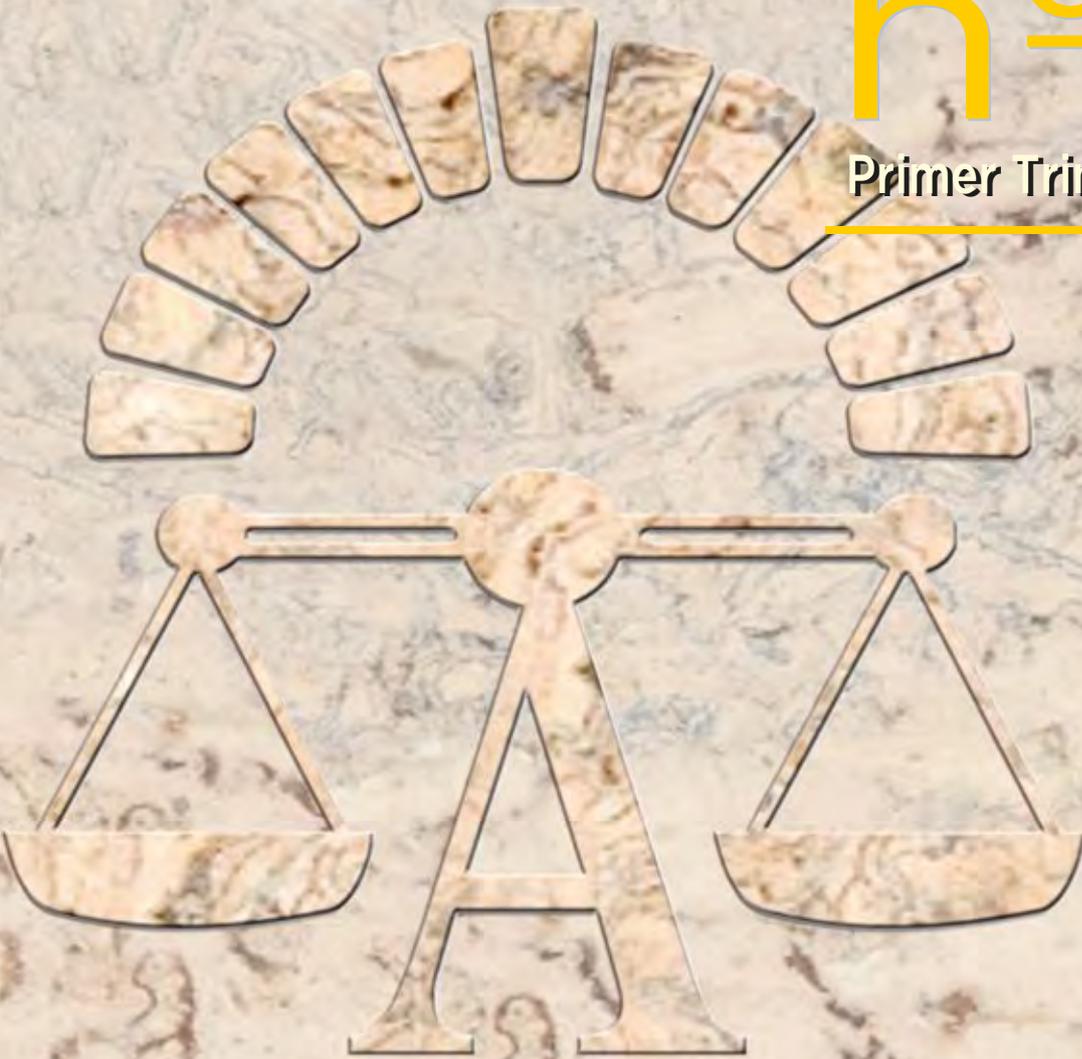


nº 69

Primer Trimestre. Año 2019



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

**La incapacidad
laboral en el
baremo de tráfico
de 2015: unas
reflexiones
elementales con
relevantes
consecuencias
prácticas**

**El nexa causal en
accidentes de
tráfico. Aspecto
jurídicos y
biomecánicos**

**Los principios
inspiradores y
criterios de la Ley
35/2015 sobre el
daño, su conexión
con los gastos
asistenciales y la
ayuda de tercera
persona**

SAVE THE DATE

XIX

Congreso Nacional
Asociación Española de Abogados
Especializados en Responsabilidad
Civil y Seguro

Sevilla

14,15 y 16 de noviembre de 2019

www.asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

ORGANIZAN



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

PATROCINAN



Abogacía
Sevilla

COLABORAN



SegurCaixa Adeslas



nº69

Primer Trimestre. Año 2019



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 69

EDITORIAL

Cosa juzgada, prejudicialidad y litispendencia: cuestiones controvertidas

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

DOCTRINA

- La incapacidad laboral en el baremo de tráfico de 2015: unas reflexiones elementales con relevantes consecuencias prácticas

Mariano Medina Crespo.....9

- El nexo causal en accidentes de tráfico. Aspecto jurídicos y biomecánicos

Montserrat Peña Rodríguez.....17

- Los principios inspiradores y criterios de la Ley 35/2015 sobre el daño, su conexión con los gastos asistenciales y la ayuda de tercera persona

M^ª José Moreno Toscano.....39

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4^ª), de 10 enero de 2019.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Recurso de Casación para la Unificación de doctrina. Compensación de lucro cesante derivado de accidente laboral. No se puede limitar a las prestaciones de la seguridad social si se acredita que el perjuicio patrimonial sufrido es superior, pudiendo acudir a la Guía de las Buenas Prácticas para aplicación del nuevo Baremo aprobado por la Ley 35/2015.....55

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^ª), de 17 de enero de 2019.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Procedencia de gastos de mantenimiento y sustitución de prótesis posteriores a la sanidad. Interpretación conforme a la Ley 35/2015. Improcedencia del interés del artículo 20 de la LCS respecto a dicha partida.....63

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^ª), de 17 de enero de 2019.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción de repetición ejercitada por el CCS conjuntamente frente al conductor responsable del siniestro y su aseguradora (que finalmente se acreditó que aseguraba al vehículo causante). Se desestima la demanda frente al conductor.....71

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^ª), de 29 de enero de 2019.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Seguro de Directivos y Administradores. Se considera cláusula limitativa de los derechos del asegurado, la que excluye la responsabilidad por deudas tributarias de los Administradores.....79

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 29 de enero de 2019.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Recurso de Casación para la Unificación de doctrina. Seguro de Convenio Colectivo de Accidentes. Se considera delimitadora la cláusula que establece la vigencia de la póliza al tiempo de declararse administrativa o judicialmente la existencia de la incapacidad permanente. Voto particular.....87

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 26 de marzo de 2019.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación frente al seguro de RC profesional del arquitecto. Desestimación de la demanda en virtud de la doctrina de la Sala que interpreta el artículo 73 de la LCS, al cumplir la cláusula prospectiva de delimitación temporal aplicable, con los requisitos del artículo 3 de la LCS.....113

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*.....125

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

Vacaciones en UE. Dos normativas que hay que tener en cuenta cuando se realicen viajes dentro de los Estados Miembros de la Unión.

Por *Alberto Pérez Cedillo*.....145

ENTREVISTA A ...

Juan José Pereña Muñoz

Por *Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán*.....149

NOTICIAS

- Resolución de actualización de las cuantías de las indemnizaciones del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.....153

- XXVI edición del Congreso de Responsabilidad Civil y Seguros. Barcelona, 23 y 24 de mayo de 2019.....155

- VI Congreso nacional de abogados de víctimas. Málaga, 7 de junio de 2019.....158

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, 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, Fernando Talens Aguiló, José Pérez Tirado, Lutz Carlos Moratino y Francisco José Ledesma de Taoro.

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**



Cosa juzgada, prejudicialidad y litispendencia: cuestiones controvertidas

por Javier López y García de la Serrana
Director

desestimada. En este sentido debemos partir de una idea fundamental, cual es que todas ellas comparten un objetivo en común, esto es, contribuir a la efectividad del principio de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, evitando en definitiva que se puedan dictar dos sentencias sobre el mismo asunto con resoluciones o pronunciamientos diferentes. Pero cada una de estas figuras tiene un efecto distinto sobre el proceso, se articulan de forma distinta y en definitiva deben utilizarse cada una según el presupuesto de hecho que se nos plantee.

En el caso de la **cosa juzgada**, el artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos indica que son resoluciones firmes las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas. Asimismo son firmes aquellas contras la que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado. Añade el apartado 3 del citado artículo que las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas. Vemos aquí como se define el efecto formal de la cosa juzgada, referido a las resoluciones que se dictan dentro del proceso, impidiendo que una nueva resolución dentro del mismo procedimiento vuelva a pronunciarse sobre algo que ya ha sido resuelto, sirviendo aquella de referente para otras posteriores que vengan a resolver sobre el resto de aspectos discutidos. De ahí que el artículo 207.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil añada que una vez que las resoluciones dictadas alcanza su firmeza al no haber sido recurrida, adquiere la autoridad de cosa juzgada debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella.

A diferencia de lo anterior los efectos materiales de la cosa juzgada nos vienen

Una de las cosas de las que debemos ser conscientes quienes nos dedicamos a la práctica del Derecho, es que tan importante es conocer el fondo de las materias a las que nos enfrentamos cuando defendemos un asunto como conocer el proceso o normas procesales que lo regulan, pues el desconocimiento de las mismas es algo que nos puede llevar a perder el asunto por un motivo sencillamente de forma, aunque hubiéramos demostrado que teníamos la razón sobre el fondo del asunto en cuestión.

Así, dentro del llamado derecho procesal, nos encontramos con tres figuras que aunque para todos son sobradamente conocidas sin embargo no siempre tenemos claro cuál debemos excepcionar ante un determinado supuesto, me refiero a la cosa juzgada, la prejudicialidad y la litispendencia. Son cuestiones que debemos conocer y diferenciar, para de este modo saber qué excepción procesal será la más adecuada en el caso de que nos encontremos con el supuesto de hecho que requiera de la resolución sobre la existencia de una u otra, pues el simple hecho de alegar de forma incorrecta dicha excepción puede provocar que nuestra pretensión sea

definidos en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como punto de partida aclararemos que donde se producen ahora los efectos de la autoridad de cosa juzgada son fuera del proceso donde ha recaído, es decir, produce sus efectos frente a otros procesos donde aquella resolución pueda tener algún tipo de incidencia por su conexión con el asunto que es objeto de un nuevo procedimiento. Como sostiene la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo en Sentencias como la de 8 de abril de 2013 la cosa juzgada material es el efecto externo, que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal pero en un procedimiento distinto. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2017 va más allá y haciéndose eco de otras sentencias de 19 de noviembre de 2014 o como la de 30 de marzo de 2011, establece cuáles son la de los requisitos de dicha institución de la forma siguiente: *«se persigue que el actor haga valer en el proceso todas las causas de pedir de la pretensión deducida. Por ello, el complejo supuesto que condiciona la aplicación de la sanción que el mismo establece se integra (a) por la realidad de dos demandas Sentencia de 7 de octubre de 2010 (b) por ser diferentes las causas de pedir alegadas en ellas, lo que puede deberse tanto a que lo sean sus elementos fácticos -"diferentes hechos"-, como normativos -"distintos fundamentos o títulos jurídicos"-; (c) por haber podido ser alegada en la primera demanda la causa de pedir, en cualquiera de los aspectos de su doble vertiente, que fue reservada para el proceso ulterior -"resulten conocidos o puedan invocarse"-; y (d) por haberse pedido lo mismo en las dos demandas».*

Asimismo, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 julio de 2016, dice: *«Así la ley establece una verdadera preclusión en la alegación de hechos y fundamentos jurídicos que apoyan la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión sobre la que ha de decidir exclusivamente el demandante. Extiende por ello la cosa juzgada material a todas las posibles "causas de pedir" con que pudiera contar el demandante en el momento de formular su demanda pero únicamente respecto de la concreta pretensión que formula».*

Nos encontramos así con dos efectos propios de la cosa juzgada material, cual es el efecto negativo y el positivo. Comenzando por el negativo, indicaremos que se trata de impedir que una nueva resolución judicial

pueda contener pronunciamientos en un sentido distinto o contrario al que ya se ha pronunciado una anterior resolución judicial dictada por otro tribunal. Para que opere esta excepción es necesario que se den tres requisitos: a) identidad de sujetos es decir identidad subjetiva, por cuanto la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos no litigantes titulares de derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de la LEC; b) que entre el proceso ya resuelto y el nuevo posterior exista identidad del objeto de la Litis. Es decir, se exige que el objeto de debate sea el mismo en ambos procedimientos. En este aspecto es importante destacar que esta identidad de objeto puede ser interpretada de forma extensiva por nuestros tribunales, en el sentido de considerar que la prohibición de nuevo pronunciamiento se extiende a aquellas otras pretensiones que guardan un profundo enlace con las que han sido ya objeto de debate, impidiendo de este modo que pueda aprovecharse un nuevo procedimiento para provocar una incertidumbre litigiosa a la otra parte cuando existan fundamentos para entender que el demandante de forma objetiva y causal pudo pedir en el primer proceso lo que ahora reproduce en uno ulterior. Así destaca en este punto la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013. Es sin duda éste un aspecto a tener en cuenta, pues podemos confiar, por ejemplo, en que la reserva de acciones sobre una determinada partida de daños sufridos puede ser reclamada en un proceso posterior una vez que en el primero ya se haya resuelto sobre la responsabilidad del causante de los mismos y que sin embargo posteriormente se nos excepcione de contrario la existencia de cosa juzgada material, impidiéndose con ello que podamos servirnos de ese posterior proceso y dejando sin acción por tanto a nuestro cliente; c) y el tercero de los requisitos exigidos es la identidad de la causa de pedir, es decir, cuáles son los hechos en los que basamos nuestras pretensiones y que hacen nacer los derechos y obligaciones en los que apoyamos nuestra reclamación. En este sentido el efecto de cosa juzgada alcanza a la demanda y a la reconvenición, entendiendo que forman parte de la causa de pedir los hechos fundamentales que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal.

En cuanto al efecto positivo de la cosa juzgada material éste no impide un segundo pronunciamiento pero al vincularlo a lo ya decidido determina su contenido. Así, como sostiene la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo en sentencias como la de 25 de abril de 2005 o 16 de abril de 2009, entre otras muchas, señalan que tal efecto prejudicial o positivo opera en el sentido de no poderse

decidir, en el proceso ulterior, un tema o punto litigioso de manera distinta a como ya lo hubiera sido en el anterior por sentencia firme. Para que se produzca el efecto positivo de la cosa juzgada no tienen que concurrir entre los dos procesos las tres identidades que se reclaman para la eficacia negativa, pero sí una cierta conexidad entre ellos. Así, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento civil exige que el contenido de la primera resolución sea antecedente lógico del objeto del segundo proceso y que las partes en ambos sean los mismos o que la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Asimismo y en cuanto a su control constitucional, establece la Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional de 9 de enero de 2019, que *“uno de los supuestos problemáticos que ha debido abordar la jurisprudencia constitucional en el contexto de la aplicación de esta garantía del ne bis in idem procesal es el relativo a la consideración del efecto de cosa juzgada vinculada a las decisiones de sobreseimiento provisional y su eventual efecto preclusivo respecto de un ulterior procedimiento penal. También en Sentencia de 26 de mayo de 2008 estableció que (i) la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia solo son revisables por la justicia constitucional conforme al parámetro del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.”*

Nos encontramos ante una figura que también es reconocida con los mismos efectos en nuestro derecho comparado, y así a este respecto el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar en Sentencia de 3 de septiembre de 2009, asunto C-2/08, caso Olimpiclub, donde trató la extensión de la cosa juzgada a casos posteriores, prevista en el Derecho italiano en un régimen similar al de la cosa juzgada positiva o prejudicial del Derecho español. En dicha sentencia se afirma textualmente: *“A este respecto, procede recordar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa juzgada. En efecto, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos. Por consiguiente, el Derecho comunitario no*

obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión”, reiterando la establecida en otras resoluciones.

Comprobamos así cómo la trascendencia práctica de esta figura es indudable y está presente de forma continua en sentencias y otras resoluciones judiciales a la hora de pronunciarse sobre una determinada causa, así y en este sentido citamos la reciente sentencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2018, la cual se dicta en un asunto tan actual como el de los productos bancarios y sus cláusulas abusivas, indicando que: *“La infracción se habría producido porque la estimación de la cosa juzgada impide que se desplieguen los efectos previstos en dichos preceptos, como es la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y la exigencia de que los Estados velen porque existan medios adecuados y eficaces para el cese en el uso de las cláusulas abusivas.”*

Pasando ahora a la figura de la **prejudicialidad**, y en palabras de **JUAN AÑÓN CALVENTE**¹, se trata de cuestiones conexas con la cuestión de fondo que pueden estar atribuidas a la competencia de un tribunal del mismo o diferente orden jurisdiccional, pero que pueden dar lugar a un procedimiento y resolución independiente. Ante la aparición de una cuestión prejudicial, centrémonos aquí por cuestión de espacio en la civil, se pueden dar tres situaciones distintas, a saber, que la misma ya hubiera sido resuelta en un proceso anterior ante lo cual no estaríamos hablando de prejudicialidad sino de efecto de cosa juzgada, pues se trataría de una cuestión ya resuelta y sobre la que no cabe una resolución posterior. Podemos encontrarlos también ante la situación de que dicha cuestión no haya sido resuelta antes, siendo posible a su vez que esté siendo objeto de otro proceso en ese momento o no; si no ha comenzado un nuevo proceso será el Juez que conoce del asunto principal el competente para resolver estas otras cuestiones en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Si por el contrario si existe otro proceso iniciado donde se esté discutiendo sobre dicha cuestión, deberá solicitarse e intentarse la acumulación de procesos para con ello impedir que existan dos pronunciamientos distintos o contradictorios dictados de forma paralela en dos procesos sobre la misma causa. Se exige para ello que exista una conexión entre las causas de pedir que pudieran provocar tal contradicción en los resultados de los pleitos

¹En su artículo Cosa Juzgada, prejudicialidad y litispendencia, publicado en elderecho.com el 13 de noviembre de 2015.

seguidos de forma independiente, pues de otro modo la acumulación no resultará fundada. En este intento de impedir la existencia de pronunciamientos distintos y en su caso contradictorios, en caso de que la acumulación de procesos no sea posible, el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que procederá la suspensión del proceso hasta que finalice el otro donde se esté discutiendo la cuestión prejudicial, para con esto conseguir que lo resuelto en éste despliegue ya toda su autoridad de cosa juzgada sobre el otro proceso que ha sido objeto de suspensión. No obstante el juez no está obligado a acordar la suspensión de inmediato, sino que deberá analizar si concurre la preceptiva conexión entre los procesos en cuestión y si por tanto existe ese riesgo de pronunciamientos contradictorios para que pueda tener lugar dicha suspensión. Es esencial por tanto en este caso, que ambos procesos guarden una íntima relación que ponga en cuestión el cumplimiento del principio de seguridad jurídica, aunque no se exija una identidad plena, tal y como sí se exige en la excepción que analizamos a continuación.

Y por último debemos referirnos a la figura de la **litispendencia**, sobre la cual **SANTIAGO RECUERO ASTRAY**² dice de la misma que es un instrumento dirigido a salvaguardar la autoridad de cosa juzgada, pues lo que con ella se impide es que se puedan tramitar dos procedimientos de forma paralela sobre el mismo objeto. La litispendencia se produce desde que se formula una demanda y el Juzgado competente la admite a trámite, en este momento quedan fijados los hechos, causa de pedir, legitimación, jurisdicción y en sí todos los elementos esenciales del proceso, prohibiéndose que pueda iniciarse otro proceso donde se pretenda debatir bajo los mismos elementos antes señalados. La Sentencia de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2011 la define como *“aquella institución tutelar de la cosa juzgada”* añadiendo que es posteriormente la llamada cosa juzgada la que *“despliega sus efectos en un segundo proceso para evitar que se adopten pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales, lo que sería incompatible con el principio de seguridad jurídica que integra la expectativa legítima de los justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución Española (STC 34/2003, de 25 de febrero)”*.

Vemos por tanto como ambas instituciones son muy cercanas, siendo

fundamental el hecho de que las dos comparten los mismos requisitos para su existencia, es decir, identidad de sujetos, objeto y causa de pedir; si bien la primera, la litispendencia, es la que ayuda a que la segunda, la cosa juzgada, pueda desplegar plenamente sus efectos. La litispendencia se produce por tanto cuando nos encontramos ante dos procedimientos en curso, mientras que la cosa juzgada solo existe y podrá ser excepcionada cuando existe una resolución judicial firme que despliega sus efectos dentro del mismo proceso donde se produce y, por lo que aquí ahora nos interesa, fuera de éste y frente a otro procedimiento posterior donde se esté litigando por el mismo objeto que el primero. A su vez conviene distinguirla con la cuestión prejudicial civil, tal y como antes anunciábamos, en la cual no se exige la triple identidad como requisito para su apreciación, sino que basta que exista una cuestión que esté siendo objeto de un pleito anterior y que pueda incidir en el resultado de otro, para que en este segundo se solicite la suspensión de cara a poder tomar como base lo resuelto en el primero.

Podemos concluir por tanto en que las tres figuras analizadas tienden a la persecución del principio de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, encontrándose sus mayores diferencias en el momento procesal en el que cada una de ellas producen sus efectos y asimismo en cuándo pueden ser alegadas. Conviene conocerlas y diferenciarlas pues de lo contrario correremos el riesgo de no conseguir el objetivo perseguido aunque contemos con los presupuestos de hecho para hacerlas valer.

ABRIL 2019



² La excepción procesal de litispendencia, publicado el 26 de diciembre de 2012 en noticiasjuridicas.com.



La incapacidad laboral en el baremo de tráfico de 2015: unas reflexiones elementales con relevantes consecuencias prácticas

Mariano Medina Crespo
Abogado.
Doctor en derecho

Sumario

I. LA DEPURACIÓN TERMINOLÓGICA EN ARAS A LAS EXIGENCIAS DE LA VERTEBRACIÓN PERJUDICIAL

II. LA INCAPACIDAD TRANSITORIA Y LA COORDINACIÓN DE LOS ÓRDENES CIVIL Y LABORAL

III. LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LA COORDINACIÓN DE LOS ÓRDENES CIVIL Y LABORAL

I. LA DEPURACIÓN TERMINOLÓGICA EN ARAS A LAS EXIGENCIAS DE LA VERTEBRACIÓN PERJUDICIAL

El Baremo de 2015 se caracteriza por la depuración terminológica y la superación de los equívocos en que incurría el derogado.

El Baremo derogado recogía el concepto de incapacidades y el de invalideces en los incisos tercero y cuarto de la regla general 7ª de su apartado primero, haciéndolo en plural. Se refería así:

a) como un factor corrector de disminución indemnizatoria, a “la subsistencia de incapacidades precedentes o ajenas al accidente”.

b) como un factor corrector de agravación (identificada significativamente - acto fallido de sus redactores materiales- como un incremento indemnizatorio), a “la producción de invalideces concurrentes”.

c) y también, como un factor corrector de agravación indemnizatoria, a la “subsistencia de

incapacidades preexistentes”.

Estamos ante una manifestación de los falsos amigos idiomáticos, mediante el inadecuado trasvase literal de los términos utilizados por la doctrina francesa e italiana (*incapacité*, *invalidità*), con su efecto despistante.

Donde el Baremo decía incapacidades o invalideces, quería decir lesiones permanentes o secuelas, pero el significante servía para ocultar su cabal significado, con efectiva virtualidad respecto de la previsión aumentativa.

Tal sentido nada tenía que ver con lo que en castellano quiere decir incapacidad que alude a que las actividades que desarrolla la persona quedan impedidas, limitadas o entorpecidas.

Para la lengua española y para la estructura de los Baremos sucesivos de Tráfico, el concepto francés de “tasa de incapacidad” (*taux d’incapacité*), se refiere al alcance o porcentaje del menoscabo psicofísico, sin tener en cuenta su repercusión negativa en las actividades del lesionado.

Por ello, debía traducirse, no como tasa de incapacidad, sino como tasa o porcentaje del perjuicio fisiológico padecido, expresándose así la técnica legal de su medida.

Prueba de aquel significado impropio y equívoco es que la formulación de la regla de Balthazard se establecía bajo el subepígrafe de “incapacidades concurrentes”, cuando obviamente quería decir “secuelas concurrentes”.

La misma regla explicativa se refería a las “lesiones concurrentes” y a las “secuelas permanentes”, como expresiones sinónimas con el concepto de “incapacidades permanentes”.

Véase que, si se hablaba de secuelas permanentes, es porque puede haber secuelas no permanentes, es decir, secuelas temporales; concepto aquél que llevó el sector asegurador al texto del Baremo (dado que fue su redactor material) para después, ante sus posibles efectos resarcitorios, abjurar de él.

Pero la cuestión terminológica no era puramente baladí, en un país que todavía era bastante ajeno a la cultura valorativa del daño corporal.

La consecuencia de esa equívoca terminología fue que, pese a que bajo el

concepto de agravación de la indemnización por “incapacidades permanentes”, estaba previendo el específico efecto perjudicial de las secuelas interagravatorias o sinérgicas, su operatividad aumentativa ha sido absolutamente desconocida en la práctica judicial (por parte de los peritos médicos, de los abogados y de los jueces; en general), hasta tal punto de que, ahora, ante su previsión explícita en el nuevo Baremo, se dice que constituye una de sus muchas novedades. Ahora se descubre su existencia, aunque más en el texto que en la práctica pericial que persiste en el desconocimiento.

Ello supone desconocer que tal previsión, aunque oculta por esa terminología equivocada, estaba en el Baremo derogado, de modo que la novedad del nuevo no está en su previsión como tal, sino en que ha establecido, con carácter subsidiario, una fórmula concreta para su medición, para el caso de que el Baremo Médico de secuelas no las compute.

Lo paradójico es que esa terminología equivocada no ha impedido en la práctica judicial que operara el efecto disminuidor de la presencia de secuelas precedentes o preexistentes, aun en los casos en que no estuviera previsto en la tabla del Baremo Médico de secuelas.

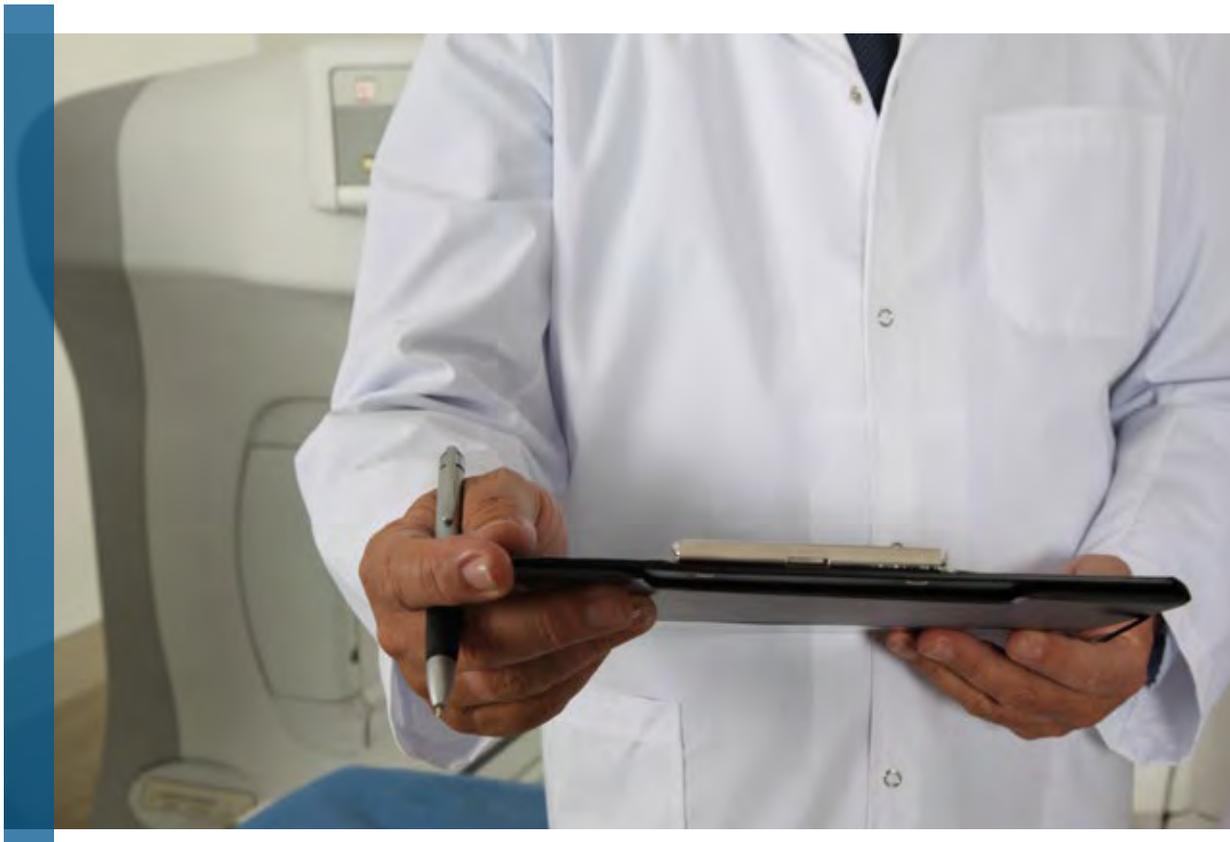
A su vez, la regla general 5ª establecía que dan lugar a indemnización “las lesiones permanentes, invalidantes o no”, así como las “incapacidades temporales”.

En el primer caso, el Baremo utilizaba el concepto de invalidez en un sentido propio, pues las lesiones permanentes o secuelas pueden ser o no incapacitantes.

Véase que tal concepto fisiológico es más amplio que el de “baja laboral” porque esta baja consiste en que se padecen unas lesiones que impiden el desempeño del trabajo, cesando cuando cesa tal impedimento, aunque el lesionado siga sin curar del todo.

En el segundo caso, utilizaba el concepto de incapacidad en un sentido impropio y equívoco, queriendo decir “lesiones temporales” que, naturalmente, pueden ser incapacitantes o no.

Se daba así la paradoja verbal de que, siendo resarcibles las lesiones temporales no incapacitantes, se reconocían, según la terminología del Baremo, unas incapacidades temporales no incapacitantes.



Ello correspondía a la malévola intención de los redactores del texto originario (antes de ser reformado en 1998) de que pudiera creerse que las lesiones temporales no incapacitantes eran irrisarcibles.

Ese concepto de incapacidad temporal se llevó al título de la tabla V.

A su vez, el subtítulo de esta tabla utilizaba el concepto de “baja” que comprendía la baja laboral y, con más amplitud, cualquier baja en la actividad, dejando de insinuar que el cabal sentido de ese concepto de baja es el de baja de salud, por estar el cuerpo en baja como consecuencia de la lesión, con independencia de que afectara o no, negativamente, a las actividades del individuo.

No obstante, ese cabal sentido del concepto “baja” se encontraba en la regla explicativa de la tabla V cuando se refería a que las “incapacidades temporales” comprende “los días en que tarda en curar la lesión”, sin exigirse que fueran incapacitantes.

Finalmente, la tabla IV recogía el factor corrector aumentativo de la incapacidad permanente, refiriéndose a las “lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la

víctima”.

Aquí se utilizaba la palabra incapacidad en su propio sentido.

Pero la regla del factor generaba muchas dudas y con ellas mucha incompreensión.

Porque se refería a la “ocupación o actividad habitual”.

Pero la persona no despliega una sola ocupación o actividad habitual.

Son muchas las ocupaciones o actividades del individuo.

De modo que había que entender que se estaba ante la expresión de un singular colectivo que no aludía a una sola ocupación, sino a las ocupaciones del individuo, no a una sola actividad, sino a las diversas actividades del individuo.

Entre las ocupaciones del individuo está, naturalmente, la actividad laboral, pero es notorio que ésta no es la única ocupación de la persona.

No obstante, la definición de los tres grados de incapacidad, con terminología tomada de



la Legislación Laboral, parecía insinuar que se refería a la actividad laboral de modo exclusivo o, al menos, de modo preeminente.

Aunque el Baremo de 1995, como una mejora de las previsiones del facultativo precedente, había empezado a socavar el principio tradicional de la globalidad o promiscuidad perjudicial y sentaba las bases para alcanzar el cumplimiento del principio vertebrador, la doctrina y la jurisprudencia, imbuidas todavía por el viejo principio global, entendieron que el factor servía para reparar tanto los perjuicios personales de actividad como, en particular, el lucro cesante causado por el impedimento de la actividad laboral.

Al atribuir este doble contenido indiferenciado al factor corrector de la incapacidad permanente, la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo superó una etapa inicial de cierta práctica judicial que había tendido a entender que la incapacidad permanente a la que se refería el factor era sólo la laboral.

La mejor doctrina puso de manifiesto que esa actividad habitual correspondía también a los perjuicios personales de actividad, de tal manera que la interpretación mixta del contenido del supuesto de hecho del precepto se traducía, como queda dicho, en que la incapacidad permanente incluía tanto la incapacidad laboral como la incapacidad personal, dejándose de matizar que, dentro de la incapacidad personal, se encuentra el perjuicio personal que causa la incapacidad laboral.

De este modo, la vida aplicativa del Baremo discurrió, jurisprudencialmente, bajo el criterio de la promiscuidad perjudicial y resarcitoria del factor, incluyendo los perjuicios de una y otra índole.

Ante la falta de una específica discriminación, se entendía que de la cantidad reconocida por el factor (con un criterio medidor de mera equidad y, si acaso, de proporción), correspondía la mitad a los perjuicios personales y la otra mitad a los perjuicios económicos del lucro cesante.

Así lo consideró el Pleno de la Sala 4ª del Tribunal Supremo en sus sentencias de 17 de julio de 2007, ateniéndose a un criterio al que se sumó la Sala 1ª en sus sentencias de 25 de marzo de 2010, relativas al posible complemento del que se consideraba resarcimiento estrictamente tabular del lucro cesante causado por las lesiones permanentes laboralmente impositivas.

Pero eso sí, para fijar la cantidad y cubrir el perjuicio del lucro cesante ligado a la incapacidad permanente laboral, no se marcaba la mínima pauta y no se tenían en absoluto en cuenta los niveles de ingresos del perjudicado, ni por tanto, el nivel de sus pérdidas por ganancias dejadas de obtener, ni tampoco el efecto reductor que supone para los trabajadores por cuenta ajena la percepción de una prestación social consistente en una pensión en los casos de incapacidad absoluta y de incapacidad total, así como una cantidad alzada en el caso de la incapacidad parcial, sin que haya habido sentencia alguna que incluyera el perjuicio económico ligado a las denominadas lesiones permanentes no invalidantes que son objeto de reconocimiento en cuanto a su existencia y en cuanto a su cuantía por la Legislación Laboral, pero que la regulación del Baremo desconocía al detenerse en la incapacidad permanente parcial.

Lamentablemente, el Baremo de 2015 ha mantenido tal preterición, con lo que nuestro ordenamiento valorativo relativo a los daños corporales causados en el tránsito motorizado (al igual que acontece en la jurisprudencia aplicativa de la disciplina común de la responsabilidad civil) desconoce la existencia y cuantía de un perjuicio que se reconoce a cualquier trabajador por cuenta ajena en el estricto ámbito social que queda así protegido en este detalle, a diferencia de lo que sucede con cualquier otro ciudadano que nunca puede obtener un resarcimiento correlativo.

La crítica que merecía esa jurisprudencia era que desconocía por completo el principio vertebrador que habría de llevar, en virtud de la técnica de hermenéutica pro vertebratione, a diferenciar los perjuicios personales de actividad y los perjuicios económicos de la incapacidad permanente laboral, para, a su vez, incluir, dentro del factor, exclusivamente los primeros y excluir los segundos.

Solo a última hora, cuando el Baremo estaba llamado ya a ser sustituido por el nuevo, la Sala 4ª del Tribunal Supremo, haciendo valer su contrastada cultura valorativa, precisó, a los efectos del alcance de la operatividad de la *compensatio lucri cum damno*, que el factor corrector solo se refería a los perjuicios personales de actividad, a la denominada discapacidad vital, sin incluir los efectos económicos de la discapacidad laboral.

Tras las estupendas puntualizaciones efectuadas respecto de la *compensatio lucri*

cum damno por las sentencias plenarios de 17 de julio de 2007, la sentencia de 23 de junio de 2014 identificó el factor de corrección de la incapacidad permanente como norma reguladora del resarcimiento de los perjuicios personales de actividad, excluyendo de su ámbito, el lucro cesante ligado a la incapacidad permanente laboral.

Frente a la promiscuidad perjudicial con que se interpretaba el Baremo derogado, frente a sus equívocos conceptos, frente a las dudas que suscitaba, frente a sus notables desaciertos, frente a sus equívocos y equivocaciones, el nuevo Baremo no sólo ha depurado la terminología del antiguo, sino que ha proclamado de modo explícito y ha cumplido, de forma fiel, las exigencias principales de la vertebración.

De este modo, el nuevo Baremo prescinde del concepto de incapacidades para dejarlo de identificar con las lesiones permanentes o secuelas.

Pero no sólo ha efectuado esa depuración terminológica, sino que, para evitar confusiones, ha decidido ceñir el concepto de incapacidad exclusivamente a la del orden laboral.

Aunque el nuevo Baremo podría haber distinguido entre la discapacidad personal y la discapacidad laboral, para referirse, en el primer caso, a los perjuicios personales de actividad, incluida la laboral, y para referirse, en el segundo, al lucro cesante causado por la incapacidad permanente laboral, decidió utilizar la palabra incapacidad para referirse, sin necesidad de adjetivo calificador, a la incapacidad laboral; y, con ello, para regular el resarcimiento del lucro cesante derivado de ella.

Para regular el resarcimiento de los perjuicios personales de actividad, es decir, de los perjuicios personales causados por la discapacidad vital (dimensión dinámica del perjuicio fisiológico o psicofísico que integra el segundo nivel de la individualización perjudicial de signo personal), el nuevo Baremo ha acudido al concepto de pérdida de calidad de vida.

Pero, a su vez, ha abordado, por vez primera, la configuración autónoma del resarcimiento del lucro cesante causado por la incapacidad laboral, refiriéndose no sólo a la derivada de las lesiones temporales, que con el anterior podía ser objeto de un resarcimiento autónomo y completo a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2000 (aunque ligándolo a la

presencia de una culpa relevante del conductor responsable: llamativa creación legiferante de dicho Tribunal, por carecer de la más mínima base, ni legal, ni, desde luego, constitucional), sino que ha configurado, novedosamente, con autonomía, el resarcimiento del lucro cesante causado por la incapacidad laboral permanente, ahora simplemente denominada incapacidad permanente.

Pero no solo ha separado radicalmente, de acuerdo con el principio vertebrador, los perjuicios personales de actividad de los perjuicios económicos de actividad concretados en el lucro cesante derivado de la incapacidad laboral permanente, sino que ha efectuado una adecuada coordinación de los órdenes valorativo civil y laboral.

II. LA INCAPACIDAD TRANSITORIA Y LA COORDINACIÓN DE LOS ÓRDENES CIVIL Y LABORAL

Esta coordinación se manifiesta en el artículo 38.5 en el que se establece que “el impedimento psicofísico para llevar a cabo la actividad laboral o profesional, se reconduce a uno de los tres grados precedentes”, es decir, que quien padece una lesión temporal laboralmente impositiva sufre, a su vez, un perjuicio personal de actividad, es decir, de pérdida de calidad de vida, que, por lo menos, alcanza el grado de moderado.

Esto supone que quien se encuentra en situación de baja laboral como consecuencia de sus lesiones temporales, no puede ser resarcido exclusivamente con la cantidad correspondiente al perjuicio personal básico, sino que padece un perjuicio particular que, por lo menos, implica una pérdida moderada de calidad de vida.

El precepto se propone impedir que la medicina valorativa establezca el alta médico-legal del lesionado, cuando todavía se encuentre en situación de baja laboral, que, en el ámbito protector de la Seguridad Social (para los trabajadores por cuenta ajena y para los trabajadores autónomos), es definida por un médico valorador especializado en el ámbito laboral.

Se trata de que, cuando se declara la persistencia de la baja laboral (salvo, naturalmente, de que no se corresponda con la realidad o de que corresponda a causa distinta del siniestro padecido), no puede anticiparse el alta médico legal, porque siempre que se esté en situación de baja laboral, como consecuencia

de las lesiones padecidas, se padece un perjuicio personal por pérdida de calidad de vida en un grado que, por lo menos, debe calificarse de moderado.

Y es que no solo debe resaltarse que el alta médico-legal no puede producirse antes del alta laboral, sino que, incluso, es sólito que el alta laboral preceda a la definitiva curación (o falta de curación) de las lesiones, como sucede cuando tiene lugar “por mejoría” y no por curación total, estándose ante una situación en que persiste la lesión temporal, aunque ésta no impida trabajar.

Ello da lugar a que se siga padeciendo, en ese caso con exclusividad, el perjuicio personal básico que contempla la regulación legal; es decir que, frente al lamentable criterio extendido de que el alta médico-legal puede producirse con anterioridad a la baja laboral, lo pertinente es reconocer que el alta civil verdadera se produce, con frecuencia, después del alta laboral.

Vista su persistencia en la práctica pericial, debe denunciarse la vulneración de la Ley, porque su texto es inequívoco y es práctica ilegal y estrictamente contralegal.

El cumplimiento de la ley obliga también a

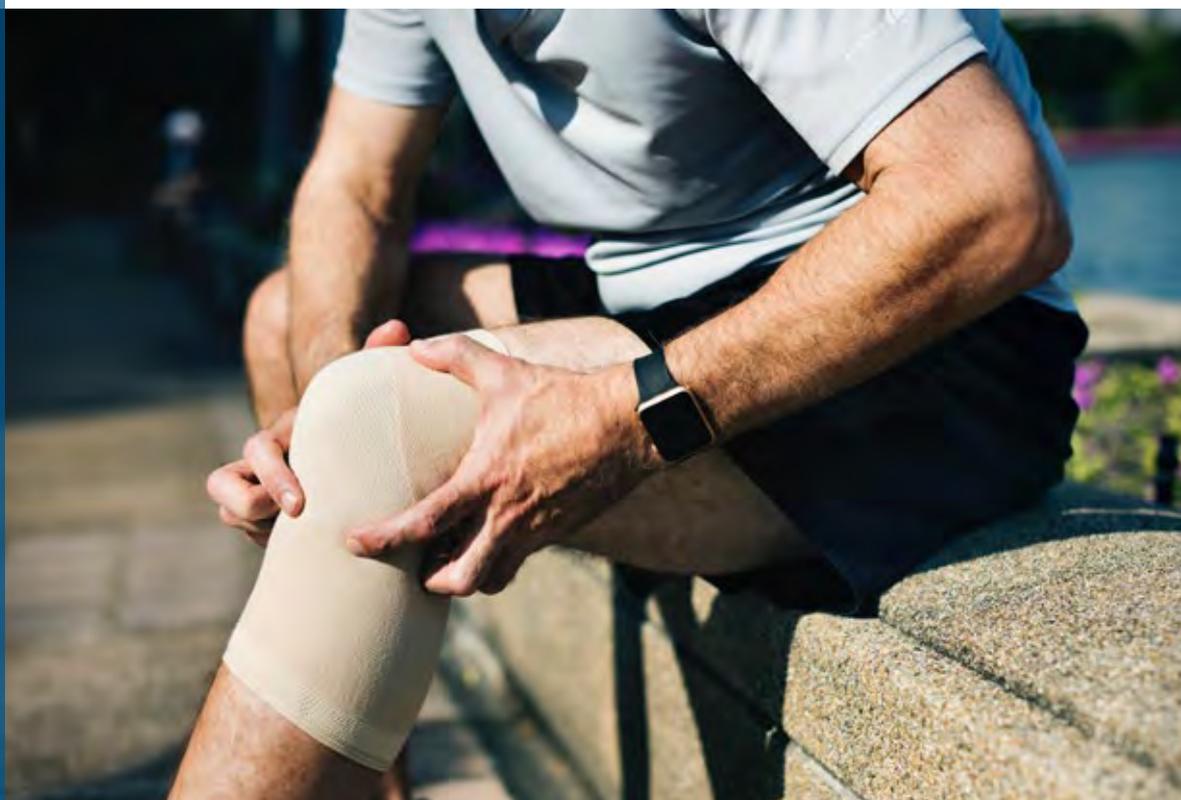
los peritos médicos; y obliga a prescindir, por tanto, de las altas médico-legales anticipadas y, también, a reconocer, de modo explícito, su eventual posposición al alta laboral.

III. LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LA COORDINACIÓN DE LOS ÓRDENES CIVIL Y LABORAL

También se manifiesta la coordinación indicada en el artículo 108 que, referente al resarcimiento de los perjuicios personales particulares causados por las secuelas, establece los grados del perjuicio moral por pérdida de calidad de vida y, a tal efecto, deben destacarse las previsiones contenidas en el segundo inciso de los apartados 3, 4 y 5 de dicho precepto.

El segundo inciso del art. 108.3, referente al perjuicio grave de pérdida de calidad de vida, puntualiza que “el perjuicio moral por la pérdida de toda posibilidad de realizar una actividad laboral o profesional, también se considera perjuicio grave”; aunque, en lugar de decir “también se considera perjuicio grave”, debería decir que “constituye, por lo menos, un perjuicio grave” que es lo que quiere decir.

El segundo inciso del art. 108.4 dispone que “el perjuicio moral por la pérdida de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo,



también se considera perjuicio moderado”; aunque, en lugar de decir “también se considera perjuicio moderado”, debería haber dicho que “constituye, por lo menos, un perjuicio moderado”, que es ciertamente lo que quiere decir.

Finalmente, el segundo inciso del art. 108.5 establece que “el perjuicio moral por la limitación o pérdida parcial de la actividad laboral o profesional que se venía ejerciendo, se considera perjuicio leve con independencia del número de puntos que se otorgan a las secuelas”; aunque, en lugar de decir que “se considera perjuicio leve”, debería haber dicho que “constituye un perjuicio, por lo menos, leve”, que es ciertamente lo que quiere decir.

Por tanto, todo lesionado que padezca una incapacidad laboral absoluta, sufre, al menos, un perjuicio grave de pérdida de calidad de vida.

Todo lesionado que padezca una incapacidad permanente laboral total, sufre, al menos, un perjuicio moderado de pérdida de calidad de vida.

Todo lesionado que padezca una incapacidad laboral permanente parcial, padece, al menos, un perjuicio leve de pérdida de calidad de vida.

Esto no significa, como queda apuntado, que quien padezca una incapacidad permanente laboral absoluta sufra, necesariamente, una pérdida grave de calidad de vida, pues puede padecer una muy grave, pero no puede padecer

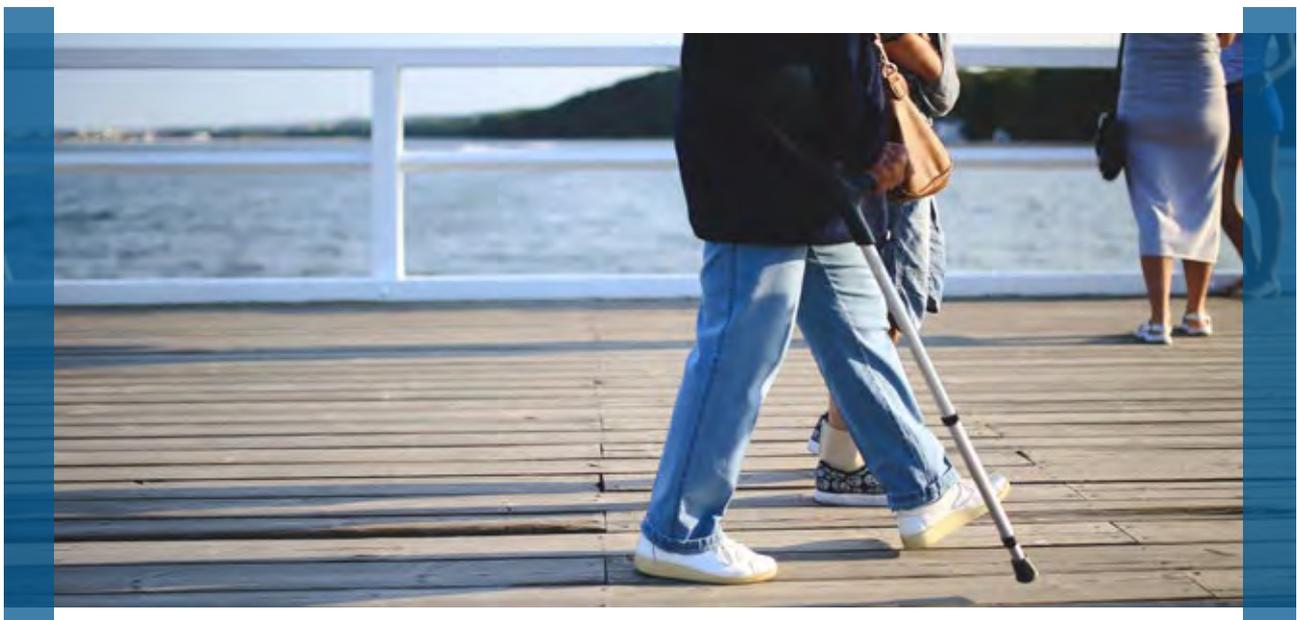
una pérdida solo moderada ni leve.

Esto no significa, como igualmente queda apuntado, que quien padezca una incapacidad permanente laboral total, sufra, necesariamente, una pérdida moderada de calidad de vida, pues puede padecer una pérdida grave; pero no puede padecer una pérdida solo leve.

A su vez, quien padece una incapacidad laboral permanente parcial, sufre siempre, por lo menos, una pérdida leve de calidad de vida, aunque, dadas las actividades afectadas, puede situarse en un grado superior.

Por todo ello, al igual que los médicos valoradores del daño corporal (médicos forenses y médicos privados) se han de pronunciar sobre el efecto impeditivo laboral de las lesiones temporales, deben pronunciarse sobre el efecto impeditivo laboral de las lesiones permanentes o secuelas.

Pero la coordinación no se completa, pues nada prevé el Baremo (silencio excluyente) respecto del perjuicio personal que causen en la calidad de vida las que en el orden laboral se denominan con impropiedad lesiones permanentes no invalidantes, que, de suyo, son poco invalidantes, pero invalidantes o potencialmente invalidantes.





doctrina

El nexo causal en accidentes de tráfico. Aspecto jurídicos y biomecánicos



Montserrat Peña Rodríguez
Magistrada del juzgado de 1ª Instancia nº6 de Granada

Sumario

- 1. - La carga de la prueba sobre el nexo causal en accidentes de circulación. Interpretación jurisprudencial.**
- 2. - Criterios de causalidad en traumatismos menores de columna cervical. En particular, el criterio de intensidad. Definición.**
- 3. - La prueba relativa al criterio de intensidad: en particular, el informe de biomecánica.**
 3. a) Concepto de la biomecánica del impacto en la jurisprudencia.
 3. b) Incorporación del informe de biomecánica al proceso.
 3. c) El problema de la fijación de un umbral lesivo patogénico. La falta de consenso científico al respecto.
 3. d) Valor probatorio de los informes de biomecánica. Déficits atribuidos por la jurisprudencia menor.

1. LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL NEXO CAUSAL EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

De el artículo 1.1 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre, dispone lo siguiente:

“1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

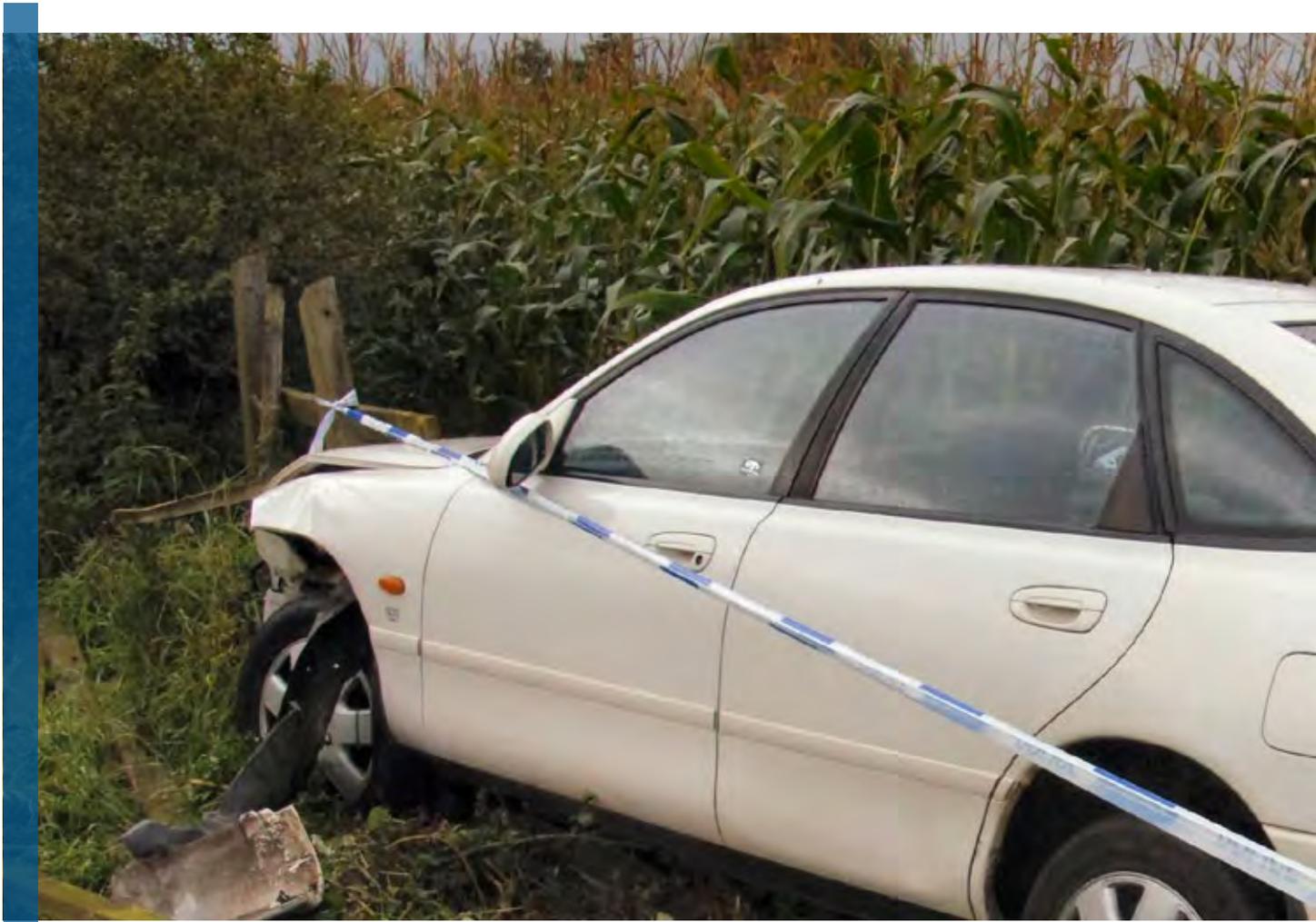
En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los

defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.

En el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta ley.

Si concurrieran la negligencia del conductor y la del perjudicado, se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al reparto en la cuantía de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes”.

Dicho artículo no ha sido modificado por la Ley 35/15 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, manteniéndose por tanto el régimen de responsabilidad objetiva, en virtud del riesgo creado por la conducción,



para los casos de daños personales. Como dice el preámbulo de la Ley 35/15 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, “de los riesgos generados por la actividad humana, el específico de la conducción aparece como uno de los más cercanos, de los más habituales, con el que todos coexistimos, ya sea generándolo o sufriendo sus consecuencias en forma de daños. Por su frecuencia, se trata de un riesgo que tiene un enorme impacto en la realidad social y económica de un país”.

Ahora bien, la objetivación de la responsabilidad en esta materia no libera a quien demanda de la carga de probar la existencia del accidente y del resultado lesivo, así como el nexo de causalidad entre éste y una acción u omisión apta para ello, al tratarse de hechos constitutivos de su pretensión que quedan, por lo tanto, sujetos al régimen general sobre distribución de la carga probatoria que establece el artículo 217.2 de la LEC (“Corresponde al actor y al

demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”).

Por el contrario, la prueba de la concurrencia de alguna de las causas de exoneración de responsabilidad (culpa exclusiva del perjudicado o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, e incluso concurrencia de culpas), constituyen hechos excluyentes, impositivos o extintivos cuya prueba corresponde a quien las alega.- como regla general, la aseguradora demandada.- conforme a lo establecido por el artículo 217.3 LEC, (“Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”). No obstante, cabe destacar las dos novedades introducidas



por la Ley 35/15 sobre la presunción de contribución causal al accidente por parte de la víctima cuando, *“por falta de uso o por uso inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores, incumple la normativa de seguridad y provoca la agravación del daño”*, o bien *“si la víctima incumple su deber de mitigar el daño y, en especial, si abandona de modo injustificado el proceso curativo”*.

El criterio general en materia de nexo causal ha sido establecido reiteradamente por el Tribunal Supremo, mediante la aplicación del criterio de la causalidad adecuada, al señalar, por ejemplo, en **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, nº 701/2010, de 4 de noviembre de 2010** que *“La adopción de criterios objetivos o cuasi objetivos tendentes a presumir la culpa, no eliminan sin embargo el deber del perjudicado de acreditar el daño y el nexo causal. Y para la determinación del vínculo causal entre acción u omisión culposa.- causa.- y daño.- efecto.- la jurisprudencia viene aplicando el principio de causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación*

de la voluntad, debiendo entenderse como consecuencia natural la propicia entre el conocimiento normalmente aceptado”.

Igualmente, son de destacar los conceptos de la causalidad material o física, y jurídica, a los que alude la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, nº 905/2011, de 30 de noviembre de 2011** al señalar que *“Para imputar a una persona un resultado dañoso, (esto es, para determinar si una determinada acción u omisión imprudente es susceptible de haberlo causado), no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado, lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica”*.

Ya en el ámbito específico de los accidentes de circulación, podemos citar las siguientes resoluciones relativas a la necesaria prueba del nexo causal entre el siniestro y el daño corporal por el que se reclama:

- La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4ª, Sentencia 244/2017 de 29 Jun. 2017, Rec. 231/2017**, señala lo siguiente:

“Reiterada doctrina jurisprudencial

sostiene que la responsabilidad por culpa extracontractual exige para ser apreciada la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, su culpa o negligencia, la realidad del daño causado y el nexo causal entre la acción u omisión y el daño producido (S.T.S de 9 de julio de 2.003 , entre otras). En relación con este último requisito, el criterio de la jurisprudencia se concreta en que el acto que se presenta como antecedente o causa del resultado tenga virtualidad suficiente como para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo ocasionado, para lo cual no son suficientes simples conjeturas o datos fácticos que, por mera coincidencia, induzcan a pensar en una simple interrelación de acontecimientos, sino que es necesaria la prueba que determine la relación de causalidad entre la conducta del agente y la producción de daño. Así, “corresponde la prueba de la base fáctica (del nexo causal), y por ende las consecuencias desfavorables de su falta, al demandante perjudicado que ejercita la acción” (cf. S.S. T.S. de 6 de noviembre de 2.001, 23 de diciembre de 2.002 y 16 de julio de 2.003, entre otras), de manera que no se dará responsabilidad de los demandados si no aflora el nexo causal o no ha podido concretarse (cf. S.S. T.S. de 23 de mayo de 1.995 y de 30 de octubre de 2.002)”.

