivo de la acción civil"

¿Pero el Tribunal Supremo es de la misma opinión? Hallamos la respuesta en la sentencia nº 440/2017, de 13 de julio, de la Sala 1º:

La sentencia 185/2016, de 18 de marzo, mantiene su jurisprudencia -reiterada y constante durante tantos años-, «mientras el legislador no decida, si lo estima oportuno, modificar los datos normativos. Así lo exige el valor de la seguridad jurídica, esencial en materia de prescripción extintiva, en la que, además, ha de ponderarse cuidadosamente la eventual afectación al derecho fundamental a la tutela iudicial efectiva».

En lo que aquí interesa, dice lo siguiente:

«....3.ª) Esta Sala ha considerado sin fisuras que, desde que la denuncia en vía penal se interpone, la acción penal está ya «pendiente» y el proceso penal «promovido», en el sentido y a los efectos de lo dispuesto en los artículos 111 y 114 LECrim; con las consecuencias anteriormente expresadas sobre la prescripción extintiva de la acción civil. En palabras de la Sentencia 112/2015, de 3 de marzo (Rec. 753/2013): «(L)a denuncia en vía penal -con sus posibles efectos en el orden civil- supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil, al tiempo que el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impide que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho».

».4.ª) La referida doctrina no encuentra excepción por razón del resultado que la denuncia llegue a tener: es aplicable, por ceñirnos al grupo de casos que ahora nos ocupa, aunque la denuncia termine archivada por estar prescrita la infracción penal (falta, en la mayoría de los casos) que los hechos denunciados constituirían.

» Así se desprende -como atinadamente señala el aho-



ra recurrente- de las Sen-340/2010, tencias de 24 de mayo (Rec. 644/2006), y 437/2012, de 28 de junio (Rec. 546/2009); y de otras muchas, como la Sentencia 386/2010, de 16 de junio (Rec. 939/2006). Y también asiste a esa parte la razón, cuando señala que la tesis sostenida por la Audiencia a quo no encuentra apoyo alguno - pese a haberla citado extensamenteen la Sentencia de esta Sala 896/2011, de 12 de diciembre (Rec. 2107/2208). En ella, «valorando que es práctica habitual de los juzgados de instrucción incoar el juicio de faltas tan pronto tienen noticia del hecho criminal por atestado o parte facultativo, para, seguidamente, proceder a decretar el archivo provisional de la causa por igual plazo (seis meses) que el legalmente establecido (artículo 131.2 CP) para que esta clase de infracción prescriba», se declaró que, desde la óptica del Derecho Civil, no es aceptable condicionar los efectos interruptores de la prescripción civil que cabe atribuir al proceso penal precedente «al cumplimiento del presupuesto objetivo de procedibilidad penal consistente en la necesaria denuncia». Y ello, al objeto de declarar que, en el caso que dicha Sentencia contempló, «toda vez que no se presentó denuncia en plazo (la personación se hizo sólo y exclusivamente en calidad de perjudicado, sin imputar hecho alguno a persona concreta), y que, por consecuencia, el procedimiento penal no se reabrió, la reanudación del plazo prescriptivo anual de la acción por culpa extracontractual ha de situarse, no en la fecha del accidente (argumento de la AP), sino en la fecha en que adquirió firmeza (por el transcurso del plazo de tres días para recurrirla) la resolución (...) decretando el archivo provisional del juicio de faltas».

».5.ª) Atinadamente advierte la parte recurrente que también tendrá que ser así para el presente caso: uno y otro tienen en común que el Juzgado de Instrucción no ha realizado investigación alguna sobre los hechos denunciados; y, en el caso que ahora nos ocupa, sí se cumplió el «presupuesto objetivo de procedibilidad penal consistente en la necesaria denuncia».

».Esta Sala confirma, con carácter general, que el número y la entidad de las actuaciones que integren el proceso penal antecedente resulta irrelevante en orden a su eficacia interruptora -o, en su caso, impeditiva del comienzo- de la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil extracontractual.

».6.ª) No hay base objetiva alguna para considerar artificioso el proceder de don A al presentar denuncia penal de los hechos causantes de su lesión, ni para atribuirle, al tiempo de presentarla, la seguridad de que sería archivada sin más trámites por prescripción de la infracción penal. Y a la luz de la reiterada y constante jurisprudencia de esa Sala que se ha dejado expuesta, de ningún modo cabría reprochar al ahora recurrente que haya empleado esa vía de la denuncia penal, y no la reclamación extrajudicial, para interrumpir la prescripción de su acción civil de indemnización de daños y perjuicios».

Esta doctrina se reitera en la sentencia 7217/2016, de 5 de diciembre."

Poco a poco, la jurisprudencia va definiendo el punto de vista judicial de lo que de facto, responde a la Ley 35/2015, y de lo que no. En el concepto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, la sentencia nº 312/2017, de 31 de julio establece que no es perjuicio excepcional (Art. 35):

"El art. 35 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre (de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación) sienta el principio de necesaria justificación de los diversos criterios, agrupados en los diferentes conceptos y partidas indemnizatorias, que exige la correcta aplicación del sistema fijado en el baremo legal. De manera que el concepto de perjuicio excepcional, que es lo que ahora nos ocupa, sin la correspondiente justificación probatoria de las circunstancias relevantes al efecto, es inadmisible.

Es decir, siendo reconocidas las circunstancias de que su madre era divorciada, que no tiene hermanos, y que aquélla murió trágicamente por los traumatismos del atropello, resta por dirimir la controversia fáctica acerca de "...que sólo mantuviera convivencia con su madre y no con su padre..." y "...que se viera truncado su desarrollo profesional...", lo que no es admitido por el Consorcio.

Lo cierto es que no existe medio probatorio en autosnada se dice sobre una supuesta prueba en sentencia que permita declarar que Matilde mantuviera relación de convivencia única y exclusivamente con su madre, y no compartida en alguna medida con su padre. Ya que el hecho del divorcio de los progenitores entre sí no comporta, necesariamente, el cese de la convivencia de la hija con su padre; y menos aún, cuando tres años atrás había ya adquirido la mayoría de edad y no se hallaba bajo la custodia específica de uno ni de otro. El mero hecho de que ambas consten documentalmente con el mismo domicilio, o que la hija tuviera como residencia principal el de su madre no comporta por sí mismo la inexistencia de un régimen de relación asidua con el mismo, o convivencia padre-hija en alguno de sus grados.

Y respecto a la pretendida actividad laboral o desarrollo profesional de Matilde al tiempo del fallecimiento de su madre, tampoco consta medio probatorio. No se conoce si desarrollaba alguna actividad laboral, o profesional u oficio. Y de desarrollarla, si cesó, ni cuando lo hiciera, ni porqué motivo.

Esto es, y en ello hemos de convenir, que la perjudicada fuera hija única, que sus padres se hubieran divorciado, y que su madre falleciera por severos traumatismos causados en su atropello no son circunstancias singulares, que por tal razón hayan causado un perjuicio excepcional o anómalo, en cuanto apartado del impacto negativo que es previsible e inherente a este tipo de episodio luctuoso.

El elevado número de divorcios existentes o rupturas matrimoniales constituye una realidad sociológica, que hace de esta circunstancia, por frecuente, nada excepcional.

Y en cuanto a la condición de hija única, sin hermanos, podemos decir lo mismo, se trata igualmente de una realidad sociológica frecuente, que además, está expresamente contemplada y aplicada como factor de cálculo indemnizatorio en dos conceptos del baremo a saber:...

La muerte súbita y violenta, inesperada por traumatismos recibidos en un accidente de circulación de vehículos de motor es ciertamente un suceso humano trágico, a lo que hay que añadir el pesar extremo que tal pérdida supone. Pero tal carácter es inherente y consustancial a toda muerte prevista y contemplada en el baremo legal anexo a la referida Ley, y el resarcimiento, señalado por el mismo, en el caso que nos ocupa, ya está rendido dentro de la suma indemnizatoria satisfecha por el Consorcio a la Sra. Matilde.