- En análogo sentido la **Sentencia nº 160/18 de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, de 20 Abril 2018, (Rec. 70/2018)** indica que: *(..) la existencia de “nexo causal” o relación de causa entre las lesiones que reclama la actora apelante y el accidente que nos ocupa cuya concurrencia reiteradamente se exige, no se presume. Y esta necesidad de una cumplida justificación, no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación en la responsabilidad o la inversión de la carga, aplicables en la interpretación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil , pues el “cómo y el porqué se produjo el accidente”, constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso. Es, por ello, que la existencia misma del accidente y la relación de causalidad entre el mismo y el daño que se reclama, incumbe acreditarlo a quien demanda, de acuerdo con el sistema de carga de la prueba establecido en el art. 217 LEC , en tanto que hechos constitutivos de su pretensión.*

- Como ejemplo en el que se excluye la relación de causalidad por no estimarse acreditada la existencia del nexo causal, en

cuanto que hecho constitutivo de la pretensión del actor, podemos citar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4ª, Sentencia 53/2018 de 24 Ene. 2018, Rec. 468/2017:**

En esta sentencia, la Ap de Málaga revoca la sentencia estimatoria dictada en primera instancia considerando que ha existido error en la valoración de la prueba por el Juez “a quo”, y señalando que el hecho de que el demandante hubiera silenciado que se había visto involucrado en un siniestro de circulación acaecido tres días antes al que era objeto de reclamación, *“lleva a una doble consideración: De una parte, introduce un elemento de incertidumbre en la determinación de cuáles sean las lesiones efectivamente derivadas del segundo siniestro, lo que afecta a un presupuesto esencial para la prosperabilidad de la pretensión indemnizatoria, cual es el nexo de causalidad entre el siniestro y el resultado lesivo que justifica dicha pretensión indemnizatoria. De otra parte, pone de manifiesto una conducta de la parte demandante contraria a las exigencias de la buena fe. Teniendo declarado el TS que el principio de buena fe consagrado por el artículo 7.1 CC constituye, según la jurisprudencia (por todas, SSTS de 20 de junio de 2006 y 4 de julio de 2006), una noción que se refiere al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones de acuerdo con la conciencia subjetiva orientada objetivamente por los valores de probidad y lealtad en las relaciones de convivencia acordes con la principio de buena fe.*

De las anteriores consideraciones se extraen las siguientes conclusiones:

La parte demandante no ha satisfecho cumplidamente la carga probatoria que le venía atribuida para la prosperabilidad de su pretensión, habida cuenta que una adecuada ponderación de los elementos probatorios del proceso no permiten extraer la certeza sobre la relación de causalidad entre el siniestro y las lesiones del demandante. De lo que se infiere la existencia de serias dudas sobre la certeza de un presupuesto (relación de causalidad) relevante para la decisión, integrado en el conjunto de hechos constitutivos de la pretensión actora, por lo que, incumbiendo la prueba de este hecho a la parte demandante, por aplicación de las reglas legales sobre carga de la prueba, ha de ser dicha parte la que peche con las consecuencias perjudiciales de dicha insuficiencia probatoria; lo que se traduce en la desestimación de su pretensión.

Además, estamos ante un claro ejercicio de un derecho subjetivo contrario a las exigencias de la buena fe, lo que ha de provocar su rechazo por el órgano judicial, traducido en la corolaria desestimación de la pretensión de la parte actora”.

2. CRITERIOS DE CAUSALIDAD EN TRAUMATISMOS MENORES DE COLUMNA CERVICAL. EN PARTICULAR, EL CRITERIO DE INTENSIDAD. DEFINICIÓN.

El artículo 135 de la LRCSCVM, introducido por la Ley 35/15 de 22 de septiembre, ha venido a dar carta de naturaleza legal a los criterios específicos de causalidad en los traumatismos menores de columna cervical, al señalar en su apartado primero que *“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”*; pero además, exige cautelas adicionales para apreciar la relación causal, al exigir que *“siempre que la naturaleza del hecho lesivo pueda producir el daño de acuerdo con los criterios de causalidad genérica siguientes”*, criterios que han de concurrir cumulativamente, y que son los ya conocidos como:



1º.- De **exclusión**, que consiste en que no medie otra causa que justifique totalmente la patología.

2º.- **Cronológico**, que consiste en que la sintomatología aparezca en Tiempo médicamente explicable. En particular, tiene especial relevancia a efectos de este criterio que se hayan manifestado los síntomas dentro de las 72 horas posteriores al accidente o que el lesionado haya sido objeto de atención médica en este plazo.

3º.- **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.

4º.- **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.

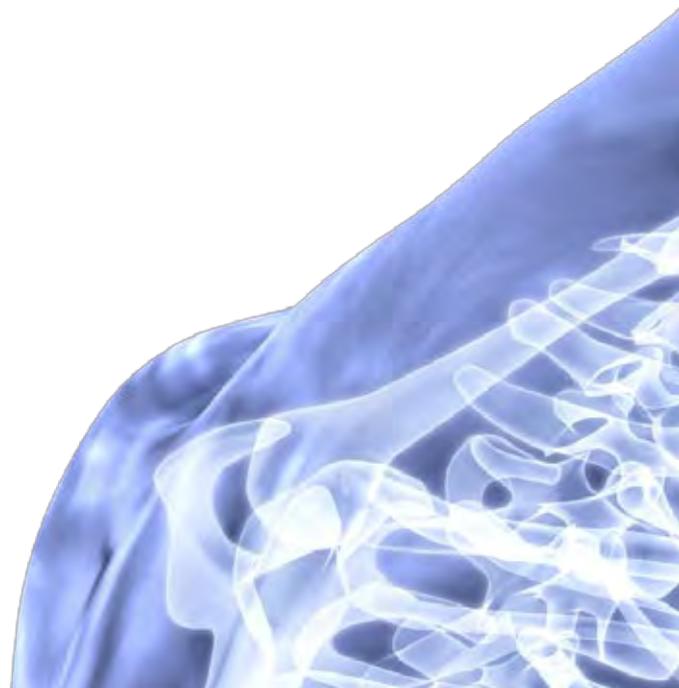
En este último criterio se centra la pretente ponencia. Si bien ha sido definido legalmente por primera vez a partir de la reforma por Ley 35/15, lo cierto es que la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ya venía barajando dicho criterio, y ejemplo de ello lo constituye la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, Sentencia 84/2018 de 16 Feb. 2018, Rec. 568/2016**, que señala que *“a través del criterio cuantitativo o de proporcionalidad, se pretende establecer la relación entre la intensidad del hecho lesivo y las lesiones, y a tal efecto se valorara si las variables mecánicas del accidente en relación con la biomecánica lesional son adecuadas a las consecuencias lesivas discutidas.”*

3. LA PRUEBA RELATIVA AL CRITERIO DE INTENSIDAD: EN PARTICULAR, EL INFORME DE BIOMECÁNICA.

3. a) **Concepto de la biomecánica del impacto en la jurisprudencia.**

Dejando al margen el concepto puramente científico, podemos señalar cómo algunas resoluciones de la jurisprudencia menor ya hacían referencia al concepto de la “biomecánica del impacto” en materia de accidentes de circulación. Ejemplo de ello lo constituye la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª) nº 236/16, de 20 de septiembre de 2016, recurso 506/2016**, recoge una definición de informe biomecánico:

“Recordemos que la biomecánica es la ciencia que trata de describir los mecanismos lesivos, explicando las lesiones producidas en el organismo humano mediante la integración de diferentes disciplinas que incluyen desde luego a la medicina, pero también a la física y a la ingeniería; es la ciencia que analiza los efectos lesivos causados por un impacto en el cuerpo humano. A través de esta perspectiva multidisciplinar y con apoyo esencial en la física, por medio del estudio de las leyes que rigen el movimiento de los cuerpos y la energía cinética producida en ese movimiento, se pretende



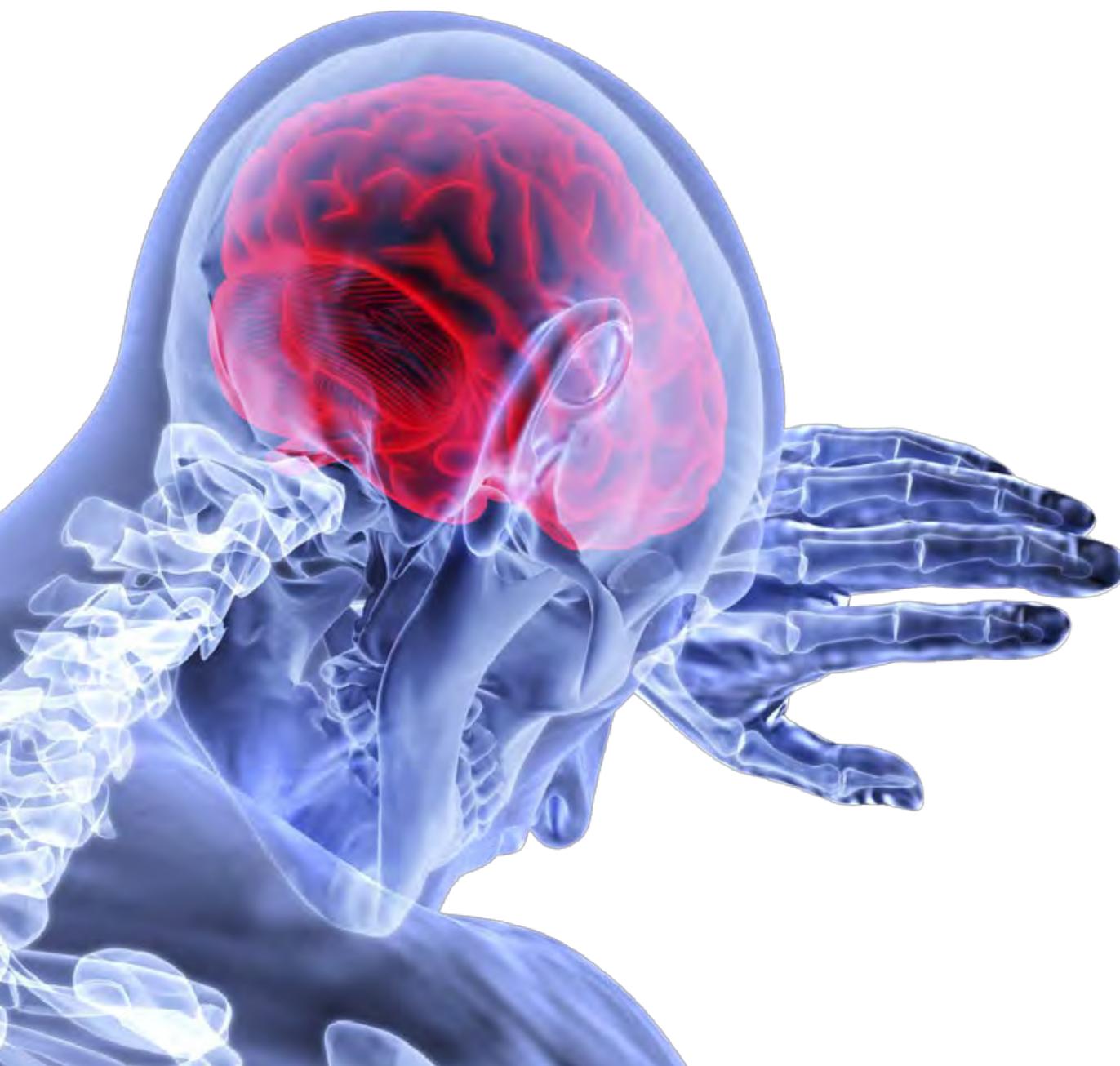
demostrar mediante la reconstrucción del accidente, cuál ha sido la tasa de transferencia de energía sobre las personas para explicar la producción de un tipo determinado de lesión en función de la energía transferida a ese cuerpo y de la resistencia orgánica por zonas anatómicas o bien, alternativamente, la imposibilidad de que tales lesiones se hayan producido.”

3. b) Incorporación del informe de biomecánica al proceso.

Especial importancia a la hora de valorar el

criterio de intensidad tiene el informe técnico pericial de biomecánica, a través de los cuales se trata de desvelar, ante unos determinados parámetros medibles, cuál fue la respuesta más probable del cuerpo del perjudicado ante el mecanismo lesional. Su valor probatorio constituye uno de los principales caballos de batalla en los procedimientos relativos a reclamaciones derivadas de accidentes de tráfico.

En el ámbito del proceso, su aportación estará sujeta al régimen general que establecen



los artículos 335 y siguientes de la LEC, régimen del que me permito destacar las notas más relevantes:

- Dichos informes deberán contener el juramento o promesa de objetividad (artículo 335.2 LEC: *“Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito”*).

- En cuanto al momento de su aportación, los mismos deben ser aportados, necesariamente, con la contestación a la demanda, y sólo en caso justificado de imposibilidad de pedirlo y obtenerlo en el plazo de los 20 días que existe para la contestación a la demanda, podrán aportarse con posterioridad (artículo 336.1 LEC: *1. Los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337; y 4. El demandado que no pueda aportar dictámenes escritos con la contestación a la demanda deberá justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar*).

- Caso de concurrir dicha imposibilidad, deberá en todo caso anunciarse la aportación posterior en la propia contestación a la demanda (artículo 337.1 LEC: *1. Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados, junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretendan valerse, que habrán de aportar, para su traslado a la parte contraria, en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal.*)

Personalmente, entiendo que si la aseguradora, en trámite de reclamación extrajudicial del artículo 7 de la LRCSCVM, emitió respuesta motivada negando la existencia de relación causal por no concurrir el criterio de intensidad, le será difícil justificar que no ha podido obtener el dictamen en el plazo para contestar a la demanda, pues como regla general aquella respuesta motivada negando el

nexo causal debió realizarse con fundamento en determinada información que ya manejara la aseguradora en aquella fase extrajudicial. En cuanto a la obligatoriedad de remitir al perjudicado, junto con la respuesta motivada, el informe de biomecánica, no parece que exista dado que el artículo 7 se refiere a “Informes médicos”, y en el Acuerdo 2:3:4 de la Comisión de Seguimiento del Baremo de 6 de marzo de 2018 se indica la obligatoriedad para la aseguradora de aportar junto a la respuesta motivada basada en la inexistencia de lesiones temporales o secuelas o negando el nexo causal, de aportar el informe médico definitivo, sin alusión alguna a otros informes periciales, a los que tampoco se refiere el tenor literal de la ley.

- También cabe la posibilidad de solicitar la designación judicial de peritos por el tribunal (artículo 339.2 LEC: *2. El demandante o el demandado, aunque no se hallen en el caso del apartado anterior, también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial de perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial. En tal caso, el tribunal procederá a la designación. Dicho dictamen será a costa de quien lo haya pedido, sin perjuicio de lo que pudiere acordarse en materia de costas.*)

Aportados los dictámenes conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, las partes habrán de manifestar si desean que los peritos autores de los dictámenes comparezcan en el juicio regulado en los artículos 431 y siguientes de esta Ley o, en su caso, en la vista del juicio verbal, expresando si deberán exponer o explicar el dictamen o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación o intervenir de cualquier otra forma útil para entender y valorar el dictamen en relación con lo que sea objeto del pleito.

Se plantea la duda sobre la procedencia de que comparezca al acto del juicio uno solo de los peritos en aquellos casos de dictámenes elaborados por varios profesionales, pertenecientes a distintas ramas científicas o disciplinas, cada uno de los cuales ha emitido “una parte” del dictamen.

En cuanto a la valoración probatoria del dictamen técnico pericial sobre Biomecánica, queda sometida a los criterios de libre valoración de la prueba y de la sana crítica según lo establecido con carácter general para la prueba de peritos en el artículo 348 de la Ley

de la Enjuiciamiento Civil. Resulta interesante en cuanto a este punto la ya citada **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª) nº 236/16, de 20 de septiembre de 2016, recurso 506/2016**, en la que no sólo se ofrece una definición de la Biomecánica del impacto (ya aludida en el epígrafe anterior), sino que se expresa la importancia probatoria que puede alcanzar dicho informe y los criterios de ponderación que debe barajar el tribunal a la hora de valorar esta prueba técnica. Así, se indica en dicha resolución lo siguiente:

“2.- Informe de biomecánica . Para su adecuada valoración, como ya hemos dicho en ocasiones anteriores, quizás sea necesario acudir a las ideas más básicas sobre la prueba pericial y su ponderación, para adoptar una posición correcta a la hora de dar el valor que les debe corresponder a las llamadas pruebas de biomecánica.

Recordemos que la biomecánica es la ciencia que trata de describir los mecanismos lesivos, explicando las lesiones producidas en el organismo humano mediante la integración de diferentes disciplinas que incluyen desde luego a la medicina, pero también a la física y a la ingeniería; es la ciencia que analiza los efectos lesivos causados por un impacto en el cuerpo humano. A través de esta perspectiva multidisciplinar y con apoyo esencial en la física, por medio del estudio cuál ha sido la tasa de transferencia de energía sobre las personas para explicar la producción de un tipo determinado de lesión en función de la energía transferida a ese cuerpo y de la resistencia orgánica por zonas anatómicas o bien, alternativamente, la imposibilidad de que tales lesiones se hayan producido.

Pues bien, las aportaciones de dicha ciencia a los efectos del art. 335.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden ser valiosísimas para la resolución de litigios sobre accidentes de circulación; particularmente en aquellos siniestros de baja intensidad en los que resulta problemático el establecimiento de la relación de causalidad entre el hecho de la circulación y el resultado lesivo eventualmente producido, aportando datos objetivos que se impongan a la subjetividad de la sintomatología propia de padecimientos tales como el síndrome postraumático cervical y de esta forma eludir las consecuencias de la simulación.

Se trata de facilitar al tribunal unos conocimientos especializados de los que

carece, bien para poder así dar por probados unos hechos, bien para permitirle una correcta apreciación de aquellos que se han incorporado al proceso por otras vías. Y adviértase que en sede de un proceso de reclamación por daños personales derivados de la circulación el dictamen médico - inmediatamente relacionado con las pruebas de biomecánica- aparece como la prueba pericial primaria, fundamental e incluso obligatoria, dado el tenor literal del apartado 1, regla 11ª, del baremo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (“ En la determinación de las lesiones permanentes y las incapacidades temporales, así como en la sanidad del perjudicado, será necesario informe médico “).

Pero dicho lo anterior, esto es, resaltada la relevancia de tales dictámenes, también debe advertirse en punto a su valoración lo que sigue: (1) En primer lugar, que estas pericias, como cualesquiera otras, han de ser valoradas bajo el genérico expediente de la sana crítica consagrado en el art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (“ El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica “). Más allá de las dificultades que conlleva su aplicación práctica, es lugar común en la valoración de la prueba pericial acudir a conclusiones como la que sigue, repetidamente expuesta en resoluciones sobre la materia: “ la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente, no en sus afirmaciones, ni en la condición, categoría o número de sus autores, sino en la mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, debiendo tener, por tanto, como prevalentes en explicación racional, sin olvidar otros criterios auxiliares como el de la mayoría coincidente o el del alejamiento al interés de las partes “ (STS 11/mayo/81); (2) En segundo lugar, y todavía dentro del problema del valor que deba darse a la prueba pericial, hemos de indicar que es unánime la doctrina y la jurisprudencia cuando señalan que dicho medio probatorio es de libre valoración por parte del Juzgador tal y como señala, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 20/enero/1993 , conforme a la cual: “ ello no supone que queden excluidos del principio general de la libre valoración de la prueba pericial que compete a los Tribunales, cuyas conclusiones respecto a la influencia que se apreció por los médicos pueda tener sobre su imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad, únicamente corresponde determinar a quién legalmente se halle atribuida la misión de juzgar, y no a los peritos “. Y es que la prueba pericial no tiene carácter vinculante,



ya que “ el informe pericial como simple prueba documentada -no como documento propiamente dicho- no es vinculante y sí solo un asesoramiento práctico o científico para mejor comprender la realidad que subyace en un determinado problema al Juez sometido “ (STS 14/octubre/1994), de forma que “ el informe pericial no es vinculante para el tribunal salvo que, asumiéndolo se aparte después de él en sus conclusiones sin razones para hacerlo “ (STS 25/enero/1995).

Bajo tales premisas, y a su vista, es como deben valorarse los informes periciales sobre biomecánica. Y muy especialmente aquellos en que se hace valer, como preponderante y definitorio, el criterio etiológico cuantitativo”.

3. c) El problema de la fijación de un umbral lesivo patológico. La falta de consenso científico al respecto.

En íntima relación con la solvencia probatoria en un procedimiento judicial debe otorgarse o no al Informe de Biomecánica, está la cuestión sobre la ausencia de consenso en la doctrina científica acerca de la relación proporcional entre la gravedad de las lesiones

y la intensidad de las fuerzas biomecánicas del accidente, rechazándose desde múltiples campos la premisa de que un traumatismo cervical menor sea igual a una lesión cervical leve o a su inexistencia, bajo la crítica de que responde a un planteamiento simplista.

En el artículo publicado en la web de la REVISTA ESPAÑOLA DE MEDICINA LEGAL en 2015 sobre la “Importancia de la biomecánica del impacto en la valoración pericial del síndrome del latigazo cervical” (cuyos autores fueron Carlos Represas Vázquez, José Ignacio Muñoz Barúsb y Aurelio Luna Maldonado), reconoce que “...la utilización médico- legal de los umbrales que delimitan el riesgo de lesión poblacional no es pacífica en la literatura”, y , en relación con la entonces proyectada reforma del TR de la LRCSCVM, señalaban que “No es recomendable, salvo excepciones, reducir el diagnóstico de causalidad a una línea divisoria fijada por un umbral ideal, lo que probablemente daría lugar a una pérdida de validez del propio modelo, como ha sucedido en otros países”, por ello, “El umbral que marca el riesgo de lesión operará de forma orientativa”, si bien aclarando que “De la misma manera, tampoco es posible prescindir de un campo nuevo del conocimiento

con total validez científica, únicamente porque es nuevo”, afirmación en la que personalmente estoy totalmente de acuerdo.

Se hace eco dicho artículo sobre el hecho de que el síndrome postraumático cervical (SPC), a pesar de ser una lesión de carácter leve, está caracterizado por una “paradójica complejidad diagnóstica”, por cuanto la ausencia de pruebas objetivas de daño supone que el diagnóstico se base en las manifestaciones subjetivas de los pacientes, de ahí que se trate de “una patología que tiende más a ser manifestada que a ser diagnosticada”. Al mismo tiempo, “el SPC presenta unas cifras epidemiológicas influenciadas por factores socioeconómicos, e íntimamente ligado al concepto médico-legal de simulación de lesiones (simulación pura, exageración, pretexto, etc.)”

Se reconoce igualmente en dicho informe que “Observamos que los umbrales para la aparición de síntomas son inferiores en colisiones reales, lo que puede estar en relación con los múltiples factores que se relacionan con el riesgo de lesión, muchos de ellos no presentes en los test de laboratorio con voluntarios y que reflejan la multitud de condiciones que se dan en condiciones reales (atención, posición, factores predisponentes fisiológicos y psicológicos, etc.)”.

Y añade que “No existe ninguna duda (elevada evidencia científica) acerca de la relación entre el DV y el potencial lesivo de una colisión en términos generales. Sentado este principio general, y con relación a las colisiones a baja velocidad, hemos observado en la investigación en colisiones reales que no existe una correlación lineal entre el valor Delta V y/o la aceleración media con la severidad y el pronóstico de la lesión. Sin embargo con valores de Delta V bajos en la mayoría de los casos no existieron síntomas o estos fueron muy leves, pasajeros. Es muy importante distinguir entre el umbral de DV y/o aceleración media para el riesgo de lesión, la severidad de la lesión y la duración de los síntomas.

El DV y/o la aceleración media tienen muy poca fiabilidad como predictores de la severidad y pronóstico de la lesión cervical. Sin embargo si se han mostrado como buenos predictores, con elevada sensibilidad y especificidad, cuando sus valores arrojan resultados bajos o muy bajos. Elbel establece que para todos los tipos de colisión (alcance, frontal, lateral, vuelco) es imposible definir un valor Dv que excluya la ocurrencia de lesiones cervicales con aceptable

sensibilidad, mientras que simultáneamente pueda predecir la ocurrencia de lesiones con aceptable especificidad. Reproduce criterios de sensibilidad y especificidad que únicamente arrojan resultados absolutos (0 y/o 100%) con valores DV muy bajos (4km/h).

No solo es objeto de discusión la validez en sí misma de estos dos parámetros físicos en la práctica médico-legal. Suelen plantearse cuestiones relativas a la metodología e información empleada para su cálculo y a otras como la diferencia entre los umbrales del vehículo y del ocupante, la antigüedad de los vehículos, la importancia de los dispositivos de seguridad, la posición del pasajero o la dirección de la colisión, etc.” “Se cuestiona también si la posición en el vehículo, la utilización de cinturón, el giro del cuello o la angulación con respecto al respaldo son factores a tener en cuenta. No se dispone de información relativa a la mayoría de estas variables (cuello girado, tronco inclinado, etc.) en colisiones reales”. “Otros factores que deben ser tenidos en cuenta es lo que se conoce como riesgo fisiológico y riesgo psicológico⁶, sin descuidar el contexto médico-legal. El sexo femenino y una predisposición psicológica se han mostrado como los factores de riesgo más relevantes, aceptado unánimemente en toda la literatura científica. El riesgo de lesión es en general el doble en las mujeres y la predisposición psicológica es incluso capaz de generar síntomas de dolor cervical en colisiones placebo.” “Suele introducirse en la discusión médico-legal la comparación de los valores de aceleración de la cabeza en las colisiones a baja velocidad con algunas situaciones de la vida diaria (como el estornudar o dejarse caer en un sillón), tratando de minimizar la capacidad lesiva del accidente.” “No obstante podemos observar que en colisiones de muy baja velocidad (Av en torno a 6 km/h) no tienen relevancia algunas de las cuestiones más discutidas (como la posición del cuello/tórax antes de la colisión o la aceleración vehículo/cabeza). Otras variables que van a influir en el pronóstico, fisiológicas, patológicas y/o psicológicas no son introducidas en los estudios de investigación, diseñados para incrementar la seguridad de los vehículos en la población general.”

3. d) Valor probatorio de los informes de biomecánica. Déficit atribuidos por la jurisprudencia menor .

A la hora de abordar el análisis del valor probatorio de los informes de biomecánica

ante los tribunales cuando el objeto del litigio lo constituyen colisiones de baja intensidad, considero que deben tenerse en cuenta varios factores relevantes:

a) Por un lado, el escaso recorrido de la reforma introducida por la Ley 35/15, pues debemos recordar que la nueva regulación, con inclusión legal del criterio de intensidad entre otros, sólo es de aplicación a los accidentes de circulación acaecidos a partir del 1 de enero de 2016;

b) Lo anterior determina que, aunque ya son muchas las resoluciones dictadas en aplicación de la reforma por los juzgados de primera instancia, aún no existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial uniforme de las Audiencias Provinciales sobre la materia;

c) Finalmente, no podemos perder de vista que todas aquellas reclamaciones de cuantía no superior a los 3.000 euros, están siendo resueltas a través de sentencias de los Jueces y Magistrados de primera instancia frente a las que no cabe recurso de apelación y que por tanto son firmes, pero en las que ya se evidencia una postura cada vez más proclive a otorgar preeminencia probatoria al informe de biomecánica sobre otros elementos de prueba especialmente en colisiones a muy baja velocidad.

Aún teniendo en cuenta los factores anteriores, he querido reflejar si el análisis de la jurisprudencia evidencia algún cambio relevante con respecto al cuerpo de doctrina jurisprudencial anterior, en relación con la introducción legal del criterio de intensidad en los traumatismos leves de columna cervical o sobre la fuerza probatoria que respecto del mismo tienen los informes de biomecánica; sin embargo, y a rasgos generales, la respuesta es que se siguen manejando por las Audiencias Provinciales los mismos criterios de valoración que antes de la reforma, lo que sin duda obedece a que si hay algún "reproche" frecuente que en numerosas resoluciones judiciales se hace a los informes de biomecánica a la hora de valorar su fuerza probatoria, es su carácter genérico y/o estadístico, y la ausencia de conexión de los mismos con las específicas circunstancias del caso concreto, cuya resolución constituye precisamente la tarea de los jueces y tribunales.

Son varios los déficits que la jurisprudencia menor señala continuamente a la hora de valorar los informes de biomecánica del impacto: a) la ausencia de correlación automática entre la

levedad del impacto y la inexistencia de lesiones y b) la escasa o nula toma en consideración de los diversos factores subjetivos y humanos que a juicio de los tribunales pueden incidir en la aparición de lesiones cervicales y en la mayor o menor gravedad de estas.

Así, podemos destacar las siguientes resoluciones:

- La **Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1ª, Sentencia 84/2018 de 16 Feb.2018, Rec. 568/2016 alude tanto a la ausencia de correlación entre levedad del impacto y ausencia de lesiones como al factor humano, al señalar, con respecto a la primera cuestión, siguiendo a la Sentencia de la AP de Cádiz, Sección 2ª, de 20 de diciembre de 2016, que** *"existen dos posturas básicas, bien objetivar y aplicar a la generalidad de los casos los umbrales del dolor o umbrales patogénicos, bien estimar que las colisiones a baja velocidad también pueden serlo en función de las concretas circunstancias concurrentes. En el estado actual de la ciencia, los estudios empíricos sobre el whiplash, es decir, del "latigazo", muestran como en su producción influyen factores de muy diferente naturaleza de tal forma que el delta-V (esto es, el cambio de velocidad que puede experimentar un vehículo con ocasión del impacto sufrido, aunque en realidad lo que realmente interesa es cómo se proyecta esa delta-V sobre el ocupante, lo que le sucede a la persona que va dentro el vehículo con ocasión de la colisión) no es un predictor concluyente para las lesiones de columna vertebral en los accidentes de tráfico en la vida real. Los científicos críticos en la fijación, probablemente acrítica, de umbrales patogénicos, destacan que las condiciones en que se realizan las pruebas experimentales no son representativas de las que se viven en el mundo real. Y así se realizan sobre pocos sujetos, casi siempre varones, que toman asiento en el vehículo de forma correcta y que adoptan la lógica prevención ante una inminente colisión trasera. Todo ello, como queda dicho, ajeno a la vida real y sin tener en cuenta la multitud de factores en presencia que van desde la predisposición del sujeto (nótese que incluso se ha correlacionado el estado psicológico previo con la posibilidad de sufrir secuelas) hasta el tipo y ubicación del reposacabezas".*

También se hace alusión en dicha sentencia a la Sentencia de la AP de Lleida, Sección 2ª, de 26 de octubre de 2016, señalando lo siguiente: *"Un segundo argumento que usa es el de la proporcionalidad y entiende, valorando*

el resultado de la pericial biomecánica, que la escasa entidad del accidente impide unas lesiones como las que se dice sufridas. Al respecto habrá que señalar que no es misión del perito médico valorar o interpretar el alcance de los dictámenes periciales de otra especialidad que no es la suya. Por lo demás el resultado de esa prueba lo único que hace es presumir una hipotética velocidad de choque, pero en ningún caso acredita y descarta absolutamente que a esa velocidad sea imposible que se sufran lesiones. De hecho en alguna ocasión hemos tenido en la sala la posibilidad de pronunciarnos al respecto de pruebas periciales biomecánicas y hemos sostenido que el riesgo 0 no existe. De hecho una mala postura en el momento del choque derivada de tener girada la cabeza para hacer un ceda el paso, por ejemplo, o el estar con la cabeza girada hacia arriba mirando la fase semafórica, etc., posturas que pueden significar la diferencia entre lesionarse o no. Por ello hay que entender que estando las lesiones claramente objetivadas, siendo un hecho innegable que el accidente se ha producido y que ha sido en la fecha de la baja, y que los informes médicos y periciales que sustentan la defensa de la demandada parten de bases inciertas, es por lo que habrá que dar por no desacreditada la relación de causalidad entre el accidente y la lesión y que los datos objetivos nos muestran evidente “.

Y concluye dicha sentencia señalando que:

“Considera esta Sala que el informe de biomecánica no es prueba que demuestre que con un pequeño golpe no sea posible que se causen lesiones ya que el elemento subjetivo cuenta, no teniendo todo el mundo la misma respuesta ante un mismo impacto, dependiendo también de su salud, posición en el vehículo, etc...y cualquier estudio teórico sobre lo que se da en denominar “estudios de biomecánica “pudieran responder a estudios estadísticos, pero la respuesta del cuerpo humano a desplazamientos bruscos no puede ser medida salvo en cada caso concreto; no responde igual una persona prevenida por el impacto, que ya está alerta para afrontarlo, que otra desprevenida, y no es lo mismo la respuesta de una persona en posición centrada y bien sentada que la de otra en posición de escorzo y algo girada, y no es lo mismo la que pueda ofrecer un conductor cuando el freno está activado (el impacto incide en mayor medida sobre el objeto fijo) que cuando no lo está. Por lo tanto no goza de la relevancia pretendida por la demandada para negar ese

nexo causal”.

- También rechaza la automática correlación entre levedad del impacto e inexistencia de lesiones la **Sentencia nº 202/17 de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1ª) de 12 de abril de 2017, recurso 233/2017:**

“La entidad de la lesión que puede producir un “latigazo cervical” no sólo se encuentra en función de la intensidad de la colisión, sino también de la situación de la propia víctima, es decir, de su constitución física, altura, peso, edad, colocación o posición en el vehículo o, incluso , de la postura que adoptara en el habitáculo en el momento del impacto, de tal modo que una colisión por alcance de baja intensidad puede determinar un resultado lesivo de mayor alcance, sin que esta circunstancia implique una situación de desproporción entre el siniestro y el resultado.”

- Un estudio más detallado de los factores que pueden influir en la aparición de lesiones lo encontramos en la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9ª, Sentencia 156/2018 de 11 Abr. 2018, Rec. 782/2017** , en la que se parte de la afirmación de que “debe descartarse que exista una relación directa entre los daños materiales producidos en los vehículos implicados y los daños corporales sufridos por sus ocupantes”, “ya que concurren otros múltiples factores en los resultados lesivos derivados del siniestro, tales como las características de los automóviles (masa, altura de los reposacabezas y de los asientos, antigüedad), el lugar exacto del impacto, las circunstancias personales de la víctima (peso, edad, ubicación en el interior del vehículo, el Equipo de Reconstrucción de Accidentes de tráfico del “Centro Zaragoza” (Instituto de Investigación sobre Reparación de Vehículos dedicado al control y gestión de los daños materiales y corporales como consecuencia de la siniestralidad de los vehículos)concluye que para determinar las consecuencias de una colisión por alcance a baja velocidad resulta fundamental conocer: 1- Masa de los vehículos, pues a mayor diferencia de masas, mayor riesgo para los ocupantes del vehículo más ligero en caso de ser el golpeado. 2- Número de ocupantes y carga en el maletero. 3- Tipo de asiento y reposacabezas. 4- Posición de los ocupantes en el interior del vehículo. 5- Deformaciones presentes en los vehículos accidentados. 5- Tipo de colisión. Y con base a todos estos elementos se podrá determinar la mayor o menor probabilidad de riesgo de aparición de lesiones por latigazo cervical.

En este sentido, el Auto de esta Sección 9ª nº 40/18, de 9 de febrero, señala que “no puede afirmarse de forma categórica que en los accidentes de circulación exista una indiscutida relación proporcional entre la entidad del golpe o colisión y la gravedad de las lesiones causadas. Por el contrario, la intensidad de la colisión, por sí misma, no puede erigirse en criterio definitorio de la existencia de lesiones. En este sentido, y especialmente en el particular de los accidentes producidos a baja velocidad, se pronuncian diferentes resoluciones”. Y a continuación cita numerosas sentencias que confirman este criterio.

- En el mismo sentido se pronuncia la **Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, en Sentencia 244/2018 de 14 Sep. 2018, Rec. 204/2018**: En este caso, la Sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. Y la AP resuelve sobre la valoración del informe de Biomecánica, siguiendo la estela que ya habían acogido sentencias anteriores de la misma Audiencia Provincial (Sentencia 2/2017 de 13 Ene. 2017, también de la Sección 4ª, Rec. 438/2016, Sentencia de 3 de noviembre de 2017, (Sección 4ª, Recurso de Apelación 273/17), y de 24 de noviembre de 2017, (Sección 4ª, Recurso de Apelación 368/17), llegando a manifestar que “*en algunas resoluciones se pone en tela de juicio la pretendida eficacia probatoria del informe de reconstrucción de un siniestro a la hora de determinar la existencia de relación de causalidad, porque en el mismo se parte de una premisa que se califica de inaceptable y que lo invalidaría, como es la de hacer traslación a un organismo vivo de la conclusiones que se extraen en un vertiente simplemente física o mecánica. Se argumenta que es un hecho incuestionable que un siniestro da lugar a lesiones distintas a personas situadas en el interior de un mismo vehículo, por lo que no puede aceptarse que, partiendo de unas premisas de carácter físico sobre un siniestro, se extraiga como consecuencia ineludible que una determinada consecuencia no puede ser puesta en relación causal con el hecho de la circulación analizado. Y es que este tipo de informes periciales que se basan en parámetros ciertos (masa de los vehículos, huella de frenada, daños y deformaciones del vehículo, posición final...), como queda dicho, manejan otros inferidos solamente a partir de estudios y análisis empíricos. Por tanto muy pequeñas variaciones en esos parámetros de referencia, por ejemplo, motivadas por la configuración o estructura del vehículo dañado, por la posición que ocupaban los ocupantes que resultaron lesionados, o por la*

propia predisposición orgánica de los mismos, darán lugar a alteraciones extraordinariamente significativas sobre las conclusiones así extraídas.

Consecuentemente, se impone la acogida del recurso, con estimación íntegra de la demanda, y paralela revocación de la sentencia de primera instancia, sin efectuar condena en las costas de la alzada (arts. 394 y 395 LEC)”.

- Especialmente importante en la materia me parece la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª de 24 de enero de 2017, recurso 396/2016**, dado que realiza un estudio del accidente de baja intensidad y analiza la multitud de factores que pueden incidir en el mayor o menor riesgo de aparición de lesiones cervicales en colisiones leves:

“SEGUNDO.- EL ACCIDENTE DE BAJA INTENSIDAD. Este Tribunal de apelación debe ratificar la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia por sus propios razonamientos y por haber valorado la prueba de manera razonable y acertada. La recurrente niega la relación de causalidad entre el accidente de litis y las lesiones por las que reclama las actores, porque se trató de un accidente de baja intensidad, de un leve toque por alcance entre el vehículo ocupado por las actores, que ni siquiera resultó impulsado hacia delante, y el ocupado por conductor asegurado. Pero, debe tenerse en cuenta que un accidente de “poca intensidad”, puede causar graves daños en función de múltiples factores de los que se ha hecho eco la literatura médica en la materia (ver, por ejemplo, el estudio realizado por Hipólito, Septiembre de 2012, para el que el Delta-V (o sea, el cambio de velocidad que experimenta un vehículo tras ser alcanzado por otro) es tan sólo un factor entre muchos más que se precisan para la reconstrucción del accidente y la determinación/predicción biomecánica del potencial lesivo en el ocupante. De esta forma, con carácter meramente demostrativo cabe enumerar otros factores (hay autores que citan más de trece) que tienen un carácter esencial, como: 1. dirección del vector de impacto 2. tipo de asiento 3. posición de la cabeza y del cuerpo 4. envergadura/peso del ocupante 5. antecedentes médicos de la víctima 6. preparación del sujeto cuando recibe el impacto 7. estado de tensión músculos estabilizadores del cuello 8. posición relativa de las articulaciones 9. circunferencia del cuello/diámetro del canal medular 10. resistencia de los ligamentos a las fuerzas de tracción. “Hay múltiples aspectos que afectan al síndrome de

Whiplash (latigazo cervical). Diversos estudios realizados sobre casos reales y ensayos controlados de laboratorio demuestran que los siguientes factores tienen una importancia marcada en las consecuencias sobre el ocupante de un vehículo que sufre un impacto posterior:

Características físicas del ocupante: peso, estatura, complexión, edad y sexo. . Estado psicológico: cansancio, estado de ánimo, relajación, depresión, tensión... . Posición dentro del vehículo: cabeza girada, posición

del cuerpo, conciencia de la inminencia del impacto... . Diseño del asiento: Un asiento rígido es óptimo para un choque a alta velocidad; un asiento con elementos de absorción de energía mejora la protección del ocupante en un choque posterior a baja velocidad; por otro lado, un asiento muy elástico provoca mayor rebote con el peligro de lesiones más importantes por esta causa.

. Estructura y carrocería: si el vehículo que impacta es más rígido transferirá mayor cantidad de energía al golpeado, mientras



que si el golpeado es muy rígido el ocupante recibirá mayor cantidad de energía proveniente del impacto.

. *Uso del cinturón de seguridad: riesgo en la fase de rebote debido a que se reproduce el movimiento del Whiplash pero en el sentido contrario.* (Ref. "Whiplash: Ingeniería y Medicina en el Estudio del Síndrome del Latigazo Cervical". Conferencia pronunciada el Jueves 23 de Enero del 2003. Sala de Actos de la Escuela Técnica Superior de Ingeniería Industrial de Barcelona).

Y a todos estos factores habría que añadir otro decisivo según los más modernos estudios cual es el factor de la aceleración que experimente la cabeza del sujeto tras un impacto trasero y que no es directamente proporcional al DELTA-V y depende de múltiples factores como los ya descritos, entre ellos el peso de la cabeza. Esa misma literatura científica apunta, además, que los estudios que fijaban en un DELTA-V de 8 km/h como el umbral de las lesiones han quedado superados. Las generalidades no sirven para el análisis concreto de la realidad de la víctima. No sirven para imputar o no un hecho traumático específico ante unas lesiones concretas, que no está establecido un umbral mecánico mínimo para la producción de lesiones espinales en accidentes, sino que influye grandemente la variabilidad individual, que no se puede predecir la probabilidad o la gravedad de una lesión solo calculando el Delta V (Ref. Alan M. Inmerman, D.C. *Clinical Biomechanics of Whiplash Injuries Review of Care of Trauma Victims*. 2009). Todas estas consideraciones desvirtúan ya el informe biomecánico aportado por la demandada, cuyo autor reconoció ya en el acto del juicio algunas de las reservas expresadas, y privan de valor a lo que no es más que una opinión personal del agente policial que instruyó el atestado. Y dan respuesta también al hecho alegado por el recurrente del escaso valor de los daños materiales que se produjeron en la colisión de autos".

- En análogo sentido se pronuncia la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9ª) de 17 de julio de 2017, recurso 105/2017:**

"No obstante la rotundidad del art. 1º de la LRCSCVM, sigue correspondiendo al actor acreditar el nexo causal entre el accidente y el resultado lesivo. En este sentido y en relación con el negado nexo causal, los informes biomecánicos deben ser valorados con gran

prudencia porque no contemplan todos los factores que pueden tener influencia en el mecanismo lesional, así el que la resistencia de los paragolpes es cada vez mayor, y que a menor deformación del paragolpes se produce una mayor transmisión de energía al interior del vehículo. Tampoco se consideran factores tales como, el peso de los vehículos, el de los ocupantes o el de la carga, la posición de los ocupantes o las características técnicas de los reposacabezas. El principio general de que parten de que en colisiones producidas a menos de 8 km/h no se pueden producir lesiones, es cuestionado, no se trata de una verdad absoluta existiendo estudios que fijan este umbral en velocidades muy inferiores. En cualquier caso es el criterio médico más que el técnico el que puede pericialmente auxiliar al Juez, junto con el resto de la prueba, también la pericia biomecánica, a fijar el nexo causal.

(..) Y no puede afirmarse de forma categórica que en los accidentes de circulación y aún en mayor medida en las denominadas colisiones por alcance, exista una indiscutida relación proporcional entre la entidad del golpe o colisión y la gravedad de las lesiones causadas. Por el contrario, la intensidad de la colisión, por sí misma, no puede erigirse en criterio definitorio de la existencia de lesiones. En este sentido y especialmente en el particular de los accidentes producidos a baja velocidad, se pronuncian diferentes resoluciones como, entre otras muchas, las siguientes: (a continuación, la resolución recoge párrafos de multitud sentencias de otras audiencias provinciales).

- La **Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, en Sentencia 25/2019 de 16 Ene. 2019, Rec. 452/2018 (referida a un accidente regido por la anterior regulación)** revocó la sentencia dictada en primera instancia, que había sido desestimatoria de la demanda, bajo la siguiente argumentación:

"el informe biomecánico supone una hipótesis aproximativa sobre la velocidad a la que circulaba el vehículo asegurado (..) cuando impactó contra el conducido y ocupado por los demandantes.

Y por otra parte, resulta evidente que no se tiene en cuenta un factor tan esencial como el humano puesto que en cada persona el resultado de un golpe, por leve o nimio que sea, según las circunstancias, puede provocar unos efectos totalmente diferentes a los que lo haga en otra persona y, como se ha dicho antes, el golpe por alcance en la

circulación suele provocar el llamado latigazo cervical. Con lo que hemos de concluir que la parte actora ha cumplido con la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de su pretensión, conforme a lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues consta acreditada la realidad del siniestro, en cuya declaración amistosa de accidente se hace constar, en el apartado observaciones, “conductor y copiloto con dolor cervical tras el golpe”, que el mismo día acudieron al servicio de urgencia hospitalario donde se les diagnosticó lo que hemos transcrito, y siguieron evolución satisfactoria hasta ser dados de alta, ambos, en fecha 07/03/2016, quedándole como secuela al Sr. Felipe “ un endoloriment del trapezi esquerre residual “; y a la Sra. Adelina “ una cervicàlgia residual “; según la documental médica aportada con la demanda.

“Y es la parte demandada la que no ha cumplido con la carga de la prueba sobre los hechos por ella alegados enervatorios de la acción ejercitada por la parte actora, conforme a lo dispuesto en el artículo 217.3 del mismo texto legal, ya que no puede considerarse suficiente el estudio biomecánico para entender acreditada la velocidad en el mismo señalada.”

- Una crítica más demoledora la contiene la **Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3ª) de 7 de julio de 2017, recurso 96/2017: (referida a un accidente posterior a la reforma de la Ley 35/15)** al señalar que: “La negativa de la aseguradora a emitir la oferta vinculante se fundamenta en un informe de biomecánica, confeccionado a base de simulaciones de ordenador. Dejando al margen la poca fiabilidad de la técnica empleada, hoy es incuestionable que estos estudios basados en la energía transmitida ni son exactos, ni ofrecen un mínimo de fiabilidad, ni merecen la calificación de científicos. La realidad nos muestra que en la producción de lesiones cervicales o de hombro en las colisiones influyen factores tales como la edad del lesionado, su propia musculación, la posición en la que se hallaba antes del impacto, lo sorprendente que sea éste o si estaba en una actitud de defensa o prevención.”

- También en un supuesto de accidente sometido a la nueva regulación, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, en Sentencia 160/2018 de 20 Abr.2018, Rec. 70/2018 alude al criterio reiterado de esa audiencia “respecto a la ausencia de virtualidad probatoria suficiente de tales informes técnicos biomecánico sobre análisis de la intensidad de la colisión para

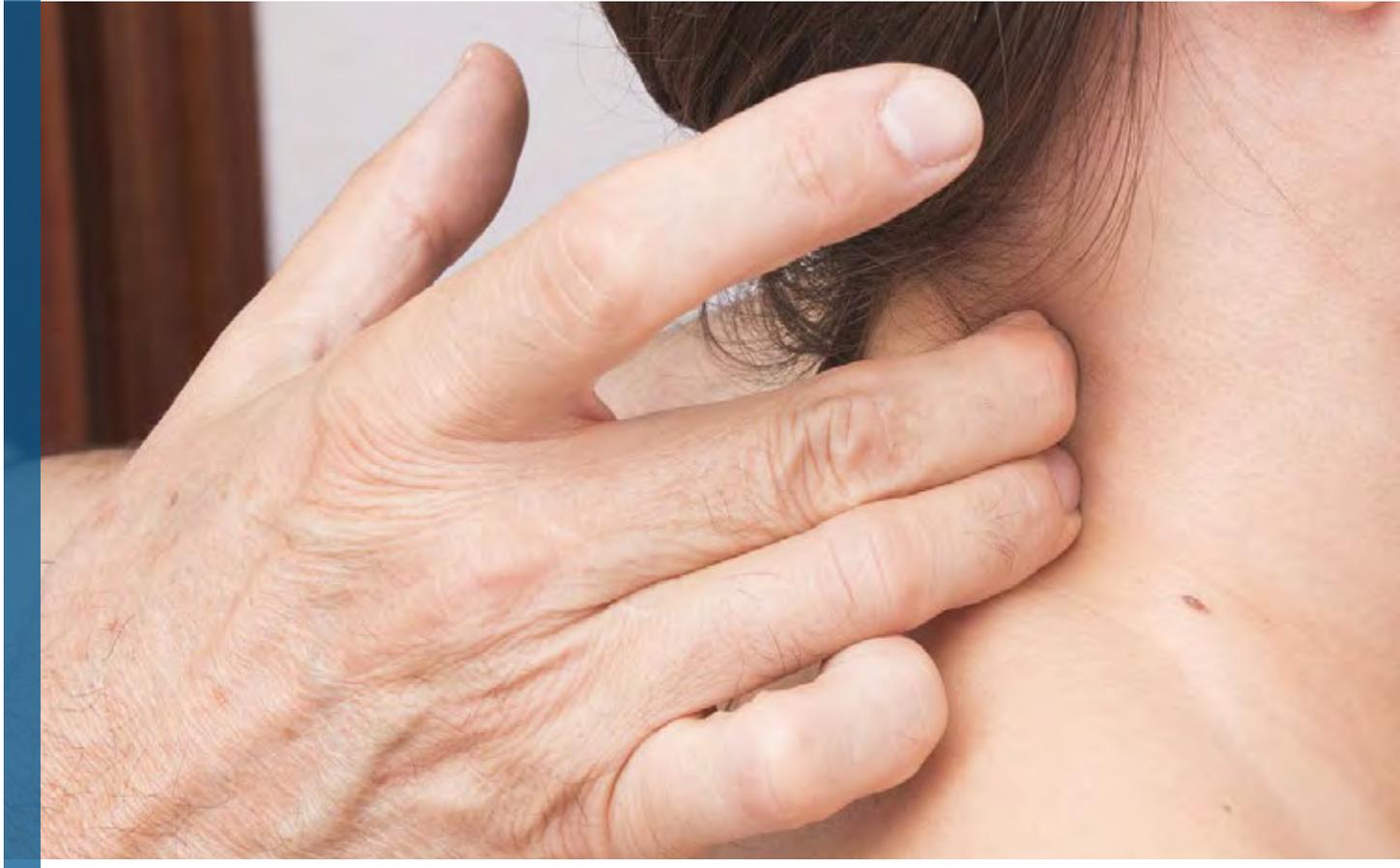
restar eficacia a los informes médicos, y que deriva esencialmente del hecho de que los datos o estudios prácticos de que parten los técnicos que lo han elaborado están basados en colisiones por alcance de vehículos distintos a los implicadas en el accidente de circulación aquí enjuiciado, y se lleva a cabo el mismo sin conocer en absoluto las circunstancias en que éste tuvo lugar, ni tomar en consideración otros factores que vienen reputándose relevantes para justificar la producción de lesiones, tales como la posición del cuerpo de la ocupante del vehículo, el factor sorpresa que supone el alcance por detrás súbito, su estado físico, peso etc.

Y por lo que a la levedad del impacto se refiere, considera la Sala que del artículo 135 del TR de la LRCSCVM, “resulta que la intensidad del golpe es uno más de los criterios de causalidad que debe ser tomado en consideración para determinar ese nexo causal entre accidente y lesiones, dentro del resto de variables que contempla, que en este caso concurren todas, así el de exclusión porque no existe prueba de antecedente traumático previo o posterior al accidente que justifique las lesiones que les fueron diagnosticadas a la actora por cervicàlgia y, por el contrario, el lapso temporal entre su aparición y la producción indiscutida del accidente avalan esa relación causal pues su acreditación médica lo fue en el servicio de urgencia el mismo día del accidente y en el lapso de cinco días causó baja laboral dada por MAP y acudió a consulta de la clínica Asturias, como también la corrobora el criterio topográfico o de localización de lesiones en cuanto éstas se producen esencialmente a nivel cervical, la más expuesta en este tipo de accidentes de alcance por detrás.

Es por ello que en este caso el citado informe de biomecánica, carece de eficacia probatoria suficiente para restar eficacia probatoria a los informes médicos, que ponen de manifiesto que la colisión por leve que fuera causó en este caso las lesiones que aquí se reclaman.”

- También en un caso de accidente de tráfico sometido a la nueva regulación, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, en Sentencia 119/2018 de 11 Abr. 2018, Rec. 586/2017 señala lo siguiente:

“Sobre la reconstrucción de accidentes o prueba biomecánica es, en abstracto, una prueba adecuada, en cuanto pertinente y, además, útil -hace la hipótesis más probable o



improbable que sin la práctica de esta prueba. Existe un cierto consenso técnico en que los factores más relevantes de predicción del latigazo cervical (whiplash) son el incremento de velocidad durante el impacto (v) y, sobre todo, la aceleración media (a). Otros factores concurrentes son el vector de la colisión -punto de colisión, dirección y sentido-, las características del vehículo (flexibilidad, asiento, reposacabezas), el factor sorpresa, el género de la persona lesionada y la predisposición psicológica. Precisamos que los daños a los vehículos son un dato relevante pero no concluyente, porque los vehículos modernos se deforman menos, evitando así el coste de las reparaciones, pero a costa de incrementar el potencial lesivo para los ocupantes por una mayor aceleración. Otros factores que podrían ser distinguidos son la posición del pasajero o la inclinación de la cabeza, pero los estudios técnicos no han alcanzado cuantificaciones generalmente aceptadas de su valor predictivo. Particularmente, en cuanto las colisiones de baja velocidad , es un hecho que la mayoría de lesiones cervicales se producen a velocidad baja o media, pero se estima que el nexo causal puede ser descartado con un incremento de velocidad inferior a 4 km/h y una aceleración

media inferior a 2g; también en colisiones reales (no sólo en condiciones de laboratorio) e incluso en las colisiones más lesivas potencialmente (alcance trasero, que genera una aceleración lineal). Si asumiéramos acríticamente el informe presentado por la Aseguradora, el nexo habría de ser excluido porque se sitúa por debajo de este umbral.

Ahora bien, la prueba técnica también debe ser fiable . Particularmente, la prueba biomecánica, aunque es una prueba testada o falsable, con estudios publicados y generalmente aceptada en la comunidad científica, presenta todavía márgenes de error excesivos salvo para determinadas situaciones como el umbral de inofensividad señalado en el apartado anterior. La prueba biomecánica asume un significativo componente estadístico que puede no alcanzar el grado de completud probatoria (o peso o riqueza del conjunto probatorio) como regla de juicio del hecho particular.

En el caso enjuiciado , existe una brecha analítica excesiva entre los datos manejados y la opinión emitida. Particularmente, todos los cálculos del informe de biomecánica parten



515/2018 de 20 Nov. 2018, Rec. 523/2018, en un accidente de tráfico sometido a la nueva regulación y en el que el juez de primera instancia había desestimado íntegramente la demanda, señala:

“El estudio que contempla dicha pericia adolece, sin embargo de algunos déficits que la hacen inverosímil. En primer lugar, el dictamen del perito es incompleto pues ignora la velocidad del vehículo que provocó la colisión, o la intensidad del impacto sin que haya interesado la obtención de dicha información de los conductores implicados en el siniestro. Además, el peritaje se sustenta en meras hipótesis y conjeturas, y se basa en los ensayos realizados por los Centros de Investigación SAE, AZR y DAD y los estudios biomecánicos de Cholewki, 1997, Ito S, Ivancic PC, Panjabi MM, Cunningham BW., 2004 que no son más que grupos de investigación interdisciplinarios con la finalidad de llevar a cabo proyectos de investigación industrial sin una validez científica contrastada e incontestable lo que queda muy alejado de la realidad física que haya podido acontecer realmente en el accidente. Respecto de las consideraciones médicas que contempla la pericia, escaso por no decir nulo valor probatorio puede otorgarse a las mismas en cuanto que no han sido emitidas por un especialista en la materia.

de una sola premisa: se trata de una colisión de vehículos sin daños porque « este es el caso del vehículo Nissan Qashquai ». Además, los vehículos no han sido inspeccionados visualmente por los peritos sino que parten de la información y fotografías facilitadas por la Aseguradora.

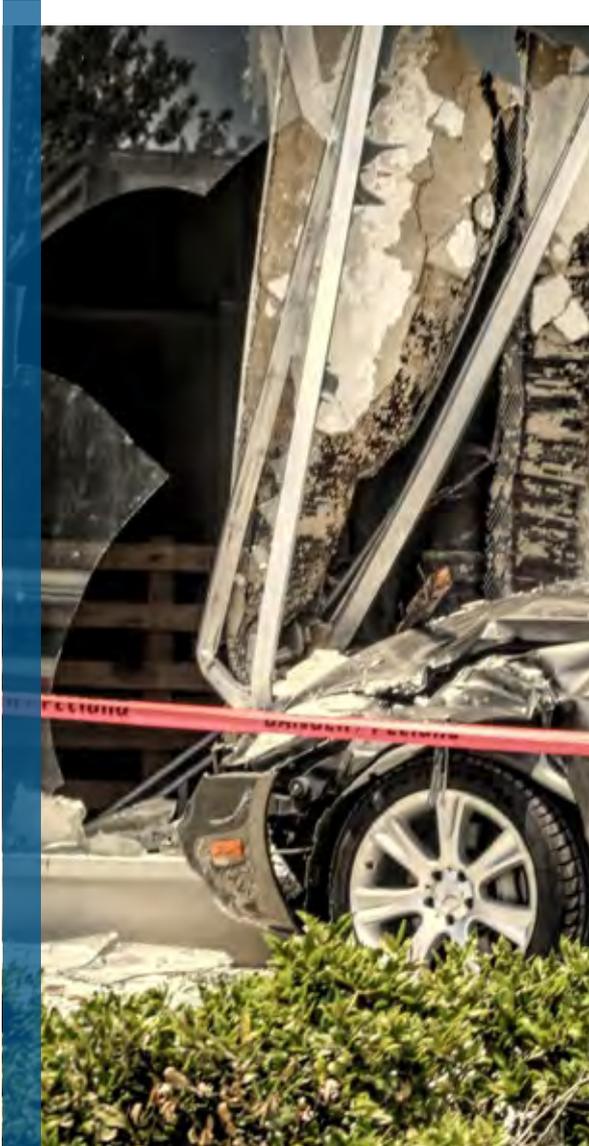
Este enfoque parte de una premisa en sí misma incompleta al no especificar la velocidad necesaria para que el modelo V2 experimente deformaciones. Además, desprecia los daños del vehículo ocupado por el demandante, aunque estos sean escasos. A lo anterior, se une que el informe contiene apreciaciones legales inexactas: en Alemania, el umbral de inofensividad de los 10 km/h fue repelido en pos de un análisis casuístico, considerando además que la respuesta a la cuestión de la causalidad no depende únicamente del incremento inducido por colisión en la velocidad, sino también de otros factores, incluyendo la posición del asiento de los ocupantes del vehículo (BGH GH 28.01.2003 - VI ZR 139/02).”