Por consiguiente, con estimación del recurso del Consorcio, ha de ser suprimido de la sentencia objeto del recurso la cantidad de 12.500 euros por perjuicio excepcional, por cuanto no hay prueba -no se desarrolla nada al respecto en sentencia- de la alegada convivencia exclusiva de la madre. como tampoco del truncamiento profesional: no siendo el resto de las circunstancias por su falta de singularidad, causa de perjuicio excepcional alguno."

S

En orden a la siempre controvertida cuestión del lucro cesante de un taxista y su acreditación, es de interés la sentencia nº 477/2017, de 20 de julio, de la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid - ponente Excelentísimo Sr. Teijeiro Dacal -:

"Y aunque es verdad que se trata de una materia controvertida en doctrina y jurisprudencia, esta Audiencia Provincial de Madrid ha optado mayoritariamente, aunque con algunas excepciones, por reconocer plena validez al certificado emitido por las Asociaciones o Cooperativas del Taxi a la que pertenecen sus asociados, habida cuenta que la prueba del lucro cesante o ganancia dejada de obtener es difícil pueda lograrse por otros medios, siendo un hecho indiscutido que el perjudicado venía utilizando el vehículotaxi al tiempo de producirse el accidente y que comparecido como testigo durante la fase de plenario quien emitió dicha certificación, deja claro que se redacta individualmente para cada asociado por hallarse implicado en alguna incidencia de tráfico y teniendo en cuenta -afirma- sus particulares ingresos conforme al expediente incoado al efecto.

Así las cosas, y como también tiene reiterado el Tribunal Supremo, en relación al artículo 1106 del Código Civil hay que tener en cuenta dos pilares fundamentales: el alcance de la indemnización de daños y perjuicios que haya sufrido el acreedor y dentro de aquel resarcimiento la parte correspondiente a la pérdida que haya sufrido y a las ganancias que haya dejado de obtener. La doctrina suele dar un concepto objetivo del

daño, caracterizándolo como el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio. El concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, aunque no es necesario aludir a la culpabilidad del responsable. Puede, por tanto, decirse que daño es "todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual haya de responder otra".

Principio básico de la determinación del lucro cesante es, por tanto, que se delimita por un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso. El fundamento de la indemnización del lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el referido artículo 1106, que se le indemnice también la ganancia que haya dejado de obtener.

Por lo demás, y en relación al alcance concreto de la responsabilidad civil, es constante la jurisprudencia en señalar también que la determinación del quantum indemnizatorio es función propia del Juez de instancia, no revisable en apelación, salvo en los casos de error, manifiesta desproporción o aplicación indebida de las normas reguladoras de la responsabilidad civil (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2013 y 3 de mayo de 2017, y Auto del mismo Tribunal de 11 de junio de 2015), lo que aquí no ocurre, pues ninguno de tales vicios se aprecia en la sentencia apelada. La indemnización fijada se encuentra dentro de los parámetros establecidos y ha sido dictada de acuerdo a criterios de libre v prudente arbitrio v de forma ponderada, sin que exista prueba objetiva alguna, fuera del criterio sugerido por el apelante, que permita establecer que tal cuantía resulte desproporcionada ni, desde luego, tampoco insuficiente, dado que de su importe se han descontado los días de libranza y dicha certificación ha sido sometida a la necesaria contradicción durante la celebración de la vista oral.

En este sentido. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de diciembre de 2003 señala al respecto que la aplicación para el cálculo del lucro cesante de la certificación expedida por la Asociación Gremial de auto-taxi de Madrid, descontando gastos, "constituye una fórmula tan aceptable como la que se propugna por la aseguradora: los ingresos declarados en el IRPF divididos por los días trabajados, que en este caso no se cuestionan, pues en ambos lo que se obtiene es una media de ingresos, sin que necesariamente sea más real la segunda que la primera, al poder declarar por módulos".

Y en los mismos términos, la Sentencia de esta misma



Audiencia Provincial de Madrid de 15 de octubre de 2013 establece que "para el cálculo del lucro cesante de los conductores de autos taxi, es posible plantear como prueba las certificaciones del gremio, de acuerdo con las normas de la carga de la prueba que han de regir en este aspecto de la responsabilidad civil y del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. No existe razón válida para el rechazo inicial de la pericia privada siempre y cuando cumplan los requisitos de legalidad, pertinencia y utilidad. Es decir, que sirva potencialmente para acreditar una afirmación de hecho de una de las partes; es cierto que las certificaciones gremiales proporcionan solamente valoración producto de estadística y medios de producción realizadas de modo unilateral, pero no por ello dejan de ser verdaderas estimaciones profesionales apreciables en términos de normalidad.

Es precisamente la tesis admitida en el ordenamiento procesal desde la reforma de la Ley de enjuiciamiento Civil. Ciertamente existirían otros medios de prueba y entre ellos la documental de los rendimientos de las personas físicas declarados al fisco. Este dato tampoco es utilizable per se en la medida en que se trata de sistemas modulares que también llevan a cabo meras estimaciones de rendimientos netos. En estos casos es necesario acudir a otros criterios, que aunque provengan de estimaciones profesionales, pueden ser analizados, si tenemos en cuenta que acuden al cálculo de un determinado marco fácilmente apreciable, como es la estimación de la recaudación diaria media, descontando los gastos necesarios derivados del propio funcionamiento. Desde este punto de vista la certificación de la asociación gremial presentada por el ahora apelante, ha ofrecido los datos de ingreso diario de recaudación media que aunque haya sido impugnados, sin ofrecer razón alguna, revelan una cantidad razonable y asumible que se debe aceptar como correcta".

De la misma forma, y a modo de conclusión, expresamente el Tribunal Constitucional, abordando un recurso de amparo en el que se planteaba un supuesto similar al presente (se debatía la lesión citada al derecho fundamental por no haber incluido la indemnización por lucro cesante a un conductor de auto-taxi), ha declarado que es preciso cuantificarlo si así se pretende, sin que el factor automático de corrección previsto en la Tabla V del Anexo (se refería al antiguo baremo en accidentes de tráfico) pueda sustituir a la indemnización por lucro cesante, siempre y cuando se pretenda por el demandante y se acredite (STC 49/2002). Es por ello que si se acredita un lucro cesante superior al cálculo del porcentaje de corrección fijado en el Anexo, ha de establecerse éste conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y " esta Sección ya se ha pronunciado y ha llegado a la conclusión sobre el cálculo del lucro cesante de los conductores de auto-taxis que es admisible como prueba la certificación del gremio, pues es notorio, de notoriedad general y por ello ha de estar exento de la carga de probar, que la paralización del vehículo autotaxi no solamente ocasiona la pérdida de los ingresos ordinarios del trabajador autónomo sino que además, la propia paralización causa unos perjuicios concretos y evaluables (amortizaciones, seguros sociales, seguros del vehículo, mantenimiento). Desde este punto de vista la certificación de la Asociación Gremial ha ofrecido los datos de ingreso diario de recaudación media razonable que de hecho es asumida de modo generalizado por los tribunales."

mínima. La doctrina legal ha mencionado, entre los factores que habrían de ponderarse en el trance de individualizar la indemnización, la capacidad laboral, ingresos, gravedad o intensidad de la invalidez o limitación, circunstancias familiares y personales, invalideces concurrentes, incapacidades o limitaciones preexistentes, o la repercusión de la lesión permanente sobre las ocupaciones o actividades habituales.