- También la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, en Sentencia

Y finalmente, tampoco considera el perito múltiples circunstancias que pueden incidir en la intensidad de la lesión tales como la edad, la musculatura y fortaleza de la víctima, el estado de preparación del sujeto cuando recibe el impacto, siendo mayores las lesiones cuando el impacto se recibe por sorpresa, el tipo de asiento, la envergadura del ocupante, la existencia de patologías, la posición de la cabeza y el cuerpo en el momento del impacto, circunstancias que justifican la variabilidad individual y explica que en un mismo accidente las lesiones tengan distinta intensidad en cada una de los pasajeros, no sin olvidar que hoy día, cuando se trata de colisiones a baja velocidad, los vehículos sufren escasa deformación transmitiéndose el impacto a los ocupantes del vehículo.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia menor (cita a continuación sentencias de otras AP).

Pero quiero finalizar esta ponencia señalando que, pese a toda la jurisprudencia expuesta, en la que se destacan los déficits atribuidos a



los informes de biomecánica, también existen, aunque en menor número, resoluciones en las que se aprecia la inexistencia de una intensidad suficiente en la colisión y que dan lugar a la desestimación de la demanda con fundamento probatorio en dichos informes. Así, cabe citar las siguientes sentencias:

- La **Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears (Sección 4ª), de 29 de junio de 2017, recurso 231/2017:**

“Nuestra sentencia nº 161/2.016, de 23 de mayo, se pronuncia igualmente ante un suceso análogo en el siguiente sentido: “Así, vemos el accidente enjuiciado consistió en un golpe por alcance del Peugeot a la furgoneta Ford Transit conducida por el actor, y que en ese momento se encontraba detenida, produciéndose leves daños en el paragolpes trasero izquierdo de esta última y paragolpes delantero izquierdo

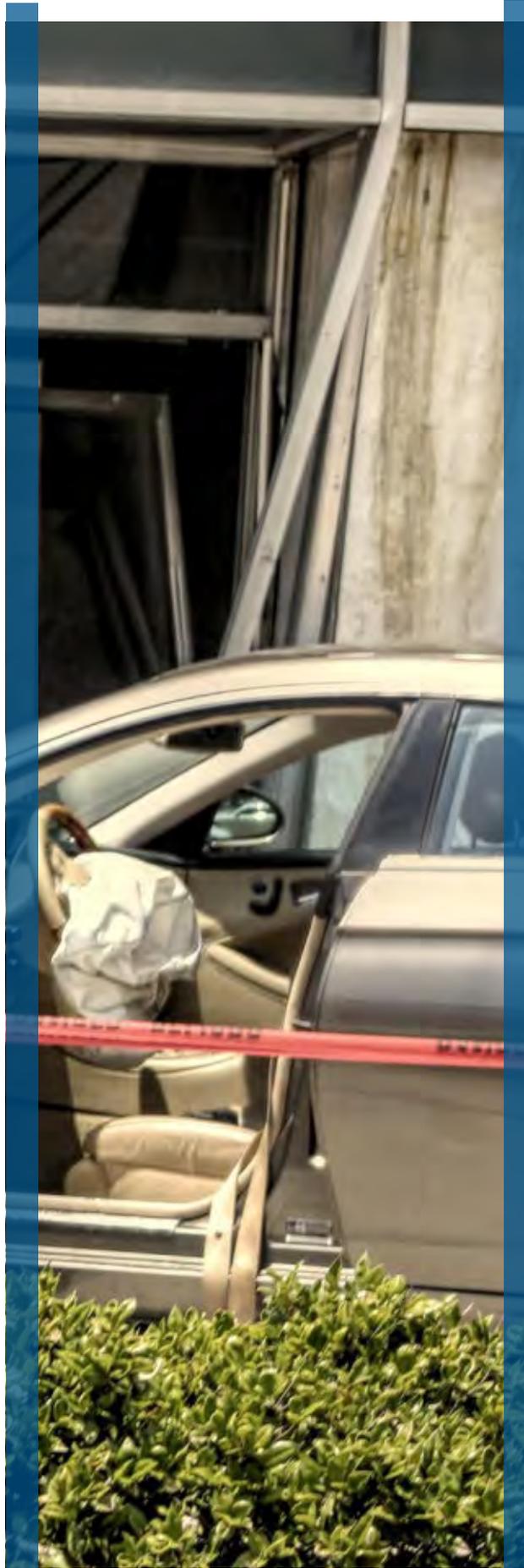
del vehículo conducido por la señora Nieves, cuya culpabilidad no se discute. En el parte amistoso de accidente no se hace constar que hubiese lesionado alguno, ni otros daños que los que en dicho documento figuran trascritos, descritos muy gráficamente como rozadura. Que el golpe fue de baja intensidad resulta claramente del importe de los daños sufridos por ambos vehículos, roce pintura 197 euros, la ambulancia conducida por el actor y los del vehículo Peugeot 140 euros. Ello resulta, además, del dictamen pericial elaborado por el señor Genaro, y ratificado en juicio por su autor, del que se desprende que la intensidad de la colisión fue tan escasa que la aceleración que comunicara al cuerpo del demandante no pudo causar lesión alguna, esto es, tenía forzosamente que encontrarse por debajo del umbral lesivo, y que el golpe sufrido por la ambulancia no pudo repercutir en modo alguno en su conductor, sea cualquiera que fuera su posición, estuviera sentado o mirando la guantera, o incluso si la ambulancia no tuviera reposacabezas, por cuanto dicho vehículo no se movió de suerte que no al no haberse desplazado, ni movido el ocupante no pudo sufrir un movimiento brusco de cabeza, ni un lanzamiento frontal. Ni por ello padecer lesiones en su columna cervical. Recalcando que es imposible que “hubiese mecanismo lesional en el caso de autos.” En cualquier caso y, aun admitiéndose en abstracto que las colisiones por alcance a baja velocidad puedan causar lesiones, pese a ser los daños en el vehículo ínfimos, y que el informe de biomecánica elaborado por perito designado por la compañía aseguradora no deja de ser un informe de parte, lo cierto es que en el caso que nos ocupa, la gravedad de las lesiones que afectan al señor Rodrigo se presentan como de dudosa o imposible relación causal con el leve impacto o roce posterior ocasionado por el vehículo asegurado por la recurrente”. En conclusión, procede la estimación del recurso de apelación con base en los siguientes elementos: la escasísima entidad de la colisión, que no produjo prácticamente daños a los vehículos implicados, sin olvidar que el ocupado por los apelados era un “todoterreno”, frente al “turismo” del asegurado en GENERALI, S.A.; la coincidencia de las periciales médicas con la biomecánica, en el sentido de que la colisión susceptible de producir lesiones debe tener una intensidad Delta V mayor de 8 (aquí entre 4.4 y 4,8); y, por fin, en consideración a la pericial biomecánica, ratificada en juicio por su autor, en la que se constata, como ya dijimos, que se consideraron las circunstancias que, potencialmente, resultarían más favorables a la aparición de las lesiones, entre los que destaca

la velocidad de impacto que se considera (8,5 km/h), aunque se asegura que es superior al valor real de la misma, así como también el incremento de velocidad del vehículo golpeado.

- Otro ejemplo de resolución que toma en cuenta la inexistencia de una intensidad suficiente para causar las lesiones, puede citarse la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), de 26 de enero de 2017, recurso 519/2016** (en un accidente de tráfico sometido a la antigua regulación):

“SEGUNDO.- A pesar del esfuerzo interpretativo que de la prueba hace la parte apelante, lo que no cabe discutir es la realidad de dos hechos determinantes de la valoración de la prueba hecha en la Sentencia de instancia, a saber, la baja intensidad de la colisión producida por el alcance del vehículo de la demandada a la parte posterior del vehículo conducido por la demandante de la que su mejor y más objetiva manifestación es tanto la dinámica de origen con ocasión de la cual tiene lugar la colisión -con el movimiento habido a partir de situación de parado por pérdida de freno de contención en vía con pendiente- como el grado mínimo de daños los daños padecidos por el vehículo de la demandante y ninguno en el vehículo de la demandada -como afirman los propios interesados en su declaración amistosa y a la policía local- y, en segundo lugar, la existencia de una lesión previa en la misma zona corporal donde se afirma haber padecido el resultado lesivo de la colisión descrita, que intencionalmente se oculta por la lesionada a lo largo de toda la intervención médica iniciada a raíz del siniestro que nos ocupa, hechos probados a partir de los cuales y para su mejor valoración, adquiere sentido el informe pericial sobre cuantificación del riesgo y biomecánica que pone de relieve que en las condiciones de la dinámica de origen (vehículo parado) y alcance de los daños (pequeña erosión en parachoques del vehículo alcanzado), la velocidad alcanzada tendría que ser de entre 2 y 4 km/h, tasa que no alcanza la mínima que puede provocar movimiento al ocupante de un vehículo que se sitúa en 8 km/h, por lo que no se alcanzaría la carga cinética necesaria para provocar lesiones como las descritas por el demandante que tienen su origen en un movimiento brusco”.

“Es cierto que la falta de intensidad de la colisión no constituye un factor siempre excluyente de cualquier resultado lesivo. Pueden concurrir otros factores que no obstante podrían ser determinantes de un daño personal. Sin embargo si resulta relevante en



el caso porque la tipología de la lesión, como pone de relieve el informe sobre biomecánica y conoce este Tribunal por su experiencia la en valoración de siniestros viarios con lesiones análogas, similares o equivalentes, se produce por razón del movimiento sobre la zona cervical, movimiento que ha de tener un mínimo de energía capaz de provocar el típico movimiento de flexión y extensión y de una suficiente intensidad como para lesionar una zona que es especialmente vulnerable cuando la musculatura está relajada tal ocurre en estos casos en los que la sorpresa constituye un elemento recurrente por razones obvias. Pero aun en estos casos, y ello es lo relevante, resulta preciso una fuerza mínimamente suficiente (lo reitera el perito Dr. Jose Ramón) como para provocar el hecho físico del movimiento flexor y en el caso, como pone de relieve el informe pericial indicado, no resulta acreditado, sin que se hayan probado otros factores distintos”.

- En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8ª, Sentencia 235/2018 de 4 Jun. 2018, Rec. 66/2018:

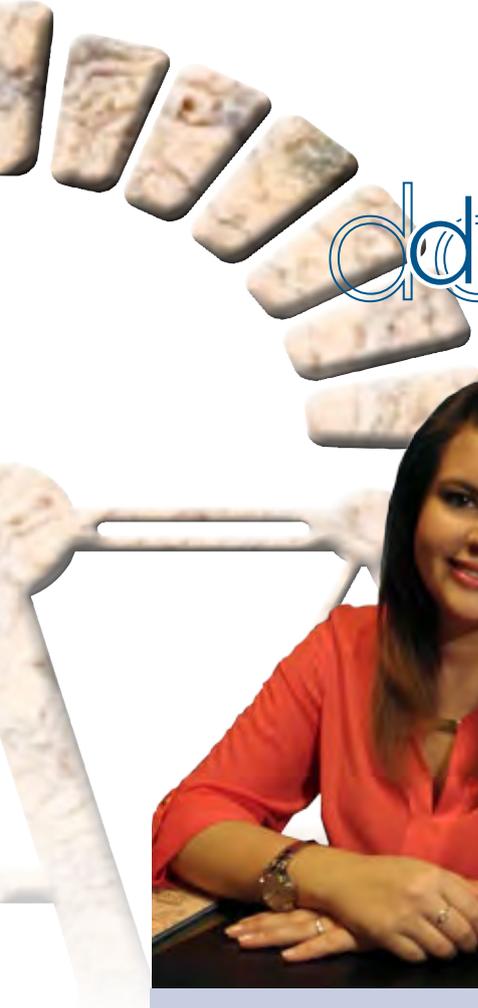
“En este supuesto, no está acreditado que las apelantes padecieran lesiones previas, habiendo declarado el médico que las atendió y realizó seguimiento de su proceso, que en muchos casos la asistencia se demora al considerar que los síntomas remitirán y que es cuando los lesionados comprueban que se mantienen cuando solicitan atención médica, y además en este caso, la colisión se produjo el viernes 9 de Octubre (al comienzo del puente de Octubre) y asistieron al médico el siguiente día 14, al regresar, como se alegó en trámite de conclusiones, y si bien pudieran tenerse esas circunstancias en consideración a los efectos de valorar la concurrencia del criterio cronológico, sería precisa alguna otra prueba que lo ratificase, y en este caso con el resto de pruebas practicadas no se acredita la relación de causalidad pretendida, ya que el proceso de curación por el que se reclama se extendió durante 77 días y no puede considerarse que al principio los dolores fueran muy leves o que no se pensara en la necesidad de un pronto diagnóstico.

Pero es que además, al contrario de lo que se alega, el informe de biomecánica concluye que a esa velocidad, el riesgo de lesión cervical es nulo y no se analizan casos ajenos o estadísticas como señala el recurrente, pues se

estudia esta colisión concreta como se consigna en el informe y declaró su firmante en la vista, y si bien no se recogieron los daños del otro vehículo, en autos consta que no se causaron y los del que ellas ocupaban ascendieron a 254,80 €, habiendo sido contundente el perito en su declaración al señalar que las lesiones no provenían de la colisión por alcance producida, significando que el Delta V estaba calculado sobre los ocupantes, al contrario de lo que se alegaba y, por tanto, partiendo de estos datos, la valoración de esta prueba que se realiza en la Sentencia apelada, debe considerarse ajustada a derecho y debe mantenerse, pues se ve confirmada con el resto, en concreto las conclusiones del perito médico de la demandada al destacar que la posibilidad de que en una colisión de esta naturaleza, no una sino dos personas sufran lesiones es nula y manifestaba su sorpresa por el hecho de que tratándose las lesionadas de dos personas distintas fuesen coincidentes las lesiones en cuanto a tiempo de duración y tratamiento, y también las secuelas, reseñando también su extrañeza al considerar que en un proceso curativo que tarda 77 días, no exista prescripción farmacológica por el médico que realizó el seguimiento, por lo que asumiendo la valoración anterior, debe concluirse, que la necesaria relación de causalidad, con las pruebas practicadas en este procedimiento, no puede considerarse acreditada

Por lo expuesto, la valoración de la prueba realizada en la Sentencia apelada se ajusta a derecho y debe confirmarse en esta resolución, desestimando el recurso interpuesto.”

- Y finalmente, cabe citar también la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5ª, Sentencia 272/2016 de 19 Jul. 2016, Rec. 88/2016.



doctrina



Los principios inspiradores y criterios de la Ley 35/2015 sobre el daño, su conexión con los gastos asistenciales y la ayuda de tercera persona

Mª José Moreno Toscano
Abogada

Sumario

Introducción

I.- La responsabilidad civil contractual y extracontractual en el uso de vehículos a motor y la acción de la reclamación. El daño.

1.1 El daño.

II.- Objeto de análisis de la reparación íntegra del daño: el inicio de la compensación de los damnificados. Principios inspiradores y criterios de base.

2.1. Principios inspiradores

2.1.1 Principio de reparación íntegra del daño

2.1.2 Principio de vertebración del daño

2.1.3 Principio de valoración del daño y su objetivación

2.2 Otros criterios

2.2.1 Criterio del deber recíproco de colaboración y cooperación entre las partes implicadas

2.2.2 Criterio valorista

2.2.3 Criterios de causalidad

III.- Fundamentos de la ayuda por tercera persona. Actividades de la vida diaria y la imposibilidad del desarrollo de las tareas esenciales personales.

3.1 La temporalidad y la ajenidad de la asistencia como característica principal

3.2 Principio prestacional del acto médico y de la asistencia: Formas simples y complejas del servicio

IV.- Gastos tipo de la ayuda de tercera persona sustituida: Residencias, distinción entre estancias y estancias con asistencia médica -seguimiento y tratamiento-. Servicios conexos.

V.- Novedades Jurisprudenciales

INTRODUCCIÓN

A lo largo de estos primeros años de vida de la Ley 35/2015 se han suscitado diversas controversias tanto en su práctica como en su interpretación. La aplicabilidad de los conceptos, y el cálculo de los perjuicios estructurados, han creado una esfera de cierta complejidad que a día de hoy aún existe y que sirve como pretexto a la discusión que se aborda en este trabajo.

En este artículo se identifican los principios que inspiran la Ley 35/2015 en su conjunto. En dicha Ley 35/2015 se conecta el resarcimiento del daño causado con la esfera real y social. Así, se analizan en profundidad los fundamentos de la ayuda de tercera persona (artículos 120 a 125), y cómo el Legislador ha enlazado esta problemática con la Responsabilidad Civil. Además, se realiza una distinción necesaria entre los actos médicos, las asistencias médicas y la identificación de formas de servicio como principio prestacional.

Por consiguiente, el discurso se articula del siguiente modo. En el punto primero, se hablará sobre la Responsabilidad Civil contractual y extracontractual describiendo el concepto de daño. En el punto segundo, se analizarán los principios inspiradores de la Ley 35/2015, además se hablará de otros criterios comentados en la Ley -el deber recíproco de colaboración y cooperación entre las partes, y el criterio valorista-. En el punto tercero, se presentan los fundamentos de la ayuda de tercera persona. Aquí, se definirán la temporalidad y ajenidad de la asistencia como característica principal y el principio prestacional del acto médico y la asistencia. En el punto cuarto, se tratarán los gastos tipo para la ayuda de tercera persona. Finalmente, en el punto quinto se abordarán algunas de las novedades jurisprudenciales más relevantes en el tema.

I.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRAContractual EN EL USO DE VEHÍCULOS A MOTOR Y LA ACCIÓN DE LA RECLAMACIÓN. EL DAÑO.

En primer lugar, debemos concretar cuándo surge la reclamación, y, por tanto, hay que realizar un análisis de los elementos primarios que nos da el derecho civil para que surja el resarcimiento. No olvidemos que, sin el estudio de estos elementos, no podremos entender el avance tan significativo de las reformas que se han realizado a nivel intelectual y social.¹

La distinción primaria de la que hablamos, se sitúa en los ámbitos de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Para que surja la responsabilidad contractual, debe existir una relación de contrato entre el sujeto causante del perjuicio o daño y la persona que sufre sus consecuencias. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual será aquella en la que los sujetos intervinientes carezcan de relación o vínculo contractual previo al resultado dañoso.²

Con respecto a la responsabilidad contractual, decir que rige la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en el artículo 1.255 del código civil. En cuanto a la responsabilidad extracontractual, al no existir un acuerdo previo vinculante entre las partes, se puede indicar que la responsabilidad nace en el momento en el que la conducta no está socialmente admitida, y son la ley y los Tribunales los que delimitan los principios compensatorios.

El denominador común en ambos supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual es la culpa a la que se refiere el artículo 1.104 del código civil, pues es el criterio primordial para que nazca la responsabilidad. Así se desarrolla en el artículo 1.101 del código civil, para la responsabilidad contractual y en el artículo 1.902 del código civil, para la extracontractual.³ Es el artículo 1.902 del código civil el que promueve la reclamación de la responsabilidad en los accidentes en los que intervienen vehículos a motor en los hechos de la circulación; y es que, si desglosamos el hecho en sí, nos encontramos con dos o más vehículos -como norma general- que sin relación contractual, uno de ellos genera en el otro u otros un perjuicio, materializado en daños, debido a la culpa de su impericia o negligencia en la conducción, o por llevar a cabo actos antirreglamentarios a la hora de realizar la circulación con vehículos a motor.

Pues bien, teniendo ya descritos los sujetos que formarán parte, que estos entre sí no tienen relación contractual ninguna, y el resultado es que por la culpa o negligencia de alguno de ellos se ha provocado el accidente; entonces cabe el

contractual y extracontractual., Dykinson. Madrid. 2001.

² Diez Picazo L. Derecho de daños. Cap. XI Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. pág. 245a 268. Civitas, Madrid, 1999.

³ Pantaleón Prieto, F. Comentarios al art. 1902 Cc, en comentarios del Código Civil, Vol. II. Ministerio de Justicia, 1991 pág. 1989.

¹ Yzquierdo Tolsada, M. Sistema de responsabilidad civil,

amparo del artículo 1.902 del código civil. Es aquí donde el que resultare responsable deberá responder por los daños y perjuicios causados sin más, y esta regla general, conecta de pleno con el artículo 1 de la Ley 35/2015 siendo más específica en su contenido, y la encargada de acción de reclamación. No olvidemos que el 1.902 del código civil es escueto, pero directo, como se muestra a continuación: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

Según comenta de forma genérica O’Callaghan Muñoz, X. (2011)⁴ la responsabilidad extracontractual está “mal llamada”, pues afirma que “no hay sujeción de patrimonio por incumplimiento, sino que se trata de una obligación -la de reparar el daño causado- que nace de un acto ilícito”. Sin más, el autor se reafirma en que el daño que ha surgido debe repararse por obligación, no por responsabilidad, y concluye *“Tampoco es correcta la expresión de obligación nacida de la “culpa extracontractual”, pues la obligación no nace de la culpa, sino del hecho ilícito producido”* y está en lo cierto, pues no forma parte de la responsabilidad como tal, sino de la obligación de resarcir.

1.1 El daño.

El daño común está definido como aquel detrimento que experimenta un sujeto como resultado de un acto dañoso extracontractual, y la manera de resarcirlo es mediante la indemnización, la cual se determinará con la finalidad de cubrir como mínimo el valor objetivo o valor de mercado de los bienes patrimoniales con el objetivo de restituirlo, esto es la “teoría de la diferencia”.⁵

Pueden generarse formas distintas de responsabilidad⁶, pero los resultados pueden afectar a diferentes esferas personales: la patrimonial o material, como gastos derivados del daño sufrido, el lucro cesante o la pérdida de oportunidad, y el daño emergente devenido del mismo acto lesivo y otros perjuicios materiales; y los personales, que no sólo afectan a lo físico, sino también al estado psicológico y el entorno

4 O’Callaghan Muñoz, X. La responsabilidad objetiva. En Derecho de daños: una perspectiva contemporánea pág. 25-44, 2011.

5 Díez Picazo, L. Derecho de daños. Cap. XVI El problema de la noción jurídica del daño indemnizable. pág. 307 a 314. Civitas, Madrid, 1999

6 Roca Trias, E. Derecho de Daños, Textos y materiales, Tirant lo Blanch. Valencia. 2000

moral.

Con la Ley 35/2015 se ha promovido la esquematización y el desglose de los conceptos resarcitorios o daños resarcibles, versando en una división que formará el “esqueleto del sistema de valoración” y su pilar fundamental será el principio de vertebración del daño, que más adelante explicaremos con detenimiento.

Es necesario matizar que la valoración final y la cuantificación de los daños es única y exclusiva del orden jurisdiccional, y que esa facultad de valorar el daño se hará con arreglo a las pruebas que debidamente han quedado acreditadas, y que de manera justificada se puedan motivar conforme a la normativa “para evitar que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad”.⁷

II.-OBJETO DE ANÁLISIS DE LA REPARACIÓN ÍNTEGRA DEL DAÑO: EL INICIO DE LA COMPENSACIÓN DE LOS DAMNIFICADOS. PRINCIPIOS INSPIRADORES Y CRITERIOS DE BASE.

Es imprescindible mostrar el sistema de valoración del daño corporal, en el que se forja todos los conceptos que antes no formaban parte de la legislación española, y que la realidad social, los Tribunales y los ciudadanos han creado en base a la experimentación real, y que han dado lugar a los principios inspiradores.

2.1. Principios inspiradores

Son principios inspiradores: La reparación íntegra del daño, la reparación vertebrada, y la objetivación en la valoración del daño.

En la cúspide de la Ley 35/2015 encontramos el principio superior de la reparación íntegra del daño, y es que no existiría razón de ser de este texto legislativo si no coexistiera la entereza de resarcir los perjuicios que un hecho derivado de la circulación ha generado en una persona ajena o vinculada a ese hecho.

Este principio es el inicio estructural de la Ley, y es que su objetivo no es otro que restituir o compensar el agravio provocado en todos y cada de los campos del afectados (ya sean personales, morales o patrimoniales). En su

7 López, J. de la Serrana G. & González, J.I.M. El nuevo baremo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral. Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentario, casos prácticos: recursos humanos (393) 65-102. 2015.



esencia simple, este principio debe acompañarse de otros principios para perfeccionarse. Para ello, nace el principio de reparación vertebrada, el cual estructura y divide las diversas esferas de creación del riesgo, diversificando el daño con la finalidad de que no se deje un sólo parámetro o perjuicio sin indemnizar. Así, la reparación vertebrada tendrá una división “sui generis” entre patrimonial y extrapatrimonial, que luego pasará el filtro de la objetivación de la valoración del daño.

En general, la Ley 35/2015 ha mejorado con creces las expectativas de los escépticos en el sistema de valoración. La inclusión de los nuevos conceptos en la normativa y su minuciosa regulación en artículos explicativos y definitorios hacen que la Ley sea compleja y a su vez “auto-regulativa”.⁸

⁸ López Marín, J.J. La aplicación en el tiempo de la Ley 35/2015: algunas cuestiones problemáticas. Revista de la

En cuanto a los principios inspiradores de esta Ley, hay que hacer referencia a la claridad a la que se somete pues no hay dificultades en su explicación, lo cual la hace llana y comprensible. Aunque es cierto que ha dejado una estela de dubitación con respecto a los límites en algunos supuestos que se plantearán a lo largo de esta Investigación. Los principios inspiradores de la mencionada Ley son los siguientes:

2.1.1 Principio de reparación íntegra del daño

El objetivo de la Ley es la regulación para obtener la total e íntegra reparación a las víctimas o perjudicados en los siniestros de circulación mediante la justa indemnización. Para ello, se recurrirá al análisis exhaustivo de los componentes necesarios y las cualidades

Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2016, nº 58, p. 23-38.

personales de la persona agraviada, teniendo en consideración la idiosincrasia personal de la víctima, su estado familiar y su situación económica. En este último concepto se tendrá en cuenta, además sus rentas por rendimientos de trabajo o su capacidad para obtener beneficios, otras actividades que por su imposibilidad física o su fallecimiento ha dejado de recibir la familia. En tal caso, se refiere al lucro cesante y al daño emergente.

Es necesario incluir en este principio el resto de consecuencias perjudiciales asociadas al accidente de tráfico, como son los gastos presentes o futuros de la víctima y la de sus familiares directos y cercanos. Se incluyen en este principio los perjuicios morales y extrapatrimoniales que están íntimamente ligados con el principio de vertebración⁹. Todos estos conceptos formarán parte del citado principio de vertebración del daño que a continuación se va a explicar, ya que su única finalidad es la de asegurar que los daños que se han producido y los agravios causados sean completamente resarcidos.

2.1.2 Principio de vertebración del daño

Este principio de vertebración del daño se puede definir como la organización personal, social, familiar, moral, sensorial, patrimonial y extrapatrimonial que, formada en segmentos, a su vez coexisten e influyen en una misma persona en su conjunto. Cada uno tiene una parcela propia de funcionalidad, que debe ser estructurada de manera unitaria, para que pueda examinarse individualmente, y, así, cumplir con el principio de reparación íntegra antes explicado.

Se puede asimilar este concepto al de un esquema en fascículos de la persona que se ha visto afectada en un accidente en el que interviene un vehículo a motor, y al que se le deberá indemnizar profundizando y sesgando en sus aspectos económicos, sociales, morales y personales, sin perjuicio de que puedan considerarse de carácter particular, básico o excepcional.

2.1.3 Principio de valoración del daño y su objetivación

Se enmarca en el conjunto de normas y límites por el que se exponen y desglosan los

⁹ Medina Crespo, M. El pretium de los perjuicios personales causados por la muerte en el proyecto de Ley de Reforma del baremo de tráfico (10 de abril de 2015).

conceptos a indemnizar, presuponiendo que no cabe indemnizar aquellos otros conceptos que no se encuentren detallados¹⁰ en dicho conjunto, si bien es cierto que existe la figura del perjuicio excepcional¹¹ -cajón de sastre- donde pueden incluirse los conceptos obviados o no incluidos en el sistema de valoración.

Esta objetivación del daño, permite dar apariencia formal de que “no todo vale en las reglas de valoración”, aportando seguridad jurídica con la creación de límites cualitativos y cuantitativos. Aunque por otro lado, el hecho de que existan estos límites, provoca un cercenamiento de la evolución social, pues si acotamos los conceptos no estamos dando opciones a la evolución del sistema de valoración en consonancia con la realidad social.

2.2 Otros criterios

Se distinguen en la Ley otros criterios que forjan la estructuración del Baremo son los siguientes:

- *Criterio del deber recíproco de colaboración y cooperación entre las partes implicadas.*

- *Criterio valorista.*

- *Criterio de causalidad.*

2.2.1 Criterio del deber recíproco de colaboración y cooperación entre las partes implicadas

En la Ley, desde el primer momento, se pide comunicación¹² del perjudicado a la aseguradora con todos los datos disponibles incluida la información médica para la valoración de los daños. A cambio, la aseguradora responsable será clara a la hora de emitir una respuesta u oferta motivada. Esta última, debe estar basada en el informe médico definitivo de sus servicios sanitarios valoradores del daño corporal.

En la creación de este sistema de valoración se ha dado más capacidad de actuación a los lesionados o perjudicados, pues son ellos los

¹⁰ Art. 33.5 de la Ley 35/2015.

¹¹ Badillo Arias J.A El perjuicio excepcional, en la Ley 35/2015. análisis de la Sentencia de la AP Pontevedre de 31 de julio de 2017. RRCCS núm.10, año 2017 pág. 3-5.

¹² Artículo 7.1 párrafo 3, 4 y 5 de la Ley 35/15 - sobre el contenido de la comunicación de siniestro y los elementos que lo componen.

únicos encargados de realizar ciertas acciones (como solicitar la mediación del artículo 14, o la solicitud de Informe Pericial al Instituto de Medicina Legal en caso de desacuerdo); y a su vez, esta colaboración tiene como propiedad principal la correspondencia mutua de información.

Se crea así una transparencia en el ámbito extrajudicial que facilita los acuerdos amistosos, lo que genera descarga judicial y en caso de tener que acudir a la vía judicial se evitan “sorpresas” relacionadas con las pruebas que las partes puedan presentar.

2.2.2 Criterio valorista

Este criterio determina a partir de qué fecha se procederá a la cuantificación económica del daño, es decir, el día de inicio para el cálculo indemnizatorio.

En primer lugar, la fecha a tener en cuenta será siempre la fecha de siniestro y con ella los importes actualizados en el sistema de valoración para los acuerdos extrajudiciales. También afectará a los judiciales, independientemente de la fecha de la Sentencia, para los casos en los que el acuerdo extrajudicial no tuvo resultado.

Igualmente, dicha fecha influye a otras referencias circunstanciales en las que se tendrá en cuenta el momento de producción del siniestro, como son los siguientes conceptos indemnizables: edad de los perjudicados y de las víctimas, cómputo de edades y las otras circunstancias personales familiares y laborales.

Así, el artículo 39 en relación con el cómputo de edades determina lo siguiente:

“Se realiza de fecha a fecha (...) por lo que las edades previstas en las disposiciones de esta Ley se alcanza pasadas las cero horas del día en que cumplen los años correspondientes. Las horquillas de edades comprenden desde que se alcanza la edad inicial hasta las cero horas del día en que se cumple la edad final. La referencia a que alguien tenga más de un cierto número de años se entiende hecha a que haya alcanzado esa edad”.

2.2.3 Criterios de causalidad

Para realizar la valoración del daño corporal se han de considerar unos criterios médicos, legales y causales a fin de obtener la correcta reparación íntegra del daño, pues habrá que

realizar un examen previo de las circunstancias especiales y personales de la víctima. En concreto, habrá que tener presente el nexo causal, la valoración del estado anterior al accidente de tráfico, las concausas¹³ (como causa que junto con otra, es causa de algo) padecidas para identificar otros hechos lesivos previos, y evitar el daño desproporcionado, valorando los casos excepcionales o especiales de la persona.

Para ello, se han tenido en cuenta una serie de elementos descriptivos que se engloban dentro de este criterio de relación médico-legal¹⁴, se puede decir que son los siguientes:

Idoneidad traumática: Implica que el hecho traumático ha provocado una lesión acorde a la entidad del daño sufrido por el lesionado.

Naturaleza: O lo que es lo mismo, clínicamente admisible en base a la experiencia clínica y la observancia médica. No todas las lesiones son traumáticas, y por tanto deben guardar relación con los daños causados en el lesionado. *Ejemplo: no por tener un accidente de tráfico vamos a generar una enfermedad grave tipo: cáncer o Alzheimer.*

Localización del daño o criterio topográfico: Responde al criterio de hallazgo del lugar lesional, es decir, identidad del lugar donde se produce la lesión, con respecto al traumatismo o contusión sufrida.

Cronológico: Hace referencia a la aparición temporal de los síntomas más evidentes desde la producción de las lesiones, por ejemplo, para los traumatismos vertebrales menores se fija en un periodo máximo de 72h¹⁵. Este criterio cronológico tiene la desventaja de que provoca la exclusión directa de lesiones que no hayan sido recogidas médicamente dentro del plazo que se determine, en tanto en cuanto hay lesiones que se pueden vislumbrar con posterioridad, por ejemplo, puede darse el caso de un lesionado este en coma inducido o vigilia y no se descubran las lesiones producidas en el accidente hasta después de que despierte. Otra eventualidad podría ser el caso de un motorista con traumatismo en una pierna con resultado de fractura de rodilla. Al aplicar la inmovilización de

¹³ Se extiende a causas preexistentes, simultáneas, concomitantes o contemporáneas y las sobrevenidas.

¹⁴ Del Río, M.T. El nuevo baremo de tráfico: perspectiva médico legal: Ley 35/2015 de 22 de septiembre, Edit. 2016

¹⁵ Artículo 135 de la Ley 35/2015 sobre el traumatismo vertebral menor.



todo el miembro inferior y estar bajo los efectos analgésicos pasa inadvertida una fractura en el tobillo que se descubre cuando a la víctima del siniestro se le retira la férula inmovilizadora varias semanas después.

Proporcionalidad: También considerado criterio cuantitativo. Este criterio exige que la lesión sea compatible proporcionalmente con los hechos lesivos causados, manteniendo una línea con las posibles complicaciones en las que puede derivar el daño causado.

Continuidad sintomática: Esto significa que la lesión producida se refleja sintomáticamente y en concordancia con las lesiones producidas, manifestándose con correspondencia a los síntomas descritos en medicina.

Exclusión: Si alguno de los criterios médico-legales arriba expuestos no se dan en el caso concreto de la lesión producida a la víctima, o no cumple alguno de los sub-criterios de la causalidad, se considera que no es un daño producido como consecuencia del siniestro y que, por tanto, no es un perjuicio indemnizable u objeto a resarcir, pues se considera que no es consecuencia directa de los hechos traumáticos del accidente de circulación.

III.- FUNDAMENTOS DE LA AYUDA POR TERCERA PERSONA. ACTIVIDADES DE LA VIDA DIARIA Y LA IMPOSIBILIDAD DEL DESARROLLO DE LAS TAREAS ESENCIALES PERSONALES.

Previamente, en la Ley redactada en 1995 sobre el sistema de valoración de daños, que se desarrollaría en los anexos sucesivos desde el Real Decreto 8/2004 de 29 de octubre, dedicaba únicamente un apartado a la ayuda a Grandes inválidos y personas afectadas con secuelas permanentes que requirieran de la ayuda de “otras personas” para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, realizando un desarrollo de la de las tareas esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas. Por lo que las personas a las que iban dirigido este artículo, eran grandes lesionados con graves alteraciones mentales, psíquicas o sensoriales como ceguera completa, y grandes problemas de psicomotricidad o movilidad extremadamente reducida (parapléjicos, tetrapléjicos...). La necesidad de ayuda de otra persona tenía como referencia la edad de la víctima y grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida, y se asimilaban a esta prestación el coste de la asistencia en los casos de estados de coma vigil

o vegetativos crónicos.

Se consigue un gran avance en este aspecto, pues se sustituye la horquilla indemnizatoria anterior que abarcaba desde 0 a 383,450.65€, lo que producía una peligrosísima inseguridad tanto para las aseguradoras como para las víctimas y dificultaba la posibilidad de acuerdos extrajudiciales.¹⁶

Actualmente el artículo 120 de la Ley 35/2015 determina que la ayuda de tercera persona lo que pretende es *“compensa el valor económico de las prestaciones no sanitarias que precisa el lesionado cuando las lesiones impliquen una pérdida de la autonomía personal”*-, es decir, lesiones de carácter permanente y cronificadas, que conforman secuelas suficientes como para crear un menoscabo severo en las facultades de la persona que hagan crear su dependencia hacia otras, o lo que es lo mismo, que la independencia de la persona desaparezca. Es importante desligar de esta ayuda de terceros *“todas aquellas prestaciones que se consideren de ámbito hospitalario, ambulatorio o domiciliario”*-, puesto que este tipo de ayudas se engloban en el concepto de gasto sanitario posterior a la estabilización de las secuelas, lo que viene a ser el gasto futuro que se regula de forma separada a la ayuda de tercera persona. Este mismo artículo dice: *“El valor económico de la ayuda de tercera persona se compensa con independencia de que las prestaciones sean o no retribuidas”*-. En este último párrafo del artículo, podemos observar la reafirmación de la naturaleza puramente patrimonial de la ayuda por tercera persona, alejándolo de los

perjuicios morales, y de la pérdida de calidad de vida, que son indemnizables de forma distinta e independiente.

Para determinar cuándo es conveniente la ayuda de tercera persona, cómo se va a calcular, y cómo se pueda compensar, el artículo 121 nos indica los siguientes parámetros:

En primer lugar, que las tablas a tener en referencia, donde se determina la regulación y su cuantificación en hora, es la fijada en la 2.C.2 de la Ley 35/2015.

En segundo lugar, la determinación del perjuicio sufrido por el agraviado debe estar enmarcado en los perjuicios: psicofísico, orgánico o sensorial.

En tercer lugar, que el valor de una secuela debe ser igual o superior a 50 puntos o el resultado de las secuelas concurrentes, una vez aplicada la fórmula correspondiente (fórmula de Balthazar), sea igual o superior a 80 puntos de secuela.

En cuarto lugar, en el caso de que no se cumplan los criterios valoristas impuestos en el punto anterior sobre el valor de una secuela, o de varias concurrentes, se considerará si la ayuda de tercera persona es necesaria por verse afectada su independencia en cuanto a la autonomía personal se refiere.

De cualquier forma, pueden existir casos que no se encuentren regulados por el articulado o en las tablas técnicas, por lo que se ha de estar al caso concreto, pero para admitir esa “excepcionalidad” deberá existir

¹⁶ Barriocanal, J.A (2018). Sistema legal de indemnizaciones por daños personales en accidentes de tráfico. Midac, SL.



una “prueba pericial médica” indubitada que justifique la pérdida de autonomía personal producida por las secuelas.

3.1 La temporalidad y la ajenidad de la asistencia como característica principal

Es evidente la acotación temporal de la ayuda que presta la tercera persona, pues cuando surge la necesidad de la asistencia, esta es dada por una persona ajena, tanto al accidente de tráfico, como al perjudicado. No existe una relación directa con el responsable de la producción del daño ni con la Aseguradora civil directa, o al menos no en un primer lugar. Por ello, se ha de explicar la especialización de la persona que presta el servicio, así como su condición y la idiosincrasia del personal que realiza la prestación.

Dependiendo del tipo de ayudas habrá lesionados que requieran una única asistencia diaria, o pocas horas a la semana, y otros, que por las lesiones que padezcan requieran más de 4 horas al día de distinto servicio que puedan compensar las carencias producidas por el accidente en su persona.

Así, el artículo 122 determina:

“Si la víctima se encuentra ingresada con carácter permanente en un centro sanitario o socio-sanitario y la entidad aseguradora asume los gastos asistenciales correspondientes, no procederá con carácter adicional la indemnización de ayuda a tercera persona.”

“Si la víctima no se encuentra ingresada, podrá acordar con la entidad aseguradora que, en lugar de la indemnización por ayuda de tercera persona, la entidad le preste el servicio en su domicilio con carácter vitalicio”.

Esto ocurrirá en los casos de sustitución de la posible indemnización de ayuda de tercera persona, por la propia asistencia sanitaria o socio-sanitaria de la víctima, pudiendo la Compañía Aseguradora responsable del accidente, o su caso el/los perjudicados optar por este tipo de asunción del tratamiento.

En cuanto a la determinación del número de horas necesarias para dar la prestación de ayuda a tercera persona, el artículo 123 determina:

“Las horas necesarias de ayuda de tercera

persona se determinan mediante la aplicación de la tabla 2.C.2 de Ayuda de Tercera Persona, que expresa la ayuda en horas en función de la secuela. Si existe más de una secuela que requiera ayuda de tercera persona se aplicarán las siguientes reglas: a) Para secuelas con necesidad de ayuda de tercera persona con un número de hasta seis horas, la valoración total del tiempo necesario se obtiene de sumar a las horas correspondientes a la secuela mayor el cincuenta por ciento de las horas establecidas en cada una de las otras. b) Para secuelas con necesidad de ayuda de tercera persona con un número superior a seis horas, la valoración total del tiempo necesario se obtiene de sumar a las horas correspondientes a la secuela mayor el veinticinco por ciento de las horas establecidas en cada una de las otras”.

En el último párrafo del artículo 123 se indica además:

“En los casos que exista una situación de necesidad de ayuda de tercera persona por un estado previo al accidente que resulte agravado, el número de horas de ayuda de tercera persona resulta de aplicar la fórmula $(H - h) / [1 - (h / 100)]$, donde “H” es el resultado de aplicar a las horas correspondientes a todas las secuelas lo establecido en el apartado 2 de este artículo y “h” las horas asociadas al estado previo al accidente. Si el resultado ofrece fracciones decimales, se redondea a la hora más alta”.

Esto quiere decir, que hay dos conceptos valorables. El término *H*, número horas aplicables por la necesidad de la ayuda de tercera persona, siendo las lesiones permanentes generadas directamente por el hecho dañino de la circulación, y el término *h*, número de horas asociadas al estado previo del accidente.

Es importante resaltar que la Ley 35/2015 expone en su artículo 124 que las horas que se determinarán para el cálculo de ayuda de tercera persona, tendrán como referencia la fecha en la que se estabilizaren las secuelas, pues su lógica está en la actualización conforme al IPC de las tablas actuariales contenidas en el Sistema de Valoración, teniendo como fecha cualificadora del número de horas, el año concreto en el que las lesiones permanentes se consolidaron.

A su vez, este mismo artículo 124 matiza que el lesionado que requiera ayuda de tercera persona, a partir de la edad de 50 años verá un incremento, que se asocia a un porcentaje sobre

el factor corrector, quedando del siguiente modo:

| Edad del lesionado (años) | Hasta 50 | Desde 50 hasta 60 | Desde 60 hasta 70 | A partir de 70 |
|----------------------------|----------|-------------------|-------------------|----------------|
| Factor corrector aplicable | - | 1,10% | 1,15% | 1,30% |

Para finalizar, hacer una breve referencia al artículo 125 de la Ley, donde se remite a la tabla técnica 2.C.3 en la cual constan las horas necesarias y la edad del lesionado, en formato de fila y columna. En dicho artículo se explica que la fórmula de cálculo estará compuesta por un coeficiente multiplicador y otro que será el multiplicando, donde el resultado se obtiene de multiplicar el "multiplicando del coste de los servicios por el coeficiente multiplicador". Este cálculo se computa de forma anual, siendo de referencia las horas necesarias de la ayuda tercera persona, y obteniéndose por precio del servicio 1,3 veces la hora del salario mínimo interprofesional anual.

Como se indica, por un lado disponemos del multiplicador que deberá tener en cuenta los factores como son: ayudas públicas que ya obtenga el lesionado, el transcurso de tiempo que requiere la necesidad del ayuda que surgirá desde la estabilización de las lesiones y tendrá como referencia a la esperanza de vida del lesionado, así como, la edad del lesionado, el riesgo de fallecimiento y la tasa de descuento de la inflación.

Por último, en los apartados 5 y 6 de este artículo 125, se manifiesta que cabe la posibilidad de que el multiplicador pueda verse afectado por otros criterios complementarios que contenga o sirvan para mejorar la prestación del servicio, creando la individualización directa. Indica a su vez, que las prestaciones públicas a las que pueda acceder estarán de acuerdo con las bases técnicas actuariales, pudiendo acreditarse otras distintas si existieran.

3.2 Principio prestacional del acto médico y de la asistencia: Formas simples y complejas del servicio

En primer lugar, hay que analizar qué es un acto médico y qué es un acto de asistencia, para poder determinar qué tipo de prestación necesita el lesionado en accidente de tráfico, con el fin de poder demarcar las definiciones de forma correcta.

Acto médico es la asistencia facultativa de especialistas en ciencias de la salud capaces de explorar, diagnosticar, prescribir, y realizar un seguimiento clínico efectivo al paciente lesionado. El autor *Rollero Besio, M.* define el acto médico como "una recomendación acerca de cuál curso de acción es más útil, para que sea quien sea el que decida, lo haga mejor informado (...) no es sólo una recomendación, es una decisión (...) El acto médico es un acto electivo, es una decisión que compromete personalmente al clínico que la realiza"¹⁷. Otros autores entienden el acto médico directo como "aquellos en los cuales mediante la intervención médica se trata de obtener la curación o alivio del enfermo. Ellos pueden ser preventivos, diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación"¹⁸. En cuanto, al término "asistencia sanitaria" encontramos un abanico de expresiones que se identifican entre sí, hablamos de una atención sobre la salud, -que genera un beneficio a un sujeto convaleciente- como auxilio o refuerzo sobre lesionados clínicamente dependientes. La propia Ley 35/2015 en el artículo 55 define las asistencias sanitarias como: "(...) la prestación de servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos, así como las prestaciones complementarias que se requieran para el diagnóstico o tratamiento de las lesiones, y el transporte necesario para poder prestar la asistencia (...)."

La transcendencia económica de la prestación del servicio, y la alteración sustancial que crea en el ámbito familiar de los lesionados dependientes, nos hace comprobar que existen diferentes formas de prestar la ayuda asistencial, que dependerá del supuesto en concreto, pudiendo ser servicios directos e indirectos. Este artículo 55 engloba además el transporte, lo cual nos hace creer que no es del todo adecuada su inclusión, pues puede que no tenga un carácter sanitario y, por tanto, no debería estar en este concepto de asistencia sanitaria, no por ello, debe dejar de indemnizarse, sino que debe encontrar su

¹⁷ Rollero Besio, M. Sobre el acto médico. Revista CONAMED 11.8 pág. 20-25, Chile, 2006.

¹⁸ Guzmán, F., Franco, E., Morales, M. C., & Mendoza, J. El acto médico: Implicaciones éticas y legales. Acta Med Colomb, 19 (3), año 1994. Pág. 139-49.

respuesta jurídica en gastos independientes.

Se entiende que hay que hacer una distinción esencial, donde por un lado, existan las formas simples, que son las que de forma directa y unipersonal se ejercen por una persona que actúa como intermediario sobre una víctima de siniestro, y que se caracterizan por la transcendencia de la ajenidad, y del principio prestacional, es decir, una persona independiente y no vinculada al lesionado sobre el que se presta el servicio que formará parte de las actividades esenciales de la vida diaria. Es necesario hacer remisión al artículo 51 y 54 de la Ley 35/2015 donde se describen cuáles son esos quehaceres ordinarios y las actividades específicas de desarrollo personal: *“(...) se entiende por actividades esenciales de la vida ordinaria comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica”*. En cuanto a las actividades específicas de desarrollo personal son las relativas a *“(...) al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo, que tiene por objeto la realización de la persona como individuo y como miembro de la sociedad”*. De las tareas que se han enumerado, se diversifican las que basta con una única persona auxiliar dedicada a los cuidados del perjudicado, hablamos de la categoría de formas simples del servicio, como son, por ejemplo: Cuidadores de lesionados dependientes dedicados a satisfacer las necesidades básicas de aseo, vestirse/desvestirse o alimentación, ya sea para la previa elaboración, o para la ayuda en el proceso de embocar los alimentos para nutrir al perjudicado incapaz de realizar estos actos por sí solo.

En cuanto a las formas complejas de servicio, podemos denominarlas como aquellas que no se realizan por una única persona, como en las catalogadas formas simples, sino que requiere de varios sujetos para que la funcionalidad del servicio tenga efectividad, por lo que pueden intervenir una variedad de profesionales que formaran un servicio multidisciplinario. Siguiendo el ejemplo anterior de cuidador simple, éste se ocupa de las tareas meramente diarias y esenciales,

pero para realizar traslados y desplazamientos, el lesionado requiere de un profesional con vehículo adaptado a su limitación física o, un vehículo que disponga de soporte con elementos de cura y tratamiento para su sostenimiento vital. En tal caso se requiere de un técnico conductor, un vehículo medicalizado, o de un conductor con vehículo propio acondicionado a las necesidades del lesionado en cuanto a adaptación a las limitaciones físicas se refiere.

Perfeccionando, no es lo mismo soportar un daño y un gasto que requiera de una asistencia de forma simple que un servicio de estructura compleja, ya que moral, sustancial y económicamente el perjuicio es mayor para el perjudicado dependiente en las formas complejas, y por tanto debe vincularse a un perjuicio extraordinario, indemnizándose con un incremento porcentual proporcionado que deberá establecerse siguiendo por analogía el concepto de perjuicio excepcional que se determina en los artículos 77 y 112 de la Ley 35/2015 en los supuestos de indemnización por causa de muerte y por secuelas. Ambos textualmente indican: *“Los perjuicios excepcionales a los que se refiere el artículo 33 se indemnizan, con criterios de proporcionalidad, con un límite máximo de incremento del veinticinco por ciento de la indemnización por perjuicio personal básico”*. Remisión al artículo 33 que en su apartado 5 determina: *“La objetivación en la valoración del daño supone que se indemniza conforme a las reglas y límites establecidos en el sistema, por lo que no pueden fijarse indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él. No obstante, los perjuicios relevantes, ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema, se indemnizan como perjuicios excepcionales de acuerdo con las reglas establecidas al efecto en los artículos 77 y 112.”*

IV.- GASTOS TIPO DE LA AYUDA DE TERCERA PERSONA SUSTITUIDA: RESIDENCIAS, DISTINCIÓN ENTRE ESTANCIAS Y ESTANCIAS CON ASISTENCIA MÉDICA -SEGUIMIENTO Y TRATAMIENTO- SERVICIOS CONEXOS.

En primer lugar, es necesario indicar que son gastos médicos y por qué se sustituye la ayuda de tercera persona por atención sanitaria o socio-sanitaria. Los gastos médicos

se engloban en el perjuicio patrimonial y se desarrollan en la Ley en los artículos 141 y 142, que se cita textualmente:

141.- Gastos de asistencia sanitaria. 1. Se resarcen los gastos de asistencia sanitaria y el importe de las prótesis, órtesis, ayudas técnicas y productos de apoyo para la autonomía personal que por prescripción facultativa necesite el lesionado hasta el final del proceso curativo o estabilización de la lesión y su conversión en secuela, siempre que se justifiquen debidamente y sean médicamente razonables en atención a la lesión sufrida y a sus circunstancias. 2. Las entidades aseguradoras podrán pagar directamente a los centros sanitarios los gastos de asistencia sanitaria y, en su caso, los demás gastos previstos en el apartado anterior, mediante la firma de convenios sanitarios. 3. Se asimilan a los gastos de asistencia los relativos a los desplazamientos que el lesionado realice con ocasión de la asistencia sanitaria de sus lesiones temporales”.

142.- Gastos diversos resarcibles. 1. También se resarcen los gastos que la lesión produce en el desarrollo de la vida ordinaria del lesionado hasta el final del proceso curativo o estabilización de la lesión y su conversión en secuela, siempre que se justifiquen y sean razonables en atención a sus circunstancias personales y familiares. 2. En particular, siempre que se cumplan los

requisitos del apartado anterior, se resarcen los incrementos de los costes de movilidad del lesionado, los desplazamientos de familiares para atenderle cuando su condición médica o situación personal lo requiera y, en general, los necesarios para que queden atendidos él o los familiares menores o especialmente vulnerables de los que se ocupaba”.

Además, se debe entender que todos aquellos gastos generados por el concepto definido anteriormente como “acto médico” debe incluirse como un gasto médico general. Ahora bien, el planteamiento es el siguiente, ¿cuáles son los gastos que se abonarán en los supuestos de ayuda de tercera persona? Pues bien, volviendo al mencionado artículo 120 de la Ley 35/2015 este indica que su objetivo es: “compensar el valor económico de las prestaciones no sanitarias que precisa el lesionado cuando las lesiones impliquen una pérdida de la autonomía personal”, pero el 122 de la misma ley brinda la posibilidad de la sustitución de esa ayuda por atención sanitaria o socio-sanitaria del perjudicado, y se van a determinar cuáles son estos posibles servicios sustitutivos. Hay que tener presente que se habla de lesionados que padecen secuelas graves y que ven afectada de forma patente su autonomía personal, lo cual implicará en muchos casos la combinación de amparo personal y de un auxilio médico. Un posible catálogo de



servicios sustitutivos podrían ser los siguientes:

Las residencias que prestan un servicio de estancia y permanencia, por norma general la gestión de este tipo de residencias son privadas, aunque se pueden encontrar subvencionadas por organismo públicos autonómicos. El carácter estacional de estas residencias podrá tener un carácter temporal o permanente. En ellas sus moradores obtienen asistencia directa de terceras personas para el desarrollo de sus actividades ordinarias en la vida.

Las residencias de estancia y que poseen asistencia sanitaria, comparten con las anteriores las características de gestión y estancia en el recinto, pero además disponen de servicios sanitarios directos. Centro de vida asistida fuera el domicilio habitual.

Otra forma de asistencia es el cohousing¹⁹ definido como *“Un tipo de comunidad cohesionada por su forma de entender la relación entre vida privada y vida común. Está formada por viviendas privadas y una dotación importante de servicios comunes. Está planeada y gestionada por sus residentes, según el modelo que ellos mismos deciden, lo que les permite definir el proyecto según sus necesidades*

¹⁹ <http://ecohousing.es>, accedido por última vez 1 de abril de 2018.

específicas reales”. Esta tendencia no es nueva, sino que surge en el siglo XIX en Dinamarca la figura del *SOLHEM*, y con el paso de los años desarrolla su actividad hasta convertirse en los *PLEJEHEM*, Así compila el autor²⁰ *“Con un carácter mucho más humanista que los modelos existentes hasta la época, se corresponde, además con un cambio de definición de este tipo de alojamientos que pasan a llamarse PLEJEHEM (modelo más parecido de Residencia que existe en el contexto español) Estos modelos siguen ofreciendo alojamiento compartido en la misma habitación, aunque ya se aprecian mejoras como la inclusión de baños dentro de las habitaciones. Además, existen servicios especializados en el tratamiento de personas mayores, así como las ya las mencionadas enfermerías. El entorno arquitectónico se convierte en el medio para mejorar las condiciones de salud”*.

Son viviendas colaborativas que se forman entre varios cooperativistas, que adquieren y gestionan en inmueble en su totalidad. El morador puede ser propietario cooperativista o únicamente un ocupante temporal. Como cooperativas que son, sus integrantes pueden formar un plan de gestión de desarrollo de las actividades que se dan en las zonas o espacios

²⁰ García Lantarón Heitor, *Vivienda para un envejecimiento activo, el paradigma danés*. Tesis Doctoral de la Universidad Politécnica de Madrid. Escuela Técnica Superior de Arquitectura.



comunes para todos, además de componer los servicios que necesiten o deseen, incluso constituir prestaciones para que sus integrantes tengan cubiertas todos los aspectos para su tratamiento personal y sanitario.

Actualmente en España las más habituales son los *cohousing* de personas que quieren recibir cuidados sin tener que verse confinados en una residencia tutelada. Hoy por hoy existen múltiples disciplinas de nueva creación en España como los “*jubilares*”²¹ que incluyen un modelo de “Atención Integral de Cuidados a la Persona” (AICP) suministrando una atención socio-sanitaria domiciliaria. Son servicios de ayudas domésticas que cualquiera puede necesitar de forma especializada en el propio domicilio integrado en el jubilar para los casos en los que sobreviene un episodio de enfermedad o dependencia. Otorgan una atención al dependiente “*los vecinos y vecinas de un jubilar siguen utilizando sus servicios médicos habituales, públicos o privados, pero en paralelo cuentan con el seguimiento y asesoramiento de una persona profesional, la gestora o gestor AICP, que aconseja en cada momento sobre qué asistencia conviene conseguir, y coordina el equipo multidisciplinar que incluye por supuesto a la persona receptora de atención, y también a la comunidad*”.

No estaría mal adquirir este novedoso método de convivencia para extrapolarlo a los lesionados en accidente de tráfico que requieren de más de 6 horas al día de ayuda de tercera persona (según la tabla 2.C.2), para la supervisión de alguna de las actividades de la vida diaria del perjudicado, pues se trata de una manera de interferir en menor grado en la vida social de la víctima, pudiendo compaginar los graves perjuicios que ha sufrido en su accidente sin verse desplazado socialmente.

V.-NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

Existen dos Sentencias que cabe destacar por su interés en la materia que de la que se ha hablado en los puntos anteriores. Dichas sentencias son: Sentencia del TS nº 4351/2018, sala de lo Civil de fecha 19 de diciembre de 2018 ponencia de Dña. M^a de los Ángeles Parra Luchan y Sentencia del TS nº 29/2019, sala de lo civil, de fecha 17 de enero de 2019, ponencia

²¹ Asociación Jubilares y Fundación Pilares de la Autonomía personal: www.jubilares.es y www.fundacionpilares.org/

de D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

La primera sentencia a comentar es la *Sentencia del TS nº 4351/2018, sala de lo Civil de fecha 19 de diciembre de 2018 ponencia de Dña. M^a de los Ángeles Parra Luchan*²² en la que se examina, entre otras cuestiones, si a una persona que fue valorada con una incapacidad del 81%, con importantes limitaciones y con necesidad de asistencia “parcial” de terceras personas, se le debía aplicar el factor de corrección de grandes inválidos contemplado en la Tabla IV 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; centrándose el razonamiento de dicha cuestión en si en el caso concreto, la pérdida de autonomía de la recurrente lesionada debía incardinarse dentro del régimen propio de la gran/ invalidez.

Con carácter previo, resulta interesante señalar que de contrario, la compañía recurrida argumentó en su escrito de oposición que no cabía revisar en el recurso de casación el concepto propio de gran invalidez, sin embargo, frente a ello, el Tribunal Supremo consideró que era competente para entrar a examinar dicho concepto jurídico a efectos de “*corrección del juicio jurídico sobre la aplicación e interpretación de la norma sustantiva*”.

El Alto Tribunal, en su fundamentación para estimar que las limitaciones funcionales y emocionales de la recurrente deben considerarse como una gran invalidez, parte de la definición de “grandes inválidos” que realizaba la Tabla IV a la que se ha hecho referencia, esto es:

“Grandes inválidos: Personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejías, paraplejías, estados de coma vigil o vegetativos crónicos, importantes secuelas neurológicas o neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etc.)”

²² Roj: STS 4351/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4351 Id Cendoj: 28079110012018100711 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 19/12/2018 N° de Recurso: 935/2016 N° de Resolución: 713/2018 Procedimiento: Recurso de casación Ponente: María de los Ángeles Parra Luca, tipo de Resolución: Sentencia. sentencia que incluye una partida de ayuda de tercera persona en un siniestro previo a la ley 35/2015.