Sin embargo, parece razonable atender esencialmente a la edad del lesionado por cuanto evidentemente pueden ser merecedoras de idéntico tratamiento la situaaproximadamente la mitad de su vida laboral. Ello aconseja decantarse por una indemnización que a priori compense la imposibilidad de desarrollar su ocupación profesional habitual durante la mitad restante de aquella trayectoria laboral, lo que se traduce en atender a la suma equidistante de las cuantías máxima y mínima establecidas en la horquilla (a un lesionado que iniciara su vida laboral se le concedería el máximo de 92.882,35 euros; a quien estuviera terminándola, el mínimo de 18.576,48 euros; y al que se hallara en la mitad de su periodo laboral, como es el caso, se le reconocerá, no el 50% de la indemnización máxima, sino la media aritmética o cuantía intermedia entre la máxima y la mínima), es decir, 55.729,41 euros."

La sentencia nº 391/2017, de 20 de julio, de la Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona, además de corregir la de Instancia, (que ante la concurrencia con el accidente con lesiones, al resbalar el reclamante en un camping, de un error de diagnóstico, había determinado indemnizar en las hipotéticas consecuencias lesivas de idéntico accidente sin concurrencia) - esto es corregir, indemnizando en la totalidad padecido para que el condenado repita en su caso frente a la concurrente -, se pronuncia en la línea de la Ley 35/2015, y la interpretación de la incapacidad con su graduación respecto de la vida laboral restante de quien la padece:

"En cuanto al alcance cuantitativo de la indemnización por razón de la incapacidad permanente total, el baremo de 2012 proporciona una horquilla de 18.576,48 euros a 92.882,35 euros. Este límite máximo es el propuesto en la demanda por la apelante, pero lo cierto es que no se suministra argumento alguno que avale la pertinencia de optar por aquella cuantía máxima. El baremo no proporciona criterios para facilitar la concreción adecuada de la indemnización a favor del lesionado dentro de la horquilla comprendida entre las cotas máxima y ción de una persona que acaba de iniciar su vida laboral y la de otra a la que por razón de edad le resta escaso tiempo de actividad en su trabajo. El propio baremo, como ya se dijo, tiene en consideración el factor de la edad para establecer indemnizaciones inversamente proporcionales a la mayor edad del afectado, esto es. a menor edad mayor indemnización y viceversa.

Bajo aquella premisa, debe subrayarse que en la fecha del accidente la Sra. Gregoria contaba con 46 años de edad, con lo que habría cubierto

"B) En relación con el principio de territorialidad hemos dicho que en efecto, si el ejercicio de la Jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía del Estado, conforme al principio de territorialidad, a cada Estado le corresponde conocer, en principio, de todos los hechos delictivos cometidos en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido (vid. art. 23.1 LOPJ y arts. 14 y 15 LECrim.) (STS 628/2007, de 21 de junio, entre otras).

Y en relación con el delito de blanqueo de capitales (arts. 301 y ss del CP) hemos dicho en STS 974/2016, de 23 de diciembre que "el apartado 4º del art. 301 establece que « el culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero». Se trata,

En el marco del caso de "Forum Filatélico" el ponente - Excmo Sr. Del Moral Garcia - de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en Auto nº 1091/2017 fija con precisión los márgenes competenciales en el delito de blanqueo de dinero, ante una declinatoria de jurisdicción, confirmando la competencia de la Audiencia Nacional:

por tanto, de una disposición de claro sabor procesal que ha sido incluida en el Código Penal. La redacción de este precepto sugiere que el delito de blanqueo se sujeta a un incondicionado criterio de persecución extraterritorial, equiparando la tutela penal del equilibrio del sistema financiero a la que reclaman otros bienes jurídicos de incuestionada validez para la comunidad internacional. Sin embargo, por mayor interés que revele el legislador en sortear los límites ordinarios en la aplicación de la Ley penal, mal

puede hablarse de una actividad de blanqueo de capitales si las ganancias no provienen de un delito. La necesidad de un delito antecedente -una actividad delictiva dice textualmente el art. 301 del CP - opera como una exigencia del tipo, sin el cual el juicio de subsunción se desmorona. Y parece evidente que el carácter conexo del delito de blanqueo de capitales, tal y como está anunciado en la querella, no puede proclamarse en ausencia de un delito principal calificable como tal en el lugar de comisión o, al menos, perseguible en nuestro sistema".

Asimismo, hemos dicho que, en cualquier caso, no puede afirmarse la vulneración del derecho al Juez legalmente predeterminado ya que, como insistentemente viene diciendo tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional en situaciones semejantes. la mera discrepancia acerca de las normas de distribución de competencias entre órganos jurisdiccionales en ningún caso puede dar lugar al planteamiento de la vulneración del derecho al Juez legalmente predeterminado (STS 753/2010, de 19 de julio).

C) "...con ocasión de la resolución del artículo de previo pronunciamiento suscitado por la representación procesal del recurrente Matías, el Tribunal de instancia señaló que la acusación ejercida por el Ministerio Fiscal describe



unos hechos que "constituyen un delito de blanqueo de capitales cuya ejecución comienza en España, con la decisión de ocultar el dinero (fondos detraídos como consecuencia de la actividad delictiva de Fórum Filatélico S.A.) en cuentas corrientes de sociedades constituidas en el extranjero. La ejecución del delito continúa con la transferencia a distintos países de las cantidades generadas por la ilícita actividad de Fórum Filatélico S.A. Y la participación que se atribuye al Sr. Matías es la necesaria cooperación en el delito, creando sociedades directamente o a través del Sr. Jose Carlos, con la única finalidad de abrir cuentas corrientes para la ocultación de dichos fondos, siempre a disposición de los dirigentes de Fórum Filatélico S.A. (...).

Ya hemos dicho que la perpetración del delito de blanqueo por el que se formula acusación exigió de la realización de actos en España, donde se generaron las cantidades blanqueadas de procedencia ilícita, donde se ideó el delito y comenzó su ejecución, transfiriendo los fondos a las sociedades constituidas por el Sr. Matías para su ocultación. Como dice la STS 307/2016, de 13 de abril. la teoría de la ubicuidad en materia de competencia territorial se ha constituido en materia dominante. De acuerdo con ella - señala la STS 456/2013 - el delito se reputará cometido tanto en todos los lugares en los que se haya llevado a cabo la acción como en el que se haya producido el resultado".

En el caso concreto, en el auto recurrido se describen, en primer lugar y de forma concreta, el delito de blanqueo de capitales (de por sí, de naturaleza compleja) con expresa mención de los delitos antecedentes del mismo;

y, en segundo lugar, se delimita territorialmente su comisión no solo al territorio del Reino de España (lo que de por sí ya permitiría el enjuiciamiento por la Audiencia Nacional de los hechos que nos ocupan), sino al de otros países extranieros (fundamentalmente Suiza, Canadá y Estados Unidos de América).

De conformidad con lo expuesto, no asiste la razón a los recurrentes por dos razones.

En primer lugar, por cuanto, como señaló el Tribunal de instancia de conformidad con el artículo 23.1 de la Lev Orgánica del Poder Judicial (principio de territorialidad), la jurisdicción española es competente para conocer de los delitos cometidos en territorio español (tanto por ciudadanos nacionales como extranjeros). En el caso que nos ocupa, el delito de blanqueo de capitales objeto de acusación, fue cometido, según el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Público y en cuanto afecta al presente recurso. por ciudadanos de naciones extranjeras (Matías, Jose Carlos, Agustín y Guadalupe), en territorio nacional y extranjero (fundamentalmente, Estados Unidos, Canadá y Suiza), pues la actividad de conversión, transferencia y ocultación del origen ilícito del dinero obtenido de los inversores de Fórum Filatélico S.A. no puede entenderse de forma estanca. cometida por fases desconectadas en diferentes territorios nacionales, sino como un actividad compleja iniciada en territorio español y culminada en el extranjero mediante la creación de cuentas bancarias y diversas sociedades mercantiles, a través de las cuales se procuró la definitiva ocultación del origen ilícito de aquel dinero.

Y, en segundo lugar y en todo caso, tampoco asiste la razón a los recurrentes ya que, como hemos dicho en STS 974/2016, de 23 de diciembre, existe compatibilidad entre la regulación prevenida en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (tras la reforma operada por L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ, relativa a la justicia universal) con el artículo 301.4 del Código Penal (cuya vigencia fue ratificada por las L.L.O.O. 1 y 2/2015, de 30 de marzo, de reforma del referido texto legal, al no haber sido objeto de modificación por el Legislador, pese a la entrada en vigor de la L.O. 1/2014 en fecha 15 de marzo de 2014). Por tanto, el primero de los preceptos ni recoge una regulación exhaustiva (numerus clausus) como pretenden los recurrentes, ni puede entenderse que deroga de forma tácita el artículo 301.4 del Código Penal, pues, de haberlo querido así el Legislador, lo habría hecho en las reformas del Código Penal llevadas a cabo por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de fecha posterior a la L.O. 1/2014, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial relativa a la justicia universal.

Es decir, en el caso que nos ocupa y en cuanto se refiere a los recurrentes, los Tribunales españoles son competentes para el enjuiciamiento de los hechos objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, ya que el delito objeto de acusación es un delito de blanqueo de capitales " cometido, total o parcialmente, en el extranjero" y los delitos antecedentes (estafa e insolvencia punible, entre otros), asimismo referidos en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, se habrían igualmente cometido en territorio español (artículo 301.4 del Código Penal)."

Digna de mención, es la vigente visión de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de la aplicación del "Baremo" en delitos dolosos - sentencia nº 580/2017, de 19 de julio - en un delito de asesinato, respecto de los dos hijas que sobreviven a la madre fallecida, y el condenado al pago, se queja "Y de que la suma establecida en la sentencia de 240.000 euros, 120.000 euros para cada uno de los hijos, represente casi un cincuenta por ciento más que la resultante de aplicar el baremo, ya que las cantidades procedentes para Remigio y Jacinto, suponiendo en su favor que sean ambos menores de 25 años, son: para el primer hijo menor de 25 años, 117.917,05 €; y el resto de hijos menores de 25 años, 27.211,62 €. Sin que la gravedad de las circunstancias del caso pueda utilizarse como justificación bastante para la fijación de una cifra que incrementa en casi un 50 % aquella que había de servir de referencia.":

"Por lo demás, esta Sala se ha cuidado de precisar que la fijación de los baremos en el caso de responsabilidades civiles derivadas de hechos que deberían estar cubiertos por la garantía de un seguro responde, no a criterios objetivos o de justicia, sino a cálculos matemáticos obtenidos a partir de un estudio de posibilidades entre la cobertura técnica en función del mercado, las ramas de explotación y las reservas matemáticas que hay que contemplar para que el sistema pueda subsistir sin riesgos inasumibles para los fondos de cobertura; que la fluctuación al alza o a la baja no responde a criterios equitativos sino a factores como el alza o la baja de la siniestralidad e incluso a ponderaciones mercantiles de cuotas de mercado; que la indemnización baremada no es sino la permisible para el sistema; y que en el caso de los delitos dolosos se rompería cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasara sin más el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro ya que los criterios de determinación son radicalmente diferentes (SSTS 47/2007, de 8-1; 126/2013, de 20-2; y 222/2017, de 29-3).

Por ello, se ha reconocido que el "Baremo" ha sido tomado en la práctica judicial de manera orientativa cuando se trata de fijar indemnizaciones civiles en el orden estrictamente penal, teniendo en cuenta para ello las puntuaciones de las lesiones y de las secuelas padecidas que determinan los informes médico-forenses. Sin embargo, no siendo exigible la aplicación del baremo en los casos de delitos dolosos. las cantidades que resulten de aplicación de las Tablas podrán considerarse orientativas y, en todo caso, un cuadro de mínimos (SSTS 17-1-2003, 30-01-2004, 11-10-2004, 17-02-2010, 25-03-2010).

El baremo contenido en el Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, está previsto para la siniestralidad vial y no resulta aplicable en el caso de un delito doloso de homicidio, ajeno al tráfico automovilístico. El propio apartado primero del Anexo establece que "El presente sistema se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo

que sean consecuencia de delito doloso".

El efecto expansivo del Baremo, previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil ha sido admitido por este Tribunal, pero siempre como criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1.106 y 1.902 del Código Civil (SSTS 596/2013, de 2-7; 480/2013, de 22-5; y 799/2013, de 5-11).

La concesión de cantidades superiores al baremo en casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos como pueden ser los supuestos de homicidios y asesinatos, se ha reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 772/2012, de 22 de octubre, y 799/2013, de 5 de noviembre, entre otras).

3. Atendiendo a los prejurisprudenciales cedentes reseñados, es claro que no



se puede acoger la tesis de la parte recurrente. Se está ante un caso en que la pérdida de una madre de 42 años para ambos hijos les genera graves perjuicios materiales y morales, muerte que además ha sido ocasionada dolosamente y merced a la utilización de un instrumento de una elevada e incuestionable capacidad homicida. Con este cúmulo de circunstancias que se dan en el supuesto concreto, es patente que nos hallamos fuera del ámbito de los baremos aplicables a los actos de circulación viaria con vehículos de motor.

Y en cuanto a la cuantía, la indemnización de 120.000 euros para cada uno de los hijos por la pérdida de la madre, vistas las circunstancias que convergen en el caso concreto, no puede considerarse irrazonable ni excesiva, y desde luego no se trata de una indemnización que clame por una reducción en sede de casación.

Siendo así, se rechaza también este último motivo del recurso."

Dado que se trata de un delito doloso y la aplicación del Baremo de la Ley de Or-

Asimismo, recaída en el enjuiciamiento, por Tribunal de Jurado de un caso de asesinato - en la Audiencia Provincial de Salamanca, sentencia nº 16/2017, de 12 de julio, podemos apreciar la utilización del "Baremo" en el ámbito de los delitos dolosos - y la circunstancia de la convivencia -:

"En este sentido, las acusaciones públicas, solicitan, en sus conclusiones definitivas, una indemnización en favor de las tres hijas, mayores de edad, de la fallecida Tamara (Carmen, Tomasa y Julia) de 250.000 euros, a repartir por iguales partes entre ellas, mientras que su representación procesal eleva dicha suma a la de 450.000 euros.

denación y Supervisión de los Seguros Privados, como declara el TS (SSTS núm. 104/2004, 1.207/2004 y núm. 856/2003, entre otras), es facultativa y orientativa, pues, sólo es vinculante para los accidentes de tráfico, si bien, de aplicarse dicho Baremo en estos casos el mismo constituirá un cuadro de mínimos (STS núm. 47/2007, de 8 de enero), es de señalar que teniendo en cuenta sus previsiones y criterios de valoración (con el Anexo aplicable tras la modificación operada en la LRCSCVM por la ley 35/2015, de 22 de septiembre), pero no sujetándose estrictamente a ellos, dadas las circunstancias concretas concurrentes en el caso (particularmente, que las hijas no convivían con su madre desde hace tiempo, pero también la especial dinámica de muerte dolorosa de la víctima), y que deben conllevar un incremento en un porcentaje proporcional de entre un 10 y un 30% y aun siendo muy difícil calibrar la responsabilidad civil por la pérdida de su madre (pretium doloris), se estima ponderada y prudente fijar en favor de cada una de tales hijas una indemnización ascendente a 100.000 €, cantidades que devengarán el interés legal del art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

delictiva en los hechos que se le imputan como para iniciar el enjuiciamiento o, por el contrario, es procedente acordar el sobreseimiento; y la calificación jurídica de los hechos que eventual y provisionalmente realice el órgano instructor, sólo tiene por objeto determinar el procedimiento a seguir y el órgano judicial ante el que debe seguirse, sin mayores vinculaciones. En similar dirección la STC 310/2000 afirma que el auto que tratamos contiene un juicio provisional y anticipado sobre los hechos que posteriormente el Juez o Tribunal está llamado a sentenciar, juicio provisional que en caso alguno vincula a las partes, a diferencia de lo que acontece con los pronunciamientos de sobreseimiento cuando alcanzan firmeza.