Se pone el foco de la cuestión en que para apreciar la existencia de gran invalidez, se requiere efectivamente la necesidad de ayuda de terceras personas, pero esa ayuda no tiene porqué ser total sino que cabe que sea una ayuda parcial, siendo clave y decisivo el hecho de que esa ayuda es necesaria para la realización de actividades esenciales de la vida. En el caso concreto, las secuelas que padecía la recurrente lesionada le repercutían en el comer, vestirse, asearse, realizarse determinadas curas, mantenerse en bipedestación más de 10 minutos, subir rampas o escaleras o sostener pesos. No obstante, no estaba del todo inhabilitada para toda actividad pues conservaba su capacidad intelectual, llevaba a su hija al colegio, realizaba alguna compra, hablaba por el móvil...; tareas en definitiva que podía realizar por sí misma pero que al entender del Tribunal Supremo no podían incluirse dentro de “actividades esenciales de la vida” y por tanto, no eran de suficiente entidad como para excluir la gran invalidez en la persona de la recurrente.

Por último, la resolución del Tribunal Supremo se apoya en la sentencia 95/2016, que a su vez también analizó el concepto jurídico de “gran invalidez” y que igualmente consideró que para apreciar dicha gran invalidez no solo no era preciso que *“la ayuda hubiera de ser integral, sino que tampoco se puede penalizar a quien con su sacrificio personal y capacidad de autosuperación consigue avanzar, limitadamente, para mitigar su situación”*.

Por todo ello, se termina fallando en el sentido de estimar que la aseguradora recurrida debía abonar a la lesionada la indemnización correspondiente a la aplicación del factor de corrección en concepto de ayuda a tercera persona ligado a la declaración de gran invalidez, conforme a la Tabla IV 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.

Hace la sentencia alusión a la Ley 35/2015, en cuanto que no es posible su aplicación, pues el hecho de circulación ocurre antes de la entrada en vigor, por lo que su disposición transitoria no permite su aplicabilidad.

Otra Sentencia a destacar por su actualidad es la *Sentencia del TS nº 29/2019, sala de lo civil, de fecha 17 de enero de 2019, ponencia de D. Francisco Javier Arroyo Fiestas* ²³ que versa

sobre la cuantificación de los gastos futuros, en el caso concreto, de las prótesis y órtesis que se prevén a lo largo de la vida del damnificado.

La Sentencia viene a reafirmar la necesidad que existía de una regulación expresa, precisa y pormenorizada de ciertos conceptos indemnizables como son los recambios de prótesis futuras y su cuantificación, ya que antes de la entrada en vigor de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, se trataba de una cuestión controvertida entre lesionados y aseguradoras que la Jurisprudencia resolvía decantándose por declarar la necesidad de resarcir por los mencionados conceptos, tal y como hace la sentencia objeto de análisis.

Así el motivo primero que se esgrime en la Sentencia, comprende la cuestión de si se debía abonar por la aseguradora los gastos de recambio de componentes de prótesis femoral o si debían ser excluidos por considerarlos gastos sanitarios no devengados al tiempo de la consolidación de las secuelas.

Resuelve la sala en el sentido textual: “Esta Sala debe declarar que la necesidad de la sustitución de las prótesis no es una mera posibilidad, sino una realidad cierta, junto con la evidencia de un daño personal actual relacionado con el accidente de tráfico, con consecuencias lesivas en el presente, no siendo de recibo que la aseguradora acepte el abono de una prótesis pero no su mantenimiento por desgaste o deterioro, cuando todo tiene origen en el siniestro” así también la Sala afirma: “No se trata de un suceso futuro o incierto, si no de un evento actual con consecuencias económicas precisas y evaluables en la actualidad”.

En definitiva, la línea Jurisprudencial de ésta Sentencia en cuestión viene a recoger el criterio que el legislador ha seguido en la Ley 35/2015 de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en donde se incluye como conceptos indemnizable los gastos de prótesis y órtesis, las renovaciones que de las mismas precise el lesionado a lo largo de su vida (Art. 115), así como el modo de valorar el coste de las mismas.

Con respecto al motivo segundo, el debate se centra en si se debería aplicar los intereses del artículo 20 de la LCS y, aunque la Sentencia

28079110012019100033 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 17/01/2019 N° de Recurso: 216/2016 N° de Resolución: 29/2019.

23 Roj:STS 62/2019 - ECLI: ES:TS:2019:62 Id Cendoj:

determina que la aseguradora deberá abonar dichos intereses en el modo que se detalla en su fundamento de derecho quinto, sin embargo, respecto del montante de la reclamación que se correspondía al gasto por mantenimiento y sustitución de la prótesis, entiende el Supremo que no se devengarán los intereses del art. 20 LCS al razonar que dicha partida indemnizatoria era "justificadamente dudosa". La cuestión ahora es que, al haber regulado la Ley 35/2015 de forma expresa que importe de las prótesis y sus recambios son gastos que se indemnizan en forma de capital, ya no cabe duda alguna en cuanto a que las aseguradoras deberán correr con tales gastos y por tanto su mora deberá devengar los intereses del art. 20 de la LCS.

REFERENCIAS, BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN

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.

BADILLO ARIAS J.A. *El perjuicio excepcional, en la Ley 35/2015. análisis de la Sentencia de la AP Pontevedre de 31 de julio de 2017*. RRCCS núm.10, año 2017. Pág. 3-5.

BARRIOCANAL, J.A. *Sistema legal de indemnizaciones por daños personales en accidentes de tráfico*. Midac, SL, 2018.

DEL RIO, M.T. *El nuevo baremo de tráfico: perspectiva médico legal: Ley 35/2015 de 22 de septiembre*, Edit. 2016.

DIEZ PICAZO L. *Derecho de daños. Cap. XI Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual*. pág. 245a 268. Civitas, Madrid, 1999.

DÍEZ PICAZO, L. *Derecho de daños. Cap. XVI El problema de la noción jurídica del daño indemnizable*.

GARCÍA LANTARÓN HEITOR, *Vivienda para un envejecimiento activo, el paradigma danés*. Tesis Doctoral de la Universidad Politécnica de Madrid. Escuela Técnica Superior de Arquitectura.

GUZMÁN, F., FRANCO, E., MORALES, M. C., & MENDOZA, J. El acto médico: Implicaciones éticas y legales. *Acta Med Colomb*, 19 (3), año 1994. Pág. 139-49.

LÓPEZ, J. DE LA SERRANA G. & GONZÁLEZ, J.I.M. *El nuevo baremo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral. Estudios financieros*. Revista de trabajo y seguridad social: Comentario, casos prácticos: recursos humanos (393), año 2015. Pág. 65-102.

LÓPEZ MARÍN, J.J. *La aplicación en el*

tiempo de la Ley 35/2015: algunas cuestiones problemáticas. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2016, nº 58, p. 23-38.

MEDINA CRESPO, M. *El pretium de los perjuicios personales causados por la muerte en el proyecto de Ley de Reforma del baremo de tráfico (10 de abril de 2015)*.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2011). La responsabilidad objetiva. In *Derecho de daños: una perspectiva contemporánea* pág. 25-44. pág. 307 a 314. Civitas, Madrid, 1999 .

PANTALEÓN PRIETO, F. *Comentarios al art. 1902 Cc, en comentarios del Código Civil, Vol. II. Ministerio de Justicia*, 1991 pág. 1989.

ROLLER BESIO, M. *Sobre el acto médico*. Revista CONAMED 11.8 pág. 20-25, Chile, 2006.

ROCA TRIAS, E. *Derecho de Daños, Textos y materiales*, Tirant lo Blanch. Valencia. 2000 .

YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual.*, Dykinson. Madrid. 2001.

SENTENCIAS:

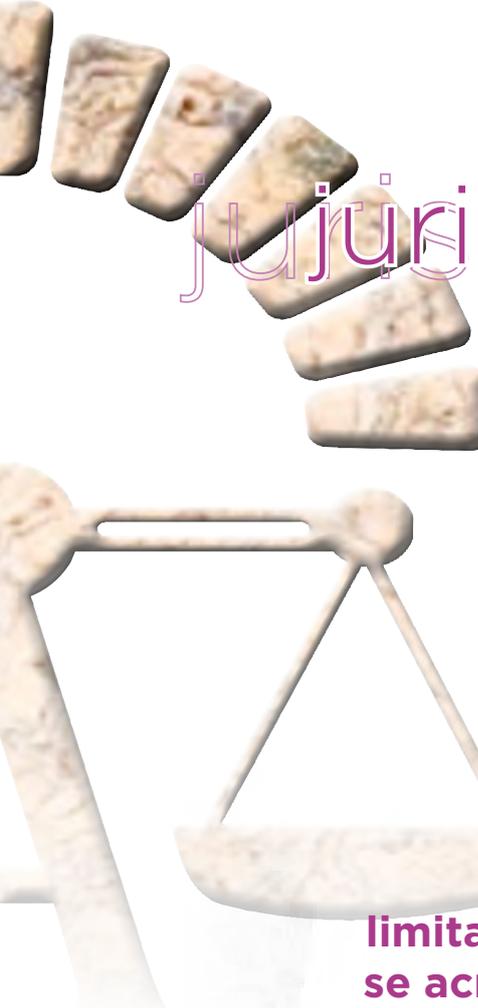
Roj: STS 4351/2018 - ECLI: ES:TS:2018:4351
Id Cendoj: 28079110012018100711 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 19/12/2018 Nº de Recurso: 935/2016 Nº de Resolución: 713/2018 Procedimiento: Recurso de casación Ponente: María de los Ángeles Parra Luca, tipo de Resolución: Sentencia. sentencia que incluye una partida de ayuda de tercera persona en un siniestro previo a la ley 35/2015.

Roj: STS 62/2019 - ECLI: ES:TS:2019:62
Id Cendoj: 28079110012019100033 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 17/01/2019 Nº de Recurso: 216/2016 Nº de Resolución: 29/2019.

RECURSOS ELECTRÓNICOS:

<http://ecohousing.es>, accedido por última vez 1 de abril de 2018.

Asociación Jubilares y Fundación Pilares de la Autonomía personal: www.jubilares.es y www.fundacionpilares.org/ accedido por última vez 1 de abril de 2018.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Recurso de Casación para la Unificación de doctrina. Compensación de lucro cesante derivado de accidente laboral. No se puede limitar a las prestaciones de la seguridad social si se acredita que el perjuicio patrimonial sufrido es superior, pudiendo acudir a la Guía de las Buenas Practicas para aplicación del nuevo Baremo aprobado por la Ley 35/2015.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª)
de 10 de enero de 2019.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel López García De La Serrana

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente procedimiento tiene por objeto la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios, derivados de accidente laboral, que corresponde percibir al trabajador demandante, quien interpone el presente recurso contra la sentencia del TSJ de Cataluña que estimó en parte el recurso de suplicación que puso la empresa, al considerar compensable con todos los conceptos el cobro de las cantidades aseguradas en virtud de lo normado por el convenio colectivo, mientras que el recurso del trabajador lo estimó sólo en el particular relativo al pago de intereses.

El recurso se articula en torno a cuatro motivos, siendo posible un examen conjunto de los dos últimos, por cuanto giran en torno a la misma cuestión: la

procedencia de la compensación que hace la sentencia recurrida de la cantidad cobrada por el perjudicado en virtud de la póliza de seguro suscrita por mandato convencional, problema central de este recurso del que resultan accesorias otras cuestiones como las relativas al convenio aplicable y a la naturaleza jurídica de ese aseguramiento.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso plantea la necesidad de fijar y computar e indemnizar el daño moral causado por las dos intervenciones quirúrgicas a las que el recurrente fue sometido distinguiendo el daño debido a

los días de hospitalización y el ocasionado por el sufrimiento físico y el psíquico que le produjeron. A esta pretensión no accedió la sentencia recurrida porque la indemnización del daño moral por esos conceptos se calculó con arreglo al Baremo de Accidentes de Tráfico vigente en 2014 que no contemplaba esa distinción y señalaba una cantidad global por daño moral en caso de hospitalización que incluía ambos conceptos.

Como sentencia de contraste, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, conforme al artículo 219 de la Ley Reguladora de



la Jurisdicción Social (LJS) se trae por el recurrente la dictada por el TSJ de Cataluña el 14 de noviembre de 2007 (RS 8095/2006) en un supuesto parecido, sentencia que si hizo la distinción que propone el recurso, pero que para el cálculo de la indemnización total no siguió las reglas del Baremo de Accidentes de Trabajo.

La contradicción no existe porque las sentencias comparadas han seguido criterios distintos para fijar la cuantía indemnizatoria. La recurrida se ha ajustado, como método de cálculo, a las normas del Baremo de Accidentes de Tráfico, mientras que la de contraste ha argumentado sobre lo razonable de las cantidades pedidas y lo prudente de la reclamación, incluso argumenta que por días de hospitalización se reconoce una cantidad inferior a la del Baremo, para, seguidamente, fijar una indemnización por daño moral causado por cada intervención quirúrgica, lo que hace según su prudente arbitrio computando también la pérdida de los placeres de la vida (prejudice d'agrément).

Consecuentemente, como se han utilizado sistemas de valoración del daño corporal diferentes y ajustados a derecho, no cabe apreciar la existencia de contradicción doctrinal y procede desestimar el motivo del recurso examinado.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso plantea cual sea el convenio colectivo aplicable al caso que nos ocupa: si el de la empresa REMOLMAR vigente al tiempo del accidente de trabajo o el de la empresa Sociedad de Salvamento y Seguridad Jurídica SA (SASEMAR) que la sucedió poco después.

El motivo no se puede examinar porque no concurre el requisito de viabilidad que establece el art. 219 de la LJS: la existencia de sentencias contradictorias. En efecto, en ninguna de las dos sentencias se plantea la cuestión del convenio colectivo aplicable. La sentencia de contraste, dictada por el TSJ de Cataluña el 18 de mayo de 2011 (RS 2826/2010) da por sabido que se aplica el convenio colectivo de REMOLMAR, vigente al tiempo del accidente y acaba fijando la fecha a partir de la que se devengan intereses de la indemnización 78.131'57 euros que el convenio obligaba a asegurar

condenando a la aseguradora al pago, como única responsable de lo debido. La cuestión del convenio colectivo aplicable tampoco la aborda la sentencia recurrida de forma directa, esto es para decidir que se aplica uno y no el otro. Lo que ocurre es que, pese a lo dicho en el ordinal octavo de los hechos declarados probados y a que no se ha pedido la revisión del mismo la sentencia trae a colación el convenio colectivo de SASEMAR y transcribe el artículo 75 del mismo, pero luego no lo aplica y sin más argumentación procede a valorar y compensar los 78.131'57 euros cobrados en virtud del Convenio de REMOLMAR de la compañía de seguros que esta contrató, con lo que, tácitamente, da por aplicable el Convenio de la empleadora existente al tiempo del accidente e inaplica el de SASEMAR, razón por la que no existe contradicción y el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- 1. Los otros dos motivos del recurso merecen un examen conjunto porque con ambos se pretende combatir la compensación de indemnizaciones llevada a cabo por la sentencia recurrida descomponiendo artificialmente la controversia a fin de introducir una nueva sentencia de contraste para el mismo tema, en contra de lo dispuesto en el artículo 224-3 de la LJS de la doctrina de esta Sala (SSTS 17-09-2007 (R. 521/2006) y 27-11-2007 (R. 4684/2006), entre otras. Ello sentado se rechaza el motivo dirigido a calificar la naturaleza de la indemnización cobrada en virtud del convenio colectivo y sólo se resolverá el cuarto motivo del recurso que cuestiona la procedencia de la compensación llevada a cabo por la sentencia recurrida, por abarcar a diferentes conceptos indemnizatorios.

2. Para viabilizar este motivo del recurso, a efectos del art. 219 de la LJS, se trae la sentencia dictada por esta Sala el 13 de octubre de 2014 (R. 2843/2013). Se contempla en esta sentencia el caso de un trabajador accidentado a quien se le reconoció una indemnización por daños y perjuicios de la que se restó el importe total (26.000 euros) de la mejora establecida en el convenio colectivo consistente en asegurar la contingencia de IPT con el pago de esa cantidad que le abonó la compañía aseguradora. En suplicación, se practicó la compensación de ese pago de 26.000 euros con el

monto total de la indemnización, esto es incluidos los conceptos de daño físico, moral y patrimonial. En casación, nuestra sentencia entendió que sólo cabía la compensación con conceptos indemnizatorios homogéneos y que, como venía señalando la Sala desde su sentencia de 23 de junio de 2014, la mejora pactada en el convenio colectivo no satisfacía daños morales, sino patrimoniales y, especialmente, el lucro cesante, razón la que era improcedente el descuento de los 26.000 euros de la mejora con otros conceptos indemnizatorios que tenían su causa en otro daño.

3. La contradicción doctrinal existe porque las sentencias comparadas en supuestos similares (trabajadores accidentados), que son declarados en situación de IPT y a quienes se reconoce una indemnización por los daños y perjuicios causados llegan a una solución diferente en el tratamiento de la compensación de lo cobrado por mandato del convenio colectivo: la recurrida entiende que se compensa con todos los componentes de la indemnización tasada, mientras que

la de contraste sólo los imputa al daño patrimonial, al lucro cesante. Esta identidad sustancial no la rompe el hecho de que en el caso de la recurrida se haga un cálculo previo del importe del lucro cesante que es reducido y fijado por ella en cuantía menor que el cuantificado en la instancia, pues lo relevante es que, posteriormente, afirma que del total que fija debe restarse lo percibido en virtud de la póliza de seguro a cuya suscripción obligaba el convenio (78.131'57 €), decisión que toma, tras haber razonado antes, que esa indemnización convencional debe descontarse del importe total de la indemnización y no sólo del lucro cesante, pues la indemnización del convenio se fija a tanto alzado y con independencia de los distintos daños causados, pues, al no decir nada el convenio, ese monto global es imputable a los distintos daños, razonamiento que pone de manifiesto la contradicción existente entre las resoluciones comparadas.

4. El motivo del recurso examinado denuncia la infracción de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil en relación con el artículo 43 de la LGSS y con la

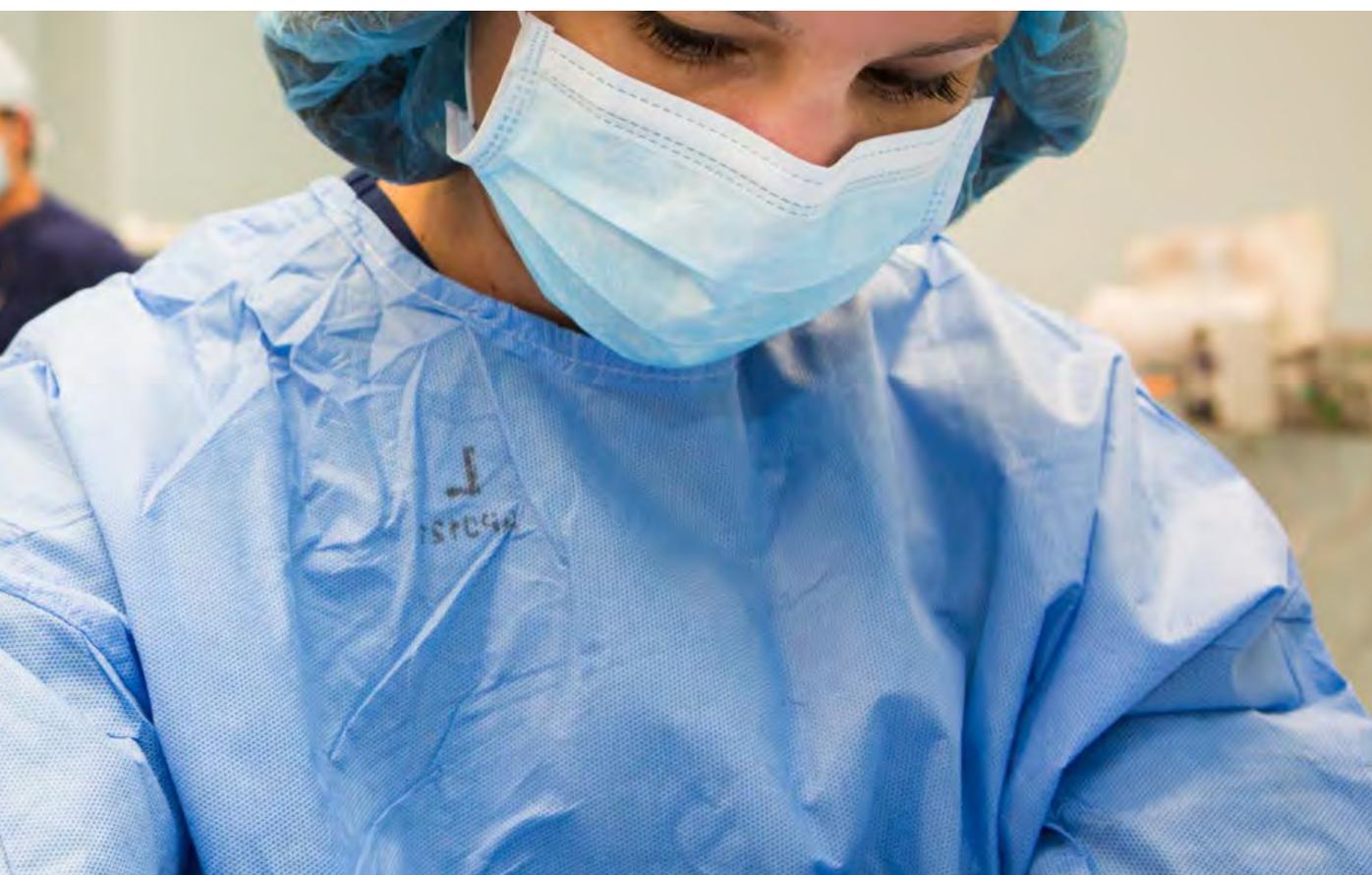


jurisprudencia de esta Sala que cita la sentencia de contraste.

La cuestión planteada, resolver si lo cobrado de la póliza de seguro contratada por la empresa por imposición del convenio colectivo puede compensarse con el importe global de la indemnización o sólo con la parte de la misma imputable al lucro cesante, debe resolverse en favor de tesis sentada por la sentencia de contraste que se dictó por esta Sala el 13 de octubre de 2014 y que sigue la doctrina sentada por nuestra sentencia del Pleno de 23 de junio de 2014 (R. 1257/2013), doctrina que ha sido reiterada por nuestras sentencias de 20 de noviembre de 2014 (R. 2843/2013), 17 de febrero de 2015 (R. 1219/2014), 12 de septiembre de 2017 (R.1855/2015) y 7 de marzo de 2018 (R. 767/2016).

Para justificar nuestra decisión y la aplicación de nuestra doctrina debemos empezar señalando que el lucro cesante es un concepto más amplio de lo que sostiene la sentencia recurrida que lo hace coincidir con la diferencia de ingresos entre lo que el trabajador habría cobrado

de seguir en activo y lo que cobró por pensión de incapacidad permanente hasta el momento en el que pudo jubilarse a los 55 años y tres meses. Ese cálculo se hace olvidando que la jubilación no es obligatoria, que el incapaz permanente puede ejercer profesiones compatibles con su estado y que, incluso, al jubilado se le permite trabajar, todo lo que supone que el perjudicado puede obtener otros aparte de las prestaciones de la seguridad social y que de no haber sufrido el accidente sería muy posible que los hubiese obtenido. Que el daño patrimonial en su manifestación de lucro cesante no se compensa sólo con las prestaciones de la seguridad social lo corrobora, además de lo expuesto, que el nuevo Sistema de Valoración de Daños y Perjuicios, aprobado por la Ley 35/2015, de 22 de diciembre, dedica especial atención al lucro cesante a reconocer en casos de muerte (artículos 80 y siguientes) y de lesiones con secuelas (artículos 126 y siguientes), siendo de señalar que el artículo 132 nos enseña que las prestaciones por incapacidad permanente, incluso si se trata de la absoluta, no excluyen



el reconocimiento de una cantidad indemnizatoria que compense por el lucro cesante, pago que en esta jurisdicción se calculará con arreglo a esas reglas, salvo que se prueba por otro medio, como un cálculo actuarial, un lucro cesante superior, así como que esos ingresos se tendrán razonablemente durante más tiempo, cual, incluso admite la Guía de Buenas Prácticas para la aplicación del nuevo Baremo que se publica por el Ministerio de Justicia, al amparo del art. 130 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Dicho lo anterior, como resulta que el artículo 34 del XII Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa REMARSA, BOE del 21-04-2004, en vigor al tiempo del accidente, encuadrado en el Capítulo XI bajo la rúbrica de atenciones y prestaciones sociales, establecía la obligación de la empresa de concertar un seguro de accidentes que "con independencia de la cobertura de la Seguridad Social en materia de accidentes" cubriese "en caso de accidente de trabajo o accidente no laboral... las contingencias y capitales siguientes:... invalidez permanente total para la profesión habitual: 78.131'57 Euros", cabe concluir que la literalidad de esta redacción se deriva que el capital asegurado se debe pagar además de la prestación de la seguridad social. Además, dado el ámbito laboral cuya regulación pretende el Convenio y que el capítulo XI viene precedido de la regulación de las retribuciones, estableciéndose, seguidamente, la obligación de suscribir un seguro de accidentes de trabajo, debe concluirse que con ello el convenio quería mejorar las prestaciones económicas de seguridad social y no otras que pudieran deberse a la responsabilidad civil de la empleadora.

Por todo lo expuesto, debe concluirse que la indemnización convencional mejoraba las prestaciones de seguridad social, esto es prestaciones de contenido económico, con lo que se pretendía reparar el lucro cesante ocasionado por las secuelas incapacitantes. Esta solución se ajusta a la doctrina de la Sala, sentada en las sentencias antes citadas, que han reiterado que el importe de la mejora voluntaria se imputa al lucro cesante y no puede ser compensado con otros conceptos indemnizatorios por daños físicos, psíquicos y morales, cual ha hecho

la sentencia recurrida.

6. Por lo expuesto, procede oído el Ministerio Fiscal casar y anular la sentencia recurrida, en el particular relativo a la compensación que hace de la indemnización pagada por la aseguradora, con lo que queda a favor del recurrente la indemnización de 114.651'22 euros que la sentencia recurrida fija antes de descontar los 78.131'57 euros del seguro. Se desestiman el resto de las pretensiones del recurrente y se dejan vigentes los demás de los pronunciamientos de la sentencia recurrida. Sin costas en esta alzada.

FALLO

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

1. Estimamos en parte el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la representación legal de D. Saturnino contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en recurso de suplicación nº 1237/2016, interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tortosa, en autos nº 407/2014.

2. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y fijamos el importe de la indemnización en favor del recurrente en 114.651'22 Euros.

3. Dejamos subsistentes el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

4. Desestimamos las demás pretensiones del recurso.

5. Sin costas.

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

Por **Mariano Medina Crespo**

Abogado.

Doctor en derecho

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social) de 10 de enero de 2019. Para fijar una indemnización por el lucro cesante efectivo que sufre un trabajador por cuenta ajena afectado por una incapacidad permanente total derivada de las lesiones padecidas en un accidente laboral imputable a su patrono, debe deducirse del monto salarial total que habría percibido de seguir en activo no solo el importe capitalizado de la pensión social reconocida por su incapacidad, sino también el importe percibido en virtud de un contrato privado de accidentes concertado como mejora voluntaria de la cobertura de la Seguridad Social, impuesto en el convenio colectivo de la empresa, porque la cantidad satisfecha con cargo a dicho seguro sirve también para reparar el lucro cesante y no perjuicios de índole personal o moral.

La sentencia de referencia merecería un particular comentario que se refiriera no solo a la estimación del segundo de los motivos de casación articulados para unificación de doctrina, que es en la materia en que voy a centrarme, sino también a la desestimación del primer motivo en que se denunciaba que se había negado el resarcimiento autónomo de los perjuicios personales causados al trabajador accidentado como consecuencia de las dos intervenciones quirúrgicas a que fue sometido y cuya pretensión fue desestimada en las instancias, siendo desestimado este motivo de casación por el Tribunal Supremo, cuando, en mi opinión, tendría que haber sido acogido, en consonancia con el criterio de utilizarse el Baremo de Tráfico, de acuerdo con la doctrina de orientación selectiva o del desvío necesario, al igual, en definitiva, se hace para valorar el lucro cesante inicialmente a padecer, contraído al importe que habría percibido durante su vida laboral activa, de no haber sufrido su incapacidad permanente total.

Véase que el Juzgado de lo Social fijó para el trabajador demandante una indemnización de 107.360,70 €, completada con “el interés legal del dinero desde la notificación de esta sentencia”; y que, a su vez, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tras estimar el recurso de suplicación y reducir la indemnización a 36.520,17 €,

También habría de ser objeto de consideración el análisis de las pintorescas fórmulas establecidas en las instancias respecto al devengo de intereses moratorios, sin que ésta fuera materia de enjuiciamiento en el recurso de casación. Véase que el Juzgado de lo Social fijó para el trabajador demandante una indemnización de 107.360,70 €, completada con “el interés legal del dinero desde la notificación de esta sentencia”; y que, a su vez, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tras estimar el recurso de suplicación y reducir la indemnización a 36.520,17 €, estableció como complemento el devengo de los “intereses legales incrementados en 2 puntos desde el momento de interposición de la demanda hasta el de la sentencia, más intereses legales desde este momento hasta el de su total cumplimiento”, extremo éste último del fallo que quedó confirmado al no haber sido revisado por el Tribunal Supremo, dado que esa fórmula legal no fue objeto de impugnación.

COMENTARIO

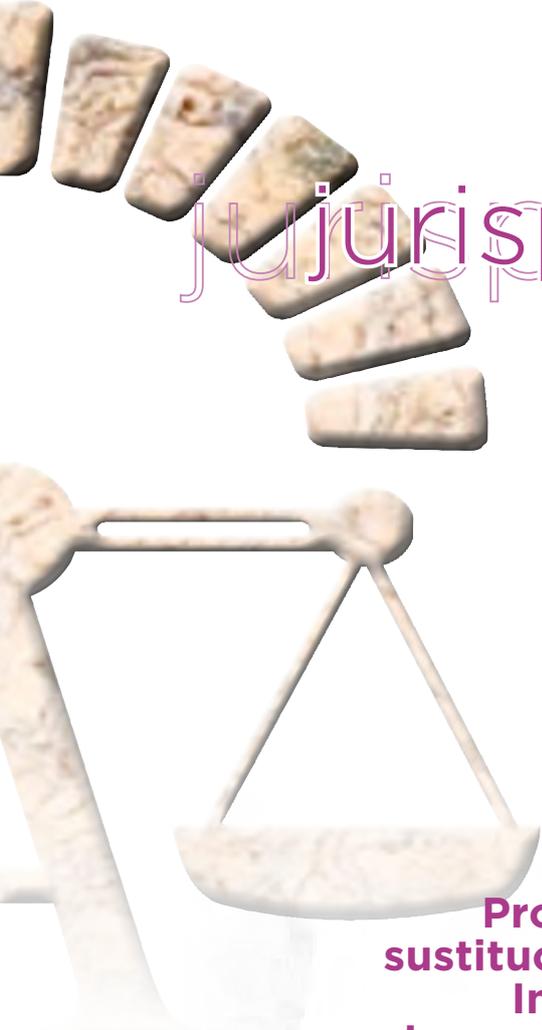
La sentencia recurrida entendió que, fijado el importe total de los daños y perjuicios sufridos por el demandante, tendría que deducirse de su importe el correspondiente tanto al importe capitalizado de la pensión social reconocida por su incapacidad permanente total, como el importe percibido en virtud del seguro privado concertado en cumplimiento del convenio colectivo de empresa, como mejora voluntaria de la cobertura social, traduciéndose ello en que la indemnización reconocida quedó cifrada en la cantidad que antes se ha señalado. De esta forma, el Tribunal acudía a una fórmula extrema de utilización del descuento impuesto por la figura de la compensatio lucri cum damno, desatendiendo palmariamente la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que dicha compensación se ha de realizar por conceptos homogéneos, de tal manera que la prestación social por la incapacidad permanente sólo puede computarse reductoramente en relación con la indemnización que en principio se habría de reconocer en concepto de lucro cesante, sin que pueda proyectarse la deducción, de forma incondicionada, sobre el total de la indemnización a reconocer inicialmente, sin atender a la índole de los diversos conceptos perjudiciales reconocidos.

El Tribunal Supremo censura ese criterio y se atiene al sentado por las sentencias plenarios de 17 de julio de 1007, reiteradamente mantenido con posterioridad y, de acuerdo también con el criterio sentado por las resoluciones que menciona, sostiene que

Véase que el Juzgado de lo Social fijó para el trabajador demandante una indemnización de 107.360,70 €, completada con “el interés legal del dinero desde la notificación de esta sentencia”; y que, a su vez, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tras estimar el recurso de suplicación y reducir la indemnización a 36.520,17 €,

el importe percibido por el contrato de seguro privado al que se ha hecho referencia, como mejor voluntaria de la Seguridad Social, sirve también para resarcir o paliar el lucro cesante padecido por el trabajador, por lo que el importe total a reconocer inicialmente en concepto del lucro cesante debe deducirse no solo el importe capitalizado de la pensión social, sino también el importe percibido por ese seguro privado. De esta forma, se desautoriza el criterio al que se atuvo la sentencia recurrida que entendía que al no decir nada al respecto el convenio colectivo en el que se previene el concierto de ese seguro privado de accidentes, podía perfectamente efectuarse el descuento sobre las cantidades reconocidas por perjuicios personales.

Téngase en cuenta que ese seguro privado corresponde, en su estructura, a una cobertura abstracta de necesidad que, en principio, haría compatible la percepción del capital garantizado con cualquier indemnización correspondiente a responsabilidad civil, pero que, en este caso, al insertarse como mejora voluntaria de la cobertura de la Seguridad Social, no solo se ha de entender que sirve para resarcir los perjuicios al trabajador, sino que sirve para resarcir precisamente los perjuicios de lucro cesante. Solo en el caso de que el propio convenio colectivo previera que la cantidad garantizada por el seguro de accidentes impuesto por el convenio colectivo sirve para resarcir perjuicios de índole personal, habría de efectuarse la compensación con descuento respecto de las cantidades reconocidas al lesionado por sus lesiones permanentes y por su discapacidad vital.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Procedencia de gastos de mantenimiento y sustitución de prótesis posteriores a la sanidad. Interpretación conforme a la Ley 35/2015. Improcedencia del interés del artículo 20 de la LCS respecto a dicha partida.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 17 de Enero de 2019.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Por D. Silvio se formuló demanda de juicio ordinario contra D.ª Angustia , conductora y propietaria del vehículo causante del accidente, y contra la aseguradora Reale Seguros Generales, S.A. El demandante es propietario, y conductor de la motocicleta, y D.ª Angustia propietaria del turismo, y conductora del mismo cuando ocurrió el accidente.

El accidente sucedió el 28 de junio de 2011.

El demandante como consecuencia del accidente sufrió heridas gravísimas, y entre ellas se le realizó la amputación de la pierna izquierda. Reclama daños y perjuicios, entre otros los gastos de futuros recambios de la prótesis. Reclamó 663.216,49 euros más

los intereses de mora de conformidad con el art. 20 LCS, desde la fecha del siniestro. Al calcular dicha suma tuvo en cuenta los pagos parciales de la aseguradora, si bien determinó la indemnización en la demanda en 840.664,59 euros.

La parte demandada Reale se opuso a al demanda, salvo que se allanó parcialmente a la cantidad de 81.163,54 euros, y por auto de 4 de noviembre de 2013 se aprobó el allanamiento parcial.

La sentencia de primera instancia condena a los demandados a que solidariamente abonen 663.216,49 euros, devengando los intereses del art. 20 LCS para la aseguradora. Posteriormente se aclara la sentencia por auto de 30 de abril de 2015, en el sentido de condena a 584.766,96 euros resultante de restar de la cantidad pretendida en la demanda, la que fue objeto de allanamiento parcial.

Recurrió en apelación la aseguradora, solo en cuanto a las indemnizaciones en concepto de recambio futuros de la prótesis, gastos derivados de adaptación de la vivienda y adquisición de nuevo vehículo, y reconocimiento del grado de incapacidad, y se opone también a la aplicación de los intereses del art. 20 LCS.

La sentencia de segunda instancia de 6 de noviembre de 2015, en su fundamento de derecho tercero, en cuanto a la posibilidad de reclamación al ser una indemnización por un hecho futuro, dado que la materialización del gasto vendría a producirse en el momento en que se lleve a cabo el efectivo recambio de componentes de la prótesis femoral, se decanta en sentido favorable dada la existencia real del daño, amputación de la pierna e implantación de una prótesis de componentes recambiables cada cierto tiempo, y su factible evaluación a través de un cálculo actuarial que permita determinar de forma adecuada una razonable previsión del gasto. Cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 1.ª de fecha 20-12-2013.

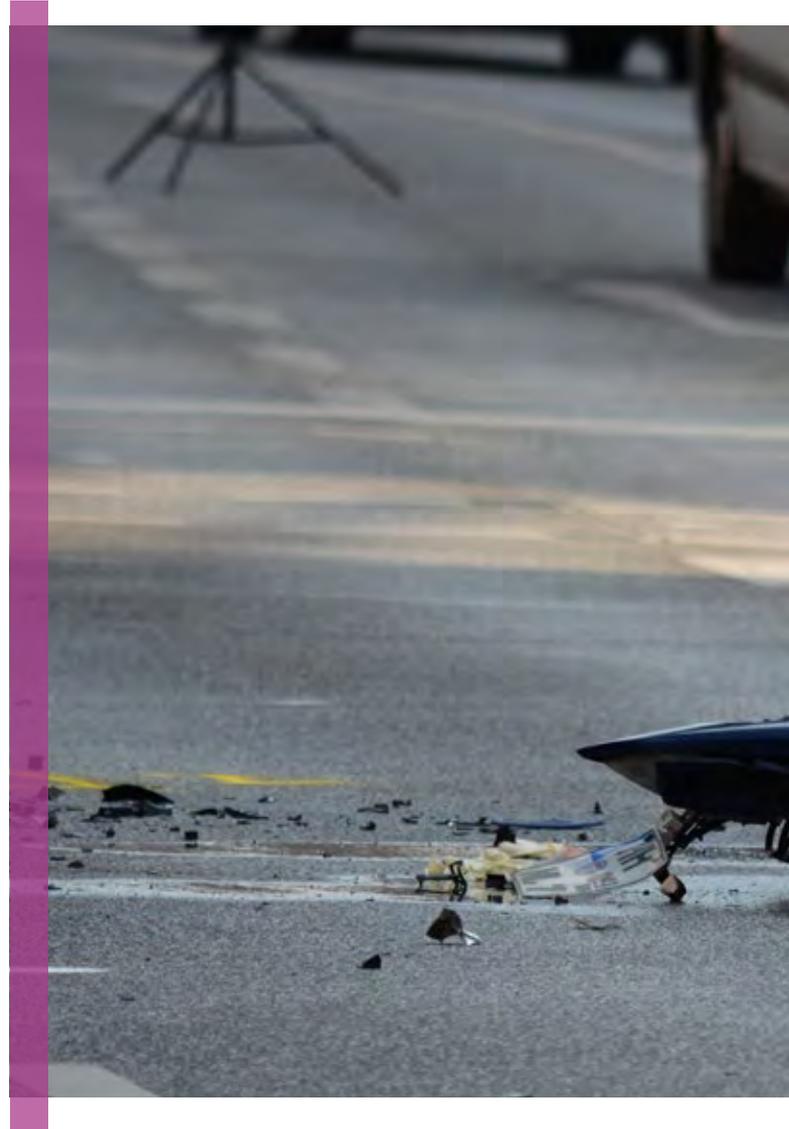
Declaró la sentencia de apelación que por lo demás la reciente Ley 35/2015 de 22 de septiembre de reforma del sistema de valoración de daños y perjuicios, publicada en BOE 23-9-2015 y que pronto entrará en vigor, se viene a ratificar esa corriente jurisprudencial, al establecer expresamente en su art. 115 el directo resarcimiento al lesionado del importe de las prótesis y órtesis que precise a lo largo de su vida. Concluye que cabe estimar

la indemnización por este concepto, por las circunstancias que expresa en la página 5 de la sentencia.

En cuanto a los intereses moratorios cita las SSTS de 12 de junio y 16 de diciembre de 2013, en lo relativo a que la apreciación de causa justa de exoneración ha de ser restrictiva no apreciándose justificación cuando, sin cuestionarse la realidad del siniestro, ni la cobertura, la incertidumbre surge únicamente en torno a la concreta cuantía. Concluye que no nos encontramos en un supuesto que permita la exoneración, sin perjuicio de la aplicación de los importes de las sucesivas consignaciones a la reducción del capital indemnizatorio.

Por Reale se formula recurso de casación. Recurso que desarrolla en dos motivos:

Motivo primero, por aplicación indebida del número 6 del apartado primero del



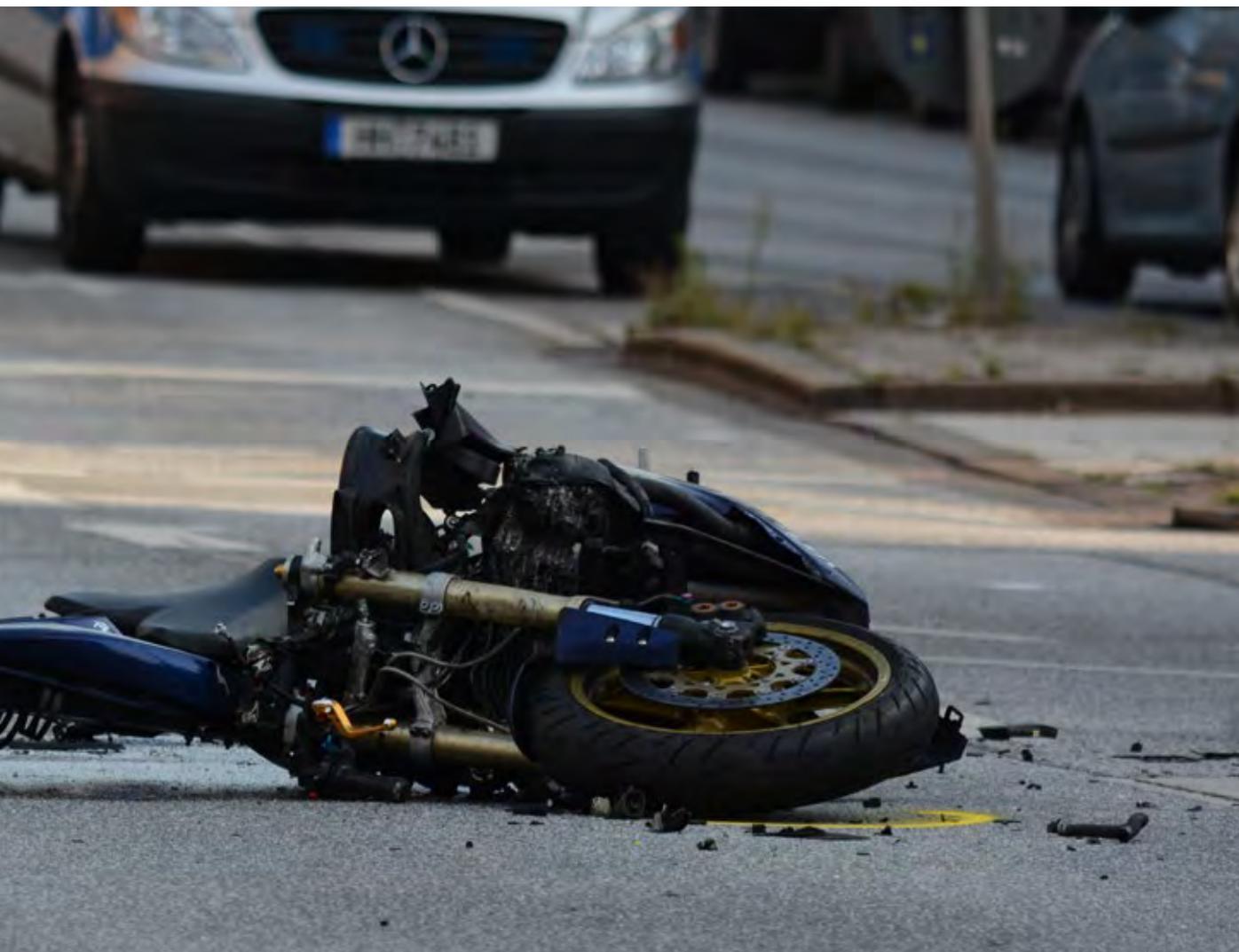
anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos de Motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, oponiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, SSTS 262/2015, de 27 de mayo, y 931/2011, de 29 de diciembre, a fin de que se declare infringida la jurisprudencia señalada porque a partir de la reforma operada por la Ley 21/2007, de 11 de julio, en ese precepto, no es posible la condena por gastos sanitarios no devengados al tiempo de consolidación de las secuelas. Dice la parte recurrente que la sentencia se opone a esta jurisprudencia desde el momento en que condena a un gasto futuro de recambios de la prótesis.

El motivo segundo, es por aplicación indebida del art. 20.8.º de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, por haber condenado a los intereses de demora, oponiéndose a las SSTS 908/2005, de 29 de noviembre, 1224/2004,

de 10 de diciembre, y otras que cita. Alega que existe causa justificada para no realizar el pago de la suma total reclamada, entrando en juego el art. 20.8.º LCS pues la diferencia se debe casi exclusivamente a la partida de recambio de prótesis por 459.000 euros.

SEGUNDO.- Motivo primero.

"Motivo primero.- Se denuncia la aplicación indebida por la sala sentenciadora del núm. 5 del apartado primero del 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; oponiéndose la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Tribunal Supremo, Sala 1.ª de lo Civil, sentencia 931/2011, de 29 de diciembre, rec. 1558/2008) a fin de que considere infringida la jurisprudencia señalada consistente en que, a partir de la reforma operada por la Ley 21/2007, de 11 de



julio, en el precepto referido, no es posible la condena a la aseguradora por gastos sanitarios no devengados al tiempo de la consolidación de las secuelas.

"En su redacción dada por la Ley 21/2007, de 11 de julio, el citado precepto establece:

"Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada".

"Pese a ello la sentencia recurrida estima la pretensión del demandante en cuanto al abono por mi mandante de la suma de 459.000 euros en concepto de recambios de los componentes de la prótesis femoral que se vayan a ejecutar en el futuro. Así, lo desarrolla en su fundamento jurídico tercero:

"En cuanto a la posibilidad de su reclamación, en atención a constituir una indemnización relativa a un hecho futuro (dado que la materialización del gasto vendrá a producirse en el momento en que se lleve a cabo el efectivo recambio), cabe decantarse en sentido favorable, dada la existencia real del daño (amputación de una pierna susceptible de corrección funcional mediante la implantación de una prótesis de componentes recambiables cada cierto tiempo) y su factible evaluación a través de un cálculo actuarial que permita determinar de forma adecuada una razonable previsión del gasto. En tal sentido, es de citar la SAP Barcelona, Sección 1.ª, de fecha 20-12-2013".

TERCERO.- Decisión de la sala. Gastos de mantenimiento y sustitución de la prótesis.

Se desestima el motivo.

La parte recurrente ante la redacción de anexo 6 del apartado primero del Real Decreto Legislativo 8/2004, antes transcrito, en la redacción de la Ley 21/2007, entiende que la cantidad de 459.000 euros que se aceptan en la sentencia recurrida por gastos de recambio de componente de la prótesis femoral, deben ser excluidos al ser posteriores a "la sanación o consolidación de las secuelas".

Dicha partida fue objeto de valoración, tras el análisis de la prueba pericial y por cálculo de

la edad del lesionado y la duración media de una prótesis (3 años en el peor de los casos y de 5 a 7 años en el mejor de los casos). Se partía de una edad de 32 años y con una proyección de vida de 78 años.

Consta que el sistema de Seguridad Social no se hará cargo del mantenimiento de la prótesis, al producirse el siniestro en un accidente de tráfico.

La aseguradora consignó 120.000 euros dentro de los tres meses posteriores al siniestro; 57.448,10 euros el 8 de marzo de 2012 y 78.449,53 euros con el allanamiento parcial a la demanda (23 de octubre de 2013).

Computadas las consignaciones en la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segunda instancia se condena a pagar a la aseguradora 584.766,96 euros, de los que 459.000 euros se corresponden con los recambios que en el futuro deberán afrontarse.

Esta sala debe declarar que la necesidad de la sustitución de las prótesis no es una mera posibilidad sino una realidad cierta, junto con la evidencia de un daño personal actual relacionado con el accidente de tráfico con consecuencias lesivas en el presente, no siendo de recibo que la aseguradora acepte el abono de una prótesis pero no su mantenimiento por desgaste o deterioro, cuando todo tiene origen en el siniestro de tráfico.

No se trata de un suceso futuro o incierto, sino de un evento actual con consecuencias económicas precisas y evaluables en la actualidad, ante un proyecto de vida que no peca de optimista.

No estamos ante una condena de futuro (art. 220 LEC), sino ante una condena pecuniaria de presente, por los perjuicios ciertos, conocidos, evaluables y no hipotéticos, que se producen al demandante.

Por ello se concede esta cantidad en la sentencia recurrida sin ir más allá de la fecha de la "sanación o consolidación" de las secuelas, sino que se parte de la situación existente en la fecha de la "consolidación", momento en que puede evaluarse el perjuicio y obtenerse la indemnidad.

Del mismo modo que la aseguradora considera razonable el abono de la prótesis instalada, en la fecha de la consolidación de las secuelas, debe asumir los gastos necesarios

para que la prótesis que en el inicio se considera aceptable, siga siéndolo a lo largo de la vida del lesionado.

El legislador no pretendió, ni lo ha dicho, que se asistiese ortopédicamente a los lesionados, en este caso, durante los tres primeros años (fecha de obsolescencia de las prótesis) y que tras dicho período fuesen ellos los que tuvieran que hacer frente a dichos materiales, suponiendo que tuvieran solvencia económica para ello, viéndose abocados, en caso contrario, a muletas o silla de ruedas, según los casos.

En este sentido la sentencia 991/2015, de 20 de octubre, y las que esta recoge, dan carta de naturaleza a los daños sobrevenidos reconocidos en el anexo primero-8 (SIC) (1.9) de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor 30/1995. Por lo que si los daños sobrevenidos e inciertos son objeto de cobertura en el seguro, con más justificación la tendrán los daños que se sabe que sobrevendrán y no pecan de incerteza sino de evidencia, actualidad y notoriedad.

Igualmente el apartado 1.7 del anexo al baremo establece: "7. La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas, y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado".

Asimismo en sentencia 218/2016, de 6 de abril, en la que fue parte la misma compañía de seguros que en el presente recurso (Reale) se refiere supuesto de "prótesis femoral" (siniestro acaecido el 27 de junio de 2009), sin que la aseguradora discutiese la idoneidad de las renovaciones futuras, declarando esta Sala:

"4.- La posibilidad de indemnizar estos gastos futuros que traen causa del accidente de tráfico, como perjuicio patrimonial, ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación, etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos, dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de salud que

conlleva el menoscabo psicofísico sufrido, está reconocida por la jurisprudencia de esta Sala (STS 22 de noviembre de 2010), sobre la base de entender los daños psicofísicos "en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud" y de aplicar como elemento de integración los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil que consideran daño patrimonial resarcible a toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso y, que al referirse a la indemnización del dicho daño corporal, establecen (artículo 10:202) que dicho daño patrimonial incluye "la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica".

"Este criterio ha sido recogido en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, al establecer expresamente en su artículo 115, el directo resarcimiento al lesionado del importe de las prótesis y órtesis que precise a lo largo de su vida, debiendo la necesidad, periodicidad y cuantía de los gastos de las prótesis y órtesis futuras acreditarse mediante el correspondiente informe médico desde la fecha de estabilización de las secuelas, teniéndose en cuenta para su valoración el tipo de secuela, la edad del lesionado, la periodicidad de la renovación de la prótesis y órtesis en función de su vida útil y el coste de las mismas, atendiendo a las necesidades y circunstancias personales del lesionado; gastos que se podrán indemnizar en forma de capital utilizándose el correspondiente factor actuarial de conversión establecido en la tabla técnica de coeficientes de capitalización de prótesis y órtesis incluida en las bases técnicas actuariales a las que hace referencia el art. 48 de la citada Ley".

CUARTO.- Motivo segundo.

Motivo segundo.- Se denuncia la aplicación indebida por la sala sentenciadora del art. 20.8.º de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS), en relación con el art. 18 del mismo cuerpo legal; infringiendo la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, (Sala Primera Civil, STS 908/2008, de 29 de noviembre, rec. 671/1999; 1224/2004, de 10 de diciembre, rec. 3500/1998; 685/2007, de 14 de junio, rec. 1500/2000), con el fin de que la Sala Primera del Tribunal Supremo fije como jurisprudencia que no se puede condenar a la aseguradora al abono de intereses del art.

20 LCS sobre cantidades presupuestadas para gastos sanitarios futuros.

QUINTO.- Decisión de la sala. Intereses del art. 20 de la LCS . Se estima parcialmente el motivo.

En la sentencia recurrida se imponen los intereses del art. 20 de la LCS a la aseguradora al entender que la discrepancia solo se basaba en la cuantía de la indemnización, por lo que declaraba en mora a la aseguradora.

Esta sala ha declarado que la mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial (sentencia 31/2018, de 30 de mayo, y las que ella cita).

En el presente caso, constan lesiones verificadas desde el inicio, entre la que destaca la amputación de la pierna izquierda, secuelas cuya indemnización debió ser afrontada, sin dudas, por la aseguradora, y que lo fue haciendo paulatina y parcialmente, por lo que no se haya justificación para los retrasos en el pago.

Sin embargo, con respecto al mantenimiento y sustitución de las prótesis, nos enfrentamos con una situación dudosa, en cuanto a su cobertura, sobre las que las diferentes Audiencias Provinciales han mantenido posturas contrarias, derivadas de los vaivenes legislativos sobre la materia, por lo que esta sala halla razonable la oposición de la aseguradora (art. 20.8 de la LCS), ante un tema ciertamente controvertido y de enconada interpretación, que a la postre es considerado por esta sala integrado dentro de la cobertura del seguro y como tal, abonable por la aseguradora.

En base a ello, debemos entender:

1. La aseguradora consignó dentro del plazo preceptivo 120.000 euros, por los que no deberá pagar interés alguno.

2. Sin embargo, sí deberá abonar el interés del art. 20 de la LCS desde la fecha del siniestro hasta el pago, por lo que se refiere a los 57.448,10 euros, consignados el 8 de marzo de 2012.

3. También deberá abonar el interés del art. 20 de la LCS desde la fecha del siniestro hasta el pago, por lo que refiere a los 78.449,53 euros consignados con el allanamiento parcial de la demanda (23 de octubre de 2013).

4. Deberá abonar intereses del art. 20 de la LCS desde la fecha del siniestro, por el resto de las cantidades no abonadas ni consignadas, excepto las referidas en el siguiente apartado, (folio 6 de los autos), a saber, 125.766,37 euros.

5. El resto de la reclamación se correspondía con el mantenimiento y sustitución de la prótesis, suma que justificadamente consideró dudosa la aseguradora por lo que con respecto a la misma no se devengarán intereses del art. 20 de la LCS.

SEXTO.- Estimada parcialmente la demanda, el recurso de apelación y el recurso de casación, no procede imposición de costas (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

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

1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la entidad Reale Seguros Generales S.A. contra sentencia de 6 de noviembre de 2015 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra (rollo de apelación 432/2015).

2.º- Casar parcialmente la resolución recurrida en el sentido de establecer que los intereses del art. 20 de la

LCS, se efectuarán conforme se determina en el fundamento de derecho quinto de la presente sentencia.

3.º- No procede imposición de las costas de la primera, de la segunda instancia ni de la casación. Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para el recurso de casación.

Librese 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.

Gastos futuros (prótesis) y artículo 20.8 LCS

La sentencia resuelve los dos motivos de recurso que interpuso la aseguradora REALE contra la sentencia que había confirmado la previa condena al pago de 584.766,96 euros (se habían producido pagos anteriores y allanamiento parcial), de los que 459.000 euros correspondían al coste de recambio de una prótesis femoral, más intereses del artículo 20 LCS. Los recursos se referían al pago de gastos médicos futuros en accidente anterior al 01/01/2016 por aplicación indebida del número 6 del apartado primero del anexo; y al artículo 20.8 LCS.

La sentencia desestima el primero, manteniendo que la renovación de las prótesis “no se trata de un suceso futuro, sino de un evento actual con consecuencias económicas precisas y evaluables en la actualidad, ante un proyecto de vida que no peca de optimista”, porque “no estamos ante una condena de futuro (art. 220 LEC) sino ante una condena pecuniaria de presente, por los perjuicios ciertos, conocidos, y no hipotéticos, que se producen al demandante”. Añade que la aseguradora debe “asumir los gastos necesarios para que la prótesis que en el inicio se considera aceptable, siga siéndolo a lo largo de la vida del lesionado”.

(...) “no estamos ante una condena de futuro (art. 220 LEC) sino ante una condena pecuniaria de presente, por los perjuicios ciertos, conocidos, y no hipotéticos, que se producen al demandante”. Añade que la aseguradora debe “asumir los gastos necesarios para que la prótesis que en el inicio se considera aceptable, siga siéndolo a lo largo de la vida del lesionado”. (...)

Confirma la sentencia este criterio con cuatro argumentos: a) que si son aceptables los daños sobrevenidos, “con más justificación la tendrán los daños que se sabe que sobrevendrán y no pecan de incerteza sino de evidencia, actualidad y notoriedad”; b) porque el apartado 1.7 del anexo del baremo establecía la necesidad de asegurar la total indemnidad; c) porque la propia recurrente (Reale) en anterior sentencia de la Sala sobre similar cuestión no discutió la idoneidad de las renovaciones futuras, estableciéndose en dicha sentencia como criterio orientador el artículo 10:202 de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil; y d) porque el vigente artículo 115 del RDL8/2004, tras la reforma de la Ley 35/2015, expresamente contempla esta partida.

Y estima parcialmente el segundo motivo, considerando que al ser la renovación de las prótesis un tema “ciertamente controvertido y de enconada interpretación”, excluyendo del devengo de los intereses moratorios del 20.4 LCS la partida correspondiente “con el mantenimiento y sustitución de la prótesis”.

COMENTARIO

Se confirma la tesis iniciada en la STS nº 218/2016, de 6 de abril (ponente Seijas), pero se añade la voluntad de definir los gastos de renovación o mantenimiento de prótesis eludiendo su calificación como “futuros”, y englobándolos en el total de gastos necesarios. Se acumulan los argumentos en tal sentido, de manera que deviene incluso residual la referencia al vigente artículo 115.

Y ratifica la interpretación muy restrictiva del artículo 20.8 LCS que exige “situación dudosa en cuanto a su cobertura”, “tema ciertamente controvertido” y “enconada interpretación” para su aplicación.



Acción de repetición ejercitada por el CCS conjuntamente frente al conductor responsable del siniestro y su aseguradora (que finalmente se acreditó que aseguraba al vehículo causante). Se desestima la demanda frente al conductor.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 17 de Enero de 2019

Ponente: Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes

1.- La cuestión litigiosa objeto del presente recurso de casación versa sobre la procedencia de una acción de repetición ejercida por el Consorcio de Compensación de Seguros que, después de pagar la indemnización por existir controversia sobre la vigencia de la póliza, se dirige conjuntamente contra la aseguradora (que finalmente resulta obligada al pago) y el conductor (y propietario) del vehículo causante del accidente de circulación.

El Consorcio fundamentó la legitimación pasiva de los demandados en las siguientes normas: la de la aseguradora en los arts. 1158 CC, 8.1.d) disp. adicional 8.ª de la Ley 30/1995, 11.1.d) del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de

octubre (en adelante, LRCSCVM); la del conductor causante del accidente en el art. 1.1 LRCSCVM; y la del propietario del vehículo, de forma alternativa respecto de la aseguradora, si finalmente se acredita que el vehículo no estaba asegurado, en los arts. 1.1 "in fine", 2 y 11.3 LRCSCVM.

2.- El juzgado estimó la demanda contra el sr. Hugo , conductor del vehículo, por aplicación del art. 1 del Texto Refundido, y absolvió a las dos aseguradoras demandadas. En primer lugar, absolvió a Hilo Direct Seguros S.A. porque el accidente tuvo lugar el 16 de octubre de 2013 y la póliza de esta compañía estuvo vigente solo hasta el 28 de diciembre de 2012. En segundo lugar, absolvió a Allianz Seguros y Reaseguros S.A. (en adelante, Allianz), que aseguró el vehículo con posterioridad a Hilo Direct, porque consideró que su póliza se había extinguido antes del accidente. De esta forma, el juzgado acogió las alegaciones de Allianz, que probó que el sr. Hugo , propietario inicial del vehículo, y que tenía concertado el seguro obligatorio con Allianz, vendió el vehículo el 30 de agosto de 2013 al sr. Hugo , y el 11 de septiembre de 2013, la parte de prima que se consideró no

consumida, fue extornada para el aseguramiento de otro vehículo del vendedor.

3.- Interpusieron recurso de apelación el Consorcio y el sr. Hugo . El Consorcio defendió que debía declararse la responsabilidad de Allianz por aplicación del art. 34 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro (LCS), porque el vehículo se vendió con el seguro, el comprador pagó un precio por ello y tenía la fotocopia de la póliza, de modo que se subrogó en el contrato de seguro. Argumentó que Allianz conocía la venta y debió dirigirse contra el nuevo propietario para dar de baja la póliza, que había sido cancelada irregularmente. El sr. Hugo solicitó su absolución con el argumento de que, por aplicación del citado art. 34 LCS, debía entenderse, con argumentos similares a los utilizados por el Consorcio, que Allianz seguía vinculada por el seguro. La Audiencia estimó el recurso del Consorcio y condenó a Allianz, por entender que en el momento del accidente se mantenía el seguro del vehículo que causó el accidente de circulación ya que, teniendo conocimiento de la venta, Allianz pudo resolver el contrato y notificarlo al sr. Hugo , en los términos del art. 35 LCS, cosa que no hizo.



La Audiencia estimó también el recurso del sr. Hugo y lo absolvió. Puesto que este es el único pronunciamiento que se impugna ahora en casación en el recurso interpuesto por el Consorcio, parece oportuno señalar las razones en las que la Audiencia fundamentó su decisión:

"El art. 11.3 de la Ley 8/2004 prevé la posibilidad de que el Consorcio pueda repetir en los supuestos definidos en el art. 10, precepto que regula la acción de repetición contra el conductor, propietario y asegurado si el daño fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de un vehículo no asegurado.

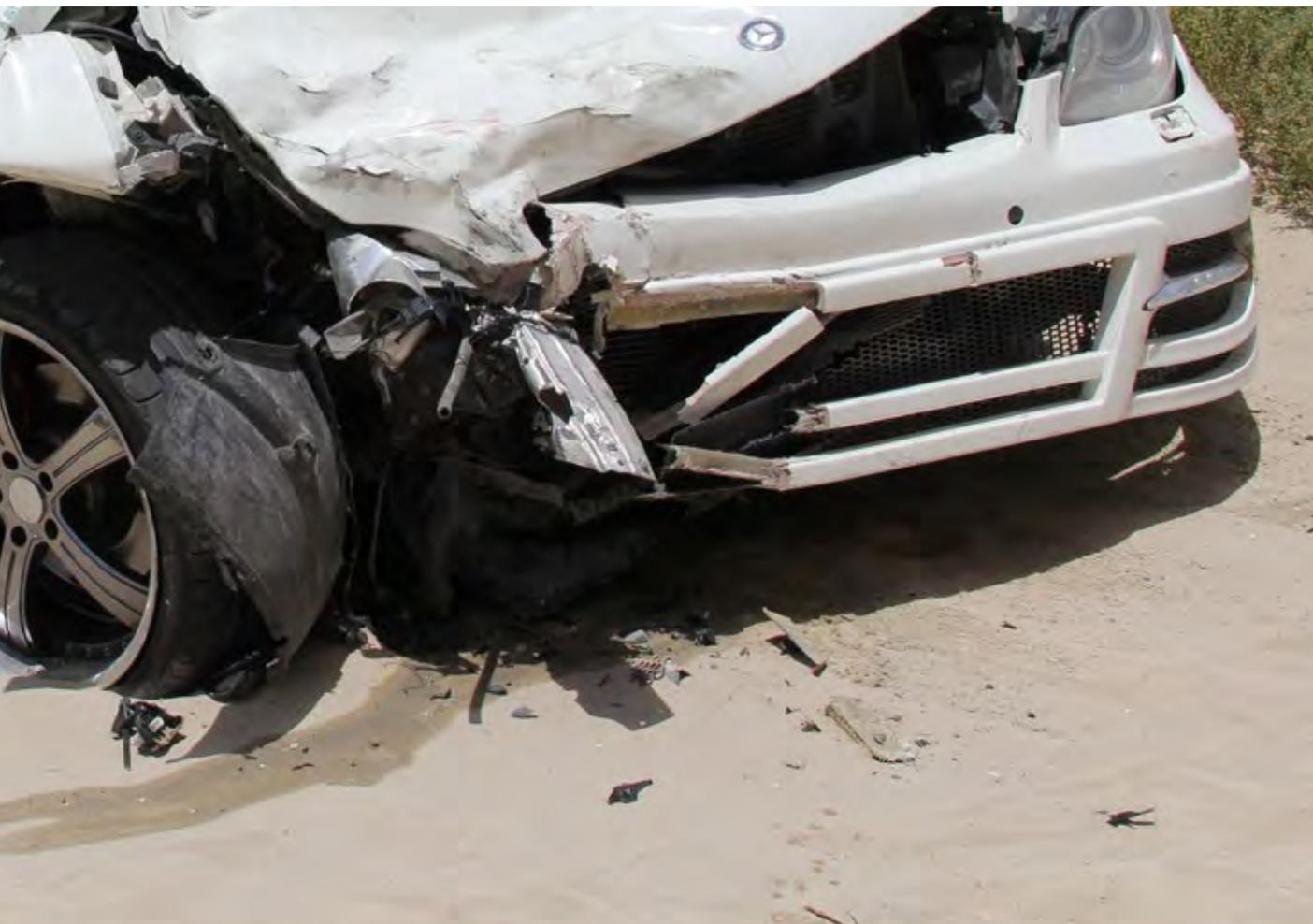
"En consecuencia, manteniendo el vehículo aseguramiento obligatorio que regula su circulación (sic), tal como anteriormente quedó establecido, y al tratarse de una acción de repetición en base a culpa extracontractual y no careciendo el vehículo causante del mismo de contrato de seguro obligatorio, a cuya suscripción venía obligado el

propietario conforme a lo previsto en el art. 2.1 del repetido Real Decreto, en orden a la acción de repetición, de los citados arts. 10 y 11.3 del mismo texto normativo, no concurriendo en el propietario conductor ninguna de las antedichas circunstancias resultando absuelto en el previo proceso penal. En consecuencia, no procede efectuar pronunciamiento de condena contra el propietario y conductor sr. Hugo, en relación con la acción de repetición que se examina en el presente procedimiento".

4.- El Consorcio de Compensación de Seguros interpone recurso de casación en el que solicita que se dicte sentencia por la que se revoque la de la Audiencia en el único sentido de declarar la existencia de responsabilidad civil del conductor y, en consecuencia, añadir la condena de dicho conductor causante del accidente a abonar solidariamente con la compañía de seguros la indemnización anteriormente abonada por el Consorcio.

SEGUNDO.- Recurso de casación

El recurso de funda en un único motivo dividido



en tres apartados en los que se denuncia: i) infracción del art. 1 apartado 1 de la LRCSCVM; ii) infracción del art. 11 apartado 3 (con su remisión al art. 10 de la LRCSCVM; iii) infracción del art. 1158 CC y del art. 43 LCS. Justifica el interés casacional mediante la cita de sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales por lo que se refiere a la acción de repetición contra el conductor en los casos en los que el Consorcio ha pagado la indemnización en los supuestos de controversia sobre la entidad aseguradora, así como mediante la cita de jurisprudencia de esta sala sobre responsabilidad del conductor.

En el desarrollo del motivo, el recurrente razona, en primer lugar, que conforme al art. 1 apartado 1 de la LRCSCVM, el conductor causante de los daños es responsable siempre, con independencia de que exista o no la cobertura de un seguro y explica que esa es la razón del propio seguro de responsabilidad civil. Añade que la responsabilidad del conductor y la de aseguradora es solidaria y que la acción directa contra la aseguradora es una facultad del perjudicado, no una obligación. Concluye que, al pagar, el Consorcio se coloca en la posición de aquel al que paga, no en posición de aquel por quien paga.

En segundo lugar, el recurrente alega que la sentencia realiza una interpretación errónea del art. 11.3 LRCSCVM. Razona que el art. 11.3 no modifica la responsabilidad que, con carácter general, establece el art. 1 y que la interpretación de la sentencia recurrida haría de mejor condición al conductor cuando se duda sobre la existencia de un seguro. Añade que el art. 11.3 prevé la posibilidad del Consorcio de repetir, no solo en los supuestos de inexistencia de seguro, sino también en todos los supuestos del art. 10 LRCSCVM. Explica que el art. 10 expresamente menciona en su letra a) la repetición del asegurador contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, pero añade que el art. 10, en su letra d) establece el derecho de repetición "en cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes". Concluye el recurrente que entre los supuestos incluidos en esta letra d) se encuentra la repetición contra el responsable civil de los daños abonados al perjudicado por el Consorcio.

En tercer lugar, el recurrente alega que la sentencia infringe el art. 1158 CC y el art. 43 de la Ley del contrato de seguro. Razona que cuando el Consorcio paga porque existen dudas sobre la existencia del seguro obligatorio del automóvil [art.

11.1.d) LRCSCVM] paga por otro (art. 1158 CC) y se coloca en el lugar del que cobra (perjudicado en el accidente) no de aquel por el que se paga.

El recurrente termina solicitando que se dicte jurisprudencia en el sentido de que, una vez abonada la indemnización en los supuestos de controversia, el Consorcio de Compensación de Seguros se subroga en la posición del perjudicado al que indemnizó y, en consecuencia, tiene acción de repetición contra el conductor responsable civil del accidente y contra la aseguradora si finalmente se resuelve que el seguro estaba vigente a la fecha del accidente por cuanto el conductor responsable y la aseguradora son responsables civiles solidarios.

TERCERO.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso

1.- La cuestión jurídica que se plantea en este recurso es si el Consorcio que paga a los perjudicados en caso de controversia tiene acción de repetición contra el conductor causante del accidente cuando ulteriormente ha quedado establecida la obligación de la compañía de seguros de indemnizar.

En el caso el Consorcio, después de pagar a los perjudicados por el accidente se dirige conjuntamente contra la aseguradora y el conductor del vehículo causante del accidente de circulación. Ha quedado firme la obligación de la entidad aseguradora de indemnizar, una vez que la Audiencia consideró probado que el vehículo estaba asegurado por Allianz. Por este motivo, la Audiencia condenó a la aseguradora a abonar al Consorcio la indemnización que este había pagado a los perjudicados por el accidente más los intereses legales, incrementados en un 25 por 100 desde la fecha en que abonó la indemnización, conforme a lo dispuesto en el art. 11.1.d) LRCSCVM. Pero el Consorcio, que había dirigido su demanda tanto contra la aseguradora como contra el conductor, que viene absuelto, pretende que se declare la responsabilidad de este último de forma solidaria con su aseguradora. Argumenta que así resulta de la aplicación de los arts. 1.1, 11.3 y 10.d) LRCSCVM y de los arts. 1158 CC y 43 LCS.

2.- Debemos partir del marco normativo en el que debe resolverse la cuestión.

i) La obligación impuesta al Consorcio de indemnizar al perjudicado en caso de controversia con la entidad aseguradora responde a la condición de organismo o fondo de garantía que la ley atribuye al Consorcio al objeto de indemnizar daños causados por vehículos de motor en ciertas circunstancias (art. 11.3 del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado

por Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre).

ii) En particular, conforme al art. 11.1.d) LRCSCVM, corresponde al Consorcio indemnizar los daños a las personas y en los bienes cuando surgiera controversia entre el Consorcio y la entidad aseguradora acerca de quién debe indemnizar al perjudicado. Añade el precepto que "si ulteriormente se resuelve o acuerda que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora, ésta reembolsará al Consorcio de Compensación de Seguros la cantidad indemnizada más los intereses legales, incrementados en un 25 por 100, desde la fecha en que abonó la indemnización". El art. 20.2 del 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, aclara que a "efectos de lo dispuesto en el artículo 11.1.d) del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, se entenderá que existe controversia entre el Consorcio de Compensación de Seguros y la entidad aseguradora cuando ésta presente ante el Consorcio requerimiento motivado en relación al siniestro, o el perjudicado presente reclamación ante el Consorcio a la que acompañe justificación de que la entidad aseguradora rehúsa hacerse cargo del siniestro, y el Consorcio estimase que no le corresponde el pago".

iii) Con carácter general, el art. 11.3 LRCSCVM se ocupa de los casos en los que el Consorcio que ha satisfecho una indemnización dispone de un derecho de repetición contra las personas por las que está obligado a adelantar la indemnización al perjudicado.

Conforme al art. 11.3 LRCSCVM, "el perjudicado tendrá acción directa contra el Consorcio de Compensación de Seguros en los casos señalados en este artículo, y éste podrá repetir en los supuestos definidos en el artículo 10 de esta Ley, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado, o contra los autores, cómplices o encubridores del robo o robo de uso del vehículo causante del siniestro, así como contra el responsable del accidente que conoció de la sustracción de aquel".

De esta forma, el Consorcio, cuando ha pagado como asegurador, puede repetir al igual que cualquier otro asegurador, en los términos previstos en el art. 10 LRCSCVM, y tiene reconocido igualmente un derecho de repetición en los casos de vehículos sin seguro o robados contra las personas que establece el art. 11.3 LRCSCVM.

iv) Para los supuestos de controversia,

como es el que se plantea en este recurso, el art. 11.1.d) LRCSCVM determina expresamente que, si después del pago de la indemnización por el Consorcio se resuelve que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora, es esta quien debe reembolsar al Consorcio la cantidad que haya abonado a los perjudicados más los intereses legales, incrementados en un 25 por 100, desde la fecha en que abonó la indemnización.

3.- A la vista de lo anterior el recurso de casación del Consorcio debe ser desestimado. La pretensión del Consorcio de que se declare el derecho de repetición contra el conductor a pesar de que se haya declarado la vigencia del seguro y el consiguiente reembolso al Consorcio por parte de la aseguradora no tiene apoyo en la ley.

En los casos de controversia la ley establece la obligación del Consorcio de indemnizar al perjudicado para evitar demoras en el pago de las indemnizaciones en razón de la duda de la existencia de obligación de la entidad aseguradora. Si finalmente se confirma que la aseguradora no debe indemnizar (por ejemplo, porque se confirma que el vehículo no estaba asegurado), el Consorcio podrá repetir contra el conductor en los términos que resultan de los arts. 11.3 y 10 LRCSCVM. Por el contrario, si ulteriormente queda establecida la obligación de pagar de la entidad aseguradora, como ha sido el caso, el Consorcio ha pagado en su lugar. El Consorcio solo podrá repetir contra el conductor en los mismos casos en que hubiera podido repetir contra él la entidad aseguradora.

Resulta improcedente amparar la acción del Consorcio contra el conductor en el art. 10.d) LRCSCVM, que termina la enumeración de los supuestos en que el asegurador puede repetir con una referencia a "cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes". No hay una previsión normativa que contemple la repetición contra el conductor cuando se resuelva que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora. Contra lo que dice la parte recurrente, tampoco puede deducirse ese derecho a repetir contra el conductor de la responsabilidad de los daños causados por el conductor que establece el art. 1 LRCSCVM. De esta responsabilidad deriva la obligación de indemnizar al perjudicado, y ello justifica el reconocimiento de la acción directa del perjudicado frente al asegurador de la responsabilidad civil (art. 76 LCS). Pero, puesto que la responsabilidad del conductor no justifica que el asegurador pueda repetir contra él fuera de los casos previstos en la ley [art. 10.a) LRCSCVM], tampoco ampara que pueda hacerlo el Consorcio cuando paga como fondo de garantía más allá de los supuestos expresamente contemplados en el art.

11 LRCSCVM.

Resta añadir, por agotar la respuesta a las alegaciones del Consorcio, que la acción de repetición contra el conductor no es un supuesto de pago por tercero del art. 1158 CC. Este precepto se refiere a quien, sin tener obligación de pagar, voluntariamente cumple una deuda ajena. En los casos de controversia el Consorcio paga porque así lo dispone la ley [art. 11.1.d) LRCSCVM] y es a lo que dispone esta norma específica a lo que debe estarse por lo que se refiere a las posteriores acciones de reembolso.

Finalmente, la acción de repetición contra el conductor tampoco está amparada por el art. 43 LCS, que permite al asegurador, una vez pagada la indemnización, ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo. La acción del art. 43 permite a la entidad aseguradora que ha pagado a su asegurado dirigirse frente a los responsables para evitar que estos resulten beneficiados por el hecho de que el perjudicado tuviera un seguro de daños que haya asumido el pago de la indemnización. En nuestro caso, el Consorcio ha pagado al perjudicado porque así lo establece la ley y con los efectos en orden a la repetición que resultan de la misma ley y que ya hemos expuesto.

Por todo ello, procede desestimar el recurso interpuesto por el Consorcio de compensación de seguros y confirmar la sentencia recurrida.

CUARTO.- Costas y depósito

La desestimación del recurso de casación comporta que se impongan a la parte recurrente las costas ocasionadas por el mismo (arts. 398.1 y 394 LEC) y la pérdida del depósito constituido para su interposición (disp. adic. 15.9 LOPJ).

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 de casación interpuesto por el Consorcio de Compensación de Seguros contra la sentencia dictada con fecha 30 de mayo de 2016, aclarada por auto de 4 de julio de 2016 por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª sede de Oviedo), en el rollo de apelación n.º 206/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 550/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Oviedo

2.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Asíse acuerdo y firma.



Recomiendo lectura pausada de esta Sentencia y hacerlo de principio a fin, lo que permitirá conocer bien la postura del recurrente y a continuación los fundamentos del alto tribunal para desestimar el recurso. Y lo recomiendo porque la perplejidad con la que iba enfrentándome a este asunto me motivó a hacerlo así, y la verdad es que la lección magistral de la Magistrada te hace terminar su lectura con una sensación de alivio que pocas veces me había ocurrido. Y ese alivio viene por la congoja que sufres al ver el posicionamiento del Consorcio de Compensación de Seguros en su planteamiento y pretensión de que sea condenado el conductor junto con su aseguradora, que ya había sido condenada en segunda instancia al darse por probado que si había seguro obligatorio en vigor, cuando el Consorcio había intervenido por controversia ante un presunto no aseguramiento

Como resumen de hechos, se trata de un accidente provocado por un vehículo del que las dos posibles entidades que podían asegurar el coche en la fecha del accidente habían rehusado por no aseguramiento. La primera entidad, Direct Seguros, había finalizado su contrato casi un año antes del accidente, y la segunda entidad, Allianz, con quien contrató tras la baja en la entidad anterior, alegaba que la póliza estaba extinguida por venta del vehículo y extorno de prima. El Consorcio atiende a los perjudicados por controversia y tras indemnizar ejercita la acción de repetición contra el conductor y la aseguradora (demandó

“(...) en los supuestos de controversia, la Ley determina expresamente que, si después del pago de la indemnización por el Consorcio se resuelve que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora, es esta quien debe reembolsar al Consorcio la cantidad que haya abonado a los perjudicados”

a ambas entidades). En primera instancia se absuelve a ambas entidades y se condena al conductor solamente. En segunda instancia se establece que sí hay póliza en vigor con Allianz, y por lo tanto absuelve al conductor y condena a Allianz. El Consorcio recurre en Casación por la absolución del conductor.

El Consorcio eleva este asunto al Tribunal Supremo pese a que ya tenía resuelta la repetición a su favor, solicitando que también debía establecerse la responsabilidad civil del conductor causante del accidente y abonar solidariamente con Allianz la indemnización anteriormente abonada por el Consorcio. El argumento que sostiene es que el conductor causante es responsable siempre, con independencia de que exista o no la cobertura de un seguro, siendo esta la razón del propio seguro de Responsabilidad Civil. Alega que la acción directa es una facultad del perjudicado, no una obligación, y que cuando el Consorcio repite se coloca en la posición de aquel al que paga, no en posición de aquel por quien paga. También se alega que el art. 11.3 de la LRCSCVM no debe interpretarse solo para supuestos de no aseguramiento, sino también para cualquier supuesto de los establecidos en el art. 10 de la misma Ley. Pese a que he hablado de mi congoja al leer esta posición del Consorcio, no es menos cierto que el interés casacional existe por las sentencias contradictorias y, su interpretación, de la jurisprudencia de la sala 1ª.

COMENTARIO

Es de imaginar que realmente el interés del Consorcio es resolver algunos problemas que haya tenido en otras repeticiones, donde se haya resuelto que, no quedando acreditada la responsabilidad del conductor, no procedía el derecho de repetición por falta de aseguramiento, pues no se entiende entonces que se acuda a Casación cuando la Audiencia Provincial ya ha resuelto el problema que dio origen a la controversia y que estableció que la aseguradora no podía quedar exonerada del pago (aunque sea unas líneas, mas tarde comentaré el problema del aseguramiento y la transmisión de vehículos). También puede entenderse por la condena en costas cuando se demanda a ambos (conductor y aseguradora) y se le libera al conductor por quedar acreditado el aseguramiento.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo es clara, didáctica e incluso académica. Hace un análisis de la legislación vigente, tanto la Ley de Responsabilidad Civil como el Reglamento, para determinar que, en los supuestos de controversia, la Ley determina expresamente que si después del pago de la indemnización por el Consorcio se resuelve que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora, es esta quien debe reembolsar al Consorcio la cantidad que haya abonado a los perjudicados más los intereses legales, incrementados en un 25%, desde la fecha en que abonó la indemnización, considerando que la pretensión del Consorcio de que, declarada la vigencia de la póliza, también se declare el derecho de repetición contra el conductor no tiene apoyo en la Ley. Y también resuelve que el Consorcio solo podrá repetir contra el conductor en los mismos casos en que hubiera podido repetir contra él la entidad aseguradora, por lo que realmente el Consorcio se pone en la posición de por quién paga y no de a quién paga.

Respecto al argumento del Consorcio sobre la pretendida aplicación del art. 10 LRCSCVM en coordinación con el art. 11 de la misma Ley, determina de forma contundente: *“Pero, puesto que la responsabilidad del conductor no justifica que el asegurador pueda repetir contra él fuera de los casos previstos en la ley [art. 10.a) LRCSCVM], tampoco ampara que pueda hacerlo el Consorcio cuando paga como fondo de garantía más allá de los supuestos expresamente contemplados en el art. 11 LRCSCVM”*. Y más aún, le indica que la repetición del Consorcio no es un supuesto de pago por tercero del art. 1158CC, sino de quien cumple una deuda ajena, ni le es de aplicación el Art 43 de la LCS, donde se regula la subrogación de lo abonado por la aseguradora a su asegurado.

Así, uno tras otro ha ido desmontando todos los argumentos planteados por el Consorcio para conseguir un pronunciamiento contra el conductor causante, cuando ya le había sido reconocido el aseguramiento en segunda instancia (firme, al no haber sido recurrido por la aseguradora) y por lo tanto ya había sido resuelto favorablemente el reembolso de las indemnizaciones abonadas por controversia. Y tal como empezaba, me quedo aliviado de pensar que lo que creía saber, el Tribunal Supremo confirma que no estaba equivocado

Pero no puedo terminar sin hacer mención al origen del problema y es el presunto no aseguramiento del vehículo por haber sido transferido y extornada la parte de prima no consumida. Artículos de la Ley de Contrato de Seguro, 34 y 35, que se incumplen por las aseguradoras de forma permanente y puedo decir que pocas veces he visto que se haga bien. La aseguradora quiere asegurar el nuevo coche del cliente al que ya conoce, por lo que quiere evitar el nuevo propietario, y muchas veces ni solicita escrito del asegurado diciendo que ha vendido el coche con acuerdo de no transferirle la póliza. Se limitan a hacer nueva póliza o suplemento por cambio de vehículo, se extorna la prima no consumida para el nuevo vehículo y se manda a FIVA la cancelación. Luego cruzan los dedos para que no haya ningún accidente posterior donde se demuestre que el nuevo propietario no había asegurado ele coche. La Ley de Contrato de Seguro necesita una profunda revisión, pero, mientras tanto, es aconsejable que las compañías actúen como dice la norma.

Seguro de Directivos y Administradores. Se considera cláusula limitativa de los derechos del asegurado, la que excluye la responsabilidad por deudas tributarias de los Administradores.

Sentencia del Tribunal Supremo. (Sala 1ª)
de 29 de Enero de 2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia. Bruno y Apolonio son administradores solidarios de Puente Fierros, S.L.

El 28 de noviembre de 2011, Puente Fierros concertó con la compañía aseguradora Zurich una póliza de responsabilidad civil que cubría aquella en que podían incurrir sus administradores sociales, así como los gastos de defensa.

Bajo la vigencia de esta póliza, el 15 de julio de 2014, como consecuencia del impago de unas deudas tributarias de Puente Fierros, la AEAT acordó la responsabilidad subsidiaria de los dos administradores de la sociedad (Bruno y Apolonio), que ascendía a un total de 66.713,32 euros. La defensa de estos dos administradores en el procedimiento administrativo que concluyó con la derivación de responsabilidad les supuso un coste de 924,44 euros.

2. Bruno y Apolonio presentaron una demanda en la que pedían, en cumplimiento de la póliza de seguros mencionada, la condena de Zurich a cubrir tanto la responsabilidad derivada por AEAT (66.713,32 euros), como los gastos de defensa (924,44 euros).

3. Zurich se opuso a la demanda porque la responsabilidad derivada por la AEAT a los administradores de la sociedad respecto de las deudas tributarias de la sociedad no estaba cubierta por la póliza, conforme a lo dispuesto en el condicionado general.

El artículo 1 de las condiciones generales, relativo a la cobertura del seguro, dispone lo siguiente:

"El Asegurador pagará por cuenta de cualquier Persona Asegurada, toda Pérdida procedente de, o a consecuencia de, cualquier Reclamación presentada contra la misma por primera vez durante el Periodo de Seguro, salvo cuando dicha Persona Asegurada sea indemnizada por la Sociedad Asegurada".

La definición de "Pérdida" contenida en el apartado 2.19.1 de la póliza es la siguiente: "Daños (...) que el asegurado esté legalmente obligado a pagar".

La aseguradora argumentó que no quedaban incluidas dentro del concepto de "Pérdida" el impago de impuestos, multas o sanciones, tal y como se expresa en el apartado 2.19.3 de las condiciones generales:

"Pérdida no incluye impuestos, contribuciones a la Seguridad Social, multas o sanciones impuestas en virtud de la ley o la parte que corresponda al incremento de cualquier indemnización en concepto de daños punitivos, ejemplarizantes o sancionadores, daños que no sean asegurables en virtud de la ley aplicable a esta póliza, o Gastos de Limpieza".

La demandada entiende que se trata de una cláusula delimitadora del riesgo y, conforme a ella, queda claro que la derivación de responsabilidad a los administradores respecto de las deudas tributarias de la sociedad no está cubierta por la póliza de responsabilidad civil.

4. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, pues entendió que el apartado 2.19.3 de las condiciones generales es una cláusula limitativa de derechos. En las condiciones especiales se habla de reclamación, sin mayor distinción, por lo que en principio la

derivación de responsabilidad por parte de la AEAT estaría cubierta, y la exclusión que el apartado 2.19.3 hace de los impuestos sería limitativa, en cuanto que merma el alcance de la cobertura inicial del impuesto. En consecuencia, el juzgado condenó a la aseguradora al pago de las cantidades reclamadas.

5. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estima el recurso y absuelve a la demandada. La sentencia de apelación, después de recordar la jurisprudencia aplicable al caso, concluye que la cláusula 2.19.3 no es limitativa de derechos, sino delimitadora del riesgo, y por ello válida aunque no esté firmada por el tomador del seguro. En este sentido, razona lo siguiente:

"En definitiva en este caso la regulación o definición que del riesgo de pérdida financiera descrito en el condicionado particular, equiparándolo al de "daños que el asegurado este obligado a pagar" se hace en el condicionado general, no puede estimarse suponga una limitación de la propia garantía una vez producido el primero, sino que define y delimita el propio objeto de cobertura, en el sentido que refiere la jurisprudencia citada en el precedente fundamento de derecho, en cuanto determina cual es el concretado riesgo cubierto bajo tal concepto de pérdida, estableciendo una exclusión objetiva debidamente destacada y sombreada, en relación a las procedentes de pago de impuestos, de la que resulta en forma clara e inequívoca en su propia literalidad que los impuestos no tienen consideración de pérdida, lo que en absoluto puede reputarse sorpresivo o contrario al contenido usual o normal de este seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos (...). (E)n este caso no puede estimarse que la exclusión de la pérdida derivada del impago de impuestos sea contraria o anormal al contenido propio de este seguro según la definición que del mismo se contiene en el art. 73 de la LCS, pues el pago de un impuesto ni es propiamente un daño que el asegurado este legalmente obligado a pagar a un tercero, ni tampoco representa una pérdida financiera para la empresa sino que constituye una obligación legal a la que debe hacer frente la misma. Es más en este caso los impuestos reclamados a los administradores son aquellos derivados de retenciones de IVA e IRPF, ya cobrados por la sociedad que administraban que posteriormente no fueron ingresados ni declarados la Agencia Tributaria, y el hecho de que la reclamación de su importe a los administradores sea consecuencia de un expediente seguido en la Agencia Tributaria

para la declaración o derivación de su responsabilidad subsidiaria en el mismo, no obsta a tal exclusión, pues tratándose como se trata la póliza suscrita de una póliza que cubre la responsabilidad civil de estos últimos, la exclusión de pago de impuestos solo puede referirse a aquellos supuestos en que a los mismos les puedan ser exigidos los que no fueron pagados por la sociedad que administraban, que no es otro que el previsto en el art. 43.1b) de la Ley General Tributaria, en que se fundó en este caso la declaración por la Agencia Tributaria de su responsabilidad subsidiaria en el citado impago por la sociedad”.

6. La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por Apolonio, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 3 de la LCS y la jurisprudencia contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 853/2006, de 11 de septiembre, y 516/2009, de 15 de julio, porque “la cláusula litigiosa establece una reglamentación del contrato que se opone, con carácter negativo para el asegurado, a aquello que puede considerarse usual o derivado de las cláusulas introductorias o particulares y, pese a ello, la sentencia recurrida la considera válida y se le opone al asegurado sin contar con su firma”.

En el desarrollo del motivo se razona que “el ámbito natural de un contrato de seguro de responsabilidad de administradores y directivos es el de salvaguardar su patrimonio personal frente a reclamaciones personales derivadas de actos incorrectos en su gestión societaria. (...) resulta evidente que excluir repentinamente la declaración de responsabilidad subsidiaria por deudas tributarias de su ámbito de cobertura no se acomoda al propio contrato, sino que deja a sus asegurados huérfanos de una garantía con la que contaban por ser los tributos un elemento inherente a la actividad societaria”.

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

2. Estimación del motivo. Como hemos reiterado en ocasiones anteriores (sentencia 541/2016, de 14 de septiembre), “desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas parece, a primera vista, sencilla, de manera que las primeras concretan el objeto

del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro. Mientras que las cláusulas limitativas restringen, condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización o a la prestación garantizada en el contrato, una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido”. Estas cláusulas limitativas deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, estar destacadas de un modo especial y ser expresamente aceptadas por escrito. Estas formalidades resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias 268/2011, de 20 de abril, y 516/2009, de 15 de julio).

Pero en la práctica esta distinción no es tan clara. Así, por ejemplo y por lo que interesa en el presente caso, hay cláusulas que por delimitar de forma sorprendente el riesgo se asimilan a las limitativas de derechos (sentencia 715/2013, de 25 de noviembre).

3. La jurisprudencia, al determinar en la práctica el concepto de cláusula limitativa, lo refiere al contenido natural del contrato, “derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora” (sentencias 273/2016, de 22 de abril y 541/2016, de 14 de septiembre).

En nuestro caso, el seguro concertado se encuadra dentro del denominado seguro de responsabilidad civil, regulado en los arts. 73 y ss. LCS. De tal forma que para determinar el contenido natural, hemos de partir de su configuración legal. El art. 73 LCS dispone lo siguiente:

“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”.

Conforme a esta regulación, más allá de precisar que la obligación cubierta es la de indemnización a un tercero de los perjuicios ocasionados por un hecho, en la medida en que este debe estar previsto en el contrato

de seguro, el contenido natural del seguro viene determinado principalmente por el propio contrato.

Del contrato se extrae directamente que se trata de la responsabilidad de los administradores y directores de sociedades, por actos realizados en el ejercicio de su cargo, sin que las condiciones especiales especifiquen más al respecto. Son las condiciones generales las que sí concretan qué actos quedan cubiertos y, sobre todo, por lo que ahora interesa, cuáles quedan excluidos. En la cláusula 2.19.3, expresamente se excluyen de la consideración de daño susceptible de indemnización "los impuestos", esto es, las obligaciones tributarias. Lo que comprendería la responsabilidad derivada por la AEAT a los administradores de la sociedad respecto de las deudas tributarias de la sociedad.

El daño que los demandantes pretenden sea cubierto por el seguro de responsabilidad civil concertado con Zurich es la obligación tributaria derivada por la AEAT, en virtud de lo previsto en el art. 43.1.b) LGT. Este precepto atribuye la responsabilidad subsidiaria de la deuda tributaria a:

"Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas en éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago".

De tal forma que debemos analizar si la exclusión de este daño, que contribuye a delimitar el riesgo cubierto por el seguro, restringe de forma sorprendente la cobertura del seguro, en relación con su contenido natural, y por ello reviste la consideración de cláusula limitativa de derechos, lo que hubiera precisado la aceptación expresa del tomador mediante su firma, conforme al art. 3 LCS.

El seguro concertado es de responsabilidad de los administradores de una sociedad mercantil en que hubieran podido incurrir en el ejercicio de su cargo. Hoy día, su contenido natural no se limita a la responsabilidad civil regulada en la Ley de Sociedades de Capital, sino que alcanza también aquella que, como hemos expuesto, se prevé en la normativa administrativa, en este caso, la Ley General Tributaria. Se trata de una responsabilidad prevista, por razón del cargo

de administrador, para incentivar una actuación más diligente en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad. Es una responsabilidad relativamente común. Tanto que, objetivamente, en la previsión de quien concierne el seguro, es lógico que se encuentre también la cobertura de este riesgo. De tal forma que su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos.

Bajo esta caracterización, hubiera sido necesaria la aceptación expresa del tomador de seguro, por lo que, en su ausencia, debemos aplicar los efectos previstos en el art. 3 LCS y, por lo tanto, tenerla por no puesta.

En consecuencia, casamos la sentencia de apelación y, en su lugar, conforme a lo argumentado, desestimamos la apelación y confirmamos la sentencia de primera instancia.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas, de acuerdo con lo previsto en el art. 398.2 LEC.

2. Desestimado el recurso de apelación, imponemos a la parte apelante, las costas de su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

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

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Apolonio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 6ª) de 25 de abril de 2016 (rollo núm. 137/2016), que casamos y dejamos sin efecto.

2.º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Oviedo de 28 de enero de 2016 (juicio ordinario 711/2015).

3.º No hacer expresa condena en costas en casación e imponer las costas del recurso de apelación a la parte apelante, con devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

Librese 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.

Por **Carmen Reyes Vargas**
Abogada

En esta sentencia se analiza el seguro suscrito por los administradores solidarios de una mercantil y una aseguradora, por el que se garantizaba la responsabilidad civil derivada de los errores en que podían incurrir por el desarrollo de su actividad, así como los gastos de defensa. Bajo la vigencia de esta póliza, el 15 de julio de 2014, como consecuencia del impago de unas deudas tributarias de la citada mercantil, la AEAT acordó la responsabilidad subsidiaria de los dos administradores de la sociedad que ascendía a un total de 66.713,32 euros. La defensa de estos dos administradores en el procedimiento administrativo concluyó con la derivación de responsabilidad les supuso un coste de 924,44 euros.

Como consecuencia de lo anterior, ambos administradores presentaron una demanda en la que pedían, en cumplimiento de la póliza de seguros mencionada, la condena de la aseguradora a cubrir tanto la responsabilidad derivada por la AEAT (66.713,32 euros), como los gastos de defensa (924,44 euros). La aseguradora se opuso a la demanda porque la responsabilidad derivada por la AEAT a los administradores de la sociedad respecto de las deudas tributarias de la sociedad no estaba cubierta por la póliza, conforme a lo dispuesto en el condicionado general. El artículo 1 de las condiciones

Bajo la vigencia de esta póliza, el 15 de julio de 2014, como consecuencia del impago de unas deudas tributarias de la citada mercantil, la AEAT acordó la responsabilidad subsidiaria de los dos administradores de la sociedad que ascendía a un total de 66.713,32 euros. La defensa de estos dos administradores en el procedimiento administrativo concluyó con la derivación de responsabilidad les supuso un coste de 924,44 euros.

generales, relativo a la cobertura del seguro, disponía lo siguiente: *"El Asegurador pagará por cuenta de cualquier Persona Asegurada, toda Pérdida procedente de, o a consecuencia de, cualquier Reclamación presentada contra la misma por primera vez durante el Periodo de Seguro, salvo cuando dicha Persona Asegurada sea indemnizada por la Sociedad Asegurada"*. La definición de "Pérdida" contenida en el apartado 2.19.1 de la póliza es la siguiente: *"Daños (...) que el asegurado esté legalmente obligado a pagar"*.

La aseguradora argumentó que no quedaban incluidas dentro del concepto de "Pérdida" *el impago de impuestos, multas o sanciones, tal y como se expresa en el apartado 2.19.3 de las condiciones generales: "Pérdida no incluye impuestos, contribuciones a la Seguridad Social, multas o sanciones impuestas en virtud de la ley o la parte que corresponda al incremento de cualquier indemnización en concepto de daños punitivos, ejemplarizantes o sancionadores, daños que no sean asegurables en virtud de la ley aplicable a esta póliza, o Gastos de Limpieza"*.

Además, la aseguradora demandada entendía que se trataba de una cláusula delimitadora del riesgo y, conforme a ella, quedaba claro que la derivación de responsabilidad a los administradores respecto de las deudas tributarias de la sociedad no estaba cubierta por la póliza de responsabilidad civil.

COMENTARIO



La sentencia de primera instancia estimó la demanda, pues entendió que el apartado 2.19.3 de las condiciones generales era una cláusula limitativa de derechos. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia estimó el recurso y absolvía a la demandada. La sentencia de apelación, después de recordar la jurisprudencia aplicable al caso, concluyó que la cláusula 2.19.3 no es limitativa de derechos, sino delimitadora del riesgo, y por ello válida aunque no esté firmada por el tomador del seguro. Y ello, al considerar que la exclusión de la pérdida derivada del impago de impuestos no era contraria o anormal al contenido propio de este seguro según la definición que del mismo se contiene en

(...)Este precepto atribuye la responsabilidad subsidiaria de la deuda tributaria a: "Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas en éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese, siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieran adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago". De tal forma que la sentencia considera que lo que se debe analizar es si la exclusión de este daño, que contribuye a delimitar el riesgo cubierto por el seguro, restringe de forma sorprendente la cobertura del seguro, en relación con su contenido natural

el art. 73 de la LCS, pues el pago de un impuesto ni es propiamente un daño que el asegurado este legalmente obligado a pagar a un tercero, ni tampoco representa una pérdida financiera para la empresa sino que constituye una obligación legal a la que debe hacer frente la misma.

La sentencia de apelación fue recurrida en casación por uno de los dos administradores reclamantes, sobre la base de un único motivo que aducía a la infracción del art. 3 de la LCS y la jurisprudencia contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 853/2006, de 11 de septiembre, y 516/2009, de 15 de julio, porque *"la cláusula litigiosa establece una reglamentación del contrato que se opone, con carácter negativo para el asegurado, a aquello que puede considerarse usual o derivado de las cláusulas introductorias o particulares y, pese a ello, la sentencia recurrida la considera válida y se le opone al asegurado sin contar con su firma"*.

Analizadas las circunstancias del caso y la jurisprudencia aplicable, la Sala 1ª parte del hecho de que el daño que los demandantes pretenden que sea cubierto por el seguro de responsabilidad civil concertado es la obligación tributaria derivada por la AEAT, en virtud de lo previsto en el art. 43.1.b) de la LGT. Este precepto atribuye la responsabilidad subsidiaria de la deuda tributaria a: *"Los administradores de hecho o de derecho de aquellas personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades, por las obligaciones tributarias devengadas en éstas que se encuentren pendientes en el momento del cese,*

siempre que no hubieran hecho lo necesario para su pago o hubieren adoptado acuerdos o tomado medidas causantes del impago". De tal forma que la sentencia considera que lo que se debe analizar es si la exclusión de este daño, que contribuye a delimitar el riesgo cubierto por el seguro, restringe de forma sorprendente la cobertura del seguro, en relación con su contenido natural.

Es este sentido, concluye la sentencia que debe estimarse el recurso, puesto que el seguro concertado es de responsabilidad de los administradores de una sociedad mercantil en que hubieran podido incurrir en el ejercicio de su cargo, y que hoy día, su contenido natural no se limita a la responsabilidad civil regulada en la Ley de Sociedades de Capital, sino que alcanza también a aquella que, como hemos expuesto, se prevé en la normativa administrativa, en este caso, la Ley General Tributaria. Se trata de una responsabilidad prevista, por razón del cargo de administrador, para incentivar una actuación más diligente

(...)Esta sentencia permite a las aseguradoras y a los directivos asegurados, conocer un poco más como el Tribunal Supremo viene interpretando esta modalidad de pólizas, o dicho de otro modo, cuál va a ser la tendencia para interpretar "el contenido natural de este contrato",(...)

en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias de la sociedad. Es una responsabilidad relativamente común, tanto que, objetivamente, en la previsión de quien concierta el seguro es lógico que se encuentre también la cobertura de este riesgo. De tal forma que su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos.

Esta sentencia permite a las aseguradoras y a los directivos asegurados, conocer un poco más como el Tribunal Supremo viene interpretando esta modalidad de pólizas, o dicho de otro modo, cuál va a ser la tendencia para interpretar "*el contenido natural de este contrato*", lo que resulta de gran relevancia para que las aseguradoras puedan adaptar sus pólizas. En este caso, parece que la Sala 1ª tiene claro que el seguro de D&O no sólo debe asegurar los errores derivados de las obligaciones que se impone a los directivos y administradores por la LSA, sino que también, incluye la garantía para aquellas responsabilidades derivadas de la Ley General Tributaria, por lo que es necesario que cualquier exclusión relacionada con responsabilidades derivadas de éstas, deberá ser incluida en las condiciones particulares de la póliza y firmada por el asegurado, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la LCS.

Recurso de Casación para la Unificación de doctrina. Seguro de Convenio Colectivo de Accidentes. Se considera delimitadora la cláusula que establece la vigencia de la póliza al tiempo de declararse administrativa o judicialmente la existencia de la incapacidad permanente. Voto particular

Sentencia del Tribunal Supremo. (Sala 4ª)
de 29 de Enero de 2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- El objeto del proceso .

La cuestión a resolver en el presente recurso de casación unificadora, es la de determinar quién ha de asumir el pago de la indemnización establecida en el convenio colectivo como mejora voluntaria de las prestaciones de seguridad social para el caso de declaración de incapacidad permanente derivada de accidente, que la empresa demandada ha asegurado mediante la concertación de una póliza de seguros con una primera aseguradora y posteriormente con una segunda entidad.

En un supuesto en el que el accidente se produce en el periodo temporal durante el que estuvo vigente la primera de tales pólizas, pero la declaración de incapacidad permanente tiene lugar cuando ya había terminado su cobertura y estaba en vigor la póliza suscrita con la

segunda aseguradora, siendo que en cada una de ellas se dispone de una regulación específica a tal respecto.

2. - La sentencia del juzgado de lo social estima la demanda y reconoce el derecho del trabajador a percibir la indemnización prevista en el convenio colectivo y condena a su abono a la primera de las aseguradoras cuya póliza estaba en vigor en la fecha del accidente.

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 25 de abril de 2016, rec. 652/2015 , acoge el recurso de suplicación formulado por la aseguradora condenada en instancia y revoca en ese extremo la sentencia por entender que la única responsable del pago de la indemnización es la propia empresa codemandada, ya que ninguna de las dos pólizas de seguro concertadas sucesivamente contemplaba la cobertura de ese riesgo en función de lo estipulado en cada una de ellas respecto a la fecha a tener en cuenta a tal

efecto.

Recurre en casación la empresa que solicita la condena de la primera de las aseguradoras y consecuente confirmación de la sentencia de instancia.

El recurso denuncia infracción del art. 60 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad Privada , así como de los arts. 1281 y siguientes del Código Civil ; arts. 3 , 14 , 18 y 100 de la Ley 50/1980 , de contrato de seguros y de la doctrina jurisprudencial que invoca.

Hace valer de contraste la sentencia de la Sala Social del TSJ de Madrid de 13 de marzo de 2014, rec. 637/2013 , que conoce de un asunto relativo a otro trabajador de la misma empresa y que igualmente afecta a las dos mismas pólizas concertadas con las entidades aseguradoras que son parte en este procedimiento.



3.- La única aseguradora codemandada que impugna el recurso viene en aceptar la existencia de contradicción. El Ministerio Fiscal así lo afirma igualmente, y solicita la desestimación del recurso al considerar que debe prevalecer lo pactado en el contrato de seguros que no deja lugar a dudas sobre la verdadera voluntad de las partes.

SEGUNDO . 1.- Análisis de la contradicción.

Debemos resolver en primer lugar si entre la sentencia recurrida y la referencial hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS , qué en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

Cuestión que, como bien sostiene el Ministerio Fiscal, merece sin duda una respuesta afirmativa, puesto que ambas sentencias afectan a sendos trabajadores de la misma empresa y se trata de interpretar las dos pólizas de seguro colectivo suscritas por la empleadora a fin de asegurar el cumplimiento de lo previsto en el Convenio Colectivo Estatal de Seguridad Privada.

Siendo igualmente coincidente la situación jurídica de los trabajadores que se presenta en los supuestos en comparación, caracterizada por la circunstancia de que el accidente se produjo cuando estaba vigente la póliza con la primera de las aseguradoras mientras que la declaración de incapacidad permanente tuvo lugar bajo la vigencia de la segunda.

2.- Ante idéntica situación fáctica y jurídica la sentencia recurrida ha entendido que corresponde exclusivamente a la empresa la responsabilidad en el pago de la indemnización, porque ambas pólizas de seguro contienen disposiciones que excluyen la cobertura de ese riesgo en razón de las fechas en las que se produjo el accidente y se dictó la ulterior resolución declarando al trabajador en incapacidad permanente, mientras que la referencial considera que es imputable a la aseguradora cuya póliza estaba vigente en la fecha del accidente, por ser este el momento en el que se produce el hecho causante que desencadena finalmente el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente.

Nos encontramos de esta forma ante pronunciamientos contradictorios que es necesario unificar.

TERCERO . 1. - Las circunstancias del caso . Los hechos relevantes para la resolución del recurso son como siguen:

A) Ya hemos avanzado que el Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad Privada impone a las empresas del sector la obligación de formalizar una póliza colectiva de seguros para cubrir el pago al trabajador de una determinada indemnización en el caso de incapacidad permanente derivada de accidente.

En el Convenio Colectivo de los años 1997-2001, se decía en su art. 62: "Las empresas afectadas por este Convenio Colectivo suscribirán pólizas de seguro colectivo a favor de todos y cada uno de sus trabajadores por un capital de 4.400.000 pesetas por muerte y 5.637.500 pesetas por incapacidad permanente total, ambas derivadas de accidentes, sea o no laboral, excepto los producidos en competiciones deportivas oficiales de vehículo de motor. Su efecto cubrirá las veinticuatro horas del día y durante todo el año".

Esta obligación se ha mantenido en los mismos términos en los sucesivos convenios colectivos, que han añadido como riesgo que debían asegurar las empresas la declaración de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez, y han actualizado además el importe de las correspondientes indemnizaciones.

En el vigente para los años 2009-2012, la dicción literal de su art. 60, es como sigue: "Seguro colectivo de accidentes. Las Empresas afectadas por este Convenio Colectivo suscribirán pólizas de seguro colectivo a favor de todos y cada uno de sus trabajadores para los años 2009 y 2010 por un capital de 28.700,94 € por muerte y de 36.554,33 euros por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, derivadas de accidentes sea o no laboral, excepto los producidos en competiciones deportivas oficiales de vehículo de motor. Su efecto cubrirá las veinticuatro horas del día y durante todo el año. Durante el año 2011, los capitales asegurados por muerte ascenderán a 28.987,95 euros por muerte y de 36.919,87 euros por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez. Durante el año 2012 las cuantías se incrementarán en el IPC real del año 2011 más la diferencia entre el IPC real del 2010 y el 1%. Los capitales entrarán en vigor a partir del día de la firma del presente Convenio Colectivo. Los representantes de los trabajadores podrán solicitar de sus empresas una copia de la póliza antes citada, a los efectos

de conocer los riesgos cubiertos y la cuantía de la misma".

B) En cumplimiento de esa previsión convencional, la empresa demandada suscribió en fecha 1 de enero de 1997 una póliza de aseguramiento con la entidad Previsora General, que se mantuvo vigente hasta 31 de diciembre de 2009.

El 8 de enero de 1999 la aseguradora y la empresa firman unas condiciones particulares en las que se establece lo siguiente: "1º) "Se entienden incluidos en esta cobertura aquellos trabajadores que, habiendo agotado el periodo máximo de la situación de incapacidad temporal, y no figurando- por tanto- en los boletines de cotización a la Seguridad Social de la empresa, se encuentren a la espera de que se produzca la pertinente declaración sobre su situación de invalidez permanente, y ésta tenga lugar durante la vigencia de la cobertura";

2º) "Se hace constar expresamente que, a efectos de esta cobertura, la fecha de la declaración de la invalidez, será la que se indique por parte de los órganos administrativos o judiciales competentes, en la Resolución firme que se produzca en relación con dicha situación de invalidez"; y en su punto 3, que "Previsora General asume la responsabilidad de las prestaciones complementarias de invalidez permanente cuya declaración se produzca durante el periodo de vigencia de esta póliza".

En enero de 2008 firman un documento suplementario para incluir el suicidio dentro de la cobertura de la póliza de seguros, y en el año 2009 se añade al suicidio el infarto de miocardio.

C) La empresa rescinde posteriormente aquella primera póliza, y en en fecha 8 de enero de 2010 suscribe una nueva póliza con la entidad Vidacaixa, S.A., en cuyas condiciones generales se dispone "que su cobertura quedaba condicionada al hecho de que la incapacidad permanente lo fuere "como consecuencia de un accidente ocurrido durante el periodo de cobertura y siempre que se pruebe que tal incapacidad es consecuencia del mismo"".

D) El accidente del que trae causa el litigio tuvo lugar el 12 de octubre de 2008.

En fecha 26 de abril de 2012, se dicta la resolución del INSS que declara al actor en situación de incapacidad permanente total

derivada de enfermedad común.

Tras demanda del trabajador, la sentencia del Juzgado Social 17 de Madrid de 14 de junio de 2013 declara que la incapacidad permanente total es derivada de accidente de trabajo.

2. - En esas circunstancias y a la vista del redactado de una y otra póliza, la sentencia recurrida considera que ha de estarse a lo previsto en cada una de ellas al resultar indubitada su dicción literal, de tal forma que la concertada con Previsora General solo incluye la cobertura del riesgo derivado de la incapacidad permanente cuya declaración se produzca durante el periodo de vigencia de la póliza, mientras que la contratada con Vidacaixa S.A se aplicaría exclusivamente a los accidentes producidos durante el periodo de su cobertura que sean causa de la incapacidad permanente.

Tras lo que razona que tanto una como otra excluyen de su cobertura el supuesto de autos, puesto que la declaración de incapacidad tuvo lugar varios años después de la rescisión de la póliza con Previsora General, mientras que el accidente se produjo con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la póliza con Vidacaixa,S.A, lo que determina que el efecto combinado de cada una de ellas deje fuera de sus respectivas coberturas el supuesto del trabajador demandante.

En sentido contrario, la sentencia referencial se atiene al concepto de hecho causante aplicable en materia de prestaciones de Seguridad Social, para concluir que la fecha que determina la responsabilidad debe situarse en el momento en el que se produjo el accidente en el que tiene su origen la incapacidad permanente, sin reconocer la eficacia de lo pactado en sentido contrario en las condiciones particulares de la póliza, porque no puede admitirse "una fórmula que restrinja la razón y la finalidad de lo concertado entre asegurador y tomador del seguro en beneficio del primero y con alcance a los beneficiarios, utilizada por quien cubre los riesgos, eludiendo el pago cuando éstos se actualizan o no incluyendo a quienes estén a la espera de una posible declaración incapacitante, pueda desviar su responsabilidad hacia quien respectó el convenio".

Razonamiento que le lleva a imputar a la primera aseguradora la obligación de hacer frente a la indemnización.

CUARTO . 1. - Doctrina de la Sala en materia de interpretación de las pólizas de seguro.

Ya ha tenido ocasión esta Sala IV de pronunciarse reiteradamente en supuestos como el presente, en los que se suscita la cuestión de establecer el alcance y la correcta interpretación de las pólizas de seguros de responsabilidad civil que suscriben las empresas para cumplir con las obligaciones que les imponen los convenios colectivos como mejora voluntaria de las prestaciones de seguridad social. La problemática que hemos debido afrontar puede resumirse brevemente en cuatro aspectos principales:

1º) La situación que se genera cuando la empresa no ha concertado ninguna póliza de seguros para cubrir con tales obligaciones; 2º) Qué sucede cuando lo pactado en la póliza no contempla la cobertura de todos los riesgos previstos en el Convenio Colectivo; 3º) Cuál ha de ser la interrelación entre la normativa legal que regula las prestaciones de seguridad social y lo que pueda pactarse en sentido diferente en las pólizas de aseguramiento suscritas por la empresa; 4º) La interpretación de la propia póliza de seguros desde la perspectiva de la aplicación de la normas generales sobre interpretación de los contratos y las reglas legales aplicables al contrato de seguro.

2º) La doctrina de la Sala que da respuesta a todas estas cuestiones podemos resumirla de la siguiente forma: A) Es frecuente el litigio en el que la póliza de aseguramiento contratada por la empresa no cubre la totalidad de

las obligaciones que le impone el convenio colectivo, o bien incluso, que la empresa ni tan siquiera ha llegado a concertar el seguro.

Hemos dicho a tal respecto, que ese tipo de mandatos de los convenios colectivos que imponen la obligación de su aseguramiento no impide que las empresas puedan formalizar con la compañía aseguradora un contrato que dispense menor o distinta protección de la pactada en el convenio - en uso de la libertad contractual que le reconoce el artículo 1.255 del Código Civil -, sin perjuicio de que en tal caso sea la propia empresa directamente la que deba responder ante sus trabajadores (SSTS 16/9/2010, rcud.3105/2009 ; y las que en ella se citan de 10/6/2009, rcud. 3133/2008 ; 31/1/2006, rcud. 4617/2004); 13/5/2004, rcud. 2070/2003), "de tal forma

que la empresa no puede pretender que "se amplíen los términos del contrato de seguro pactado para dar cobertura, en contra de lo previsto en el artículo 1283 del Código Civil , a una contingencia que no quiso asegurar", puesto que lo contrario supondría " romper el sinalagma contractual sin causa justificativa alguna, pues, en expresión de la sentencia de 19 de enero de 1987 , "la obligación de pagar la indemnización o capital convenido es la contraprestación a cargo de la aseguradora que se corresponde con el pago de la prima convenida que ha de satisfacer el asegurado, calculada actuarialmente para que haya la necesaria proporcionalidad entre este pago, de tracto sucesivo y aquel abono, en un solo acto cuando se dé realmente el riesgo cuyo acaecimiento se asegure".

Queremos decir con ello, que una cosa es el alcance de la obligación que el convenio colectivo impone a la empresa y el deber jurídico que genera entre los trabajadores y su empleadora - que legitima a los primeros para exigirle el cumplimiento de esa prestación en los términos y con los efectos dispuestos en el convenio-, y otra muy distinta, el modo y manera en el que la empresa da cumplimiento a ese mandato a la hora de pactar el contenido y extensión de la cobertura que contrata con la compañía aseguradora, en razón de la que se calcula la cuantía de la prima que haya de abonar a la misma.

B) En otras ocasiones el problema resulta de la correcta interpretación que haya de hacerse de las pólizas de seguro concertadas por la empresa, cuando su redacción ofrece dudas de su alcance y contenido, o bien dispone de una específica regulación que no resulta coincidente con la normativa de seguridad social relativa a la misma materia que es objeto de aseguramiento

La doctrina a tal respecto la refleja perfectamente la STS 13/5/2004, rcud. 2070/2003 : "Cuestión distinta es la interpretación que deba hacerse de los términos del contrato de seguro. Si estos no son claros, no podrán perjudicar a la empresa que pacta para cumplir el mandato del Convenio Colectivo pues, como recordó la sentencia de 24-9-02 (rec. 2750/1991) "la equivocidad y oscuridad de una cláusula contractual en un contrato de adhesión, como suele ser el contrato de seguro, no debe beneficiar a la Entidad aseguradora (a la que es exigible claridad y precisión en sus formularios o impresos) sino al asegurado (

Sentencias de 12 de marzo y 19 de mayo de 1986 ; con cita de doctrina de la Sala Primera, recogida entre otras en la Sentencia de 12 de mayo de 1983)". En ese sentido resolvió esta Sala en las sentencias de la década de los 80 que cita la referencial, porque se trataba de casos de oscuridad en las cláusulas contractuales".

Tras lo que concluimos afirmando categóricamente en esa misma sentencia, que "esa doctrina no es en modo alguno aplicable... a casos en que los términos de los contratos de seguro son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, ya que entonces habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas, siguiendo el primer canon de interpretación del art. 1281 del Código Civil".

En ese mismo sentido se pronuncia la STS 24/11/2009, rcud. 1145/2008 , citando las de 10/7/1995 ; 22/7/2002 (Rec. 1276/01), 15 marzo 2002 (Rec. 4633/00) y 24 septiembre 2002 (Rec. 3436/01). En ella decimos, que "cuando se trata de seguros de grupo las definiciones de los riesgos y contingencias objeto de cobertura deben ser las precisadas en la póliza de seguro y sólo en caso de silencio u oscuridad de la póliza puede acudirse al concepto que de esos riesgos dan las normas de la Seguridad Social, pues, sobre todo, para interpretar la póliza debe estarse a la intención de las partes contratantes, lo que obliga a estar a la literalidad de la póliza cuando es fiel reflejo de la intención de quienes suscribieron el contrato de seguro".

De esta doctrina se desprende que cuando la póliza de seguros no ofrece duda alguna de su contenido, ha de estarse necesariamente a lo pactado en la específica definición de los riesgos y contingencias que son objeto de cobertura, sin que pueda acudirse al diferente tratamiento que pudiere resultar de la normativa de seguridad social.