En definitiva, lo que vincula para el juicio oral, son los

No es infrecuente que en la propia vista oral se nos presenten contradicciones importantes entre el auto de apertura de juicio oral, los escritos de las partes, y/o el objeto del juicio, y las discrepantes soluciones que "en directo" se le pueden dar por ello no es, creo, desacertado, sino muy pertinente, el criterio contenido en el auto nº 1072/2017, de 13 de julio, de la Sala 2º del Tribunal Supremo:

"B) Nuestra jurisprudencia refleja con claridad que el objeto del proceso penal son los "hechos delictivos" y no su "nomen iuris" o su calificación jurídica, sin que corresponda al Juez instructor, por no ser parte postulante, contribuir al cometido de conformar el contenido de la pretensión penal (STS 257/2002 de 18 de febrero). El auto de apertura de juicio oral, únicamente constituye un juicio del instructor en garantía del justiciable, sobre si existe materia

hechos por los que se ordena continuar el procedimiento, y las calificaciones jurídicas dadas en las conclusiones definitivas de las partes (STS 429/2017, de 14 de junio).

C) El motivo carece de fundamento. A diferencia de lo que sostiene la parte recurrente. el Auto de trasformación del Procedimiento Abreviado vincula a las partes en cuanto al relato de hechos contenido en el mismo, quedando los hechos punibles enjuiciables prefijados en dicho auto (en este sentido, STS 914/2016, de 2 de diciembre).

En consecuencia, de haberse permitido el debate en el juicio oral sobre los hechos no incluidos en el auto de transformación del procedimiento abreviado que menciona la parte recurrente se hubiera generado indefensión. Asimismo, en la tramitación del procedimiento abreviado la delimitación subjetiva del proceso viene dada por el auto de transformación del procedimiento abreviado y el auto de apertura del juicio oral, no pudiendo dirigirse la acusación contra una persona contra la que no se ha decretado la apertura del juicio oral, lo que implicaría una clara vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Así la función del auto de transformación supone la manifestación jurisdiccional del control sobre el alcance que puede tener la acusación (STS 371/2016, de 3 de mayo); la determinación de hecho punible y la indicación de quien resulta imputado por razón de los mismos, deviene expresión ineludible del referido auto; también que las partes acusadoras se acomoden en sus pretensiones a la referencia fáctica sobre la que quedan jurisdiccionalmente autorizados a formular acusación; esa es la garantía jurisdiccional esencial de todo proceso penal en una sociedad democrática: nadie puede ser acusador sobre un hecho si antes una instancia tercera, es decir el poder jurisdiccional, no lo autoriza (STS 530/2016, de 16 de junio).

La STS 148/2015, de 18 de marzo, desarrolla, en lo que se refiere a la concreción del objeto del proceso y a la necesidad de evitar la indefensión que pudiera causar una am-

pliación sorpresiva del mismo, que la exigencia contenida en el artículo 779.1, apartado 4, de la LECrim. (STS nº 386/2014, de 22 de mayo), tiene "la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal", añadiendo que el contenido delimitador que tiene el auto de transformación para las acusaciones se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas (no a la calificación jurídica que haya efectuado el instructor)."

"En la sentencia de contraste se trata de un trabaiador que ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total por enfermedad profesional a los 84 años, habiéndose modalizado la aplicación del Baremo en el sentido de fijar la cuantía se con normalidad en la vida doméstica, familiar, sentimental y social". Mientras que en la sentencia recurrida no se da una situación fáctica igual, a lo que se une que la mayoría de las alegaciones que hace la parte para fundamentar su pretensión no tienen soporte en hechos probados."

La parte demandante presentó una reclamación administrativa -con fecha de entrada en el Ministerio de Justicia de 2/2/2015- en la que se quejaba de la falta de respuesta por parte de determinada Juzgado de Instrucción de Cádiz a su solicitud de expedición de un testimonio de ciertas diligencias penales para su ulterior presentación en un juicio civil, cuya falta de respuesta constituiría un funcionamiento anormal de la Administray termina impetrando que se retrotraigan las actuaciones en orden a la debida tramitación de la reclamación rechazada a limine por la resolución impugnada,(Sentencia de la Sala de lo Contencioso, sección tercera de la Audiencia N a c i o n a l de veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete.)

"La motivación de la resolución puesta en entredicho. que se basa en que --- la decisión de que no le fuera facilitado el testimonio de las citadas diligencias, fue tomada en el ejercicio de la potestad jurisdiccional --- aparece contraria a Derecho. La competencia para la expedición de certificaciones o testimonios de las actuaciones judiciales corresponde en principio al Secretario Judicial [ artículo 453.2 de la LOPJ y artículo 5.b) del Real Decreto 1608/2005 ], sin que de lo actuado conste en el supuesto enjuiciado intervención judicial alguna, de donde que la lesión cuya indemnización se impetra no esté ligada al ejercicio de la potestad jurisdiccional, que es la motivación esencial del acto combatido, cuya motivación aparece así contraria a Derecho y en disonancia con el título indemnizatorio invocado en la reclamación administrativa rechazada a limine. La resolución administrativa puesta en entredicho no recondujo la reclamación administrativa al cauce del título adecuado, sino que fundó su decisión en un título distinto al invocado por el interesado y además equivocado por lo que hemos apuntado. Corolario de lo anterior es la estimación del recurso al aparecer la resolución impugnada contraria a Derecho y la estimación de la súplica de la demanda, que solicita la retroacción de actuaciones en orden a la debida tramitación de la reclamación indemnizatoria de referencia"

Destacar el concepto de "daño coadyuvante" que recoge la sentencia dictada por la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el 6 de junio de 2017 - recurso nº 2534/2016 - (ponente Excelentísimo Sr. López García de la Serrana), al citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de julio de 2013:

indemnizatoria en 30.000 €, considerando que no procede lucro cesante por pérdida de expectativas profesionales o actividad de ganancia, habida cuenta la muy avanzada edad del trabajador, que ya percibía pensión de jubilación, y que los daños causados habían sido adecuadamente compensados con la percepción de las prestaciones de Seguridad Social, no habiéndose probado daños distintos que pudieran justificar una compensación adicional, aunque sí aprecia un daño coadyuvante, a la circunstancia vital derivada de la avanzada edad, quebranto que la enfermedad profesional "le produce para desenvolverción de Justicia que le habría generado unos perjuicios para cuyo resarcimiento solicitaba una indemnización de 100.000 €. La resolución administrativa puesta en tela de juicio inadmite a trámite ex artículo 89.4 de la Ley 30/1992 la susodicha reclamación indemnizatoria con el argumento esencial de que --- la decisión de que no le fuera facilitado el testimonio de las citadas diligencias, fue tomada en el ejercicio de la potestad jurisdiccional ---. La demanda rectora del proceso insiste en que la reclamación indemnizatoria presentada en su día lo fue bajo el título del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia



Licenciado en Derecho en la Universidad de Granada, preparó las oposiciones para ingresar en la Carrera Judicial, lo que consiguió en 1.975. En 1.990 ocupó plaza en la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba permaneciendo hasta el mes de Enero del año 2000, cuando tomó posesión como Presidente de la Audiencia Provincial de Córdoba, hasta que en 2014 fue nombrado magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

Autor de numerosas publicaciones y conferencias de contenido jurídico. Así como ponente en numerosos Cursos de Formación para Jueces y Magistrados, siendo Director de alguno de ellos.

Profesor asociado en la cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba.

Se encuentra en posesión de la Cruz Distinguida de 1ª. Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort; de la Cruz al Mérito Policial con distintivo blanco; de la Cruz con distintivo blanco de la Orden del Mérito del Cuerpo de la Guardia Civil.

Contamos en esta ocasión con la gran oportunidad de poder lanzar nuestras preguntas a don Eduardo Baena Ruiz, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, gran experto en responsabilidad civil y autor de interesantísimas Sentencias que nos facilitan el trabajo a aquellos que nos dedicamos a esta apasionante materia.