C) Debemos detenernos en la STS 28/4/2004, rcud. 2346/2003 , y las que en ella se citan, por su gran similitud con la cuestión que se suscita en el presente recurso, y porque afectan a una materia tan relevante como es la específica regulación de la póliza de seguros a la hora de fijar el hecho causante del que deriva la responsabilidad de la aseguradora, distinta y diferente a la que resulta de la normativa de seguridad social en casos de accidente.

Resuelven un asunto en el que la póliza de seguros contratada por la empresa, establece como hecho causante que genera la

responsabilidad de la aseguradora la fecha en la que se dicta la resolución administrativa o judicial que reconoce la prestación, que no el momento del accidente del que trae causa el posterior reconocimiento de tal situación, en sentido manifiestamente contrario a lo que resultaría de la aplicación de la normativa general de seguridad social.

Con cita de nuestras anteriores sentencias de 20 noviembre 2003 (Recurso 3238/2003) y 19 de enero de 2004 (Recurso 2807/2002) recordamos en primer lugar la regla general de seguridad social en esta materia: "el momento relevante en orden al establecimiento de la cobertura de los accidentes de trabajo es aquel en que se produce el accidente y no el momento en que tiene lugar el reconocimiento administrativo o judicial de la situación protegida o el tránsito de una situación protegida a otra en aquellos supuestos en que de la misma contingencia determinante pueden derivar varias situaciones de este carácter, como sucede con el paso de la incapacidad temporal a la permanente".

Pero seguidamente decimos, que "esta doctrina se ha establecido bien interpretando normas de la Seguridad Social, como ocurrió en el caso del reaseguro, o en pleitos sobre mejoras voluntarias que no tenían una regulación específica en este punto. Pero, cuando se trata de una mejora voluntaria que contiene una regulación específica en orden a fijar el momento en que se tiene por establecida la cobertura o en el que ha de determinarse el régimen aplicable, tal regulación tiene que prevalecer en la medida en que no se oponga a una norma de superior rango y en el presente caso la cláusula contenida en las dos pólizas no ofrece la menor duda sobre cuál ha sido la voluntad de las partes en orden a establecer la cobertura en el momento del reconocimiento administrativo o judicial de la situación protegida con exclusión del de la actualización de la contingencia. Y a esta solución ha de estarse, pues, aunque pudiera considerarse inconveniente de acuerdo con criterios técnicos de protección, lo cierto es que ésta es la regla que han establecido las partes, y, en consecuencia, como ya hizo en un supuesto igual la sentencia de 20 de noviembre de 2003 (recurso 3228/2002), hay que acoger la denuncia que se formula de los artículos 1 de la Ley de Contrato de Seguro y 1255 del Código Civil en relación con el artículo 1280 y siguientes del mismo Código , pues lo que establecen las pólizas es que el derecho a la cobertura ha de determinarse en función del momento en que

se reconoce la situación objeto de protección y no cabe limitar el claro tenor literal de la póliza a la mera fijación del momento en que nace el deber de pago por parte de la aseguradora, pues de manera inequívoca las pólizas vinculan ese momento no al pago, sino al propio derecho a la indemnización. (...) La opción de las pólizas no vulnera ninguna norma imperativa; no es contraria a la moral y tampoco se opone al orden público, si por él entendemos, como hace la doctrina científica, el constituido por los principios básicos y fundamentales de la organización de la comunidad”.

D) Esa es la doctrina que la Sala ha venido aplicando de manera reiterada y uniforme, como es de ver en la STS 23/9/2009, rcud. 2248/2008 , que conoce igualmente de un supuesto en el que la póliza de seguros no referencia su cobertura a la fecha del accidente, sino al momento en que se dicta la resolución administrativa o judicial que reconoce la incapacidad permanente.

Decimos en dicha sentencia “La cuestión planteada ha sido ya resuelta por esta Sala IV, a la luz de los preceptos que invoca la recurrente, en sus sentencias, entre otras, de 26-6-03 (rcud. 4518/02), 20-11-03 (rcud 3238/03), 19-1-04 (rcud 2807/02), 28-4-04 (rcud 2346/03), 23-12-04 (rcud 3356/03), 24-5-06 (rcud. 210/05) y 30-4-2007 (rcud. 618/06), estableciendo en ellas doctrina unificada que puede resumirse así:

A/. Las definiciones de los riesgos y contingencias en las mejoras de Seguridad Social instrumentadas como seguros de grupo han de ser, en principio, las precisadas en estos últimos.

B/. Cuando se trata de una mejora voluntaria que, como aquí ocurre, contiene una regulación específica en orden a fijar el momento en que se tiene por establecida la cobertura o en el que ha de determinarse el régimen aplicable, tal regulación tiene que prevalecer en la medida en que no se oponga a una norma de superior rango. Y a tal solución ha de estarse, pues, aunque pudiera considerarse inconveniente de acuerdo con criterios técnicos de protección, lo cierto es que ésta es la regla que han establecido las partes, y tal opción no vulnera ninguna norma imperativa, no es contraria a la moral y tampoco se opone al orden público, si por él entendemos, como hace la doctrina científica, el constituido por los principios básicos y fundamentales de la organización de la comunidad; ni tampoco supone, en general,

la infracción de alguno de los otros límites de la autonomía de la voluntad a que se refiere el artículo 1255 del Código Civil , especialmente teniendo en cuenta que se trata además de una materia esencialmente disponible como la relativa a las mejoras voluntarias.

C/. Si la póliza garantiza únicamente las contingencias producidas durante la vigencia del contrato de trabajo, su cobertura no es aplicable a quien ya no presta servicios en la empresa en la fecha en que la póliza fija como de nacimiento de la protección.

D/. En el caso de que la póliza no contenga una regulación concreta en relación con los riesgos cubiertos o con el momento en que nace la cobertura, o cuando sus términos sean tan imprecisos, oscuros o equívocos que impidan determinar cuál fue la voluntad concorde de las partes, la cuestión habrá de resolverse aplicando los reglas y criterios propios de las prestaciones de Seguridad social”.

Concluimos finalmente, que “Los términos de la póliza que contempla la recurrida son claros e inequívocos, lo que impedía desconocer sus previsiones y acudir a criterios específicos de prestaciones de S. Social para fijar como fecha del hecho causante una distinta de la que pactaron las partes. En el caso, la fecha del hecho causante no puede ser otra que la fijada como de efectos económicos en la sentencia que declaró la invalidez; y como quiera que en esa fecha la trabajadora ya había sido despedida y no formaba parte de la plantilla de la empresa, no puede beneficiarse de una póliza de la que está expresamente excluida”.

3. - En esta misma línea debemos necesariamente citar las SSTS 10/6/2009, rcud. 3133/2008 y 16/9/2010, rcud. 3105/2009 , que conocen de una situación muy cercana a la del caso de autos por afectar a la misma empresa recurrente y a la misma póliza de seguros suscrita entre las codemandadas del presente asunto.

Como ya hemos destacado anteriormente, dicha póliza se modifica en el año 2008 para incluir el suicido entre los riesgos cubiertos que hasta esa fecha estaban excluidos.

Queremos significar en este momento, que esa exclusión del suicido estaba simplemente citada en las condiciones generales de la póliza y no aparecía recogida como una cláusula limitativa expresamente aceptada y firmada de manera individualizada y expresa

por la empresa, pese a lo que la Sala la da por válida sin llegar a cuestionar en ningún momento su eficacia, ni calificar esa exclusión como una cláusula lesiva o limitativa.

En esas circunstancias nuestras precitadas sentencias concluyen que el suicidio es un accidente y en tal condición debe considerarse comprendido dentro de las previsiones del artículo 60 del Convenio Colectivo Estatal para las Empresas de Seguridad, pero acaban absolviendo a la aseguradora hoy demandada, y declaran que la empresa recurrente es la única obligada a pagar la indemnización por muerte prevista en el precepto convencional al no haber formalizado un contrato de seguros que lo excluye.

Y en lo que ahora interesa, reiteran una vez más la vigencia de nuestra doctrina en la que decimos "que no hay que confundir "las obligaciones que nacen del convenio colectivo y vinculan a la empresa y sus trabajadores, con las que dimanar del contrato de seguro. El convenio impone, en efecto, a la empresa la obligación de concertar un seguro que cubra todas las contingencias que se enumeran". Pero, como señala también la sentencia citada,

"ello no le impide, en uso de la libertad contractual que le reconoce el artículo 1.255 del Código Civil, incumplir ese mandato y formalizar con la compañía aseguradora un contrato que dispense menor o distinta protección de la pactada en el Convenio, sin perjuicio de que, en tal caso, sea la propia empresa directamente la que deba responder ante sus trabajadores".

4. - La más reciente STS 27/5/2015, rcud. 1629/2014, en la que precisamente se sustenta la sentencia recurrida, es el último ejemplo que confirma la vigencia de nuestra doctrina.

Precedente que resulta especialmente relevante para la resolución del presente asunto porque tiene la particularidad de que conoce de un litigio absolutamente idéntico al que aquí se nos plantea, entre la misma empresa recurrente y las dos aseguradoras codemandadas, en el que se suscitaba exactamente la misma cuestión relativa a la situación generada tras un accidente que se produjo bajo la vigencia de la primera de las pólizas de seguro en fecha 4-2-2007, pero el reconocimiento de la incapacidad permanente tiene lugar cuando ya estaba en vigor la segunda de las pólizas el 18/3/2010.

Y en el que además concurre una segunda circunstancia igualmente importante, al invocarse de contraste la STS 28/4/2004, rcud. 2346/2003, que ya hemos referenciado.

En esas circunstancias, reiteramos y ratificamos que la sentencia referencial es la que "recoge la jurisprudencia de esta Sala de casación sobre la determinación de la fecha determinante de la responsabilidad en los supuestos de mejoras voluntarias", y afirmamos que "las cláusulas de las pólizas que estipulan que el derecho a la cobertura ha de determinarse en función del momento en que se reconoce la situación objeto de protección no cabe tacharlas de ilícitas puesto que << La opción de las pólizas no vulnera ninguna norma imperativa; no es contraria a la moral y tampoco se opone al orden público, si por él entendemos, como hace la doctrina científica, el constituido por los principios básicos y fundamentales de la organización de la comunidad >>".

Bien es verdad que aquella sentencia acaba en falta de contradicción porque la invocada como referencial afectaba a un convenio colectivo diferente, pero eso no impide que podamos considerarla como el precedente más cercano que viene a confirmar la vigencia de la tradicional doctrina de la Sala en esta materia.

5. - En todos estos asuntos reiteramos nuestra doctrina que obliga a estar al estricto contenido de lo pactado en el contrato de seguro cuando su literalidad no ofrezca duda alguna sobre lo querido por las partes, que no puede sustituirse por las previsiones legales en materia de prestaciones de seguridad social, y aun cuando eso suponga que la póliza de seguros ofrezca una cobertura menor a la que la empresa estaba obligada a contratar conforme a las obligaciones que le impone el convenio colectivo, sin perjuicio de que en ese caso deba asumir directamente el pago de las cantidades no aseguradas.

Las matizaciones que de esa doctrina hacemos en las SSTs 24/11/2009, rcud. 2070/2003 y 3/10/2013, rcud. 717/2012, responden a situaciones singulares en las que la redacción de las respectivas pólizas de seguro era dudosa, equívoca e imprecisa, y no permitía la directa aplicación de la dicción gramatical de sus cláusulas.

En el primero de tales supuestos ya advertimos que del tenor literal de la póliza no se deriva claramente la voluntad de las partes, y señalamos expresamente que "la cláusula

controvertida no es clara, sino oscura y poco concreta, lo que hace que la misma, aparte de la interpretación que consideramos correcta admita otras interpretaciones", lo que lleva a la Sala a calificarla como una cláusula "limitativa de derechos que sería nula por no haberse redactado de forma clara y precisa y por no haber sido destacada de forma especial", y en definitiva, a interpretarla en favor de la empresa asegurada.

En la segunda de dichas sentencias, reiteramos que cuando las previsiones del contrato de seguro fueran oscuras podría recurrirse para interpretarlas al convenio o a las normas de Seguridad Social, pero que ese criterio no es aplicable "a casos en que los términos de los contratos de seguro son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, ya que entonces habrá que estar al sentido literal de sus cláusulas, siguiendo el primer canon de interpretación del artículo 1281 del Código Civil. El empresario puede suscribir el contrato de seguro en los términos del convenio o en otros distintos, debiendo afrontar las correspondientes responsabilidades si no se ajusta a esos términos; responsabilidades que no pueden desplazarse a la aseguradora, que ni está obligada por el convenio, ni tiene tampoco obligación de ajustar la póliza a lo previsto en él".

Tras lo que concluimos que en ese concreto supuesto no se trata del caso ordinario de una situación de infraaseguramiento inicial, "obviamente imputable al tomador del seguro (la empresa)", sino de un problema de actualización de la cantidad asegurada, que es más complejo, que ofrece muchas dudas interpretativas que son imputables a una falta de diligencia de la aseguradora, y que por este motivo no pueden resolverse en beneficio de quien ha originado esa oscuridad.

QUINTO.1.- El análisis del caso en función de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de aplicación.

La aplicación de todo lo anterior al caso de autos nos obliga a estudiar en primer lugar el contenido del Convenio Colectivo, para discernir en que consiste exactamente la obligación que impone a la empresa.

Y lo que específicamente establece su art. 60, es que las empresas "suscribirán pólizas de seguro colectivo a favor de todos y cada uno de sus trabajadores para los años 2009 y 2010 por un capital de 28.700,94 € por muerte y de

36.554,33 euros por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, derivadas de accidentes sea o no laboral".

Dejamos ahora al margen el supuesto del fallecimiento, porque la cláusula del contrato de seguros que es objeto del litigio se refiere exclusivamente a la prestación de incapacidad permanente.

2. - La lectura del precepto convencional nos permite afirmar que su finalidad es la de establecer una mejora de seguridad social para el caso de que el trabajador sea declarado en situación de incapacidad permanente derivada de accidente.

El convenio colectivo no impone la obligación de contratar un seguro de accidentes para asegurar en abstracto las consecuencias lesivas que pudieren desprenderse del mismo.

Lo que protege es el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente, de tal manera que la sola producción del accidente no genera por si sola ninguna obligación a la empresa.

La obligación de indemnizar no nace por lo tanto en la fecha del accidente, ni se genera por el solo y único hecho de que tenga lugar el accidente, hasta el punto de que ni tan siquiera existirá obligación alguna cuando se produce un accidente que no acaba posteriormente con el reconocimiento de la prestación.

Recordemos que la resolución administrativa o judicial que reconoce la incapacidad permanente es presupuesto constitutivo de esa situación jurídica, por lo que no hay incapacidad permanente hasta el momento en el que así se declara mediante la oportuna resolución administrativa o judicial.

La importancia de todas estas consideraciones radica en que resultan determinantes para enjuiciar las dos cuestiones más importantes que se suscitan en este caso: 1º) la de establecer exactamente en qué consiste la obligación convencional que debe satisfacer la empresa, y los términos en los que debería de haber pactado el contenido de la póliza de seguros para cumplir adecuadamente con la misma; 2º) la calificación de la naturaleza jurídica que debe atribuirse a la cláusula del contrato de seguros que condiciona la cobertura a la fecha de la resolución administrativa o judicial que declara la incapacidad permanente, que no a la de producción del accidente.

3. - Con lo dicho hasta ahora, podemos afirmar que el correcto cumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones impuestas por el convenio colectivo le obliga a asegurar la responsabilidad civil que genera el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente, vinculando en consecuencia el contrato de seguros a esa circunstancia.

Esto supone que a la hora de pactar la cobertura temporal de las pólizas de seguros que pueda suscribir a tal efecto, debe tener en cuenta ineludiblemente la fecha en la que finalmente pueda declararse esa situación, puesto que es un hecho evidente, indiscutible y perfectamente conocido, que entre la fecha en la que se produce el accidente y el momento en el que se dicta la resolución que reconoce la incapacidad permanente mediará un lapso temporal de muy larga duración. Baste reparar en el presente asunto, en el que el accidente es de 12/10/2008 y la declaración de la incapacidad permanente no se produce hasta 16/4/2012.

Y si lo que el convenio protege es la declaración de incapacidad permanente, este es en realidad el momento verdaderamente relevante que debe tener en cuenta la empresa cuando negocia con la aseguradora los términos del periodo de cobertura temporal a los que se extiende la eficacia de la póliza.

No cabe sostener que la empresa atienda correctamente la obligación de aseguramiento que el convenio colectivo le impone, si su actuación se limita a considerar solamente la fecha del accidente y se desentiende totalmente del momento en el que pueda finalmente reconocerse la incapacidad permanente, puesto que su responsabilidad no se genera en realidad hasta que se dicta esa declaración.

Este es el motivo por el que ese elemento temporal resulta especialmente relevante a la hora de suscribir la póliza de seguros, y se convierte en absolutamente determinante, en el caso de que la empresa rescinda la póliza para concertar otra nueva con una aseguradora diferente, porque entonces ya habrá que incluir algún tipo de acuerdo para regular las situaciones transitorias de los trabajadores que hubiesen padecido el accidente bajo la vigencia de la póliza anterior.

Si la empresa opta por cambiar de compañía aseguradora está obligada a tener en cuenta esa circunstancia al pactar el contenido y alcance temporal que quiere

atribuir a la nueva póliza de seguros que vaya a contratar, en tanto que es conocedora de que asume la obligación de pagar la indemnización del convenio colectivo a todos los trabajadores que pudieren haber sufrido con anterioridad un accidente y puedan ser declarados en el futuro en incapacidad permanente. De no hacerlo, no estaría cumpliendo la obligación del convenio.

Precisamente por ello, es perfectamente normal y lógico, diríamos que hasta necesario e imprescindible, que todas las pólizas de seguros colectivos de esta naturaleza establezcan el ámbito temporal al que se extiende su cobertura, disponiendo reglas específicas para regular la situación que se presenta respecto a los trabajadores que han sufrido el accidente antes de su entrada en vigor y los que puedan ser declarados en incapacidad permanente con posterioridad a su rescisión.

Desde esta perspectiva temporal la empresa debe decidir el alcance y la extensión que quiere otorgar a la póliza de seguros, que puede ir desde el máximo posible para incluir los accidentes anteriores y los producidos durante su vigencia, con independencia de la fecha en la que se produzca posteriormente la declaración de incapacidad permanente, o bien optar por cubrir solamente los accidentes y/o declaraciones de incapacidad permanente que tengan lugar durante la vigencia de la póliza.

Lógicamente, el importe de la prima se ajustará a la mayor o menor cobertura que en tal sentido se le quiera atribuir a la póliza de seguros, pero eso no es óbice para atender debidamente el mandado del convenio colectivo.

4. - Y aquí es donde la empresa en este caso no ha cumplido con las obligaciones del convenio.

La primera póliza concertada con Previsora General señala expresamente, en las condiciones particulares que se pactan en el año 1999, que abarca a los trabajadores que agotaron el periodo máximo de incapacidad temporal y se encuentran a la espera de que se dicte el pronunciamiento oportuno sobre su incapacidad permanente.

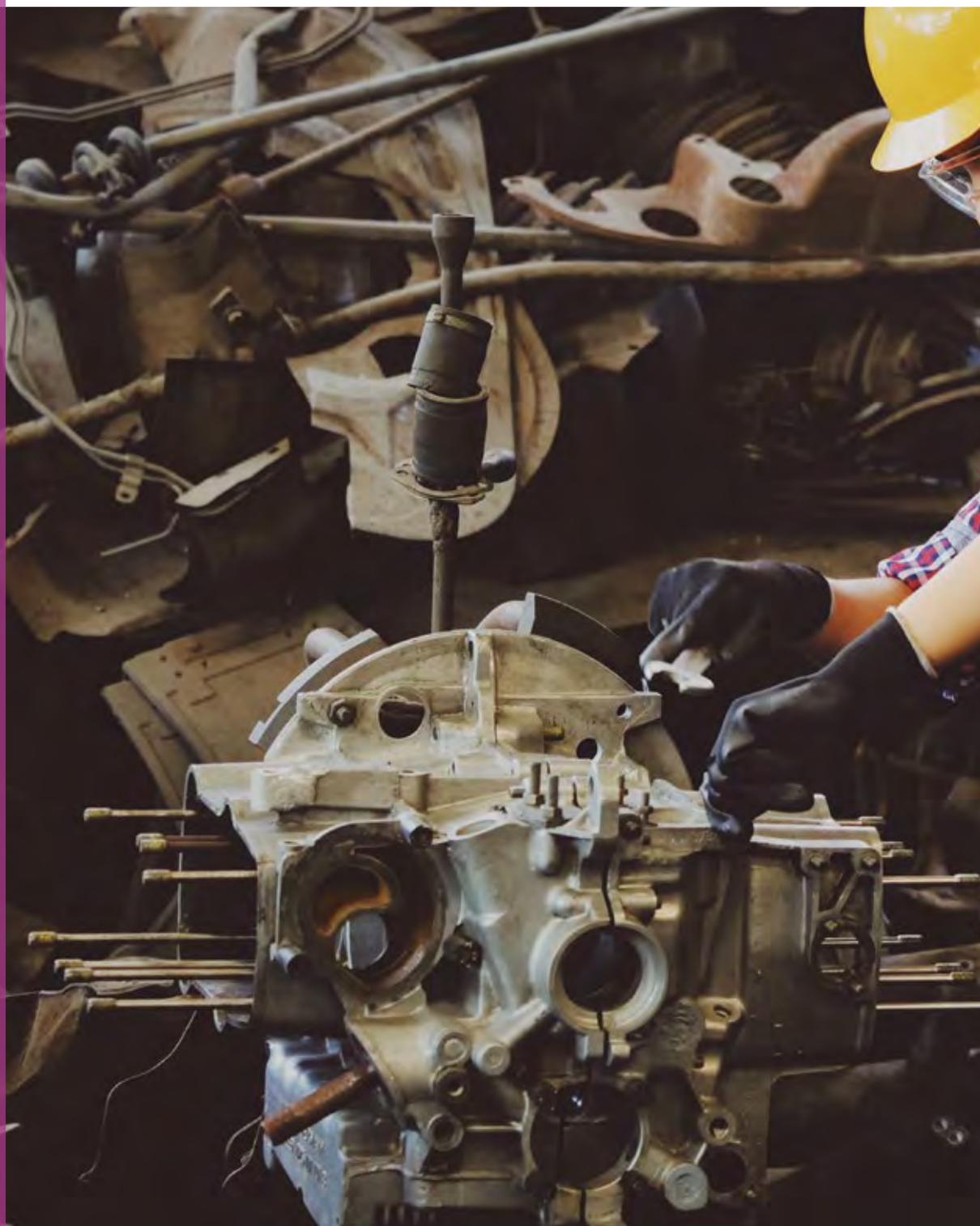
Seguidamente establece, con absoluta nitidez, que cubre aquellas incapacidades permanentes cuya declaración se produzca durante el periodo de su vigencia, debiendo estarse a tal efecto a la fecha de la declaración de la invalidez que indiquen los órganos

administrativos o judiciales competentes en la resolución firme que se produzca en relación con esa situación.

Esto supone ofrecer cobertura a las situaciones en las que el accidente hubiere tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigor del seguro, aunque deja fuera los

supuestos en los que esa declaración se dicta cuando la póliza ha perdido vigencia.

La empresa optó libremente por acogerse a esa modalidad de cobertura - en función de la que abona el importe de la prima-, con la loable intención de incluir a los trabajadores que pudieren haber sufrido un accidente con



anterioridad a la contratación de la póliza y cuya incapacidad se declarase bajo su vigencia, pero a sabiendas de que no amparaba los supuestos en los que la resolución que reconoce la incapacidad permanente se dictara después de su rescisión.

Con posterioridad decide resolver aquella póliza con efectos de 31 de diciembre de 2009, para formalizar una nueva a partir de esa fecha con la segunda aseguradora, Vidacaixa S.A, en la que, intencionadamente, en sentido contrario, y por extraño que parezca, opta por asegurar exclusivamente los supuestos en los que el accidente causante de la incapacidad permanente se produzca durante el periodo que abarque la póliza.

Con esto consigue dar cobertura a todas las situaciones de incapacidad permanente que deriven de accidentes que tengan lugar durante su vigencia, cualquiera que sea luego la fecha de la declaración de la incapacidad permanente, pero, a cambio, deja fuera de su ámbito de protección la situación de los trabajadores que sufrieron el accidente cuando estaba en vigor la póliza anterior.

En el momento de formalizar la segunda de las pólizas la empresa conoce la situación de los trabajadores que pudieren haber sufrido un accidente bajo la vigencia de la póliza anterior, y es sabedora de que existe la posibilidad de que alguno de ellos pueda ser declarado en el futuro en situación de incapacidad permanente derivada de aquel accidente.

Aun así, opta por cambiar su posición en esta materia y acogerse a un régimen diferente al que era objeto de cobertura en la primera póliza, en manifiesto incumplimiento de las obligaciones del convenio colectivo.

5. - Llegados a este punto ya podemos establecer las dos conclusiones con las que vamos a desestimar en este extremo el recurso de la empresa. La primera de ellas es que no ha cumplido adecuadamente con la obligación que le impone el convenio colectivo.

Y decimos que no las ha cumplido, porque ha pactado unas condiciones insuficientes en la cobertura de cada una de las sucesivas pólizas de seguros, que no alcanzan a los trabajadores que sufren el accidente bajo la vigencia de la primera de ellas y se les reconoce la incapacidad permanente cuando ya se encuentra en vigor la segunda, de lo que se desprende que es la propia empresa la que debe asumir

directamente la responsabilidad en el pago de la indemnización.

Aquí nos vemos obligados a hacer una reflexión para destacar algo que parece evidente.

Sea cual sea la decisión que adopte la empresa a la hora de pactar el alcance temporal de este tipo de aseguramientos, lo cierto es que siempre perjudicará la situación de unos trabajadores y beneficiará la de otros.

Tan injusta puede resultar la previsión que excluye a quienes son declarados en incapacidad permanente con la póliza en vigor, y pese a ello no están bajo su cobertura porque el accidente es de fecha anterior, - que es precisamente lo que se hace en la segunda de las pólizas cuya eficacia no se discute-; como la opción contraria, de excluir a quienes se les declara la incapacidad permanente cuando ya no está vigente la póliza, pero sufrieron el accidente cuando se encontraba en vigor - que es la solución pactada en la primera de ellas.

Parecería lo lógico que la empresa hubiere seguido el mismo modelo en el momento de cambiar de compañía aseguradora para no dejar fuera de su cobertura la situación de unos u otros trabajadores, o haber pactado la inclusión de algún tipo de previsión específica para transitar de un régimen jurídico a otro.

La segunda de las conclusiones, es que ninguna duda ofrece la interpretación de la dicción literal de las cláusulas pactadas como condiciones particulares con la primera aseguradora en el año 1999.

Puesto que se trata de una mejora voluntaria y dado que el contrato de seguro contiene una regulación específica para fijar el momento el que actúa la cobertura que dispensa, debe estarse necesariamente a lo que se ha pactado expresamente - aunque pudiese considerarse más inconveniente de acuerdo con criterios técnicos de protección, como decimos en todas nuestras anteriores sentencias que ya hemos referenciado-, porque ese acuerdo no se opone a ninguna norma imperativa de orden público que desmienta su eficacia, sin que pueda acudir a preceptos legales de seguridad social para sustituir la voluntad de las partes que ninguna duda ofrece.

Distinto sería de no haberse incluido en la póliza de seguros una específica regulación de esta materia, o en el supuesto de que lo

pactado fuese equívoco, impreciso, u ofreciere dudas sobre su verdadero alcance y eficacia, en cuyo caso deberíamos recurrir a la aplicación de la normativa de seguridad social, de la que se deduciría que el hecho causante que activa la responsabilidad de la aseguradora habría de ser el momento del accidente, tal y como resuelve la sentencia de contraste.

SEXTO.1.- La aplicación de la normativa de la Ley de Contratos de Seguro.

Ya hemos avanzado que el recurso denuncia la infracción de determinados preceptos de la Ley 50/1980, de contrato de seguro, y califica como cláusula limitativa contraria a derecho la pactada en el año 1999 como condición particular de la póliza de seguros.

Son ya varias las sentencias de esta Sala en las que hemos tenido ocasión de expresar nuestra doctrina al respecto.

Como decimos en las SSTs 18/2/2016, rcud. 3136/2014, y 25/4/2017, rcud. 848/2016, "En el derecho de seguros es clásica la distinción entre cláusulas lesivas y cláusulas limitativas. Las primeras son siempre inválidas, en tanto que las limitativas pueden alcanzar validez si cumplen las dos condiciones que enumera la ley; esto es, que se destaquen de modo especial y que sean específicamente aceptadas por escrito. La consideración como lesiva de una cláusula se fundamenta en la desproporción o desequilibrio insuperables que, en la economía del contrato, produce en perjuicio del asegurado. Ese vicio de lesividad comporta la nulidad de la cláusula y no la del resto del contrato, esquema que responde al conocido de la nulidad parcial del contrato. Por el contrario, puede entenderse que son cláusulas limitativas las que restrinjan los derechos del asegurado, sin llegar a producir la desproporción o desequilibrio insuperables de su posición jurídica en la economía del contrato. Por ello, se consideran válidas si cumplen los requisitos formales antes reseñados.

Ocurre, sin embargo, que una buena parte de las cláusulas que merecen el calificativo de limitativas suponen, a la vez, un instrumento de delimitación del riesgo cubierto por el contrato. Por ello, el criterio mayoritario en la doctrina y en la jurisprudencia civil es tratar de separar ambos tipos de cláusulas, excluyendo a las puramente delimitadoras del riesgo cubierto del doble requisito impuesto a las puramente limitativas por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. De esta forma, existe consenso en

considerar que los derechos del asegurado son delimitados siempre que una cláusula acota el riesgo objeto de cobertura por medio del contrato de seguro y, por el contrario, son limitados sólo cuando tal cláusula, al perfilar el riesgo cubierto excluye supuestos que de ordinario o usualmente quedan comprendidos dentro del mismo. En definitiva, como pone de relieve la STS - Sala 1ª- de 5 de junio de 1997, "La concreción del riesgo asegurado no supone limitación en los derechos del asegurado". Y, además, deben excluirse del concepto de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado aquéllas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo (como es la circunstancia del caso presente) y en qué ámbito espacial (STS 1ª de 18 de mayo de 2009, Rec. 40/2004)."

2.- La aplicación de esos mismos criterios al caso de autos impide que podamos atribuir naturaleza jurídica de cláusulas limitativas sometidas al régimen del art. 3 LCS, a las firmadas por la empresa como condiciones particulares del contrato de seguro en el año 1999.

Ya hemos dicho que el art. 60 del Convenio Colectivo no obliga a la empresa a contratar un seguro de accidentes a favor de los trabajadores en los términos del art. 100 LCS, para indemnizar con carácter general cualquier lesión que sufran como consecuencia de este, sino a asegurar el pago de una indemnización en el caso de que se reconozca al trabajador la situación de incapacidad permanente derivada del accidente.

Podríamos decir que lo que persigue el convenio colectivo no es tanto que se dé cobertura el accidente, como que la empresa asegure la declaración de incapacidad permanente que genera el pago de la indemnización.

En cualquier caso y, cuanto menos, el convenio coloca al mismo nivel el accidente y el reconocimiento de la incapacidad permanente, que se configuran como dos requisitos que deben concurrir conjuntamente para generar el derecho que el art. 60 reconoce.

El momento de tal declaración resulta de esta forma absolutamente determinante en la cobertura de la responsabilidad civil que a la empresa le impone el convenio colectivo y constituye el objeto de la póliza de aseguramiento, hasta el punto que va indisolublemente unida a este tipo de

contratos de seguros la ineludible necesidad de regular el régimen que ha de regir el alcance de la cobertura en función de la fecha en el que tenga lugar el accidente y la posterior declaración de incapacidad permanente.

Lo que es de ver perfectamente en el caso de autos, en el que la póliza que suscribe la empresa con la segunda de las aseguradoras - a la que ninguna tacha de ilegalidad imputa-, incluye igualmente una cláusula delimitadora de su ámbito temporal de la misma naturaleza con la que excluye de su cobertura los supuestos en los que la incapacidad permanente se declara durante la vigencia de la póliza si el accidente es anterior a su entrada en vigor.

Ya hemos dicho que esta cláusula de la segunda póliza está redactada en sentido diferente a la de la primera, pero desde la perspectiva jurídica que ahora interesa tiene sin duda la misma naturaleza y finalidad.

Por eso decimos que en un supuesto como el presente y, en razón del alcance que la regulación del convenio colectivo atribuye a la responsabilidad que debe asegurar la empresa, la cláusula del contrato de seguros que establece esos efectos pretende acotar el marco temporal al que extiende su ámbito de cobertura y tiene por este motivo una naturaleza meramente delimitadora.

Como explicamos en las sentencias citadas en el apartado anterior, las cláusulas limitativas son aquellas que "al perfilar el riesgo cubierto excluyen supuestos que de ordinario o usualmente quedan comprendidos dentro del mismo".

Es algo obvio - afortunadamente- que la inmensa mayoría de accidentes no provocan la incapacidad permanente del trabajador, por lo que el reconocimiento de esa situación no es un supuesto que se derive de manera ordinaria y usual del accidente.

Motivo por el que no puede atribuirse naturaleza limitativa a las cláusulas que desarrollan las reglas que deben regir el ámbito temporal de cobertura de la póliza de seguros en estos casos, cuando ya hemos dicho que son del todo necesarias e imprescindible, en atención el muy largo periodo de tiempo que puede transcurrir desde el accidente hasta el momento en el que nace la obligación de la empresa de pagar la indemnización, si es que finalmente se reconoce la incapacidad permanente.

Sin que podemos acoger el argumento de la recurrente con el que sostiene que el pacto firmado en tal sentido con la primera aseguradora supone quedar cautivos de esa relación contractual para el futuro, porque basta simplemente con pactar una cláusula de similar contenido con la nueva aseguradora con la que dar cobertura a la situación de los trabajadores que hubieren sufrido el accidente antes de la firma de la nueva póliza, tal y como así hizo en su momento con la anterior aseguradora a partir del segundo año de vigencia del contrato.

3. - A mayor abundamiento, en cualquier caso, la hipotética calificación de aquella cláusula como limitativa - que negamos-, no determinaría su ineficacia en el presente supuesto en el que se habrían cumplido los dos requisitos que exige el art. 3 LCS para admitir su validez. Recordemos que este precepto dice "Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito".

Se refiere en primer lugar a las condiciones generales y particulares para exigir que se redacten de forma clara y precisa, lo que en el caso de autos ya hemos dicho que se cumple perfectamente.

Seguidamente impone - en el mismo párrafo-, la obligación de que las cláusulas que sean limitativas se destaquen de modo especial y sean específicamente aceptadas por escrito.

Ambos requisitos formales concurren en el caso presente, en el que la cláusula en cuestión fue incorporada al contrato separadamente de las condiciones generales, en un folio aparte dedicado exclusivamente a ellas y firmadas específicamente por la empresa.

La póliza se formaliza en el año 1997 y la incorporación de aquellas cláusulas tiene lugar en 1999, siendo aceptadas por escrito y firmadas por la empresa de forma individualizada y expresa, en el particular y concreto documento que a tal efecto se emite por la aseguradora y es acogido sin tacha alguna por la recurrente.

Se cumplen con ello sobradamente las exigencias del art. 3 LCS, porque ninguna duda cabe que de esa forma han quedado perfectamente destacadas de modo especial y han sido aceptadas por escrito cumpliendo con

la finalidad perseguida por el precepto, que no es otra que la de evitar que las cláusulas limitativas quedan entremezcladas de manera confusa y difícil de identificar entre en las condiciones generales del contrato de seguro.

No hay razón alguna para considerar que ese documento no hubiere sido consensuado libremente por ambas partes con la finalidad de dar cobertura a la situación de los trabajadores que pudieren haber sufrido el accidente antes de la entrada en vigor de la póliza, y, en cualquier caso, para delimitar y aclarar el periodo temporal de su cobertura en función de esa importante dilación temporal que existe de ordinario entre el accidente y el reconocimiento de la incapacidad permanente.

Sea como fuere, ya hemos dicho que la dicción literal de esas cláusulas no ofrece el menor margen de incertidumbre sobre su alcance y contenido; no hay ninguna duda de que fueron perfectamente conocidas por la empresa y firmadas de manera expresa por escrito; y no hay dato alguno que permite sospechar la existencia de vicios del consentimiento.

Es verdad que el específico documento que las incluye viene encabezado con la denominación de "condiciones particulares", pero eso no puede ser en modo alguno óbice para negar su eficacia por motivos puramente formales, cuando es evidente que esta fórmula supone que se han destacado de modo especial en el contrato y han sido expresamente aceptadas por escrito, cumpliendo perfectamente con la finalidad de los requisitos de forma que impone aquel precepto legal.

Añade la empresa que esas condiciones particulares introducidas en el año 1999 quedaron posteriormente sin efecto y fueron sustituidas por las modificaciones incorporadas al contrato en los años 2008 y 2009.

Argumento inatendible, porque esos documentos suplementarios de actualización suscritos en 2008 y 2009 no incluyen ninguna previsión que deje sin efecto lo firmado en 1999. Se limitan simplemente a incorporar el suicidio y los infartos como accidentes protegidos para ampliar en tal sentido el alcance de la póliza, sin afectar en forma alguna al ámbito temporal de cobertura que se había fijado en aquel documento del año 1999.

4.- Finalmente, con mayor motivo si cabe,

debemos negar la naturaleza lesiva de la cláusula.

No es concebible un seguro de este tipo que no incluya una referencia al ámbito temporal a tener en cuenta para activar su cobertura en función de la fecha del accidente y/o de la declaración de incapacidad permanente, lo que necesariamente exige algún tipo de previsión a tal respecto porque lo contrario sería tanto como dejar absolutamente indefinido el marco temporal cubierto por la póliza.

Algo que no es difícil de apreciar en el presente supuesto, porque también el contrato suscrito con la segunda de las aseguradoras contiene una disposición de la misma naturaleza que acota la efectividad del contrato a la fecha del accidente y que no por ello puede calificarse como una cláusula lesiva nula de pleno derecho y sin efecto jurídico alguno.

Las cláusulas lesivas son aquellas que se fundamentan en la desproporción o desequilibrio insuperables que, en la economía del contrato, produce en perjuicio del asegurado.

No puede atribuirse ese calificativo a la necesaria regulación del régimen contractual de aplicación en función de las fechas de vigencia de la póliza, producción del accidente y declaración de la incapacidad permanente,

que son los tres parámetros sobre los que descansa la cobertura del seguro en los términos que dispone el art. 60 del Convenio Colectivo y deben por ello contemplarse como elementos ineludibles del aseguramiento.

SÉPTIMO.- De acuerdo con todo lo razonado y de conformidad con el Ministerio Fiscal, el recurso ha de ser desestimado para confirmar en sus términos la sentencia recurrida, con imposición de costas a la empresa recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Securitas Seguridad España,

S.A., contra la sentencia dictada el 25 de abril de 2016, aclarada en auto de fecha 23 de junio de 2016, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 652/2015, que resolvió el

formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid, de fecha 20 de abril de 2015, recaída en autos núm. 337/2014, seguidos a instancia de D. Leoncio contra Previsora General Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija, Vidacaixa, S.A. de Seguros y Reaseguros y Securitas Seguridad España, S.A., en materia de reclamación de cantidad, que confirmamos en sus términos. Con imposición de costas a la recurrente, y pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. María Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego D^a Maria Luz Garcia Paredes

D^a Concepcion Rosario Ureste Garcia

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, y al que se adhieren los Magistrados Excmo. Sr. D Fernando Salinas Molina, Excma. Sra. D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga, Excma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol y Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 3326/2016.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina nº 3326/2016, en el que expreso con total respeto, mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura

mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuve en la deliberación.

INTRODUCCIÓN.

Las razones por las que me opongo a la sentencia de la mayoría se resumen diciendo que la misma cambia la doctrina de la Sala sobre la imputación de responsabilidades en el pago de las mejoras Seguridad Social derivadas de accidente laboral y en materia de interpretación de los contratos de seguro, y especialmente porque se olvida de aplicar la directiva 93/13 CEE que transpone a nuestro derecho la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, normas que, aunque no son de directa aplicación en los contratos entres profesionales, aunque sean de diferente actividad, si son de tener en cuenta y aplicables los artículos

5-1 y 7 de la Ley 7/1998 sobre la incorporación de las condiciones generales al contrato cuanto se acepte por el adherente su incorporación y por el predisponente se le haya informado de su existencia facilitándole el oportuno ejemplar. La redacción de las cláusulas debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (art. 5-5) y no quedan incorporadas al contrato, según el artículo 7, las que el adherente no haya conocido de manera completa o no haya firmado, así como las que "sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles", salvo que hubieren sido aceptadas expresamente por escrito, siempre que "se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato". Así, pues, el artículo 3 de la ley 50/1980, del contrato de seguro debe ser interpretado a la luz de estos principios, lo que supone la necesaria aceptación por el adherente de las condiciones particulares, así como que estas se ajusten a la normativa que regula el contrato de seguro, lo que no sucede cuando se desvirtúa la naturaleza del riesgo asegurado confundiendo el accidente causante de la lesión con las secuelas que deja al curar, máxime cuando la cláusula no se redacta con la claridad y precisión debidas.

FUNDAMENTACIÓN.

La discrepancia se construye con base en los siguientes razonamientos. Primera. Resumen hechos contemplados

A) La póliza de seguro que nos ocupa se suscribe en cumplimiento del art. 60 del Convenio Colectivo de empresas de seguridad publicado en BOE 10 junio 2005, fijando cantidad por IPT que reitera la revisión del citado artículo en 2008 (BOE 28 febrero). En ese precepto se establece " Artículo 60. Seguro colectivo de accidentes. Las Empresas afectadas por este Convenio Colectivo suscribirán pólizas de seguro colectivo a favor de todos y cada uno de sus trabajadores para el año 2005 por un capital de 27.586,45 € por muerte y de 34.942,84 € por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, derivadas de accidentes sea o no laboral, excepto los producidos en competiciones deportivas oficiales de vehículo de motor. Su efecto cubrirá las veinticuatro horas del día y durante todo el año. Los capitales asegurados por muerte ascenderán a 28.138,18 € para el año 2.006 y 28.700,94 € para los años 2007 y 2008. Los capitales asegurados por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez ascenderán para el año 2.006 a 35.641,70 € y 36.554,53 € para los años 2007 y 2008."

La póliza de seguro suscrita para el año 2008 con efectos del 1 de enero, tras señalar que se trata de una póliza de convenio colectivo que afecta a 12.586 empleados y supone una prima de 267.329'19 euros, así como que se trata de una póliza de un seguro colectivo que ya se suscribió en 1999 (según fundamento derecho primero de la sentencia recurrida) cuando, estableció como condiciones generales y particulares las siguientes:

GARANTÍAS CONTRATADAS

Convenio de empresas de seguridad estatal y garantías del accidente colectivo, entre otras la IPT por accidente con una indemnización de 36.554'53 euros, esto es los del convenio. Con ello reitera la cobertura del art. 1 de las condiciones generales de la póliza que dice: "...garantiza a los asegurados... el pago de las indemnizaciones contratadas según lo dispuesto en el Convenio Colectivo ". Salvo en el particular relativo a la inclusión de los suicidios ninguna condición particular más se incluye en la documental aportada por la aseguradora (la Previsora General) en su ramo de prueba, ni en el ramo de prueba de la empresa salvo la cobertura de los infartos. En igual sentido la póliza suscrita para el año 2009 que en las condiciones particulares incluyó la cobertura del suicidio y el infarto de miocardio. Si aparece que en la póliza suscrita en 8 de enero de 1999

se incluyeron unas condiciones particulares que decían: 1º) "Se entienden incluidos en esta cobertura aquellos trabajadores que, habiendo agotado el periodo máximo de la situación de incapacidad temporal, y no figurando- por tanto- en los boletines de cotización a la Seguridad Social de la empresa, se encuentren a la espera de que se produzca la pertinente declaración sobre su situación de invalidez permanente, y ésta tenga lugar durante la vigencia de la cobertura"; 2º) "Se hace constar expresamente que, a efectos de esta cobertura, la fecha de la declaración de la invalidez, será la que se indique por parte de los órganos administrativos o judiciales competentes, en la Resolución firme que se produzca en relación con dicha situación de invalidez"; y en su punto 3, que "Previsora General asume la responsabilidad de las prestaciones complementarias de invalidez permanente cuya declaración se produzca durante el periodo de vigencia de esta póliza". Pero estas condiciones particulares, como señala la sentencia de instancia no se volvieron a incluir en las pólizas o renovaciones de las mismas, que se suscribieron los años siguientes, pese a que en los documentos que redactaba la aseguradora para la renovación se decía que el documento contenía la condiciones generales y particulares de la póliza, cuyo objeto era cubrir las obligaciones impuestas por el convenio colectivo en materia de accidentes. Estas renovaciones supusieron que la tomadora del seguro pasase de pagar una prima de 25.379.806 ptas en 1999 a 329.822 euros en 2009, esto es más del doble. B) Antecedentes en la Sala

En nuestra sentencia del Pleno de 24 de noviembre de 2009 (R. 1145/2008) se contempló un supuesto de seguro impuesto por convenio colectivo en el que la póliza decía en lo que aquí interesa: 4: "En caso de siniestro, las fechas a considerar serán las siguientes:- b) En caso de invalidez por accidente garantizada en la presente póliza: la fecha de efectos económicos de la Resolución ó Declaración de Invalidez Permanente efectuada por el Organismo Oficial competente ó de Sentencia firme del Organismo Judicial competente". Como puede observarse esa cláusula es muy parecida a la que es objeto de interpretación en el presente caso y, no obstante, se llega a otra solución.

Desde nuestra sentencia de 1 de febrero de 2000 la Sala viene señalando que una cosa es la fecha del accidente asegurado que determina la norma aplicable y las prestaciones

debidas, incluso la mejora, así como la aseguradora responsable y otra la fecha en la que se consolidan las secuelas derivadas del mismo y se actualiza el riesgo. Con base en los artículos 100 y 104 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, se ha estimado que una cosa es la fecha del siniestro asegurado, el accidente, y otra la fecha en que se consolidan las secuelas derivadas del mismo y se actualiza el riesgo cubierto naciendo la obligación de pagar el capital asegurado (S.TS., además de la ya citada, de 4 de octubre de 2001 (Rec. 3902/00), 24 de mayo de 2000 (Rec. 1549/99), 10 de junio de 2002 (Rec. 713/02), entre otras).

Por ello, como se dice en la sentencia de 1 de febrero de 2000 (R. 200/1999) del Pleno de la Sala y en otras muchas que la reproducen: lo decisivo es que cuando ocurre un accidente la póliza que asegura este riesgo esté vigente. Si es así, se aplicará la cobertura, aunque la determinación de la invalidez a partir de la presentación del certificado médico de incapacidad se haya producido con posterioridad y la póliza ya no

esté vigente. Lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesten éstas, ni mucho menos la de su constatación administrativa o médica. La cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, que puede manifestarse con posterioridad al siniestro. Así lo afirma la jurisprudencia civil que distingue claramente entre el accidente, como riesgo asegurado, y el daño derivado del mismo: "la declaración de la invalidez, lejos de significar el hecho de la causación del daño o del siniestro, es meramente una formalidad administrativa determinante, entre otras, de las consecuencias económicas en diversos aspectos del accidente, pero en modo alguno puede identificarse con éste" (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1993 en el mismo; sentido sentencia de 6 de febrero de 1995) y las más recientes de 17 de abril de 2007, 29 de diciembre de 2010 y 19 de mayo de 2011, entre otras.

Otra solución sería además imposible de



articular, pues conforme a los artículos 1 y 4 de la Ley de Contrato de Seguro el contrato de seguro es nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro. Lo que quiere decir que si el accidente se ha producido en una determinada fecha, no podrá asegurarse su cobertura con posterioridad a la misma, aunque una determinada secuela (la incapacidad permanente o la muerte) se manifieste o se constate administrativamente después. Es cierto que en determinados supuestos puede existir un margen de aleatoriedad en la conversión de la lesión producida por el accidente en un efecto invalidante o en la muerte. Pero, aparte de que en la mayoría de los casos, esos efectos suelen ser previsibles de acuerdo con los estándares generales, se trata de un supuesto anormal que habría de pactarse así con el lógico incremento de la prima.

C) Inaplicación de doctrina consolidada

La sentencia recurrida no aplica nuestra doctrina, sin renunciar a ella ni pretender modificarla, sino amparándose en una interpretación literal de las condiciones particulares en la póliza de la que se discrepa: por las siguientes razones.

Primera. El riesgo asegurado era el accidente (artículos 100 y 104 de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980) y producido el accidente sólo quedaba la consolidación del daño causado para fijar el importe de la indemnización. Así lo viene entendiendo esta Sala desde su sentencia del Pleno 1 de febrero de 2000 , doctrina reiterada por múltiples sentencias como la del Pleno de 24 de noviembre de 2009 (R. 1145/2008) que en supuesto parecido señaló "En efecto, cual se estable en nuestras sentencias de 10 julio 1995 , 22 julio 2002 (Rec. 1276/01), 15 marzo 2002 (Rec. 4633/00) y 24 septiembre 2002 (Rec. 3436/01) entre otras, cuando se trata de seguros de grupo las definiciones de los riesgos y contingencias objeto de cobertura deben ser las precisadas en la póliza de seguro y sólo en caso de silencio u oscuridad de la póliza puede acudir al concepto que de esos riesgos dan las normas de la Seguridad Social, pues, sobre todo, para interpretar la póliza debe estarse a la intención de las partes contratantes, lo que obliga a estar a la literalidad de la póliza cuando es fiel reflejo de la intención de quienes suscribieron el contrato de seguro.

Por otro lado, desde nuestra sentencia de 1

de febrero de 2000 (RCUD 200/99), esta Sala viene entendiendo que la fecha del accidente de trabajo determina la normativa aplicable y, consecuentemente, las prestaciones debidas, las mejoras que las complementan y la entidad aseguradora responsable del pago de las mismas. Con base en los artículos 100 y 104 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre , se ha estimado que una cosa es la fecha del siniestro asegurado, el accidente, y otra la fecha en que se consolidan las secuelas derivadas del mismo y se actualiza el riesgo cubierto naciendo la obligación de pagar el capital asegurado (S.T.S., además de la ya citada, de 4 de octubre de 2001 (Rec. 3902/00), 24 de mayo de 2000 (Rec. 1549/99), 10 de junio de

2002 (Rec. 713/02), entre otras muchas como las de 8 de junio de 2009 (R. 2873/2008) y 20 de julio de 2017 (R. 3748/2015)), doctrina de la que se aparta la mayoría sin razonar su cambio de criterio, máxime cuando en nuestra sentencia de 24 de noviembre de 2009 (R. 1145/2008) se contempla el supuesto de una cláusula muy similar. El cambio no se puede justificar diciendo, simplemente, que el supuesto es distinto y que una interpretación literal de la cláusula lleva a otra solución como se verá a continuación.

Segunda. Existencia de errores de interpretación. Sobre la interpretación de la póliza.

1.Cual consta en relación de hechos probados la póliza de seguro fue suscrita por la empresa para cubrir las obligaciones que le imponía el artículo 60 del Convenio Colectivo para con sus empleados, aserto que corroboran la sentencia recurrida en la declaración de hechos probados y en la fundamentación jurídica, así como la condición general primera de la póliza, donde se dice que ese es el objeto del contrato con la particularidad de que en la carátula resumen de la póliza se dice que tiene por objeto cubrir los accidentes del Convenio Colectivo de las empresas de seguridad. Por tanto, si esa era la intención de las partes, es claro que la póliza cubría el siniestro que nos ocupa, por cuánto el accidente ocurrió durante la vigencia del contrato de trabajo del actor y de la póliza. El hecho de que las consecuencias del accidente no se consolidaran de forma definitiva antes de la rescisión de la póliza no desvirtúa lo dicho porque, cual se dijo antes, una cosa es la fecha del accidente y otra aquella en que se actualiza el riesgo asegurado y nace la obligación de pagar el capital asegurado, como se deriva de lo dispuesto en los artículos 100 y

104 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre .

Debe insistirse en que el convenio obligaba a asegurar la IPT por accidente, esto es que lo asegurado era el accidente y, más aún, que como consta en la póliza, esta se firmaba para cumplir con las obligaciones del convenio, objeto del contrato de seguro que en otro caso carecía de sentido. Por ello cabe concluir que lo asegurado era el accidente que luego dejaba secuelas, pues si el accidente, el siniestro, hubiese acaecido al suscribirse la póliza, esta era nula conforme al artículo 4 de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 en relación con los artículos 83 y 100 de la misma.

2. La sentencia de la que se discrepa realiza una interpretación diferente, con base a una interpretación literal del contrato de seguro suscrito entre las partes cuyas lagunas y oscuridades no pueden suplirse con otros criterios jurídicos, razón por la que en casos de infraseguro responde el tomador del seguro cual ocurriría en el presente caso en el que, según la mayoría, el convenio lo que obligaba era a asegurar la incapacidad permanente derivada del accidente, de forma que del accidente no nacía la obligación de indemnizar, deber que sólo nacía con la declaración de incapacidad permanente, hecho que era el que se debía asegurar y que en el presente caso no estaba cubierto porque una condición particular de la póliza exigía la vigencia de la misma al tiempo de la declaración de invalidez permanente, razón por la que, como la sentencia recurrida, concluye que el hecho causante de la mejora, según lo pactado, coincidía con la fecha de la declaración de la incapacidad permanente, motivo por el que, al no estar vigente en ese momento la póliza, se produce una situación de infraseguro que conlleva la responsabilidad de la empleadora que no había cubierto esa situación con la nueva aseguradora y había abandono de sus obligaciones convencionales.

Tercera. Sobre las cláusulas delimitadoras del riesgo, las limitativas de derechos y las normas legales que regulan su interpretación.

1. Vaya por delante que las cláusulas que nos ocupan y en cuya redacción se funda la sentencia recurrida, así como la propuesta de la que discrepo, se encuentran en la póliza suscrita en 1999, pero, curiosamente, no constan en las pólizas, posteriormente, suscritas que no han sido aportadas por La Previsora, sospechosamente porque a ella incumbía la carga de la prueba, salvo la del año 2008 que tiene un condicionado

particular en el que se añade la cobertura de los suicidios (documento 2 del ramo prueba de la aseguradora al que se remite el hecho probado segundo), donde consta un escrito con membrete de la aseguradora que dice que ahí se reseñan las condiciones generales y particulares de la póliza con anexos que para el año 2009 envía la aseguradora a la empresa, aunque ese año añade en las condiciones particulares que desde 01-01-2007, se cubren los fallecimientos por suicidio e infarto de miocardio. En las pólizas enviadas en

2008 y 2009 consta un apartado en el que, además, el tomador del seguro reconoce haber leído y entendido las condiciones particulares y generales que se adjuntan, aceptando las mismas y en especial las causas limitativas de los artículos 2, 3, 5, 6, 7 y 8 del condicionado de convenios colectivos, ninguno de los que hacen referencia a las cláusulas, sobre la necesidad de vigencia de la póliza al tiempo de la declaración de invalidez permanente, que nos ocupan, condiciones particulares que no constan en ninguna póliza posterior a 1999 que la tomadora del seguro aceptara, aunque se hablara en ellas de renovación no se reproducen las antiguas condiciones particulares, firmadas en 1999, ni se hace referencia a ellas, pese a decirse que se acompañan las condiciones generales y particulares en escritos de 2008 y 2009 de la aseguradora que además no fueron firmadas por la tomadora del seguro.

2. Lo dicho, sobre la no inclusión en la póliza de esas cláusulas, lo evidencia que la propia sentencia recurrida para argumentar su decisión, se remita a la póliza de 1999 y luego diga que, posteriormente, en 2008 y 2009 se suscribieron documentos suplementarios de actualización de la póliza suscrita, lo que es cierto solo en parte, pues, en los documentos a los que se remite el hecho probado tercero no se dice que la póliza enviada sea suplementaria de las anteriores sino que en el "documento se contienen las condiciones generales y particulares de su "Contrato de Seguro" y entre ellas no figura la controvertida, tal vez porque se suprimió a partir del cambio doctrinal que supuso nuestra sentencia de 1 de febrero de 2000 .

3. Aún suponiendo, hipotéticamente, lo que no consta, que las condiciones particulares subsisten desde 1999 pese a no ser reproducidas en el articulado de la póliza, la solución sería la misma porque nos encontraríamos ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado y no delimitadora del riesgo.

Como se ha dicho por la jurisprudencia las cláusulas delimitativas son las que delimitan el riesgo asegurado y concretan el objeto asegurado, la cuantía indemnizatoria, la duración del seguro y otros. Por contra las cláusulas limitativas se dirigen a limitar los derechos del asegurado cuando el riesgo ya se ha producido cual ocurre en este caso en el que el accidente (riesgo asegurado) se ha producido y solo queda que se fijen las secuelas definitivas que ha dejado el siniestro, para que "ex art. 104 de la Ley del Contrato de Seguro" nazca el deber de pagar la indemnización pactada. Así lo entiende la sentencia de la Sala 1ª de este Tribunal de 22 de abril de 2016 (R. 63/2014) cuando dice: "Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos se dirigen a condicionar o modificar el derecho del asegurado y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Deben cumplir los requisitos formales previstos en el art. 3 LCS, de manera que deben ser destacadas de un modo especial y han de ser expresamente aceptadas por escrito; formalidades que resultan esenciales para comprobar que el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto (sentencias 268/2011, de 20 de abril; y 516/2009, de 15 de julio).

La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares."

"Cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen -es decir, que no le sorprendan- y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa."

La aplicación de esa doctrina al caso que nos ocupa habría llevado a estimar el recurso,

porque la cláusula limitativa aplicada no se ha reflejado en las pólizas de seguro suscritas a partir del año 2000, mientras que si se han añadido otras condiciones particulares y se han reflejado las condiciones generales.

Cuarto. Sobre las cláusulas limitativas y las sorpresivas.

Sobre la calificación como cláusula limitativa, aparte lo dicho antes, debe resaltarse que las cláusulas delimitativas de la cobertura del seguro son las que concretan el objeto del contrato y fijan riesgos asegurados, el riesgo que, caso de producirse da lugar al derecho del asegurado a cobrar la prestación convenida, mientras que las cláusulas limitativas son las que condicionan o modifican el derecho del asegurado a la prestación, una vez producido el riesgo objeto del seguro, así lo reitera la reciente sentencia de la Sala Primera de este Tribunal de 29 de enero de 2019 (R. 2159/2016), pero, como señala esta sentencia, la distinción no es tan fácil porque existen cláusulas delimitativas del riesgo que lo hacen de forma tan "sorprendente" que en realidad son limitativas de derechos. Por ello, para determinar en la práctica si una cláusula es limitativa debe atenderse al contenido natural del contrato, a las cláusulas que lo identifican, incluso las particulares, y al alcance típico y usual de su objeto con arreglo a la Ley y a la práctica aseguradora (SSTS(1ª) de 22 de abril de 2016, 14 septiembre 2016 y 29 de enero 2019).

En el presente caso nos encontramos con un seguro de accidentes colectivo, suscrito en cumplimiento de la obligación que a la tomadora del seguro le imponía el art. 60 del Convenio Colectivo, precepto, titulado "seguro colectivo de accidentes" que obligaba a la empresa a concertar un seguro en favor de todos sus trabajadores que cubriera determinadas cantidades para los supuestos de muerte o IP en sus distintas modalidades que derivasen de cualquier accidente. La calificación de seguro de accidente colectivo de empresas de seguridad es reconocida por la aseguradora en la carátula resumen de la póliza y en la de las condiciones generales y particulares.

Consiguientemente, el seguro concertado es un seguro (colectivo) de personas (artículos 80 y 81 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre) y más concretamente un "seguro de accidentes" de los regulados en los artículos

100 a 104 de la citada Ley. De estos preceptos se desprende, al igual que del

artículo 60 del convenio Colectivo , que lo cubierto es accidente que provoca una lesión corporal que produce, o acaba produciendo la muerte o la incapacidad permanente del asegurado, el trabajador en este caso. Como las lesiones pueden curar con o sin secuelas y la cuantificación del pago y el deber de abono requiere la consolidación de las secuelas, hay que esperar a la producción de tal hecho, cual previene el art. 104 de la Ley 50/1980 .

Por tanto, se sale de lo usual en el seguro de accidentes la cláusula que limita la responsabilidad de la aseguradora a la vigencia de la póliza al tiempo de declararse administrativa o judicialmente la existencia de la incapacidad permanente. Una cláusula de ese tipo restringe de forma sorprendente la cobertura del seguro con arreglo a la ley y a lo usual en la contratación y, por ende, merece la calificación de "limitativa de derechos", lo que requiere aceptación expresa de la misma por parte del tomador del seguro.

No es aceptable, conforme a lo dicho, que no estamos ante una cláusula limitativa, sino delimitadora del riesgo, cual sostiene la mayoría, al entender que lo asegurado es la incapacidad permanente que se declare durante la vigencia de la póliza porque se trata de un sofisma que parte de un concepto erróneo: lo asegurado es el accidente del que derivan los daños y no los daños en si, cual prueba que, conforme a los artículos 1 y 4 de la Ley citada que el contrato de seguro es nulo cuando el riesgo asegurado no existe porque ya ha ocurrido el siniestro asegurado y se está en fase de cuantificar el daño causado.

Quinto. COROLARIO

Conforme al art. 3 de la Ley 50/1980 , se trataría de una cláusula inaplicable y nula. Si el seguro concertado cubre el riesgo de accidentes es claro que las partes pueden delimitar el riesgo, incluso limitar los derechos del asegurado para cuando ocurra el siniestro, pero lo que no puede la aseguradora en un contrato de adhesión es incluir condiciones sorpresivas que limiten los derechos del asegurado o lo priven de ellos, cual ocurre con la condición particular tercera del clausulado que nos ocupa. En efecto, en esas condiciones, firmadas en la póliza del año 1999 pero no en las suscritas desde ese año al 2009 con redacción poco clara, pues primero se ponen dos cláusulas inocuas, como que se cubre a los trabajadores que agotan la incapacidad temporal y están en espera de que se resuelva

sobre su IP y que la fecha de la IP será la que indique el órgano competente que la declara, para seguidamente, añadir la cláusula sorpresiva: que la aseguradora sólo pagará cuando la declaración de IP se produce durante la vigencia de la póliza, lo que comporta que la aseguradora no responda y quede liberada si la tomadora del seguro rescinde la póliza antes de la declaración de invalidez permanente. Esta cláusula es sorpresiva porque cambia la naturaleza del contrato que asegura el accidente y no la declaración de invalidez y en definitiva deja cautiva de la aseguradora a la empresa que tiene 12.500 empleados y siempre tendrá varios de baja por accidente, lo que la forzaría a no rescindir la póliza.

Se trata, pues, de una cláusula que hace imposible la ejecución total del contrato y lo priva de efectos pese a las importantes primas pagadas con respecto a la cobertura de los siniestros (accidentes) acaecidos al tiempo de rescindirse la póliza por voluntad de la aseguradora o de la tomadora del seguro.

Estamos, pues, ante una cláusula que deja sin efecto el seguro y vacío de contenido el contrato con respecto a los accidentes producidos que hayan dejado secuelas no consolidadas al tiempo de rescisión de la póliza. No cabe por menos que calificar la misma de sorpresiva por carecer de una redacción clara y sencilla y por limitar los derechos del asegurado que tenía un derecho expectante que dependía de su curación con o sin secuelas.

Por ello, al ser limitativa de derechos, es nula por no cumplir con los requisitos del artículo 3 de la Ley 50/1980 no sólo por su falta de claridad y precisión, sino, además, porque su contenido no se incluyó, sino que se omitió en las renovaciones de la póliza que se hicieron a partir de enero de 2000, anualmente, hasta enero de 2009, pese a que a la tomadora del seguro se le facilitaba una copia de la póliza que contenía, según la aseguradora las condiciones generales y particulares del contrato de seguro entre las que no se encontraba la que nos ocupa, hecho que acentúa la falta de transparencia con la que obró la aseguradora.

Conclusión

Las precedentes consideraciones obligaban a estimar el recurso y a declarar la responsabilidad de la Previsión General.

Madrid, 29 de enero de 2019

Por **José Antonio Badillo Arias**
Profesor de Derecho Mercantil.
 Universidad de Alcalá.

En la resolución que comentamos se plantea un problema relativamente común cuando el tomador decide cambiar de compañía. En la práctica, suele ocurrir con las cláusulas *claims made*, cuando, en virtud de lo establecido en el artículo 73.2 LCS, con una aseguradora se opta por asumir reclamaciones durante la vigencia del contrato por hechos ocurridos anteriormente y se cambia a otra entidad en la que se cubren hechos ocurridos que se pueden reclamar posteriormente. En estos supuestos, podría darse el caso en el que el siniestro se produce bajo el amparo de la primera póliza y se reclama cuando ya está en vigor la segunda. En estas circunstancias, no estaría cubierto por ninguna de ellas.

Algo parecido ocurre en el supuesto que analizamos en esta sentencia. Sin embargo, en este caso, la problemática no se centra en las cláusulas *claims made*, sino en la definición del objeto de cobertura. Así, pese a tener el tomador continuidad en el aseguramiento

(...)podríamos afirmar que la resolución de este caso es un llamamiento a los gestores de riesgos de las empresas y a los propios mediadores de seguros, a negociar adecuadamente las condiciones contractuales, sobre todo cuando el tomador decide cambiar de aseguradora.(...)

de los riesgos concertados, el siniestro no está cubierto por parte de ninguna de las dos aseguradoras que entran en conflicto y es el propio tomador el que finalmente se tiene que hacer cargo de indemnizar al beneficiario de una póliza colectiva de accidentes derivada de un Convenio colectivo.

Aunque no lo dice la sentencia, podríamos afirmar que la resolución de este caso es un llamamiento a los gestores de riesgos de las empresas y a los propios mediadores de seguros, a negociar adecuadamente las condiciones contractuales, sobre todo cuando el tomador decide cambiar de aseguradora. En tal caso, es preciso tener en cuenta quién se va a hacer cargo de los siniestros ocurridos durante la vigencia de primera póliza, que todavía no se han manifestado o no han sido reclamadas a la entidad aseguradora.

HECHOS OCURRIDOS

El Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad Privada impone a las empresas del sector la obligación de formalizar una póliza colectiva de seguros para cubrir el pago a los trabajadores de una determinada indemnización, en el caso de incapacidad permanente derivada de accidente. En cumplimiento de esa previsión convencional, la empresa demandada suscribió en fecha 1 de enero de 1997 una póliza de aseguramiento con la entidad Previsora General, que se mantuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2009.

COMENTARIO

En las condiciones particulares que firman tomador y aseguradora, a los efectos que nos interesan, se indica que: "Se entienden incluidos en esta cobertura aquellos trabajadores que, habiendo agotado el periodo máximo de la situación de incapacidad temporal, y no figurando- por tanto- en los boletines de cotización a la Seguridad Social de la empresa, se encuentren a la espera de que se produzca la pertinente declaración sobre su situación de invalidez permanente, y ésta tenga lugar durante la vigencia de la cobertura". Como puede verse, para dar cobertura al riesgo asegurado, el accidente y la declaración de invalidez permanente deben producirse durante la vigencia de la póliza.

Posteriormente, la empresa rescinde aquella primera póliza, y en fecha 8 de enero de 2010 suscribe un nuevo contrato de seguro con la entidad Vidacaixa, S.A., en cuyas condiciones generales se dispone "que su cobertura quedaba condicionada al hecho de que la incapacidad permanente lo fuere "como consecuencia de un accidente ocurrido durante el periodo de cobertura y siempre que se pruebe que tal incapacidad es consecuencia del mismo"".

El accidente del que trae causa el litigio tuvo lugar el 12 de octubre de 2008 y el 26 de abril de 2012 se dicta la resolución del INSS que declara al actor en situación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común. Es decir, el accidente se produce bajo la vigencia de la primera póliza y la declaración de invalidez del INSS cuando ya estaba en vigor la póliza con la segunda aseguradora (Vidacaixa, S.A.).

Como puede verse, el problema planteado es que ninguna de las dos aseguradoras entiende que debe asumir el siniestro. La primera, por cuanto que en las condiciones particulares se condiciona a que la declaración de invalidez debe declararse durante la vigencia de póliza (31 de diciembre de 2009), que no es el caso; y la segunda, porque, como hemos indicado, solo cubre incapacidades permanentes por accidentes ocurridos durante el periodo de cobertura, a partir del 1 de enero de 2010 (el accidente se produce el 12 de octubre de 2008).

Tras demanda del trabajador, la sentencia del Juzgado de lo Social 17 de Madrid de 14 de junio de 2013, declara que la incapacidad permanente total es derivada de accidente de trabajo y que debe hacerse cargo la primera de las aseguradoras porque era la que cubría el riesgo cuando sucedieron los hechos.



La Sala de lo Social del TSJ de Madrid, estima el recurso de suplicación formulado por la aseguradora y dicta sentencia el 25 de abril de 2016, revocando la sentencia de instancia, por entender que la única responsable del pago de la indemnización es la propia empresa codemandada, ya que ninguna de las dos pólizas de seguro concertadas sucesivamente contemplaba la cobertura de ese riesgo en función de lo estipulado en cada una de ellas, respecto a la fecha a tener en cuenta a tal efecto.

Para la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, tanto una como otra excluyen de su cobertura el supuesto de autos, puesto que la declaración de incapacidad tuvo lugar varios años después de la rescisión de la póliza con Previsora General, mientras que el accidente se produjo con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la póliza con Vidacaixa, S.A, lo que determina que el efecto combinado de cada una de ellas deje fuera de sus respectivas coberturas el supuesto del trabajador demandante.

Tras esta sentencia, el representante de la empresa condenada formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina, solicitando la confirmación de la sentencia del Juzgado de lo Social, que condenaba a la primera de las aseguradoras.

(...)Como puede verse, el problema planteado es que ninguna de las dos aseguradoras entiende que debe asumir el siniestro. La primera, por cuanto que en las condiciones particulares se condiciona a que la declaración de invalidez debe declararse durante la vigencia de póliza (31 de diciembre de 2009), que no es el caso; y la segunda, porque, como hemos indicado, solo cubre incapacidades permanentes por accidentes ocurridos durante el periodo de cobertura, a partir del 1 de enero de 2010(...)

ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sala IV del Tribunal Supremo se refiere, en primer lugar, a su doctrina cuando concurren varias pólizas de seguro, aludiendo a que una cosa es el alcance de la obligación que el convenio colectivo impone a la empresa y el deber jurídico que genera entre los trabajadores y su empleadora y otra muy distinta, el modo y manera en el que la empresa da cumplimiento a ese mandato a la hora de pactar el contenido y extensión de la cobertura que contrata con la compañía aseguradora, en razón de la que se calcula la cuantía de la prima que haya de abonar a la misma.

Para la Sala, su doctrina expuesta en numerosas sentencias en las que ha resuelto supuestos similares, obliga a estar al estricto contenido de lo pactado en el contrato de seguro cuando su literalidad no ofrezca duda alguna sobre lo querido por las partes, que no puede sustituirse por las previsiones legales en materia de prestaciones de seguridad social, aun cuando eso suponga que la póliza de seguros ofrezca una cobertura menor a la que la empresa estaba obligada a contratar conforme a las obligaciones que le impone el convenio colectivo. En tal caso, es la empresa la que debe asumir las obligaciones pactadas.

En base a lo anterior, la Sala, que desestima el recurso de casación de la empresa

condenada en la sentencia de instancia, señala que dicha empresa no ha cumplido adecuadamente con la obligación que le impone el convenio colectivo, porque ha pactado unas condiciones insuficientes en la cobertura de cada una de las sucesivas pólizas de seguros, que no alcanzan a los trabajadores que sufren el accidente bajo la vigencia de la primera de ellas y se les reconoce la incapacidad permanente cuando ya se encuentra en vigor la segunda, de lo que se desprende que es la propia empresa la que debe asumir directamente la responsabilidad en el pago de la indemnización.

Asimismo, la sentencia considera que ninguna duda ofrece la interpretación de la dicción literal de las cláusulas pactadas como condiciones particulares con la primera aseguradora en el año 1999, puesto que se trata de una mejora voluntaria y dado que el contrato de seguro contiene una regulación específica para fijar el momento en el que actúa la cobertura que dispensa, debe estarse necesariamente a lo que se ha pactado expresamente, porque ese acuerdo no se opone a ninguna norma imperativa de orden público que desmienta su eficacia, sin que pueda acudir a preceptos legales de seguridad social para sustituir la voluntad de las partes que ninguna duda ofrece.

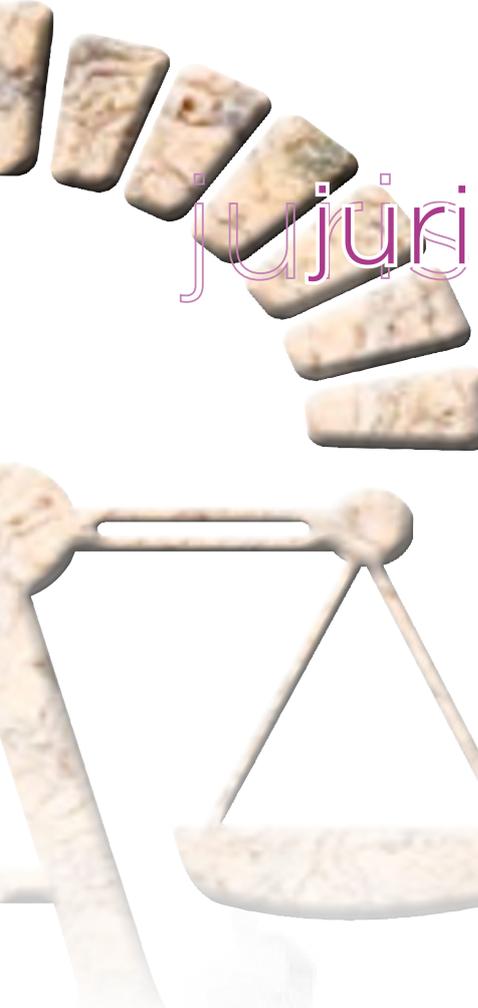
(...)señala que dicha empresa no ha cumplido adecuadamente con la obligación que le impone el convenio colectivo, porque ha pactado unas condiciones insuficientes en la cobertura de cada una de las sucesivas pólizas de seguros, que no alcanzan a los trabajadores que sufren el accidente bajo la vigencia de la primera de ellas(...)

Finalmente, la Sala entiende que la cláusula del contrato de seguro que establece esos efectos pretende acotar el marco temporal al que extiende su ámbito de cobertura y tiene por este motivo una naturaleza meramente delimitadora y no limitativa de derechos, como pretendía la recurrente.

VOTO PARTICULAR

Por último, por su interés, debemos aludir al voto particular emitido por el Magistrado José Manuel López García de la Serrana, al que se adhieren cuatro Magistrados, quienes mantienen un criterio distinto al sostenido por la mayoría.

Se argumenta en dicho voto particular que la sentencia se aparta de la doctrina de la Sala, puesto que el riesgo asegurado era el accidente y producido el mismo sólo quedaba la consolidación del daño causado para fijar el importe de la indemnización. De este modo, el Magistrado disidente sostiene que la Sala viene entendiendo que la fecha del accidente de trabajo determina la normativa aplicable y, consecuentemente, las prestaciones debidas, las mejoras que las complementan y la entidad aseguradora responsable del pago de las mismas.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Reclamación frente al seguro de RC profesional del arquitecto. Desestimación de la demanda en virtud de la doctrina de la Sala que interpreta el artículo 73 de la LCS, al cumplir la cláusula prospectiva de delimitación temporal aplicable, con los requisitos del artículo 3 de la LCS.

Sentencia del Tribunal Supremo. (Sala 1ª)
de 26 de Marzo de 2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castan

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los presentes recursos, de casación y extraordinario por infracción procesal, se interponen en un litigio promovido por la aseguradora que se subrogó -conforme a la previsión del art. 43 LCS - en la acción directa del art. 76 LCS que correspondía a la entidad tasadora cuya responsabilidad civil aseguraba, contra la aseguradora de la responsabilidad civil profesional del arquitecto al que se atribuía esta responsabilidad por la realización de tasaciones previas a la concesión de préstamos hipotecarios sobre fincas que se revelaron inexistentes, originando así un perjuicio a la entidad prestamista -indemnizado por la tasadora- por no poder ejecutar las garantías en procedimientos de ejecución hipotecaria.

La demanda fue desestimada en primera instancia por contener el seguro del arquitecto una cláusula de delimitación temporal de cobertura, de las previstas en el inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS, que excluía las reclamaciones efectuadas, como fue al caso,

después de finalizar la vigencia de la póliza, pero fue estimada parcialmente en segunda instancia por considerar el tribunal que las dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal previstas en dicho precepto debían respetar simultáneamente los requisitos de los dos incisos del citado párrafo segundo.

De ahí que la controversia en casación se ciña a esta cuestión, pues la aseguradora demandada ahora recurrente, además de considerar cumplidos los requisitos del art. 3 LCS, insiste en que las cláusulas de delimitación temporal del inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS no tienen que cumplir los requisitos de validez establecidos en el inciso primero para las de futuro.

Son antecedentes relevantes para la decisión de los recursos los siguientes:

1.- No se discute que D. Isidoro, de profesión arquitecto, aseguró su responsabilidad civil profesional con la entidad Asemas, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija (en adelante Asemas), mediante póliza n.º NUM001 que, con sus prórrogas anuales, se mantuvo en vigor ininterrumpidamente desde el 1 de enero de

2005 hasta el 31 de diciembre de 2011, fecha a partir de la cual no se renovó por decisión de la compañía, lo que supuso que el asegurado perdiera también su condición de mutualista (docs. 11 y 12 de la demanda).

2.- En lo que interesa, consta que en las condiciones generales de la citada póliza (doc. 5 de la demanda) se incluyó:

-Una cláusula (1.2.) de delimitación temporal de cobertura o claim made del siguiente tenor: "1.2. Ámbito temporal y material de la cobertura.

La cobertura del asegurador queda circunscrita, exclusivamente, a los supuestos en que la reclamación contra el Asegurado tenga lugar dentro del período de vigencia de la póliza y que se comunique al Asegurador dentro de dicho período, salvo casos de fuerza mayor, sin perjuicio de que el hecho motivador de la obligación de indemnizar a cargo del Asegurado haya podido tener lugar durante el período de vigencia de la póliza, o en cualquier momento anterior al comienzo de los efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado.

No serán objeto de cobertura las reclamaciones ya conocidas por el Asegurado

a la fecha de efecto de la póliza, así como las derivadas de hechos o circunstancias dañosos, susceptibles de fundar una reclamación cubierta por la póliza, y conocidos por el Asegurado en dicha fecha."

-Una cláusula (1.3.) definitoria de "siniestro" en los siguientes términos: "1.3 Definición de siniestro.

Consecuentemente con el objeto, ámbito temporal y ámbito material de cobertura del seguro, tendrá la consideración de siniestro, a los efectos de una eventual indemnización a cargo del Asegurador, en el caso de que éste sea declarado firmemente responsable, la reclamación de un tercero presentada al Asegurador, o al Asegurado, con motivo de la actividad profesional del Arquitecto, tal y como esta actividad queda configurada en las Condiciones Particulares, siempre y cuando la reclamación se presente dentro del período de vigencia de la póliza y se comunique al Asegurador en dicho período, salvo casos de fuerza mayor."

-Una cláusula (1.4.) definitoria de "reclamación" del siguiente tenor: "1.4 Definición de reclamación

Se entiende por reclamación cualquier acción de reclamación de un tercero, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial, en virtud de la cual éste ejerce, o manifiesta que va a ejercer, una pretensión indemnizatoria como consecuencia de la actuación del Asegurado como Arquitecto, o cuando, no ejercitando expresamente tal pretensión, pone de manifiesto la existencia de unos daños derivados de la actuación del Asegurado, de tal manera que puede inferirse su voluntad de reclamar."

-Una cláusula (1.6.) de "Exclusiones básicas" de cobertura, cuyo apartado a) rezaba así: "1.6 Exclusiones básicas

Atendiendo al objeto del seguro del Artículo 1 de las presentes Condiciones Generales, quedan excluidos de cobertura los siguientes supuestos:

a) Las reclamaciones presentadas fuera del período de vigencia de la póliza, así como las derivadas de hechos o circunstancias dañosas susceptibles de fundar una reclamación cubierta por la póliza y conocidas por el Asegurado a la fecha de efecto de la póliza."

-Un "Pacto Adicional" a dichas condiciones, en letra negrita (folio 62 de las actuaciones de primera instancia), según el cual, en cumplimiento de lo establecido en la LCS, tomador y asegurado decían aceptar "específicamente" con su firma (la cual consta al final, en el reverso) "el contenido de los párrafos destacados en negrita" en las referidas cláusulas.

2.- Tampoco se discute que dicha póliza se encontraba en vigor cuando se produjeron los hechos que se dicen generadores de responsabilidad civil del arquitecto asegurado frente a la empresa tasadora. A este respecto, consta documentalmente acreditado:

(i) que arquitecto y tasadora firmaron con fecha 1 de enero de 2005 un "contrato de prestación de servicios" (doc. 13 de la demanda) por el que el primero se comprometía a prestar servicios de tasador dentro del ejercicio libre de su profesión y como "profesional no vinculado";

(ii) que la responsabilidad civil de la tasadora estaba cubierta por Mapfre Seguros de Empresas, Compañía de

Seguros y Reaseguros S.A.U. (en adelante Mapfre), en virtud de póliza n.º NUM000 (doc. 30 de la demanda);

(iii) que durante los años 2005 a 2007 el arquitecto realizó diversas tasaciones de inmuebles que sirvieron de base para que Bankinter S.A. (en adelante Bankinter) concediera distintos préstamos con garantía hipotecaria;

(iv) que cuando esta entidad inició en 2009 los procedimientos de ejecución hipotecaria por impago de las cuotas de dichos préstamos descubrió que las fincas hipotecadas no existían (estaban previstas en el proyecto original de edificación pero no llegaron a construirse), lo que determinó que esos procedimientos se suspendieran a lo largo de 2010 y que ese mismo año Bankinter reclamara extrajudicialmente a la entidad tasadora (carta de 5 de octubre de 2010, doc. 29 de la demanda) la indemnización que consideraba pertinente por los daños ocasionados (2.583.736,80 euros), la cual, tras un acuerdo entre ambas partes sobre el importe de la indemnización, fue asumida por Mapfre en una cantidad de 1.850.000 euros ("Recibo de Indemnización y Finiquito", doc. 31 de la demanda), subrogándose esta última entidad en los derechos y acciones que pudieran corresponder a su asegurada, la

entidad tasadora, contra terceros responsables (el arquitecto y su aseguradora Asemas).

3.- Después de preparar el juicio mediante la práctica de diligencias preliminares consistentes en la exhibición del contrato de seguro de responsabilidad civil existente entre el arquitecto y Asemas (autos n.º 1153/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao, que resultó competente tras declinar su competencia el Juzgado de Primera Instancia n.º 99 de Madrid por auto de 11 de septiembre de 2012), con fecha 21 de diciembre de 2012 Mapfre interpuso demanda de juicio ordinario contra Asemas solicitando que se declarase procedente la subrogación de la demandante en los derechos y acciones que correspondieran a su asegurada Tasamadrid frente al arquitecto y su aseguradora Asemas, y que se condenara a esta última al pago de una indemnización de 679.000 euros (100.000 euros por cada uno de los siete siniestros que se decían responsabilidad del arquitecto, 700.000 euros en total, pero descontando 21.000 euros de franquicia, a razón de 3.000 euros de franquicia por cada uno) o subsidiariamente, para el caso de considerar que hubo un solo siniestro, al pago de una indemnización de 647.000 euros (inferior al "Límite Acumulado Total por siniestro" fijado en la póliza en 650.000 euros), todo ello más intereses de demora del art. 20 LCS y costas.

En síntesis, alegaba: (i) que como el arquitecto estaba asegurado de responsabilidad civil en Asemas, la demandante formulaba por vía subrogatoria en este procedimiento la acción directa del art. 76 LCS contra Asemas, en reclamación de la indemnización que entendía pertinente más intereses de demora del art. 20 LCS ; y (ii) que la cláusula de delimitación temporal de cobertura incluida en la póliza de Asemas, por la que solo se cubrían las reclamaciones hechas durante la vigencia de la póliza y se excluían las efectuadas después, carecía de validez al contradecir lo dispuesto en el inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS , que obligaba al asegurador a "asumir la cobertura de reclamaciones interpuestas contra los asegurados, por actuaciones realizadas durante el periodo de seguro, por un periodo mínimo de un año desde la terminación de dicho periodo".

4.- Asemas se opuso a la demanda alegando, en lo que interesa y en síntesis: (i) que en el condicionado general de la póliza se incluyó una cláusula de delimitación temporal de cobertura según la cual únicamente se

cubrían las reclamaciones hechas durante su vigencia, independientemente de que tuviera una retroactividad ilimitada respecto de la fecha de producción del hecho causante o generador de la obligación de indemnizar; (ii) que contrariamente a lo que se alegaba en la demanda, no se trataba de una cláusula *claim made* de las previstas en el inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS, sino de las previstas en su inciso segundo (de cobertura retroactiva), que por ser conforme con su específica regulación legal era plenamente válida; (iii) que su aplicación al caso debía determinar la íntegra desestimación de la demanda, puesto que durante el periodo de vigencia de la póliza no se había formulado ninguna reclamación contra Asemas ni contra el arquitecto asegurado por parte de la perjudicada Bankinter ni por parte de la tasadora o su aseguradora Mapfre, siendo la primera reclamación la que se hizo con la petición de diligencias preliminares en 2012, después de extinguida la póliza el 31 de diciembre de 2011; (iv) que en todo caso la demanda debía desestimarse porque el art. 43 LCS no eximía al asegurador que se subroga de la necesidad de acreditar tanto la responsabilidad reclamada como la cuantía de la indemnización solicitada, nada de lo cual había hecho; (v) que la demandante también se había equivocado al reclamar por siete siniestros cuando en realidad se había producido uno solo, al que resultaba de aplicación el "límite asegurado básico" para daños materiales de 100.000 euros por siniestro con franquicia de 3.000 euros por siniestro (lo que, en caso de condena, debía limitar la indemnización a 97.000 euros en total); y (vi) que no procedían los intereses de demora del art. 20 LCS por no ser aplicables a reclamaciones entre aseguradoras.

5.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda siguiendo la tesis de la demandada de que la cláusula de delimitación temporal de cobertura incluida en la póliza era de las previstas en el inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS y, por tanto, de las que limitan la cobertura a las reclamaciones efectuadas durante su vigencia pero sin límite alguno en este caso respecto de la fecha del hecho origen de la reclamación, constanding además que dicha limitación fue expresamente aceptada por el asegurado en los términos del art.

3 LCS y que la primera reclamación se efectuó mediante la solicitud de diligencias preliminares formulada en 2012, es decir, después de finalizar la vigencia de la póliza.

Además, pese a considerar innecesario el examen de las restantes cuestiones controvertidas, añadió "a mayor abundamiento" que también se compartían los argumentos de la demandada sobre la falta de acreditación de la indemnización reclamada, razonando a este respecto que "no se han acreditado en debida forma en los presentes autos el importe concreto de las deudas que la citada prestataria mantenía con la entidad bancaria y sobre todo, la imposibilidad de hacer efectivo o de cobrar dicho importe mediante otras vías distintas a la ejecución hipotecaria, dirigiéndose contra otros bienes -distintos de los tasados- que fueran propiedad de la prestataria (o de sus avalistas) y de los que la parte demandada ha aportado notas simples registrales con su escrito de contestación, siendo la cantidad de 1.850.000 euros abonada por Mapfre a Bankinter fijada de mutuo acuerdo por ambas partes, a tanto alzado, y sin explicación de por qué se pacta dicho importe".

6.- La sentencia de segunda instancia, estimando en parte el recurso de la demandante Mapfre (fundado tanto en infracción del art. 73 LCS como en vulneración de los arts. 1101 y siguientes del CC, en cuanto a la acreditación del daño sufrido), estimó en parte la demanda y condenó a Asemas al pago de 679.000 euros, más intereses legales desde la fecha de la sentencia, y al pago de las costas.

Sus razones son las siguientes: (i) aunque no es pacífica la cuestión relativa a la validez de cláusulas de delimitación temporal de cobertura que identifican el siniestro no con el hecho causante o generador de la responsabilidad, sino con la reclamación, y limitan la cobertura a las reclamaciones que se hagan durante su vigencia, el párrafo segundo del art. 73 LCS debe interpretarse en el sentido de que su validez exige el cumplimiento de los dos incisos "sin que el respeto aparente del inciso segundo pueda llevar a la infracción del mandato de que si estamos ante una cláusula *claim made* valga no dar cobertura temporal a las reclamaciones formuladas después de la vigencia del contrato de seguro, cuando el siniestro se ha producido claramente dentro del periodo de cobertura y en la póliza nada se dice al respecto" (fundamento de derecho segundo, párrafo último); (ii) en las actuaciones existe prueba suficiente del daño patrimonial sufrido por Bankinter y de su importe; y (iii) no ha lugar a imponer los intereses del art. 20 LCS por no ser aplicable entre aseguradoras en ejercicio de la acción subrogatoria del art. 43 LCS.

Asemas solicitó su "aclaración y complemento" al entender que la sentencia de segunda instancia no se pronunciaba sobre las demás cuestiones debatidas (en concreto, sobre la responsabilidad del arquitecto, negada por Asemas y respecto de la que nada se dijo por la parte apelante, sobre la cuota de responsabilidad de entidad tasadora y del empleado de esta que también suscribió los siete informes y, en fin, sobre los límites de la suma asegurada y de la unidad del siniestro). El tribunal resolvió "desestimar el recurso de aclaración y/o complementación" porque este no tenía por objeto examinar pretensiones afectantes a las cuestiones de fondo.

7.- Contra dicha sentencia la demandada Asemas interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por razón de la cuantía sobre la cuestión jurídica de -los requisitos de validez de las cláusulas de delimitación temporal del inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS -.

SEGUNDO.- Dado que en casación se suscita una controversia estrictamente jurídica sobre cómo ha de interpretarse la cláusula de delimitación temporal incluida en la póliza y que esta cuestión ha de resolverse conforme a la reciente jurisprudencia de esta sala (fijada por sentencia de pleno 252/2018, de 26 de abril), según la cual las dos modalidades previstas en el párrafo segundo del art. 73 LCS no son necesariamente acumulativas al estar cada una de ellas sujeta a sus propios requisitos de validez, procede alterar el orden legal en el que en principio deberían resolverse los recursos (d. final 16.ª 1. regla 6.ª LEC) y examinar en primer lugar el recurso de casación a fin de comprobar si la sentencia recurrida se ajusta o no a la doctrina indicada, porque una eventual estimación del recurso de casación determinaría la carencia de efecto útil del recurso por infracción procesal (en el que se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida en cuanto al fondo por no pronunciarse sobre el resto de objeciones a la estimación de la demanda alegadas en la contestación), "toda vez que las denuncias sobre infracción de normas procesales, en cuanto instrumentales de la controversia sustantiva objeto del recurso de casación, habrían perdido relevancia" (sentencia 223/2014, de 28 de abril, citada, junto a otras, por la 71/2016, de 17 de febrero, y sentencias 634/2017, de 23 de noviembre, 641/2012, de 6 de noviembre, y 910/2011, de 21 de diciembre).

Recurso de casación

TERCERO.- El recurso de casación se compone de dos motivos que, por estar relacionados directamente entre sí, han de examinarse conjuntamente.

El motivo primero se funda en infracción del párrafo segundo del art. 73 LCS en relación con el art. 1281 CC y con la jurisprudencia de esta sala relativa a la interpretación del contrato de seguro y de las cláusulas claim made.

En síntesis, se alega: (i) que ni el art. 73 LCS ni la jurisprudencia al respecto establecen que cuando el hecho generador o causante de la responsabilidad se produzca durante la vigencia de la póliza deba otorgarse cobertura en todo caso a las reclamaciones que se formulen en el año siguiente al cese de dicha vigencia, puesto que el párrafo segundo del art. 73 LCS contempla dos incisos y aquella exigencia es solo aplicable a las cláusulas del inciso primero (que la parte recurrente denomina "cláusulas postcontractum"), mientras que para las del segundo, referido a las cláusulas "de cobertura retroactiva" (como la controvertida), solo cabe exigir que la reclamación se produzca durante la vigencia de la póliza siempre que se cubran hechos acaecidos al menos en el año anterior a su entrada en vigor; y (ii) que, en consecuencia, la interpretación de la sentencia recurrida incurre en las infracciones que se denuncian, puesto que la cláusula litigiosa era conforme a derecho y por tanto plenamente válida, amparando únicamente las reclamaciones que se hicieran durante su vigencia (hasta el 31 de diciembre de 2011), no las posteriores (como fue el caso, pues no se cuestiona que la primera reclamación se hizo en 2012, coincidiendo con la petición de diligencias preliminares). En apoyo de su tesis cita y extracta las sentencias de 28 de enero de 1998, 482/2008, de 4 de junio, 40/2009, de 23 de abril, y 283/2014, de 20 de mayo.

El motivo segundo se funda en infracción del art. 3 LCS en relación con el párrafo segundo del art. 73 LCS y la doctrina de esta sala sobre los requisitos de validez de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.

En síntesis, se alega: (i) que consta probado en virtud de la documentación aportada con la demanda que en el condicionado general se incluyó un "Pacto Adicional" por el que tomador y asegurado aceptaban "específicamente" el contenido de los párrafos destacados en negrita incluidos en los artículos de las condiciones

generales referentes, entre otras cláusulas, a la de delimitación temporal de cobertura (1.2.); (ii) que por tanto esta cláusula, aunque de naturaleza limitativa, debe considerarse válida y eficaz por cumplir los requisitos que establece el art. 3 LCS y la jurisprudencia que lo interpreta (redacción clara y precisa, aparecer destacadas de forma especial -en este caso en negrita y en pacto adicional- y haber sido específicamente aceptadas por escrito). Cita y extracta en apoyo de su tesis la sentencia 87/2011, de 14 de febrero ; y (iii) que, siendo válida, la jurisprudencia admite que pueda ser opuesta por el asegurador tanto frente al asegurado como frente al tercero perjudicado

en ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS . En este sentido cita y extracta las sentencias de 7 de diciembre de 1998 , 23 de abril de 2009 , y 82/2012, de 5 de marzo .

Termina solicitando que se case la sentencia recurrida y que en su lugar se dicte otra declarando la validez de la citada cláusula y desestimando la demanda.

La parte recurrida se opone al recurso alegando, en síntesis, en cuanto al motivo primero: (i) que la interpretación del párrafo segundo del art. 73 LCS por la sentencia recurrida, lejos de ser contraria a



derecho o a la jurisprudencia de esta sala, es lógica consecuencia de la interpretación literal y sistemática de dicho precepto y de su jurisprudencia; (ii) que, por el contrario, es la interpretación defendida por la recurrente la que no es acorde con el "contexto general de la LCS" ni con dos principios esenciales de dicha ley (tutela del asegurado e interdicción de las condiciones generales lesivas); (iii) que la cláusula litigiosa es manifiestamente lesiva porque no es cierto que establezca una retroactividad ilimitada, habida cuenta de la incertidumbre que resulta de los términos del segundo párrafo del art. 1.2 de las condiciones generales; (iv) que esa

lesividad también resulta de la interpretación que propone el motivo por el "completo desequilibrio que resulta de los periodos mínimos de cobertura legal", contrario al art. 82 LDCU 2007 , al pretender compensar la falta de cobertura de las reclamaciones posteriores a su vigencia con la aparente cobertura ilimitada de las realizadas durante su vigencia por hechos generadores anteriores; (v) que la argumentación del recurso también contradice "el contexto específico del propio artículo 73 de la LCS ", pues la jurisprudencia sobre el seguro de responsabilidad civil ha identificado la obligación indemnizatoria objeto de cobertura con el hecho generador



de dicha deuda de responsabilidad (no con la reclamación); y (vi) que la interpretación del párrafo segundo del art. 73 debe ser congruente con la del párrafo primero, lo que ha llevado a la jurisprudencia a admitir las cláusulas claim made únicamente cuando fueran en beneficio y no en perjuicio de los derechos del asegurado (cita y extracta las sentencias 87/2011, de 14 de febrero, y 366/2012, de 19 de junio), de tal forma que, aplicando esta doctrina al caso, nos encontramos ante el caso paradigmático de lesión de los derechos del arquitecto asegurado al ver excluidos de cobertura daños causados a terceros durante la vigencia de la póliza que no pudo comunicar a su aseguradora en tanto que nadie le había reprochado o reclamado nada todavía.

En cuanto al motivo segundo alega: (i) que incurre en supuesto de la cuestión e incongruencia entre los dos motivos por sostener al mismo tiempo la validez de la cláusula claim made en tanto que delimitadora del riesgo y, a su vez, su validez como limitativa de los derechos del asegurado; y (ii) que en todo caso la argumentación respecto de la no infracción del art. 3 LCS es inconsistente puesto que esta sala ha recordado recientemente (se cita y extracta la sentencia 252/2018, de 26 de abril) que las cláusulas de delimitación temporal de cobertura, como limitativas que son, únicamente son válidas si aparecen destacadas de modo especial en la póliza y son aceptadas específicamente por escrito como exige el art. 3 LCS, así como que dichas cláusulas no pueden perjudicar al asegurado ni al perjudicado.

CUARTO.- La sentencia de pleno 252/2018, de 26 de abril (que la parte recurrida demuestra conocer), se pronuncia por vez primera sobre la concreta cuestión que plantea el presente recurso, consistente en si cualquier cláusula de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil debe o no cumplir simultáneamente los requisitos de las de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro, inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS) y de las retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro, inciso segundo del mismo párrafo).

Según explica dicha sentencia, hasta entonces la jurisprudencia de esta sala, al interpretar el actual párrafo segundo del art. 73 LCS, añadido por la d. adicional 6.ª de la Ley 30/1965, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se había

limitado a pronunciarse sobre la necesidad de que las cláusulas de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil, como cláusulas limitativas que son según la propia norma, cumplieran el requisito condicionante de su validez de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, como exige el art. 3 LCS (sentencias 700/2003, de 14 de julio, 87/2011, de 14 de febrero, 283/2014, de 20 de mayo, y 134/2018, de 8 de marzo), y a declarar que la interpretación de estas cláusulas no debía perjudicar al asegurado ni al perjudicado (sentencias 87/2011, de 14 de febrero, y 366/2012, de 19 de junio), si bien esto último debía ponerse en relación o bien con sentencias sobre el art. 73 LCS antes de su modificación en 1995, o bien con la aplicación de su redacción posterior a casos de sucesión o concurrencia de seguros de responsabilidad civil para evitar periodos de carencia de seguro o de disminución de cobertura en detrimento del asegurado o del perjudicado, pues claro está que las cláusulas de delimitación temporal, como limitativas que son, en principio siempre perjudican al asegurado.

Al abordar por vez primera la cuestión ahora controvertida, la sentencia de pleno, aclarada por auto de 17 de diciembre de 2018, fija en interés casacional la siguiente doctrina jurisprudencial:

"El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso primero) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado (inciso segundo) es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro".

Para llegar a esta conclusión razona, en síntesis, que "cualquiera que sea la opinión que merezca la introducción de su párrafo segundo al alterar la regla general de su párrafo primero para poner el acento no en el nacimiento de la obligación del asegurado de indemnizar a un tercero, sino en la reclamación de este tercero contra el asegurado, lo cierto es que se declaran legalmente admisibles dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, cada una de ellas con sus propios requisitos de validez. Así se desprende de su regulación diferenciada en dos incisos separados por un punto y seguido y del comienzo de la redacción del inciso segundo con el adverbio

"asimismo", equivalente a "también", seguido de las palabras "y con el mismo carácter de cláusulas limitativas", reveladoras de que cada una de las modalidades contempladas en el párrafo segundo del art. 73 LCS es diferente de la otra y tiene sus propios requisitos de validez, por más que ambas sean limitativas".

En aplicación de esa doctrina la sala estimó entonces el recurso de casación porque, siendo la cláusula litigiosa "de las retrospectivas o de pasado", la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara "durante la vigencia de la póliza" se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación, lo que legalmente era suficiente para que ese tipo de cláusula fuera válida y eficaz, dado que su validez no dependía, pese a que así lo hubiera entendido la sentencia recurrida, del cumplimiento además del requisito exigido en el inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS para las de cobertura posterior o de futuro.

A su vez, la doctrina fijada por dicha sentencia de pleno ha sido reiterada por la sentencia 170/2019, de 20 de marzo .

QUINTO.- La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente caso determina que el recurso deba ser estimado por las siguientes razones:

1.ª) Conforme a la definición de siniestro contenida en el art. 1.3. y a la delimitación temporal de cobertura contenida en el art. 1.2. de las condiciones generales de la póliza, el seguro de responsabilidad civil contratado por el arquitecto con Asemas en enero de 2005, que con sus prórrogas se mantuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 2011, cubría única y exclusivamente las reclamaciones efectuadas por un tercero al asegurador o al asegurado, con motivo de su actividad profesional como arquitecto, que se presentaran "dentro del periodo de vigencia de la póliza [...] sin perjuicio de que el hecho motivador de la obligación de indemnizar a cargo del Asegurado haya podido tener lugar durante el periodo de vigencia de la póliza o en cualquier momento anterior al comienzo de efectos del contrato, y ello aunque el contrato sea prorrogado".

2.ª) Como en el recurso resuelto por la sentencia de pleno 252/2018 , también aquí la cláusula de delimitación temporal cumplía con lo exigido para la modalidad del inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS

, pues la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara "durante el periodo de vigencia de la póliza" se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación, es decir, cualquiera que fuese el tiempo de nacimiento de la obligación.

3.ª) Además, por su naturaleza limitativa de los derechos del asegurado, su validez también dependía del cumplimiento de los requisitos del art. 3 LCS en cuanto a la doble exigencia de aparecer destacada de modo especial y ser específicamente aceptada por escrito. La sentencia de primera instancia declaró probado que en el condicionado general se incluyó un "Pacto Adicional" por el que tomador y asegurado aceptaban "específicamente" el contenido de los párrafos destacados en negrita incluidos en los artículos de las condiciones generales referidas, entre otras cláusulas, a la de definición de reclamación (1.4.) y a la de delimitación temporal de cobertura (1.2.), y la demandante no impugnó esta apreciación en apelación al centrar la controversia en la cuestión interpretativa de los dos incisos del párrafo segundo del art. 73 LCS , sosteniendo que regulaban requisitos acumulativos, aplicables tanto a las cláusulas de futuro como a las de pasado, y en la realidad del daño y su cuantificación. Por tanto, la cuestión de si la cláusula de delimitación temporal se ajustaba o no a las exigencias del art. 3 LCS no integró el objeto del debate en la segunda instancia, razón por la cual las consideraciones de la sentencia recurrida sobre este punto (apreciando que no se encontraba "específicamente aceptada ni destacada") tienen el carácter de razonamiento obiter dicta o "a mayor abundamiento" (así lo dice expresamente la sentencia recurrida) y no integra su razón decisoria, única que puede ser objeto de impugnación en casación (en este sentido, sentencia 874/2010, de 29 de diciembre , y las que en ella se citan, y sentencia 134/2018, de 8 de marzo).

En cualquier caso, además, examinada la póliza por esta sala puede comprobarse que la cláusula controvertida sí cumple las exigencias del art. 3 LCS según su interpretación por la jurisprudencia, ya que aparece destacada en negrita y la póliza se cierra con un pacto adicional de aceptación específica por el asegurado que menciona expresamente las de "Ámbito temporal y material de cobertura", "Riesgos incluidos" y "Exclusiones básicas".

4.ª) La razón por la que la sentencia

recurrida declara nula la cláusula de delimitación temporal en cuestión es que no cumple un requisito (no excluir las reclamaciones hechas en el año posterior a la vigencia de la póliza) que según la doctrina anteriormente expuesta no es exigible para esa concreta modalidad y sí únicamente para las de futuro, razonando en todo momento el tribunal sentenciador como si ambas modalidades no fueran diferentes entre sí ni tuvieran sus propios requisitos de validez y, por tanto, en sentido contrario a la interpretación que luego ha sido fijada por la referida sentencia de pleno. En consecuencia, tal decisión vulneró la doctrina del pleno de esta sala por prescindir del cumplimiento de la única exigencia legal de la que dependía que se pudiera limitar temporalmente la cobertura a las reclamaciones realizadas durante la vigencia de la póliza, consistente en que se cubrieran los hechos generadores ocurridos, como mínimo, en el año anterior (en este caso la retroactividad era ilimitada).

Como no se discute que la póliza dejó de estar en vigor a finales de 2011 y que la primera reclamación se hizo en 2012, con ocasión de la solicitud de diligencias preliminares, la decisión de la sentencia de primera instancia de considerar dicha reclamación no cubierta por el seguro fue correcta.

SEXTO.- Conforme al art. 487.3 LEC, la estimación del recurso de casación determina que, sin que haya lugar a examinar ya el recurso por infracción procesal, proceda casar la sentencia recurrida para, en su lugar, desestimando el recurso de apelación interpuesto en su día por la demandante Mapfre, confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia, desestimatoria de la demanda, incluido su pronunciamiento sobre costas por ajustarse a lo dispuesto en el art. 394.1 LEC.

SÉPTIMO.- Conforme al art. 398.2 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, dado que ha sido estimado, ni las del recurso extraordinario por infracción procesal, dado que ya no procede resolverlo.

Conforme al art. 398.1 LEC, en relación con el art. 394.1 LEC, procede imponer a la parte demandante-apelante las costas de la segunda instancia, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado.

Y conforme a la d. adicional 15.ª 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos para recurrir tanto en

casación como por infracción procesal.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la demandada Asemas, Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2015 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia en el recurso de apelación n.º 231/2015.

2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

3.º- En su lugar, desestimando el recurso de apelación interpuesto en su día por dicha demandada, confirmar la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas.

4.º- Reiterar como doctrina jurisprudencial que el párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso primero) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado (inciso segundo) es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro.

5.º- No haber lugar a examinar el recurso extraordinario por infracción procesal.

6.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las del recurso extraordinario por infracción procesal.

7.º- Imponer a la entidad demandada-apelante las costas de la segunda instancia.

8.º- Y devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

Librese 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.

De nuevo esta sentencia de la Sala Primera pone de manifiesto que la delimitación de la cobertura temporal en las pólizas de responsabilidad civil profesional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro no deja de ser una cuestión polémica, susceptible de distintas interpretaciones, ya sea por que la redacción legal de la misma no es tan clara como se hubiera deseado, como porque sobre la misma ha existido un sinfín de pronunciamientos jurisprudenciales distintos.

Así, hemos discutido durante tiempo si se trataban de cláusulas limitativas de derecho o incluso abusivas en determinados supuestos, y por tanto se ha debatido sobre cuáles eran los requisitos legales y jurisprudenciales para que las mismas fueran consideradas como válidas en el contenido de una póliza. Hemos discutido también sobre si podía admitirse una limitación en la retroactividad del momento de producción del siniestro, así como en cuanto a qué ocurría si se declaraba un siniestro con posterioridad a la extinción del contrato del seguro. Incluso se discute y es objeto de litigio en no pocas ocasiones el qué debemos entender como comunicación del siniestro, si se admite o no la forma verbal o qué requisitos debe reunir la misma. En definitiva se trata de un tema complejo que requiere de

(...)la Ley del Contrato de Seguro prevé dos supuestos distintos, para los cuales existen unos determinados requisitos a cumplir pero sin que éstos sean acumulativos, es decir, los exigidos al primer supuesto no serán exigibles también para el segundo y de igual forma a la inversa.(...)

más pronunciamientos de nuestra Sala Primera tendentes a unificar los distintos criterios seguidos hasta el momento para la resolución de estos asuntos.

En este sentido la presente Sentencia se hace eco de la dictada en Pleno por la misma Sala de fecha 26 de abril de 2018, y aclara respecto a las cláusulas de delimitación temporal en seguros de responsabilidad civil varias cosas de fundamental importancia. En primer lugar determina que el artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro prevé dos supuestos distintos, para los cuales existen unos determinados requisitos a cumplir pero sin que éstos sean acumulativos, es decir, los exigidos al primer supuesto no serán exigibles también para el segundo y de igual forma a la inversa. Así, es válida y cumple los requisitos previstos en el citado artículo 73 de la LCS la cláusula de limitación temporal que cubre única y exclusivamente las reclamaciones efectuadas por un tercero al asegurador o al asegurado, con motivo de su actividad profesional, que se presentaran dentro del periodo de vigencia de la póliza, sin perjuicio de que el hecho motivador de la obligación de indemnizar a cargo del Asegurado haya podido tener lugar durante el periodo de vigencia de la póliza o en cualquier momento anterior al comienzo de

COMENTARIO

efectos del contrato. No se exige por tanto que esta cláusula cubra también los siniestros declarados con posterioridad a la cancelación del seguro, pues esta exigencia es solo para los casos previstos en el artículo 73 inciso segundo de la LCS.

(...) es el hecho de que en este tipo de cláusulas de delimitación temporal de la cobertura, deben considerarse cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 3 de la LCS para las cláusulas limitativas si aparecen destacadas en negrita y la póliza se cierra con un pacto adicional de aceptación específica por el asegurado que menciona expresamente las de "Ámbito temporal y material de cobertura", "Riesgos incluidos" y "Exclusiones básicas"(...)

La otra cuestión fundamental que aclara esta Sentencia es el hecho de que en este tipo de cláusulas de delimitación temporal de la cobertura, deben considerarse cumplidos los requisitos exigidos por el artículo 3 de la LCS para las cláusulas limitativas si aparecen destacadas en negrita y la póliza se cierra con un pacto adicional de aceptación específica por el asegurado que menciona expresamente las de "Ámbito temporal y material de cobertura", "Riesgos incluidos" y "Exclusiones básicas", sin que deba exigírsele ningún otro tipo de requisito adicional.

Comprobamos por tanto cómo de nuevo la Sala Primera sigue la senda ya iniciada en el pasado año 2018, dejando claros algunos de los aspectos que como antes anunciábamos suscitan múltiples litigios en la presente materia.





perlas cultivadas

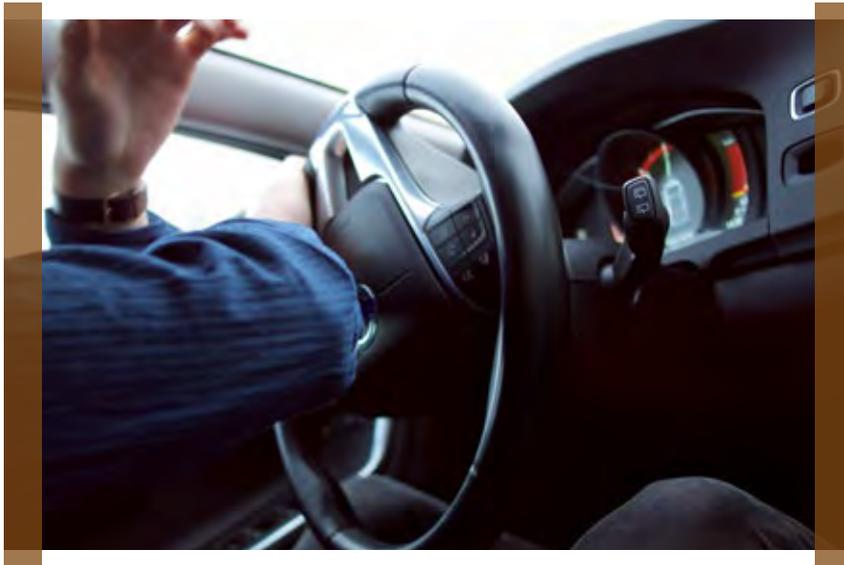
por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

En la sentencia nº 44/2019, de 1 de febrero de 2019, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo - en ponencia del Ilustrísimo Sr. Del Moral García -, hallamos un ejemplo paradigmático de análisis de la concepción actual del dolo eventual, en concreto en el ámbito circulatorio, la compatibilidad con la tentativa, y el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 20 de enero de 2015

“Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya producido o no el resultado, siempre que se realicen a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (art. 73 Cp y 76 Cp), salvo la existencia de regla penológica especial (v.gr. art. 382 del Cp .)”. Este tipo de conductas encuentran un tratamiento distinto desde el día 3 de marzo de 2019, inicio de la vigencia de la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente,(nuevos artículos 142 Bis, 152, Bis, y 382.)

En el supuesto de hecho alude a que los dos acusados al no poder arrancar su vehículo se dirigieron a tres personas que se hallaban en torno a un barril en la puerta de un local para que les ayudasen, “declinando” la invitación estos últimos, lo que hizo que los acusados se molestasen, llegando a volver violentamente, siendo rechazados, para finalmente retornar con el vehículo arrollando con este a las tres personas, saliendo despedidas estas y resultando con lesiones “acción que desplegaron los acusados actuando de consuno, valiéndose del vehículo en el que circulaban, asumiendo cualquiera que fuese el resultado que de ello pudiera producirse”.

Destacar que en este caso - a diferencia del siguiente comentado, sentencia nº 22/2019, de 23 de enero - según recoge la sentencia 6/2018, de 14 de marzo, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, que es objeto de casación, el vehículo carecía de seguro obligatorio pero no se declaró responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros - ni se pidió - consecuencia del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 2017 (que expulsa de la cobertura del seguro obligatorio los daños causados mediante dolo).



“También en la tentativa es proyectable el dolo eventual como afirma el Fiscal en su dictamen. “El dolo homicida, en su modalidad de dolo eventual, se da en aquellas situaciones en las que el sujeto activo conoce que con su conducta crea un grave riesgo de que se produzca la muerte del sujeto pasivo, pese a lo cual continua con su acción, bien porque acepta ese resultado como probable, o bien porque su producción le resulta indiferente. Para la tentativa se exige el mismo dolo que para el delito consumado, ya se trate de dolo directo o eventual. La diferencia entre tentativa y consumación en el delito de homicidio no se halla en el elemento subjetivo, sino en el objetivo, en tanto que para la consumación es preciso que se produzca como resultado la muerte de la víctima”.

TERCERO.- No es factible, así pues, negar, al menos, un dolo eventual, o de consecuencias necesarias, de naturaleza homicida, respecto de la acción dirigida contra los tres lesionados. La forma de ejecución hace inviable excluir el dolo homicida, si no directo, si indudablemente eventual. ¿Es que si se hubiese producido el fallecimiento de alguno o varios

de los arrollados, lo que era bien probable analizada ex ante la acción, sería posible, ni siquiera sugerir, que estábamos ante un homicidio imprudente? Si eso es rechazable, es innegable que estamos ante un dolo de homicidio al menos eventual. Si se prefiere podemos hablar de dolo alternativo (causar lesiones o matar). Pero es patente que no quedaba excluido el posible resultado de muerte. Ciertamente no estamos ante un dolo reflexivo o deliberativo. No se niega el estado de excitación e irritabilidad provocado por el episodio anterior. Pero dolo y decisión “irreflexiva” alentada por el acaloramiento de un enfrentamiento o previo desprecio, son realidades compatibles como desgraciadamente enseña la práctica con demasiada frecuencia. Ese dolo tendrá menor intensidad o gravedad que la premeditación o el dolo persistente o deliberado. Pero es dolo. Afirmada la presencia de dolo homicida y siendo el criterio rector para discriminar los delitos consumados de lesiones de un homicidio intentado la intención del agente, pierde todo sustento la petición de la defensa. Aquí estaba presente esa intención homicida, aunque fuese “no

exclusiva ni excluyente”. Podemos aceptar tanto un dolo alternativo (matar o lesionar); como que el dolo fuese meramente eventual (no estando presente intención directa de matar, no se excluía ese resultado que con probabilidad podría derivarse de esa modalidad agresiva y frente al que se mostraba indiferencia). Igualmente podemos hablar no de dolo reflexivo, sino de dolo de ímpetu (surgido de forma súbita en el contexto de excitación e irritación). Pero en todo caso es innegable la concurrencia de una intencionalidad que, al no excluir la muerte, desplaza el delito de lesiones en favor del homicidio. Dolo de ímpetu, dolo eventual, dolo alternativo; pero dolo homicida. Y, por tanto, homicidios en grado de tentativa.”

“Pese a la dificultad de trazar la frontera entre el dolo eventual y la culpa consciente, el derecho positivo no proporciona orientaciones precisas para establecer líneas nítidas de separación, más allá del eco que de esa cuestión han querido ver algunos en fórmulas legales utilizadas en relación a temas singulares no susceptibles de generalización (el temerario desprecio a la verdad de los delitos de calumnia, v.gr.). En el presente supuesto sin embargo el tema aparece con cristalina claridad; casi diáfano. Cualquiera que sea la teoría que manejemos -consentimiento, probabilidad, sentimiento...- se llega con naturalidad a la indubitada constatación de un dolo eventual.”