Sabemos que en el próximo mes de Noviembre intervendrá en el XVII Congreso de nuestra Asociación, ¿Cree que este tipo de Asociaciones puede influir en la evolución legislativa y jurisprudencial de las materias que nos ocupan?

Todas las aportaciones doctrinales que se hagan, ya sean a titulo individual o a través de Asociaciones, como es el caso, tienen un peso innegable tanto para los legisladores como para los tribunales.

En relación a la interesantísima ponencia que ocupará su intervención en el citado Congreso, titulada La trasparencia en los contratos de seguro y la lesividad de las clausulas que dejan sin contenido los mismos, ¿cree que el control de trasparencia que actualmente se realiza sobre los contratos bancarios podría ser extrapolable a los contratos de seguro, así como los criterios utilizados para el análisis sobre lesividad en los mismos?

Así es, y basta para comprobarlo con acudir al contenido de la STS núm. 273/2016, de 22 de abril, de la Sala 1ª, que se comenta en la Ponencia. El principio de transparencia constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas.

¿Entiende que la lesividad que pudiera estimarse en determinadas clausulas en los contratos de seguro implica directamente su nulidad?

Las cláusulas lesivas son invalidas siempre, y así lo recoge expresamente la sentencia a que he hecho referencia.

¿Cuál cree que sería el mejor proceso de control para evitar la inclusión de dichas clausulas lesivas o abusivas en los contratos de seguro?

Creo que las aseguradoras habrían de presentar sus pólizas y redactar la cláusulas de las mismas, teniendo en cuenta las declaraciones jurisprudenciales . A partir del autocontrol, si este no existe no cabe sino acudir al control de los tribunales. Naturalmente, sin perjuicio de los controles administrativos, también citados en la Ponencia.

En cuánto a las modificaciones que introduce el nuevo Sistema para la valoración del daño corporal en accidentes de tráfico ¿cuáles destacaría?

En cuanto a sus modificaciones y relevancia me remito al preámbulo de la Ley.

Por razones temporales la Sala no tiene aún antecedentes para detectar y separar lo positivo de lo que resulte oscuro o de dudosa decisión.

Por último, ¿cree que la Jurisprudencia podrá suplir, como en otras ocasiones, los vacíos o defectos que presenta la nueva reforma del citado Sistema legal del valoración del daño corporal?

Indudablemente sí, por ser la función que la jurisprudencia debe desempeñar y que se espera de ella. Naturalmente siempre a partir del principio de legalidad y de los principios que informan el sistema.

Muchas gracias por su colaboración.





➤ RESOLUCIÓN DE 3 DE OCTUBRE DE 2017, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES POR LA QUE SE HACEN PÚBLICAS LAS CUANTÍAS DE LAS INDEMNIZACIONES ACTUALIZADAS DEL SISTEMA PARA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN (EN EL MISMO ENLACE FIGURAN TODAS LAS TABLAS ACTUALIZADAS PARA 2017).





#### MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

SECRETARÍA DE ESTADO DE ECONOMÍA Y APOYO A LA EMPRESA

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS FONDOS DE PENSIONES

Resolución de 3 de octubre de 2017, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se hacen públicas las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

El texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, establece, en su artículo 49.1, que las cuantías indemnizatorias del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación fijadas en ella quedan automáticamente actualizadas con efecto de 1 de enero de cada año en el porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En este sentido, la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, establece con carácter general una revalorización de las pensiones del 0,25 por ciento.

En aplicación del artículo 49.3 del texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, esta Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones acuerda hacer públicas en su sitio web http://www.dgsfp.mineco.es/, las cuantías indemnizatorias vigentes durante el año 2017 revalorizadas en el 0,25 por ciento.

> Madrid, 3 de octubre de 2017. EL DIRECTOR GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES

> > ps Cestellana, 44 Sergio Alvarez Camiña

ENLACE PARA LA VISUALIZACIÓN DE LAS TABLAS COMPLETAS INDEMNIZATORIAS 2017:

http://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/legislacion asoc/resolucion-3-octubre-2017-la-direccion-general-seguros-fondos-pensiones-la-se-hacen-publicas-las-cuantias-las-indemnizaciones-actualizadas-del-sistema-valoracion-d/

PUBLICADAS LAS PRIMERAS SUGERENCIAS DE LA GUIA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE AUTOS, APROBADAS POR LA COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL SISTEMA DE VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN.



MINISTERIO DE JUSTICIA MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

#### GUIA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE AUTOS

De acuerdo con el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (en adelante LRCSCVM)

#### **PRESENTACIÓN**

I.- En el seno de las instituciones de la Unión Europea y de la mayoría de los países de la OCDE se viene llevando a cabo desde hace años una política conocida como "regular mejor" (better regulation) o "legislación inteligente" (smart regulation) que se plantea no sólo incrementar la calidad técnica de las normas y simplificar el ordenamiento jurídico, sino también potenciar su eficacia y eficiencia mediante el uso de métodos de evaluación durante su elaboración (ex ante) y una vez han entrado en vigor (ex post).

Esta forma de trabajar pretende garantizar que las decisiones políticas se preparen con los mejores conocimientos socioeconómicos posibles y de un modo abierto y transparente, con el respaldo de la participación amplia de grupos de interés que representen a todos los colectivos potencialmente afectados. Con ello se aspira a cubrir todo el ciclo de la política legislativa, que abarca desde el diseño, adopción y elaboración de políticas de actuación, su plasmación en las correspondientes normas jurídicas, hasta la implementación o puesta en práctica de las normas ya aprobadas. Para cada fase del ciclo de la política legislativa, existen una serie de principios, objetivos, instrumentos y procedimientos que tienen por finalidad conseguir la mejor legislación posible y que se refieren a la planificación, la evaluación de impacto normativo, la consulta de las partes interesadas, la implementación y la evaluación ex post.

II.- La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ha introducido en el panorama administrativo español una nueva regulación orientada no solo a atenuar la dispersión normativa que pudiera existir, sino también a reforzar la participación ciudadana, la seguridad jurídica y la revisión del ordenamiento.

Con estos objetivos, se establecen en ella por primera vez las bases con arreglo a las cuales se ha de desenvolver la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas con el objeto de asegurar su ejercicio de acuerdo con los principios de buena regulación, garantizar de modo adecuado la audiencia y participación de los ciudadanos en la elaboración de las normas y lograr la predictibilidad y evaluación pública del ordenamiento, como corolario imprescindible del derecho constitucional a la seguridad jurídica<sup>1</sup>.

En esta línea, el artículo 130.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, relativo a la Evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación, dispone que:

<sup>1)</sup> Con esta regulación se siguen las recomendaciones que en esta materia ha formulado |
Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe emitido en 2014 «Spain: From Administrative neroum to continuos improvemente».



#### MINISTERIO DE JUSTICIA MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

\*1. Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas.

El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente."

Esta norma fortalece la evaluación ex post, puesto que junto con el deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos, cuál ha sido su impacto social y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado.

- III.- Uno de los muchos instrumentos técnicos que pueden servir para guiar una evaluación ex post son las recomendaciones de buenas prácticas. Tales recomendaciones son el resultado del acuerdo de los diversos colectivos que intervienen en la aplicación de una nueva normativa, con la participación, en ocasiones de la Administración. No tienen por objeto substituir la tarea interpretativa de los tribunales en la aplicación del Derecho, sino servir de herramienta a los operadores jurídicos para fomentar la colaboración, la buena fe y la transparencia generalizadas en la aplicación de la normativa. Gozan del respaldo que les otorga ser el resultado de un proceso participativo en el que interactúan los representantes de todos los sectores implicados y por ello generan un sentido de pertenencia y de auto-vinculación. El análisis de su seguimiento y de su cumplimiento generalizado espontáneo o de su rechazo proporciona también un indicador importante respecto a las propuestas de mejora de la regulación que puedan realizarse al final del proceso de evaluación ex post.
- IV.- En estos puntos, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ha sido pionera reproduciendo esa voluntad evaluativa de las políticas públicas y su normativa mediante la creación en la disposición adicional primera de una Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración con el objeto de analizar su puesta en marcha, sus repercusiones jurídicas y económicas y el sistema de actualización previsto en dicha norma.

La Comisión de Seguimiento, presenta a continuación las primeras sugerencias de buenas prácticas aprobadas en la reunión del Pleno de la Comisión del 14 de setiembre de 2017 relativas a algunos aspectos de los arts. 7 y 37 de la LRCSCVM.

#### **BUENAS PRÁCTICAS**

#### I.- PRINCIPIOS GENERALES





#### MINISTERIO DE JUSTICIA MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

Las buenas prácticas requieren que las relaciones entre asegurador y perjudicado, y de todos los profesionales que participan en los procedimientos de reclamación de daños personales, estén presididas por los principios de colaboración, buena fe y transparencia. La Comisión de Seguimiento recomienda también que todas las actuaciones se ajusten además a las buenas prácticas específicas que vaya estableciendo.

# II.- RECLAMACION EXTRAJUDICIAL PREVIA A LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

#### 1.- Contenido de la reclamación

La buena práctica requiere que la reclamación extrajudicial previa contenga todos los datos de los que disponga el perjudicado. Constituye una práctica que contraviene el deber de colaboración del perjudicado establecido en los arts. 7 y 37 LRCSCVM la presentación de reclamaciones ocultando información de la que se disponga y que dificulte la determinación de la responsabilidad o la cuantificación del daño.

#### 2.- Validez de la reclamación extrajudicial no cuantificada

Dado que de acuerdo con el art. 7.1 LRCSCVM no corresponde al perjudicado llevar a cabo la cuantificación de su reclamación, la buena práctica exige admitir la reclamación extrajudicial previa que no contenga la cuantificación de la indemnización que se solicita, incluso en el caso de que el reclamante disponga de todos los elementos para poder calcularla y cuantificarla.

#### III.- OFERTA MOTIVADA

#### 1.- "Ofrecimiento" a la víctima por procedimientos distintos de la oferta motivada

La buena práctica exige que no se lleven a cabo "ofrecimientos" resarcitorios al perjudicado que no se materialicen a través del procedimiento de la oferta motivada, ni que se condicione el contenido de la oferta motivada a la aceptación de "ofrecimientos" previos telefónicos, verbales o por escrito. La oferta motivada prevista en el art. 7. 2 y 3 LRCSCVM, su forma, contenido, plazos y demás requisitos constituyen un mecanismo esencial de protección de los intereses de los perjudicados que se considera insustituible.

#### 2.- Contenido de la oferta motivada

2.1.- La buena práctica exige que la oferta motivada prevista en el art. 7.2 y 3 LRCSCVM contenga de forma estructurada y desglosada los distintos conceptos que se indemnizan y sus correspondientes importes, de forma que el perjudicado pueda conocer con claridad el importe total de la indemnización ofrecida y el desglose de los importes parciales que componen dicha indemnización. Constituye una práctica que contraviene el deber de colaboración del asegurador previsto en los arts. 7 y 37 LRCSCVM la presentación de ofertas motivadas ocultando información de la que se disponga y que dificulte la determinación de la responsabilidad o la cuantificación del daño.

#### 2.2.- En particular, la buena práctica demanda:



#### MINISTERIO DE JUSTICIA MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD

- a) Respecto de las secuelas, que la oferta motivada o el informe médico definitivo que se adjunte a ella contenga su relación, los puntos asignados a cada una y la codificación que les corresponda.
- b) Respecto a las lesiones temporales, que consten, en su caso, los grados del perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida previstos en el art. 138 LRCSCVM.
- 2.3.- De acuerdo con el art. 7.3.d) LRCSCVM, el pago de la oferta motivada no puede condicionarse a la renuncia de futuras acciones. No obstante, se considera una práctica admisible el acuerdo de renuncia de futuras acciones después de emitida la oferta y pagada la indemnización. Se excluye de dicho acuerdo, conforme al artículo 43 de la LRCSCVM, la reclamación por alteraciones sustanciales de las circunstancias que determinaron la fijación de la indemnización o por la aparición de daños sobrevenidos.



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ALBOGALDOS EN ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org 902 361 350

# BOLETÍN DE INSCRIPCIÓN DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

D				
N.I.F.:	F	echa de nacimient	O	
Colegio ejerciente nº	añodel IIu	ıstre Colegio de Ab	ogados de_	
Con domicilio en		Provin	cia	
Calle/Plaza		n	<u>o</u>	C.P.
Teléfono	Fax	e-mail_		
Seguro, declarando no estar ir	ncurso/a en ninguna de l en los Estatutos de la A	as prohíbiciones e ir Asociación, compror	ncompatibilio netiéndose a	dos en Responsabilidad Civil y dades establecidas en el Esta- a satisfacer la cuota anual que de la Asociación.
En	a	de		de 20
	Fdo.:			
		\ 001F 0 CHO		5DAL 70.00.0
CUUTA DE IN	SCRIPCIÓN (sólo una v	/ez): 90,15 €; CUO	IA IRIMEST	RAL: 39,00 €
VENTAJAS PARA LOS ASOCIADOS				
<ol> <li>Inclusión en el Listado Provincial de Asociados que se publica en la web.</li> <li>Acceseo ilimitado y gratuito a la mayor Base de Datos de Jurisprudencia en materia de Responsabilidad Civil y Seguro a través de acceso on-line o CD interactivo.</li> <li>Suscripción gratuita trimestral a esta Revista.</li> <li>Consultas especializadas en el Foro de Debate abierto en la web.</li> <li>Dto. 25% en el Congreso Nacional anual.</li> <li>Descuento especial en distintas Editoriales Jurídicas.</li> <li>Posibilidad de formar parte del Tribunal Arbitral de la Asociación.</li> </ol>				
Domiciliación Bancaria				
☐ Por Banco/Caja				
DATOS BANCARIOS (les ruego se sirvan atender los recibos presentados para su cobro por Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro).				
Titular de la cuenta				
Banco o Caja				
Dirección				
C.P.	Población			
Cuenta Corriente / Libreta de Ahorro:  Fecha: / /			Firma (imprescindible):	

Remitir este boletín de inscripción al nº de Fax: 958 201 697 de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Asimismo puede inscribirse llamando al teléfono 902 361 350 o a través de la página web www.asociacionabogadosrcs.org

De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, se informa que sus datos personales se incorporaran en una base de datos informatizada de la que es responsable la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO con el fin de mantener un listado de sus socios. Ud. como titular podrá ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO da través del correo postal a ,C/. Trajano, no 8 - P Planta - 18002 Granada, indicando como referencia Protección de Datos. En dicho correo deberá especificar qué derecho o derechos desea ejercitar y adjuntar una fotocopia del DNI para comprobar que es el propio interesado quien ejercita el derecho.

# NOVEDAD EDITORIAL





Colección Estudios de Derecho Procesal Penal Dirigida por Amonio del Mosal Ganta El nuevo sistema de valoración del daño personal

(Ley 35/2015, de 22 de septiembre)

3/

Elena Agüero Ramón-Llin Pilar Álvarez Menéndez Juan José Pereña Muñoz Pablo Lanzarote Martínez

Prólogo: José Manuel Maza Martín Focal General del Estado

Editorial Comares

### EL NUEVO SISTEMA DE VALORACIÓN DEL DAÑO PERSONAL

(Ley 35/2015, de 22 de septiembre)

Elena Agüero Ramón-Llin • Pilar Álvarez Menéndez Juan José Pereña Muñoz • Pablo Lanzarote Martínez

Prólogo de José Manuel Maza Martín

1.ª edición, noviembre 2017 384 páginas

OFERTA MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN 10% dto.: 29,70 euros

El 1 de enero de 2016 entró en vigor la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, cuya principal aportación consiste en la regulación de un novedoso sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, sistema que viene a sustituir al conocido como «baremo de indemnizaciones de tráfico» del año 1995.

La presente publicación ofrece una visión integral de la reforma operada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. Sus páginas permiten bucear en los entresijos del que se ha venido a denominar «nuevo baremo», proporcionando a juristas y público en general una herramienta útil para comprender y utilizar el nuevo sistema de valoración.

La trayectoria profesional de los autores y en particular su experiencia en la aplicación del baremo ante juzgados y tribunales, permite además combinar el estudio técnico-jurídico que exige la reforma con un enfoque práctico cuya principal expresión encontramos en los numerosos ejemplos y casos que ilustran las explicaciones, comentarios y análisis crítico del texto.

Desde este prisma se aborda de manera seria y rigurosa la reforma de los artículos 1, 7, 13 y 14 de la LRC, deteniéndose los autores en el estudio exhaustivo y didáctico de las reglas y criterios para determinar y cuantificar las indemnizaciones de las víctimas y perjudicados en caso de muerte, secuelas y lesiones temporales. El estudio comprende tanto el texto articulado como la aplicación de las tablas anejas y sus bases técnicas. En definitiva, los engranajes del nuevo baremo quedarán al descubierto de manera sencilla y práctica.

Realizada por cuatro Fiscales especialistas en materia de seguridad vial, y prologada por el Fiscal General del Estado, constituye una obra esencial para todo aquel que quiera comprender el nuevo sistema de valoración.

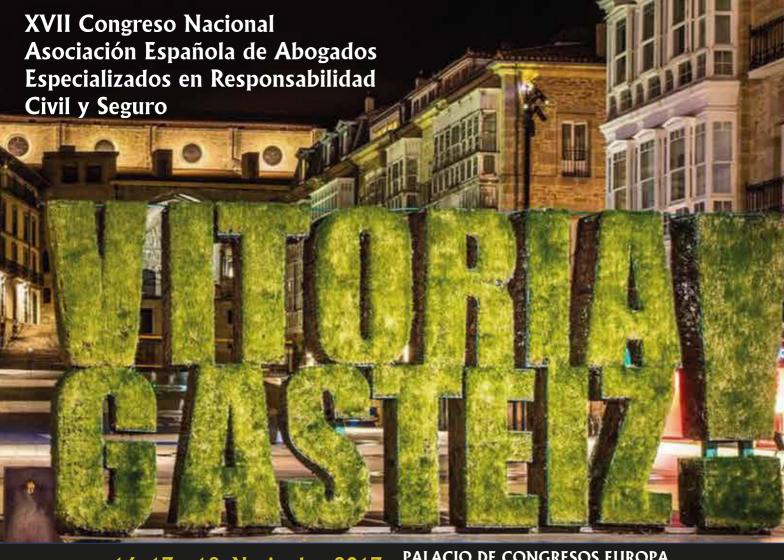


EDITORIAL COMARES, S.L.

Polígono Juncaril C/Baza, parcela 208 18220 Albolote (Granada)

Tlf.: 958 465 382

http://www.editorialcomares.com E-mail: libreriacomares@comares.com



## 16, 17 y 18, Noviembre 2017

#### PALACIO DE CONGRESOS EUROPA

Avda. Gasteiz, 85 Vitoria-Gasteiz, Álava

## **PROGRAMA:**

## Jueves día 16

Excursión gratuita a la Catedral de Santa María (previa reserva de plaza). 10:30h

13:00h

Asamblea General de la Asociación Lugar de celebración: llustre Colegio de Abogados de Alava, Fray Francisco de Vitoria Ibilbidea, 4, Vitoria-Gasteiz.

16:00h Entrega de acreditaciones

Inauguración (Palacio de Congresos Europa).

Primera ponencia: "Cumplimiento normativo (compliance) y responsabilidad civil". D. Jesús Alfonso Poncela García, magistrado de la Audiencia Provincial de Álava. 17:00h

Segunda ponencia: "La Carga de la prueba de la relación de causalidad. Valoración de los informes periciales". D. Antonio Marín Fernández, magistrado de la Audiencia Provincial de Cádiz. 18:00h

Tercera ponencia: "La falsa responsabilidad civil en el proceso penal (ineficacia de contratos, implicaciones registrales de las sentencias penales, declaraciones dominicales y aspectos de estado civil)". D. Mariano Yzquierdo Tolsada, catedrático de Derecho Civil.

Traslado a pie, con visita a la ciudad guiada por compañeros, hasta lugar de la recepción.

Recepción Lugar: Artium, Francia Kalea, 24 Vitoria-Gasteiz Cóctel de Bienvenida. 21:30h

Actuación: **Grupo Lobo & Carmine** en Green Bay [Portal del Rey nº 22], consumiciones a precios especiales de pago directo. 23:30h

#### Viernes día 17

Cuarta ponencia: "Las indemnizaciones por accidentes de tráfico en Inglaterra y Alemania. Cómo se cuantifica y cómo se reclama". D. Alberto Pérez Cedillo, vocal de la AEAERCS en Inglaterra. D. Lutz Carlos Moratinos Meissner, vocal de la AEAERCS en Alemania.

Quinta ponencia: "Accidentes de trabajo causados por vehículos a motor: delimitación de responsabili-dades y coberturas". D. Jose Antonio Badillo Arias, Director del Consporcio de Compensación de Seguros en Madrid, director de la revista RC de Inese.

11:30h

Sexta ponencia: "Puntos oscuros del nuevo sistema de valoración de daños y perjuicios personales en accidentes de circulación". D. Juan José Pereña Muñoz, Fiscal Jefe de Salamanca.

Mesa Redonda: "Soluciones alternativas para la reparación del daño" 13:00h

resa reconica. Jonates reparación del daño"
-"La mediación de conflictos de Responsabilidad Civil". D. Gonzalo Iturmendi Morales. Abogado - Mediador de conflictos.
-"El derecho Colaborativo en la Responsabilidad Civil". D. Martin Gartziandia. Abogado. Sindico, defensor vecinal del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.
-"Las aportaciones de la justicia restaurativa al Derecho de daños". D. Iñaki Subijana Zunzunegui.

Directores del congreso:

Javier López y García de la Serrana Susana Sucunza Totoricagüena

14:00h Almuerzo de trabajo en mesa.

Séptima ponencia: "La integridad reparatoria del daño corporal y la malversación de la *Compensatio lucri cum damo*". D. Mariano Medina Crespo, presidente de la AEAERCS.

Octava Ponencia: "Treinta años de la Directiva de Producto para acabar aplicando el artículo 1902 CC en la RC de Producto'. Dª Mª Angeles Parra Lucán, magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo. 17:00h

18:00h Novena ponencia: "La transparencia en los contratos de seguro y la lesividad de las cláusulas que dejan sin contenido los mismos. Última jurisprudencia en materia de seguros." D. Eduardo Baena Ruíz, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Clausura del Congreso. 19.00h

19:30h RUNNINGFIZ: Running con Martín Fiz / Marc Hurtado.

21:30h Recogida en Hoteles por los Autobuses para traslado a la Cena de Gala.

Cena de Gala con Barra libre y actuación de Tribus Ocultas. Lugar: Hotel Jardines de Uleta Suites Uleta Kalea, 1, Vitoria-Gasteiz. 22:00h

#### Sábado día 18

Recogida en los hoteles por los autobuses. 11:00h

Visita guiada por la Villa de Laguardia (Rioja Alavesa). 12:00h

13:30h Visita guiada a la bodega del Marqués del Riscal.

COLABORAN

Almuerzo en Marqués del Riscal (Francis Paniego 1\* Michelin). 15:00h

902 361 350 - www.asociacionabogadosrcs.org

ORGANIZAN

**PATROCINAN** 