. “Los criterios manejados por la Sala de instancia para dejar en siete años (casi el máximo legal posible que sería siete años y seis meses) la duración de la prisión por cada delito de homicidio en grado de tentativa

no llegan a justificarla. Es verdad que fue un ataque con ciertas dosis de sorpresa y que eso dota de mayor gravedad al hecho. Que se tratase de un ataque con potencialidad para atentarse contra la vida de las personas no es factor que puede tomarse en cuenta: es algo inherente a toda condena por homicidio a la que no añade un plus de gravedad. Sin embargo la Audiencia no ha valorado para nada otros elementos que saltan a la vista y que evocan menor gravedad: a) Estamos ante un dolo eventual y no directo. Como antes hemos dicho eso denota inferior energía criminal, hasta el punto de que en algunos ordenamientos como se apuntó se regula en un escalón diferenciado, por debajo del dolo directo, aunque lógicamente por encima de la imprudencia grave. b) Estamos ante un concurso real de delitos regido por el art. 76 CP la doctrina jurisprudencial hoy vigente según se ha explicado. Tratándose de dolo eventual respecto del resultado de homicidio y, además, en grado de tentativa, acudir al concurso real es construcción que, aún asumida por esta Sala, conduce a resultados penológicos muy rigurosos. Eso provocó que

en ocasiones se acudiese al concurso ideal -en propuesta también presente en la doctrina- para la sanción (art. 77: una única pena en su mitad superior). c) Además y por fin, estamos ante un supuesto en que la aplicación de la regla del art. 76 (triple de la pena más grave) se revela también singularmente perjudicial y generadora de agravios comparativos. Como son tres los delitos de homicidio, la regla del triple apenas si reporta recorte alguno. Tan es así que el total a cumplir derivado de esa regla será de veinte años, exactamente el mismo tiempo de penalidad efectiva que si no concurriese una atenuante de reparación del daño, cuya presencia queda así minimizada. Y, el mismo tiempo que si uno de los homicidios hubiese alcanzado el grado de consumación. Y el mismo tiempo que si los tres arrollados hubiesen fallecido como consecuencia de la embestida. Y el mismo que si hubiesen sido embestidas cinco personas y todas hubiesen fallecido, etc, etc... Es verdad que el sistema del art. 76 CP acaba por equiparar penológicamente, por la misma naturaleza de las cosas, supuestos de intensidad muy

diversa. Pero en este caso hay razones sobradas y margen legal para romper esa poco inteligible simetría punitiva que no se corresponde con la patente diferente gravedad. Contamos con posibilidades legales dosimétricas de hacerlo. Una única acción guiada por un dolo eventual de homicidio y sin ningún resultado concreto letal, -habiendo producido ciertamente tres resultados lesivos- y mitigada la gravedad por una atenuante, debe merecer razonablemente una respuesta más moderada para no igualar acciones de gravedad dispar y preservar la fuerza estimuladora de la atenuante de reparación del daño como objetivo de política criminal. Si a eso unimos la edad juvenil de los autores y contemplamos no los tres resultados hipotéticos aisladamente, sino conjuntamente (una única acción; una única penalidad final), se nos antoja más proporcionada la pena de cinco años por cada uno de los homicidios en grado de tentativa (rebajar un solo grado, pero sin superar el mínimo posible) lo que supondrá ex art. 76 CP una total de cumplimiento de quince años”

Nuevamente se usa un vehículo como instrumento homicida, según recoge la Sentencia nº 22/2019, de 17 de enero de 2019, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo - ponencia de la Ilustrísima Sra. Lamela Díaz -: “Cuando A llegó al lugar convenido, J M la invitó a subir al vehículo... con el que se dirigieron por la carretera N-260 en dirección a Adrall, tal y como habían hecho aquella misma mañana. Sin embargo, al llegar a la altura de la población de M, J M aceleró injustificadamente mientras le decía que “La única solución es que lo arreglemos juntos” y que “si no eres para mí no eres para nadie” y que “nos vamos a matar juntos” a lo que ella le respondió “estás loco. No lo hagas, no lo hagas” mientras intentaba ponerse el cinturón, lo que en un primer momento le impidió el procesado al tiempo que le decía “no te lo pongas, que será todo más rápido y menos doloroso” y mientras ella logró ponerse el cinturón de seguridad, el procesado inició una rápida maniobra de adelantamiento del vehículo que le precedía en la marcha, un Audi matrícula de Andorra conducido por F, regresando de nuevo a su carril para, a continuación, dirigir intencionadamente su vehículo contra el que circulaba correctamente por el carril contrario, un vehículo marca Hummer H3 matrícula ...NKG, conducido por G, quien evitó la colisión frontal con una maniobra de giro a su derecha con la que, sin embargo, no logró impedir la colisión entre ambos vehículos.” Es interesante en su análisis del dolo, el concurso, la imprudencia, el daño intencionado, y - en la sentencia nº 379/2017, de 18 de octubre, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lleida que revoca - la condena de la aseguradora implicada, a la responsabilidad civil dimanante.

“Por último, y en cuanto al delito de daños por el que también viene acusado, se halla referido a los desperfectos causados en los vehículos que se utilizaron como medios o instrumentos con los que el acusado pretendía llevar a cabo el mortal resultado, con lo que un único comportamiento podría subsumirse en dos preceptos penales, dando lugar así a un concurso de normas o de delitos. Y en este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido señalando que “cuando los hechos delictivos encajen en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP, concretamente en este caso por la regla 3ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple. Pero la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando “ninguna parte injusta del hecho” queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos” (STS 379/2011, de 19 de mayo). Y en el presente caso los hechos enjuiciados han sido calificados de tentativa de homicidio, pues lo relevante de la acción del acusado estaba dirigida a comprometer la vida de la persona a la que pretendía matar, al tiempo que asumió como posible el peligro en que situó la vida de los ocupantes del otro vehículo con el que voluntariamente colisionó. Por el contrario, no hay ningún indicio que sugiera que el acusado llegara siquiera a plantearse los daños materiales que pudieran derivarse de su acción, con lo que puede descartarse

la presencia de un dolo, de una intención, que abrazara aquel resultado. Y en estos casos, como dice la sentencia antes citada, se trata de un concurso de normas (art. 8 CP) en el que lo que existe “es un hecho único que es objeto de una única valoración jurídica, al entenderse que el hecho lesiona del mismo modo las normas concurrentes en su aplicación, por lo que el contenido del reproche queda cubierto en su integridad por una de las normas concurrentes en la aplicación. El homicidio cometido mediante incendio se convierte en asesinato alevoso y obliga a considerarlo desde el concurso de leyes del art. 8 CP.” Por ello procede la absolución del acusado respecto de los dos delitos de daños imputados, quedando sin embargo subsistente su obligación de reparación del perjuicio causado, como se determinará más adelante, pues se trata de un perjuicio derivado de su acción.”

“Ahora bien, en la STS 365/2013 de 20 de marzo, vino a admitir en cambio que la entidad aseguradora no podrá oponer la exceptio doli frente a las víctimas cuando se opera con el seguro obligatorio y el voluntario, y ello sin perjuicio de la acción de repetición que correspondería frente al causante del daño. Así, la citada sentencia analiza tanto el art. 19 de la Ley de Contratos de Seguro (LCS) como el derecho de repetición del art. 76 LCS y confirma la decisión de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 30 de marzo de 2012 por la que se declaró en estos casos la responsabilidad civil directa de la compañía aseguradora, al amparo de lo establecido en el art. 117 del C.P., criterio que evidentemente es el que seguimos por más que

la entidad aseguradora apoye su argumentario con fundamento en el voto particular existente en aquella resolución. Y es que como se dice en la sentencia antes citada “legalmente se asigna al seguro de responsabilidad civil una función que va más allá de los intereses de las partes contratantes y que supone introducir un factor de solidaridad social. La finalidad de la prohibición del aseguramiento de conductas dolosas (art. 19) queda preservada porque el responsable por dolo es en definitiva la persona a la que el ordenamiento apunta como obligado al pago. Pero frente a la víctima, la aseguradora no puede hacer valer esa causa de exclusión. El dogma “el dolo no es asegurable” permanece en pie. Cosa diferente es que modernamente el contrato de seguro de responsabilidad civil haya enriquecido su designio primigenio como instrumento de protección del patrimonio del asegurado. La ley le ha adosado otra función: la protección del tercero perjudicado. Si se quiere, es un riesgo no cubierto. No hay inconveniente en aceptarlo. Pero la ley -art 76- por razones de equidad ha querido expresamente obligar al asegurador al pago frente al tercero. La exclusión del riesgo en este caso, por voluntad explícita de la ley, solo hace surgir el derecho de regreso”. De este modo el asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido pero, por otro lado, la víctima tampoco se verá perjudicada. Por lo tanto, la entidad aseguradora deberá cubrir, con cargo al seguro voluntario, las sumas correspondientes a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos”

Nuevamente sobre el dolo eventual, - y muestra de que con un resultado positivo de 2,31 gramos por litro de sangre “las capacidades del recurrente se mantenían de forma suficiente para entender que comprendía el significado de sus actos y podía ajustar su conducta a esa comprensión”, falla la sentencia nº 4/2019, de 14 de enero, del Tribunal Supremo. Sala 2ª, Sección: 1 - Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca-, y el supuesto de hecho, en la tarde del día 3 de Agosto del 2015, el acusado camionero de profesión, con más de 20 años de experiencia en el sector, conducía un tracto-camión Iveco el día de autos, el acusado entró en la Estación de Servicio. Tras estacionar el camión dentro de la zona habilitada al efecto, se dirigió a la cafetería, donde permaneció hasta dos horas y media después. Durante este tiempo consumió al menos, 2 cervezas, antes de la cena, media botella de vino durante la cena, y tres chupitos de whisky posteriormente. El acusado es una persona acostumbrada a la ingesta de alcohol, de suerte que esta previa ingesta de bebidas alcohólicas no afectó a su capacidad cognitiva, aunque tenía ligeramente mermada su capacidad verbal, y retardada su capacidad de respuesta neuromotora- se le realizó una analítica, en la que, cuantificada la tasa de alcohol en sangre, arrojó un resultado positivo de 2,31 gramos por litro de sangre.-. Sobre las 22,35 horas del mismo día, el acusado se puso a los mandos de su vehículo, y sin encender las luces se incorporó a la autovía en sentido contrario al normal de circulación. A pesar de una advertencia, el acusado siguió circulando en dirección contraria, cruzándose con varios vehículos que circulaban en el sentido correcto de dirección, dándole las luces largas, ráfagas a las que el acusado contestó con ráfagas de luces largas y tocándole el claxon, la circulación era intensa y fluida. El acusado, no obstante su consumo abusivo de alcohol, era consciente de que circulaba en sentido contrario y de que con ella creaba un importante riesgo de compromiso vital para los demás usuarios de la vía, dada la significativa probabilidad de que se produjera una colisión frontal. Y ello porque fue advertido por los conductores con los que se cruzaba, en ambos sentidos de su marcha, de su anómala conducción y, también, porque observó a las conductores de los carriles de sentido contrario que circulaban en su misma dirección. A pesar de estas advertencias, se mantuvo en esta conducción durante más de 9 kilómetros, a una velocidad media de 85 km/hora, e incluso, en algunos tramos superior, pero en todo caso, realizando una conducción ajustada a las condiciones de la vía. Poco después colisionó contra la conductora de un turismo que no tuvo tiempo material para evitar un violento choque frontal entre ambos vehículos, fue arrastrado hacia atrás por el camión que pasa en su totalidad por encima, tras lo cual se inició un fuego que calcinó totalmente a la conductora y al vehículo.

“Fue condenado como autor de un delito contra la seguridad vial del artículo 381 del Código Penal (CP), que absorbe un delito del artículo 379.2 en concurso con un delito de homicidio del artículo 138, ambos del CP, con la atenuante analógica de embriaguez, a la pena de doce años y medio de prisión, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y el recurrente que no se aprecia la existencia de dolo y que, en consecuencia, debe apreciarse una conducta imprudente.”

“que pagó la consumición sin dificultad alguna, lo cual revela que sus facultades de autocontrol subsistían de forma suficientemente intensa. A pesar de los efectos que le produjo el alcohol consumido, el que las capacidades del recurrente se mantenían de forma suficiente para entender que comprendía el significado de sus actos y podía ajustar su conducta a esa comprensión, resulta de varios datos,

además de los ya expuestos, que se recogen en la sentencia. Entre ellos, que insertó el tacógrafo al arrancar de nuevo el camión, y que condujo éste, sin incidente alguno, entre los surtidores de la gasolinera para dirigirse a la salida de la estación de servicio, a pesar de que el espacio era reducido. En el recorrido realizado por la autopista en dirección contraria, tal como se dice en la sentencia, fue advertido en varias ocasiones por los

conductores que circulaban correctamente, respondiendo con las luces largas, pero sin detener el vehículo y sin hacer intento alguno de modificar su circulación para interrumpir el riesgo que suponía su conducta para los demás usuarios de la vía. Mantuvo el vehículo en el carril derecho de su sentido de marcha, contrario al procedente, sin desviaciones laterales y a una velocidad adecuada a las condiciones de la vía, lo

que demuestra un control suficiente sobre la conducción, que le hubiera permitido adoptar precauciones para evitar la colisión con otros vehículos. Y, finalmente, en los datos aportados por los testigos relativos al estado del recurrente tras la colisión, cuando fue atendido por los servicios médicos, de cuyas declaraciones se desprende que se mantuvo consciente y orientado y que más allá del olor a alcohol y de la afectación en el habla y de la lentitud en las respuestas, no presentaba más signos externos que evidenciaran la importante ingesta alcohólica que había realizado. Por lo tanto, ha de concluirse que el resultado de las pruebas practicadas acerca de este extremo coincide y corrobora las conclusiones del dictamen pericial acerca del estado de las facultades del recurrente en el momento de los hechos.”

Alega el recurrente que no se aprecia la existencia de dolo y que, en consecuencia, debe apreciarse una conducta imprudente:

“Ya hemos dicho en otras ocasiones que el dolo eventual consiste en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Es decir, en el conocimiento de que con la conducta que se va a ejecutar se crea un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido, así como de la existencia de una alta probabilidad de que dicho riesgo se concrete en un resultado lesivo para dicho bien. Decíamos en la STS nº 981/2017, de 11 de enero, que “se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos

sumamente relevantes que el agente no tiene seguridad alguna de poderlos controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado homicida, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el autor, sin que sea admisible por irrazonable, vana e infundada la esperanza de que el resultado no se materialice, hipótesis que se muestra sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos que el agente ha generado (SSTS 311/2014, de 16-4; y 759/2014, de 25-11; 155/2015, de 16-3; y 191/2016, de 8- 3)”. En el caso, de los elementos valorados en la sentencia de instancia y a los que ya hemos hecho referencia se desprende sin dificultad la existencia del dolo. El recurrente fue consciente de que utilizaba el vehículo luego de haber consumido dosis importantes de alcohol; fue consciente de que circulaba en dirección contraria por la autopista, pues fue advertido en sucesivas ocasiones por otros usuarios; sabía, pues, que existían altas probabilidades de que se produjera una colisión frontal contra otro usuario de la carretera que circulara correctamente; y sabía que, dada la velocidad del camión, entre 70 y 90 km/h., y la velocidad a la que normalmente se circula por autopista, y dado el peso y características de camión, de producirse tal colisión frontal, existía una probabilidad igualmente alta o altísima de que se causara la muerte de los usuarios del otro vehículo. Y a pesar de ello, el recurrente, que dispuso de otras opciones que

habrían evitado la persistencia del riesgo, continuó ejecutando la conducción del vehículo en sentido contrario, lo cual acredita que su decisión fue continuar con la acción admitiendo, al menos, el altamente probable resultado. De todo ello resultan con claridad, como se razona en la sentencia impugnada, los elementos del dolo eventual. En este sentido, en el FJ 4º se razona de la siguiente manera: “Así se acredita o deriva del rendimiento extraíble a las declaraciones testimoniales de todas aquellas personas que tuvieron contacto, verbal y/o visual con el acusado, en el decurso de los hechos que venimos enjuiciando. No había, por ejemplo, dificultad en mantener el equilibrio, en la marcha, somnolencia, no había conducción irregular, o excesivamente desajustada a las condiciones de la vía, por exceso o por defecto... Nada de esto aconteció, antes al contrario, el acusado habló con la camarera mientras bebía sus últimas consumiciones, pagó, se metió en el camión, condujo de acuerdo a las condiciones propias de la vía, y respondió, en algún caso, a las ráfagas que le iban dando, es decir, que no solo procesó los estímulos propios de la conducción, sino que les dio cumplida respuesta, aunque ralentizada. A pesar de todo ello, como decimos, siguió circulando por esta dirección contraria, y cuando visualizó, de forma pues, perfectamente adecuada, los dos vehículos que le venían de frente, les dio, repetidas veces, las luces largas, para que fueran ellos los que se apartaran, y nada más, porque no frenó, no aminoró la velocidad, no se intentó retirar hacia el otro sentido de la marcha, nada de nada... De esta forma, debemos concluir que el alcohol ingerido no influyó en su capacidad para comprender la situación circulatoria en la que

se hallaba, para ser consciente del elevadísimo riesgo que estaba generando con su mantenimiento en este sentido contrario de circulación, y para, en definitiva, optar, cognoscitiva y volitivamente, por seguir circulando como lo hacía, debiendo colegirse, por consiguiente, que el acusado era consciente del riesgo que para los demás usuarios de la vía estaba generando con esta conducción, pero que tal situación de peligro concreto de lesión le era indiferente, puesto que nada hizo para que la misma cesara...”.

de peligro de la víctima, la infracción del deber de auxiliar a la persona en peligro, ello con independencia de que esa omisión no haya tenido ninguna incidencia en el resultado lesivo, al encontrarnos ante un delito de mera actividad. La vida y la integridad física por tanto solo son tuteladas de manera indirecta. (Por todas las SSTs 706/2012, de 24 de septiembre y 648/2015, de 22 de octubre, entre otras muchas). El elemento más problemático del tipo penal quizá sea el determinar que debe de entenderse por

quien pueda proporcionar la ayuda necesaria y adecuada. De igual modo, en relación con la segunda cuestión, nuestra jurisprudencia en líneas generales ha venido a concluir que si bien es incuestionable el deber de auxilio cuando la persona se encuentra sola y abandonada; en aquellos casos en que hayan acudido en su auxilio otras personas, tal circunstancia no excluye radicalmente la obligación ética y ciudadana de interesarse por el caso, pero pudiera ser excusable la abstención si teniendo en

La Sentencia nº 72/2019, de 11 de febrero de la Audiencia Provincial de Cantabria Sección Tercera (Tribunal Jurado), Ponente: María Almudena Congil Diez, decide en un supuesto de omisión del deber de socorro (compárese con el nuevo art 382 Bis CP de la Ley 2/2019, de 1 de marzo), sobre la concurrencia del dolo, la atenuante de arrepentimiento (en su actual consideración), y la concreción penológica; según los hechos el peatón D. H irrumpió en la calzada siendo atropellado por dicho vehículo, sin que D. F pudiera evitar dicho atropello. D. F, al ser consciente de que había atropellado al peatón, al que tras el atropello vio tendido en la calzada, sufrió un estado de nerviosismo que, sin embargo, no afectó a su capacidad de reacción, ausentándose del lugar en el vehículo sin detenerse a auxiliar al peatón, y sin comprobar el estado en que el mismo se encontraba, pese a que pudo haberle auxiliado sin riesgo de sufrir ningún tipo de lesión o perjuicio en su persona. D. F cuando se ausentó del lugar lo hizo conociendo, o cuanto menos estando en disposición de conocer, que el peatón podía haber sufrido lesiones graves y que necesitaba una asistencia urgente. D. F, acompañado de D. S (con quien era no sólo el jefe del acusado, sino también el padre de su novia, como el mismo así lo reconoció a lo largo de la causa, circunstancia que a diferencia de lo sucedido en relación con los otros dos testigos, pudiera privarle de la necesaria objetividad), regresó al lugar del atropello minutos después de haber tenido lugar el atropello. Reconociendo ante los agentes de la policía que acudieron al lugar con posterioridad a su regreso, que él era el conductor del vehículo causante del atropello, lo que facilitó la investigación de los hechos. El peatón atropellado, D. H que contaba con 74 años de edad fue llevado por una ambulancia al Hospital donde falleció:

“descriptiva la jurisprudencia nos dice que “El dolo en este delito está constituido por el conocimiento de los presupuestos que condicionan el deber de auxilio sin que se exija nada más, estando constituido el dolo eventual cuando se renuncia a comprobar la situación concreta causada que se presenta como probable”. Lo que en suma se castiga por este tipo penal es la indiferencia del omitente frente a la situación

“persona desamparada” junto a aquellos supuestos en los que existen otras personas que han acudido en auxilio de la víctima, por cuanto al tratarse de un delito eminentemente circunstancial, lo cierto es que nuestra Jurisprudencia no ha sido rectilínea en su interpretación. En relación con la primera de las cuestiones, puede entenderse que una persona desamparada es la que no puede ayudarse a sí misma, ni cuenta con

la circunstancia, el omitente se asegura de que ya se estaba prestando un auxilio eficaz, exigiéndose por nuestra jurisprudencia un plus en aquellos casos en los que el sujeto que omite la ayuda ha sido el causante del accidente, tal es el caso que nos ocupa. En definitiva, el delito se comete desde el momento en que el agente se ausenta del lugar de los hechos sin comprobar el estado en el que se encontraba la víctima

siendo consciente o aceptando la eventualidad de encontrarse en peligro manifiesto y grave, pues con ello se atenta con el bien jurídico de la solidaridad humana que se sitúa en el ámbito de protección de la norma. Expuestos de este modo los requisitos exigidos para la comisión del tipo penal objeto de acusación, nos encontramos con que en el caso que nos ocupa, el jurado ha estimado acreditada la concurrencia de todos y cada uno de ellos, concluyendo en consecuencia que el acusado es autor del delito de omisión del deber de socorro por el que ha sido acusado

Se ha alegado tanto por el Ministerio fiscal como por la defensa la atenuante de confesión prevista en el artículo 21.4ª del Código Penal, el cual dispone que es circunstancia atenuante " la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades". Esta circunstancia atenuante es de carácter netamente objetivo, por cuanto no se precisa para su apreciación

que el culpable del delito se arrepienta, es decir, que actúe movido por esos impulsos, al haberse eliminado el elemento psicológico de la atenuante exigido en el código anterior y haberse ampliado el elemento cronológico al momento del conocimiento por el culpable de la dirección del procedimiento judicial contra él. Como dice la STS de 27-3-2000, "se ha sustituido el fundamento moral que representaba la exigencia del impulso de arrepentimiento espontáneo por una mayor objetivación que consolida la tendencia doctrinal de justificar la atenuación por razones de política criminal , sustituyendo la exigencia subjetiva del arrepentimiento por el mero acto objetivo de colaboración con la Justicia consistente -en el caso de la actual atenuante 4ª del artículo 21- en proceder el culpable a confesar la infracción a las Autoridades", valorando en esencia el aspecto objetivista de realizar actos de colaboración a los fines de la norma jurídica , facilitando el descubrimiento de los hechos y de sus circunstancias y autores , de suerte que dicha atenuante será de aplicación cuando la confesión tenga una

comprobada utilidad, lo que normalmente sucederá cuando se aporten datos relevantes para la investigación, y no sucederá cuando lo que hace el imputado es simplemente reconocer lo que es obvio. En definitiva, tal y como indica el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 230/2016 de 17 Mar. 2016, " el fundamento de la circunstancia atenuante se encuentra en la utilidad que la confesión de la propia culpabilidad representa para una más fácil investigación de lo ocurrido. Si se produce una conducta voluntaria del sujeto culpable que, aunque propiamente no sea una confesión, favorece la investigación de lo ocurrido, si realmente ello tiene alguna significación o relevancia en ese favorecimiento, es posible aplicar esta circunstancia atenuante (STS 25-06- 09). Al hilo de la anterior doctrina, nos encontramos con que los miembros del jurado han entendido probado por unanimidad que el acusado regresó al lugar del atropello minutos después, reconociendo ante los agentes de la policía que acudieron al lugar con posterioridad,



que él era el conductor del vehículo causante del atropello, lo que en definitiva facilitó la investigación de los hechos, al estar desde el inicio identificado su autor. El tribunal del jurado para fundar dicha conclusión ha afirmado que los testimonios realizados por los testigos de la Guardia civil, por el propio acusado y por D. S prueban de forma clara que el acusado volvió al poco tiempo al lugar de los hechos. Esta magistrada, entiende que la conclusión a que ha llegado al jurado también supera el canon de racionalidad, amparándose en suficiente prueba. Así pues, de lo declarado por los testigos antes mencionados, así como por los testigos D.³ E y D. B, se desprende que el acusado acompañado de D. S regresó al lugar del atropello antes incluso de la llegada de los servicios sanitarios y de la policía, habiendo declarado los agentes de la guardia civil en el acto del juicio, que el acusado reconoció ante ellos ser el autor del atropello, relatando que no paró porque se asustó y que continuó conduciendo su vehículo hasta su centro de trabajo, regresando después al lugar en compañía de su jefe.

Tal actuación, teniendo además en cuenta que no consta identificado ningún testigo presencial del accidente que pudiera haber aportado datos tendentes a identificar al autor del atropello, pese a que el testigo Sr. S en el plenario relató que los allí presentes repetían que el autor era un chico joven que se había dado la fuga, dando incluso a entender en su declaración que también decían que era un chico joven que era empleado de su empresa, -manifestaciones que no han sido corroboradas por ninguno de los testigos que declararon el plenario y que apuntan aún más a la falta de credibilidad de dicho testigo-, permiten concluir que en el presente caso la conducta del acusado regresando lugar de los hechos favoreció la investigación penal, debiendo por ello apreciarse la circunstancia atenuante de confesión interesada.

QUINTO.- En relación con la individualización de la pena, en el presente caso al concurrir la circunstancia atenuante de confesión resulta de aplicación la regla 1ª del artículo 66 del Código penal

, que establece que cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, se aplicará la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito. Siendo esto así, debe de tenerse en cuenta, en primer lugar, que nos encontramos con que la víctima necesitada de auxilio lo fue a consecuencia de un accidente ocasionado fortuitamente por el propio acusado, lo que nos sitúa ante un marco punitivo entre 6 y 12 meses de Prisión. En esta situación, esta magistrada, teniendo en cuenta que el acusado carece de antecedentes penales, y que regresó al lugar de los hechos a los pocos minutos de haber tenido lugar del accidente, sometiéndose a las pruebas de alcoholemia y al resto de las diligencias para las que fue requerido por la guardia civil, entiende que procede imponer al acusado la pena en su grado mínimo, considerando que se ajusta a la gravedad del delito cometido la imposición de una pena de 6 meses de prisión con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena”.



En 2013 O., de diez años de edad, con un grado de discapacidad permanente del 83%, se encontraba sentada en la silla ortopédica que usa para desplazarse a la espera de la llegada del autobús de la Línea 5 de Madrid para acudir a terapia, estando acompañada por su cuidadora. Cuando el autobús llegó, la cuidadora solicitó como siempre, la bajada de la rampa para que la niña pudiera acceder al autobús con su silla, a lo que se negó el conductor del autobús, el cual indicó a la cuidadora que debía coger a la niña en brazos para subir al autobús. Ante la imposibilidad alegada por ésta, el autobús se marchó, la cuidadora y O esperaron la llegada del siguiente autobús, cuyo conductor, esta vez, sí accedió a bajar la rampa. La madre procedió a denunciar los hechos, se inició juicio de faltas, que se celebró. La EMT no fue citada como responsable civil. En la vista del juicio tan sólo se ejercitó la acción penal, la sentencia condenatoria, omitió cualquier pronunciamiento sobre responsabilidad civil.

La sentencia condenó al conductor de la EMT como autor penalmente responsable de una falta de contextura mixta de coacciones y vejaciones injustas prevista y penada en el artículo 620 -2º del C P.. Doña G, en representación de su hija menor O., interpuso demanda de juicio ordinario contra el conductor y la propia Empresa Municipal de Transportes de Madrid, solicitando el resarcimiento del daño moral sufrido por O, en cuantía de 600.001 euros, más intereses y costas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, apreciando la existencia de cosa juzgada respecto del codemandado. Igualmente absolvió a la EMT mediante el argumento de que se trataba de un solo hecho generador de responsabilidad y que, en caso de condena de ésta última, no podría repetir contra el causante como autoriza el artículo 1904 CC ya que había sido declarado libre de responsabilidad civil por el hecho.

La demandante recurrió y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª) estimó parcialmente el recurso, condenando a la EMT al pago de una indemnización de 10.000 euros, “Distinto ha de ser el planteamiento respecto de la codemandada EMT. Esta no fue parte en el proceso penal, de ahí que no se ejercitara contra ella ninguna acción civil en el proceso penal y no pudiera declararse la responsabilidad civil subsidiaria que le incumbe en el ámbito penal (artículo 120.4º del Código penal). Así consta en la citada sentencia condenatoria del Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid. En el ámbito civil, a la EMT le incumbe una responsabilidad civil directa por el acto ilícito (penal) cometido por su empleado, el conductor del autobús sr. P Mi , conforme al párrafo 4º del artículo 1903 del Código civil) (aunque en la demanda se le exige una responsabilidad subsidiaria respecto del empleado sr. P M, como aclaró la parte actora en la audiencia previa). Al no haberse ejercitado ninguna acción civil en el proceso penal contra la EMT, que ni siquiera se personó en ese proceso, no le afecta la excepción de cosa juzgada apreciada respecto del sr. P M , pues no puede entenderse consumida una acción que ni siquiera pudo ser ejercitada en el proceso penal, dada la no personación en él de la EMT por no haberlo solicitado las partes acusadoras”.

El recurso de la EMT es decidido en la Sentencia nº 99/2019, de 14 de febrero, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo - en ponencia del Ilustrísimo Sr. Salas Carceller -, y vemos en la resolución la absoluta transcendencia que tienen el proceso penal - entonces Juicio de Faltas, hoy la conducta estaría despenalizada y probablemente no daría lugar a un delito leve - su correcta configuración procesal, acusación y desarrollo.

“...lo solicitado por la demandante -según se estableció en la audiencia previa- era la declaración de responsabilidad subsidiaria de la EMT por la actuación ilícita de su trabajador; ... la sentencia condena a la EMT con fundamento en el artículo 1903.4.º CC) a pesar de que la propia sentencia declara que

la responsabilidad a que se refiere dicha norma es directa y no subsidiaria. Afirma la parte recurrente que ha sido condenada como responsable directa y no como responsable subsidiaria, que es lo que solicitó la actora, la que exigió responsabilidad principal al conductor del autobús y responsabilidad subsidiaria

a la EMT por su trabajador. Entiende que, al tratarse de una acción subsidiaria, la EMT no puede ser condenada si previamente no lo ha sido el conductor penalmente responsable.

El motivo ha de ser estimado y, con él, el recurso por infracción procesal, en

tanto que se ha de apreciar incongruencia extra petita cuando -como sucede en el caso presente- se concede más de lo pedido por la parte demandante, pues la condena por una responsabilidad directa comporta un gravamen mayor para la parte demandada -en este caso la EMT- que la declaración de una responsabilidad civil de carácter subsidiario, siendo así que en el presente proceso -al ser solicitada la responsabilidad civil subsidiaria de EMT- únicamente había de defenderse dicha demandada frente a dicha responsabilidad subsidiaria y no respecto de una responsabilidad directa.

Por esa razón se estima el recurso, lo que lleva a la anulación de la sentencia recurrida y que haya de resolver ahora este tribunal según los fundamentos y pretensiones del recurso de casación (Disposición Final 16.ª 1.7.ª LEC).

El artículo 1092 CC dispone que las obligaciones civiles que

nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal. De ello se deduce que no resulta de aplicación directa el Código Civil en el presente caso por cuanto existe sentencia penal condenatoria nacida del mismo hecho que ha dado lugar a la demanda. La acción civil, sea frente al responsable penal o frente a quienes han de responder por él con carácter subsidiario (artículo 120 CP) -salvo el caso de reserva expresa para ejercitarla de modo separado ante la jurisdicción civil- se extingue cuando no se ha ejercitado en el proceso penal contra el responsable. Así ha sucedido en el caso presente en el cual no se solicitó indemnización en el juicio de faltas ni se hizo en el mismo reserva alguna de acciones para hacerlo en un proceso ulterior; de modo que, no resultando posible la condena por responsabilidad civil del responsable penal en este supuesto, no cabe ahora exigir dicha responsabilidad de quien únicamente habría de asumirla de modo subsidiario

o, como dice el artículo 120 CP «en defecto» de quien ha sido declarado responsable penal por el hecho.

Ni siquiera puede admitirse dicha posibilidad mediante una demanda de protección civil de derechos fundamentales, pues tales derechos fundamentales son precisamente los que se protegen mediante la tipificación de las conductas que atentan contra ellos y mediante la condena penal correspondiente, sin que puedan escindirse las consecuencias civiles del ilícito penal fuera del caso de la expresa reserva de acción civil que el legislador ha previsto en el artículo 112 LECr que, en todo caso, lo es únicamente a efectos de que la misma responsabilidad civil nacida del ilícito penal se reclame en un proceso separado ante un órgano de la jurisdicción civil.

Procede por ello confirmar la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto desestimó la demanda.”

La Sentencia núm. 545/18 de 11 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección: 6 , -Ponente: Ilmo. Sr. Picatoste Bobillo-, contempla un caso en el que la salida del peatón a la calzada, aunque sea donde se encuentra el paso de cebra por el que el demandante pretende cruzar la calle, es inopinada, sin adoptar cautela alguna cuando ya el turismo se encontraba tan próximo a aquel que no puede materialmente evitar el alcance, y alude aquella expresión añeja - y certera- “...la preferencia de paso no otorga una patente de corso para ejercitar esa preferencia en cualquier forma y manera, es decir, de forma razonable y prudente”:

“No podemos sino coincidir con el criterio de la sentencia de instancia. La prueba revela claramente que la salida del peatón a la calzada, aunque sea donde se encuentra el paso de cebra por el que el demandante pretende

cruzar la calle, es inopinada, sin adoptar cautela alguna cuando ya el turismo se encontraba tan próximo a aquel que no puede materialmente evitar el alcance. Partimos de la conformidad de la sentencia por parte de la aseguradora demandada y que solo recurre el demandante que ha visto desestimada la

integridad de su pretensión. Datos que debemos tener en cuenta para la valoración de los hechos: 1º. El turismo circulaba despacio; según los agentes, el conductor venía despacio y no aprecian que viniera distraído. Y añaden: «bastante hizo el conductor». También el propio peatón admite la poca

velocidad y la prudencia del conductor: «menos mal que el coche venía despacio», dice. Incluso de la propia dinámica del atropello así resulta, toda vez que el peatón no sale despedido, sino que cae sobre el mismo capó y no hay daños en el vehículo, lo que evidencia la levedad del impacto. 2º. El peatón que invade la calzada lo hace de forma inopinada, cuando el turismo se encuentra muy próximo al paso de cebra, casi sobre él. De ahí que le golpee con el vértice derecho delantero del vehículo y que el turismo ya se encontrase invadiendo el paso de cebra. Según los agentes, frena hacia la mitad del paso de cebra.

SEGUNDO.- Es criterio jurisprudencial antiguo, que la preferencia de paso no otorga una patente de curso para ejercitar esa preferencia en

cualquier forma y manera, es decir, de forma razonable y prudente. Puede decirse que tal criterio inspira la regulación del paso para peatones en el art 124 del RD 1428/2003, de 21 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación. En este precepto se dice que en los pasos para peatones que no estén regidos por semáforos ni por agente, sino simplemente mediante la correspondiente marca vial, «aunque tienen preferencia, sólo deben penetrar en la calzada cuando la distancia y la velocidad de los vehículos que se aproximen permitan hacerlo con seguridad.» El turismo circulaba despacio, como exigían tanto la proximidad del paso de peatones como las condiciones climatológicas (llovía en ese momento); el peatón que tenía su acceso a la calzada con la visión

obstaculizada por un camión aparcado, no podía irrumpir sin más, sin prestar atención a la presencia de vehículos próximos ya al paso de peatones, proximidad que impedía ya al peatón irrumpir en la calzada, echándose a andar por el paso de cebra, pues en esas condiciones no debe hacer uso indiscriminado y desatento de una preferencia que, en tales condiciones, debe estar neutralizada por las condiciones del tráfico. No modificamos el porcentaje de culpa concurrente establecido por la juez en la forma solicitada por el recurrente, pues a la fecha del accidente no estaba en vigor la reforma del art. 1 de la ley que establece el límite de la culpa concurrente hasta un máximo del setenta y cinco por ciento “

Clarificadora, y contundente en la distinción entre daños permanentes, daños continuados y su efecto sobre la fecha de inicio de la prescripción para reclamarlos frente al responsable, hallamos la sentencia nº 114/2019, de 22 de febrero, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, -ponente Ilustrísimo Sr. Salas Carceller -, dicha sentencia resuelve - recoviéndola - la dictada en apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial Pontevedra que afirmaba: «Es obvio que el actor tuvo pleno conocimiento del daño en 1993, era tan grave que le aconsejaron salir de casa, se levanta acta notarial en dicha fecha y en el año 2000 demanda a los titulares de los pisos superiores, no lo hace contra la comunidad y por ello se desestima la demanda, pero no hay ninguna norma en el Código Civil que prevea que la reclamación de estos dos vecinos del Nº3 Nº4 y Nº1 contra la Comunidad, le sirva a él para interrumpir la prescripción; tampoco que el plazo para el ejercicio de la acción se cuente desde este momento, y es a esta parte a la que le incumbía la carga de la prueba de la interrupción. Por tanto, se aplica la regla general porque el perjudicado ha tenido conocimiento de todos los efectos dañosos imputables a una determinada conducta desde que esta se ha llevado a cabo, con independencia de que aquellos daños puedan agravarse por factores del todo ajenos a la acción u omisión del agente causante»; a lo que añade posteriormente lo que sigue: «En este caso de daño duradero o permanente como es este, el plazo de prescripción comenzará a correr desde que pudo ejercitarse la acción, como dispone el art. 1969 CC , y es 1993 puesto que es cuando el actor tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, como confesó él mismo en la vista, ratificó su abogada y confirmó el acta notarial». :

“En primer lugar, como se sostiene en el único motivo de casación, la consideración de los daños como permanentes («que se mantienen en el

tiempo») o continuados («que no sólo se mantienen, sino que se van agravando en cuanto su causa productora no cesa»), no es una mera cuestión fáctica -como sostiene la parte recurrida- sino que alcanza

efectos jurídicos en tanto que influye en la determinación del día a quo para el comienzo del plazo de prescripción, siendo por otra parte incontestable que los daños que se producen por filtraciones desde un



elemento superior continúan produciéndose y agravándose con el transcurso del tiempo hasta la subsanación de los defectos que dan lugar a los mismos; por lo que se podrán considerar como permanentes, como sostiene la Audiencia, pero también son continuados pues se agravan por las sucesivas filtraciones que se producen en cada momento en que cae agua sobre la terraza superior.”

“La aplicación de lo dispuesto por el artículo 1969 CC da lugar a que la fijación del dies a quo, en el caso de daños continuados, haya de coincidir con la fecha en que los mismos cesan y, en consecuencia, cuando cabe cuantificar su alcance definitivo, pues es entonces -no antes- cuando la acción puede ejercitarse.”

“En el caso, se desprende de las actuaciones que fue en 2011 cuando se realizaron las reparaciones necesarias para evitar la reiteración del daño, por lo que el dies a quo ha de establecerse en ese momento y la acción no puede considerarse prescrita cuando se interpuso la demanda en el año 2014.

No obstante, aunque no fuera así, existe otra razón para considerar la inexistencia de la prescripción en el presente caso que, aunque no expuesta en el recurso como fundamento del interés casacional alegado, determinaría igualmente que no se considerara extinguida la acción. El artículo 1969 CC establece que el comienzo del plazo de la prescripción coincide con el momento en que la acción «pudo

ejercitarse», para lo que no basta el conocimiento del daño sino que es necesario, además, que se conozca la identidad del responsable del mismo a efectos de poder ejercer adecuadamente la acción, siendo así que en el caso presente el demandante se dirigió en un primer momento la acción reclamatoria contra los propietarios de los pisos superiores los que, a su vez, demandaron a la comunidad; de modo que la responsabilidad de esta última sólo fue judicialmente determinada cuando se dictó sentencia en el anterior proceso, constando que la presente demanda se interpuso cuando aún no había transcurrido el plazo de prescripción desde ese momento”.

Es frecuente que en el inicio de un proceso judicial penal, o cuando menos en el ofrecimiento de acciones se planteen los perjudicados si deben designar un letrado que les represente como acusación particular, o no, si hay razones que lo aconsejen, y es común que las respuestas no sean positivas, esta sentencia aboga tácitamente – no textualmente – por una opinión diversa, Sentencia Nº 184/2018, de diecinueve de abril de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, Tribunal de Jurado:

“este Magistrado-Presidente ha seguido como pauta habitual la de determinar la indemnización por los perjuicios causados a los parientes más próximos de la víctima tomando como base la aplicación orientativa del sistema legal de valoración establecido para los supuestos de responsabilidad automovilística a partir de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, Ambos cambios suponen un avance indudable en la adecuada individualización del resarcimiento, por lo que será el de la Ley 35/2015 el sistema que tomaremos como referencia orientativa. ... Pese a esta aplicación orientativa del sistema legal, no puede olvidarse, empero, que es un hecho comúnmente admitido la mayor afflictividad psíquica de los daños causados dolosamente, pues en último término hay siempre un cierto grado de asunción voluntaria, al menos social y abstracta, de los riesgos derivados de la circulación automovilística, que no concurre obviamente en los delitos dolosos, que por ello generan un mayor daño moral. Teniendo en cuenta este factor, las indemnizaciones resultantes de la aplicación del sistema legal de 2015 se incrementarán en un factor porcentual, siguiendo una práctica también consagrada por la jurisprudencia y por la praxis judicial, sirviendo de ejemplo de lo primero la ya citada sentencia 752/2009

del Tribunal Supremo y de lo segundo el acuerdo 13.º de los tomados para unificación de criterios por las secciones penales de la Audiencia Provincial de Madrid el 29 de mayo de 2004. **El factor de incremento se cifrará en este caso en un cincuenta por ciento sobre las cuantías del sistema de 2015;** porcentaje sensiblemente superior al treinta por ciento que ha venido constituyendo hasta ahora práctica habitual de este magistrado-presidente y del tribunal profesional que preside, en atención al hecho de que ese incremento porcentual operaba sobre indemnizaciones fijadas conforme al sistema legal de valoración anterior, que implícitamente resarcían no solo el daño moral sino también un perjuicio patrimonial básico o presuntivo, de modo que el incremento resultante representaba una proporción superior de lo que podría considerarse verdadera indemnización por daño moral.

DECIMOSÉPTIMO.-
Establecidas así minuciosamente las bases a las que ajustaremos nuestra cuantificación indemnizatoria, queda solo aplicarlas a cada uno de los distintos perjudicados por la muerte del Sr. J. La acusación particular ha tenido el infrecuente buen sentido de aportar, mediante copias de los distintos libros de familia, la prueba documental acreditativa del elenco de parientes próximos supervivientes del fallecido;

de modo que, tras la expresa renuncia manifestada en juicio por su viuda, la Sra. H, quedan con derecho a indemnización su padre, su madre y sus tres hijas. A cada progenitor de una víctima mayor de treinta años la tabla 1.A del sistema de la Ley 35/2015 le asigna una indemnización básica de 40.000 euros, que en este caso no va acompañada de otra por perjuicios particulares, puesto que el Sr. Javier no convivía con sus padres. Incrementada esa indemnización básica con el factor corrector extrasistemático por el mayor daño moral de los delitos dolosos, resulta una indemnización final para cada uno de los padres del fallecido de 60.000 euros, que coincide exactamente con la interesada para ellos por la acusación particular. Dicha acusación solicita para las hijas del fallecido una indemnización igualitaria de 100.000 euros a cada una, pero ello no se ajusta a la diferenciación por edades que estipula el sistema adoptado como referencia. Así, a H, que tenía 16 años en la fecha de la muerte de su padre, le corresponde, según la tabla 1.A del sistema, una indemnización básica de 80.000 euros, igual que a G, que tenía 18; mientras que a M, a la sazón de 23 años, la tabla le asigna una indemnización básica de 50.000 euros. Tampoco en el caso de las hijas son de aplicación perjuicios particulares, pues no consta ni se alega el previo fallecimiento de la madre ni de las dos

¿Deben incluir IVA las indemnizaciones a establecer en sentencia penal? Hallamos la respuesta en la Sentencia núm. 721/2018, de 23 de Enero , de la Sala 2ª, del Tribunal Supremo, Ponente Ilmo. Sr. Del Moral García:

“Más que una infracción del art. 115 CP (¿?) -la vulneración del art. 115 CP podría achacarse en su caso a la sentencia, pero no al Auto que se limita a concretar las cuantías- lo que se refleja en el desarrollo del motivo es una discrepancia con el uso que se ha hecho del art. 365 LECrim. Ambos preceptos no son opuestos entre sí, de manera que habría de optar por uno u otro, según su jerarquía o ámbito de aplicación. No son contradictorios, sino perfectamente armonizables. Sería fácil aducir que el art. 365 LECrim no es una norma penal, sino procesal, y por tanto, inapta para fundar un recurso por infracción de ley del art. 849.1 LECrim que se refiere a preceptos de naturaleza sustantiva y no a normas procesales. De interpretarse de otra forma

más amplia la dicción del art. 849.1º sobrarían todos los motivos por quebrantamiento de forma de los arts. 850 y 851. Siempre podrían canalizarse a través del art. 849.1. Pero sin entrar a fondo en la naturaleza sustantiva o procesal de esa norma (lo que de facto era una de las razones -rango orgánico- de la cuestión de constitucionalidad que se elevó en su día al TC) es claro que el precepto arrastra repercusiones en el ámbito sustantivo. Lo demuestra la STS 377/2017, de 9 de mayo que conoció de un recurso de casación contra una sentencia dictada en apelación por una Audiencia provincial: muestra evidente de que a estos efectos fue considerado norma sustantiva en tanto que solo a través del art. 849.1 pueden acceder a casación esas sentencias. Dice el art. 365.2 LECrim, introducido por LO 15/2003, de 5

noviembre «la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijarán atendiendo a su precio de venta al público» Según el recurso que resolvió tal sentencia (377/2017) ese precepto desbordaría el ámbito de lo procesal trascendiendo a lo sustantivo, introduciendo indirectamente un «subtipo Penal especial» para regular el hurto de una clase determinada de bienes-mercancías ofrecidas en venta en ciertos lugares establecimientos comerciales. Se reclamaba que no se tuviese en cuenta a esos fines, el incremento derivado de incluir el IVA en el PVP postulando diferenciar entre él « precio de venta al público « de una mercancía adquirida por el consumidor y el «total a pagar» , que agrega a la primera partida del importe del IVA. Dicho importe habrá de deducirse del precio en los casos en que habiendo sido



sustraído el bien, no se ha producido el hecho imponible generador de la obligación de pagar dicho impuesto: La STS 377/2017 repasa exhaustivamente el estado de la cuestión en diferentes audiencias provinciales así como los argumentos que militan en favor de las distintas interpretaciones. Acaba por concluir que el IVA ha de ser incluido: «... las afirmaciones del Tribunal Constitucional respecto de la sencillez del precepto y su potencial utilidad para minimizar la inseguridad jurídica -en la medida en que facilita un criterio de valoración de carácter objetivo- tan sólo resultan certeras en tanto en cuanto se dé a la expresión precio de venta al público su verdadera significación de acuerdo con la legislación que regula el consumo y la propia LIVA, comprensiva del monto total que haya de desembolsarse en cada caso para la legítima adquisición del producto. Los ejemplos que se acaban de citar en relación con el IVA son sólo algunas muestras de la dificultad que entraña mantener una exégesis del precepto que además de prescindir de la dicción literal del artículo 78 de la LIVA, desoye el significado propio de la locución precio de venta, ignora la realidad social en la que ha de aplicarse la norma y contraviene el espíritu y finalidad simplificadora del precepto, por cuanto obliga a adquirir un amplio conocimiento de las variables de la tributación en cada caso y de la compleja normativa del impuesto, dificultando incluso que el sujeto activo de la infracción -particularmente en el caso de las sustracciones al descuido- esté en condiciones de prever la entidad del injusto (delito o falta de hurto) y sus consecuencias legales». En base a lo argumentado el recurso debe ser desestimado

y declarar que el valor de lo sustraído en establecimiento comerciales es el precio de venta al público que debe interpretarse como la cantidad que debe abonarse para su adquisición, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía, comprensiva, sin desglosar, las costas de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena de producción y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, con inclusión del Impuesto del Valor Añadido (IVA) en el territorio de su aplicación (península y Baleares) el impuesto General Indirecto Canario (IGIG), en las Islas Canarias y el impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI) en las ciudades de Ceuta y Melilla». El auto impugnado siguiendo el criterio del citado informe pericial (TINSA) ha considerado que el criterio consignado en tal precepto (art. 365.2 LECrim) tal y como ha sido interpretado por este Tribunal, condiciona también la tarea de fijación de indemnizaciones. Esa conclusión es cuestionada por la entidad recurrente.

Compartimos la objeción desarrollada en el recurso: la norma literalmente se refiere solo a la valoración a efectos sustantivos penales (calificación del delito o de sus circunstancias) y no al fin de cuantificar indemnizaciones. «Cuando para la calificación del delito o sus circunstancias...» comienza diciendo el precepto. Calificación del delito y circunstancias; no fijación de indemnizaciones. Además, si se extrapola el criterio a este otro plano (indemnizaciones) se alcanzan en algunos supuestos soluciones que no parecen ni lógicas, ni satisfactorias,

ni acordes con la justicia: el perjudicado recibiría un sobre-precio concebido para ser ingresado en la Hacienda Pública, pero que en este caso engordaría su patrimonio. La indemnización no está sujeta a IVA. Y resulta ilógico que se cuantifique tomando en consideración el IVA que en su caso hubiese cargado unas ventas que no van a hacerse nunca. Y si se llegan a hacer con los efectos repuestos, se efectuarán con un precio que sí incluirá el IVA. Es lógico, razonable y admisible que un particular consumidor o usuario reciba como indemnización lo que le costará adquirir el bien que se le ha sustraído (incluido el importe del IVA). También lo es indemnizar al comerciante por el lucro cesante derivado de no haber podido vender los efectos no recuperados. Pero no lo es considerar lucro cesante el monto correspondiente al IVA en tanto el destino de esa cantidad era la Hacienda Pública. El IVA, que soportó el comerciante (solo respecto de los relojes y joyas adquiridos: art. 96 de la Ley 37/1992 del IVA; -nunca respecto de los de elaboración propia-), ya debió deducirlo. No hay base alguna para presumir que no lo hizo (STS 599/2018, de 27 de noviembre). Por eso en este concreto supuesto no debemos cuantificar la indemnización valorando el IVA que incrementaría el precio del producto adquirido por el consumidor o usuario final. Las cantidades fijadas, por tanto, han de ser disminuidas en el importe del IVA que ha sido calculado e introducido en las cuantías según manifestó expresamente el perito. Los criterios del art. 365 LECrim no se extienden necesaria e ineludiblemente a la labor de fijación de las indemnizaciones. Hay que distinguir supuestos.”

Es interesante la Sentencia num. 113/2019 19 de marzo de 2019, Sección 3, de la Audiencia Provincial de Valladolid, -Ponente el Ilmo. Sr. Sanz Cid.-, que aceptó la presentación de informe pericial de la actora, “La presentación viene motivada por el art 338, apartado 2 modificado por Ley 42/2015. Estamos en presencia de una prueba complementaria, y no básica. La actora ya había presentado con anterioridad, acompañando a su demanda los documentos en los que basaba su derecho, cuáles son los informes médicos que dieron provenientes del accidente. Sólo cuando, en la contestación se produjo una oposición frontal a las peticiones formuladas, se vio obligada la actora a presentar el informe pericial, por lo que lo mismo viene justificado su admisión”. Pero además - y sobre el art. 135 de la Ley 35/2015:

“TERCERO. - Ésta Sala es cada vez más reacia a admitir las demandas basadas en cervicalgias motivadas por accidentes en los que los daños en los vehículos son muy leves. Estamos en presencia de lesiones que se basan en simples manifestaciones que el presunto lesionado hace al médico. Simplemente dice que le duele y el médico, como se dice vulgarmente “para curarse en salud”, y sin efectuar otro tipo de pruebas, extiende el parte de baja. El parte de baja se va prolongando a lo largo del tiempo por las simples manifestaciones del presunto lesionado de que le sigue doliendo, pero sin más pruebas que la simple manifestación de la persona que dice tener esos dolores. Ante el abuso que se

ha venido haciendo a lo largo del tiempo la Ley 35/2015 en su art. 135 quiso atajar la gran cantidad de éstos caso que se estaban produciendo por impactos de poca intensidad. No queremos decir con esto, que, en algún caso, y a pesar de la escasa intensidad del impacto, no se produzcan lesiones, e incluso de cierta importancia, pero estos casos son los menos. Que estamos en presencia de uno de los supuestos que menciona el art. 135 está fuera de duda. El actor viajaba en un coche grande, con fuerte carrocería como es el Opel. Los daños ascendieron a 70 euros, cantidad mínima para una reparación, y a una velocidad muy escasa como ha conseguido demostrar la parte demandada. A esa pequeñísima

velocidad el alcance efectuado a un coche grande y que le produce unos escasísimos daños, es prácticamente imposible que se produzcan lesiones en los viajeros. Y tenemos que ser rigurosos a la hora de exigir pruebas que avalen esas lesiones, sin que puedan estar basadas en simples manifestaciones de los lesionados, aunque esas simples manifestaciones vengan avaladas por informes médicos que se basen no en radiografías u otras pruebas similares, sino simplemente en manifestaciones y dolores de carácter subjetivo. Por todo ello es por lo que nos vemos obligados a inadmitir la demanda con la revocación de la sentencia.”

El Tribunal Supremo, Sala 4ª, en Sentencia núm. 78/2019, de 31 de enero - Ponente: Sebastián Moralo Gallego –afirma que los abogados han de avisar que no pueden acudir al juicio o que se van a retrasar cuando tienen otro señalamiento, de modo que la actuación de la letrada, que no bajó a la otra planta del juzgado para comunicar que tenía que celebrar un juicio en el piso superior y que se demoraría, es calificada como desidia por el Supremo y no puede tener amparo judicial alguno, y se le tiene por desistida en su acción. Se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Andalucía, sede en Granada, en fecha 21 de octubre de 2015 (RSU 1995/2015) en la cual se estimó el recurso en aras del principio de tutela judicial efectiva y para no producir indefensión. Y revisa la jurisprudencia vigente aplicable a casos análogos:

“... la sentencia recurrida la que contiene la buena doctrina, al calificar como injustificada la incomparecencia de la parte que no acude a los actos de conciliación y juicio a la hora señalada, negando que pueda calificarse a tal efecto como justa causa de la incomparecencia el hecho de que la letrada de la demandante tuviere otro señalamiento en el mismo edificio judicial en una hora muy cercana. En primer lugar, porque esa coincidencia temporal de señalamientos ya era perfectamente conocida por la letrada interesada con muchísima antelación, lo que le permitía haber activado el mecanismo del art. 83 LRJS para solicitar el aplazamiento. Pero es que además, y aún admitiendo que no hubiere interesado anticipadamente la suspensión de la vista porque pudiese suponer razonablemente que tenía tiempo para acudir a los dos actos judiciales, en razón de la separación horaria existente entre uno y otro al encontrarse las dependencias judiciales en un mismo edificio, es lo cierto que una vez acabado el primero de ellos dejó transcurrir más de 30 minutos sin bajar a la planta inferior para notificar esa situación al juzgado y pese a que disponía de tiempo más que suficiente para realizar esa sencilla

gestión mientras estaba a la espera del inicio del acto de juicio señalado en primer lugar. En tales circunstancias no puede considerarse justificada la incomparecencia al acto de conciliación, puesto que trae causa exclusiva de la desidia de la interesada que no actúa con la debida diligencia y necesaria buena fe que le obligaba a comunicarse con el otro juzgado para poner en su conocimiento aquella situación. No hay por lo tanto una decisión del órgano judicial que resulte contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, sino tan solo una actuación negligente de la propia parte que, sin concurrir una causa o motivo que pudiese justificarlo, ha dejado de cumplir con un trámite tan fácil y sencillo como era el de acudir a las dependencias del otro juzgado, o ponerse en contacto con el mismo, cuando no existía el menor impedimento para ello.”

“... De aceptarse el razonamiento de que la mera y simple comparecencia tardía en el juzgado es reveladora de la intención de la parte actora de no desistir de la demanda, para dejar con ello sin efecto la específica previsión en tal sentido del art. 83. 2 LRJS, se estaría legitimando cualquier tipo de incomparecencia injustificada a voluntad unilateral de la

propia parte, contraviniendo la doctrina constitucional que anteriormente hemos desgranado, de la que se desprende que la desidia y negligencia de una parte no puede desplegar ese tipo de efectos jurídicos en perjuicio de la otra, frente a la clara, taxativa y expresa regulación legal en la materia. Lo que es fácil de entender si reparamos en que ese mismo argumento conduciría al absurdo de dejar igualmente sin efecto la previsión del art. 83. 3 LRJS , para considerar que esa misma actuación por parte de la demandada obligaría a declarar la nulidad de actuaciones y a la repetición del acto de juicio, si comparece ante el juzgado una vez celebrados los actos de conciliación y juicio, aunque no concurra justa causa que pudiese justificar su incomparecencia a la hora señalada. 3.- Distinto sería en el caso de que la letrada recurrente hubiere intentado de alguna forma notificar al juzgado la situación en la que se encontraba, demostrase la imposibilidad de hacerlo, o bien concurriera cualquier otra circunstancia excepcional que de alguna forma pudiese valorarse como causa justa de la incomparecencia. Pero, bien al contrario, queda probado que el primero de los actos judiciales finalizó media hora antes de que se levantara el

acta de incomparecencia en el segundo, sin que en todo este tiempo existiere razón alguna que pudiese justificar el hecho de que la letrada no acudiere a la planta inferior del mismo edificio o se hubiere puesto en contacto con el órgano judicial a través de cualquier otro medio. “

actuaciones solicitada, lo cierto es que el artículo 465 número tres, párrafo tercero, de la LEC establece que no se declarará la nulidad de actuaciones si el vicio o defecto procesal pudiese ser subsanado en la segunda instancia, y en este concreto caso se estima que ello puede ser subsanado en esta segunda instancia, ya que

la parte solicita la práctica en la alzada de aquellas pruebas que hubiera propuesto en la Audiencia Previa a la que no pudo comparecer por causas que no le eran imputables, no debiendo olvidar que al acto de la vista sí que compareció, y en auto dictado por esta Sala en fecha dos de Julio del año 2018 se accedió a su solicitud de práctica de prueba en esta segunda instancia, en concreto la pericial de Don Jesús , el cual emitió un informe que fue acompañado junto con el escrito de contestación a la demanda (folios 98 y siguientes), y teniendo por reproducida la documental que consta en las actuaciones y por impugnada la documentación aportada por la actora, razón por la que se estima que una vez practicada esta prueba en segunda instancia ha quedado subsanada cualquier conculcación que se hubiera podido producir como consecuencia de no haber podido comparecer a la Audiencia Previa.”

Ningún profesional que para su trabajo deba desplazarse por carretera está exento del riesgo cierto de sufrir una retención, y un corte circulatorio inopinados por un accidente ajeno, y el subsiguiente retraso; en la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, Sentencia 406/2018 de 10 Dic. 2018, Ponente: Blasco Ramón, Cayetano Ramón se resuelve - gracias sin duda a la habilidad con que la abogada planteó en el suplico de su recurso sus opciones procesales -la práctica en segunda instancia de la prueba pericial que la letrada habría propuesto en la audiencia previa si hubiese podido comparecer a tiempo

“ Ciertamente la parte apelante acredita que el retraso sufrido el día señalado para la Audiencia Previa que, en definitiva, impidió el que llegara a tiempo a la misma, no se debió a una causa que le fuera imputable, pues efectivamente se aporta por la misma mediante certificado emitido por la guardia civil de tráfico que existió un accidente en la autovía A-7 dirección a Murcia y que no se restableció la circulación hasta las 10:18 horas, acreditándose, asimismo, que el letrado llamó en varias ocasiones por teléfono a su procurador poniéndole de manifiesto el retraso con el que iba a llegar, estimando que con dichas pruebas y la comparecencia realizada por el propio letrado a las 11:45 en el juzgado, se acredita que la causa del retraso padecido no les imputable, y si bien ello determinaría la nulidad de





Puesta al día internacional

Vacaciones en UE. Dos normativas que hay que tener en cuenta cuando se realicen viajes dentro de los Estados Miembros de la Unión.

por Alberto Pérez Cedillo
Abogado -Solicitors Limited

Por un lado, se encuentra el Reglamento (CE) núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Por otro, la regulación relativa a viajes combinados y servicios de viaje vinculados, fruto de la transposición de la Directiva (UE) 2015/2302 del parlamento europeo y del consejo de 25 de noviembre de 2015, mediante el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.

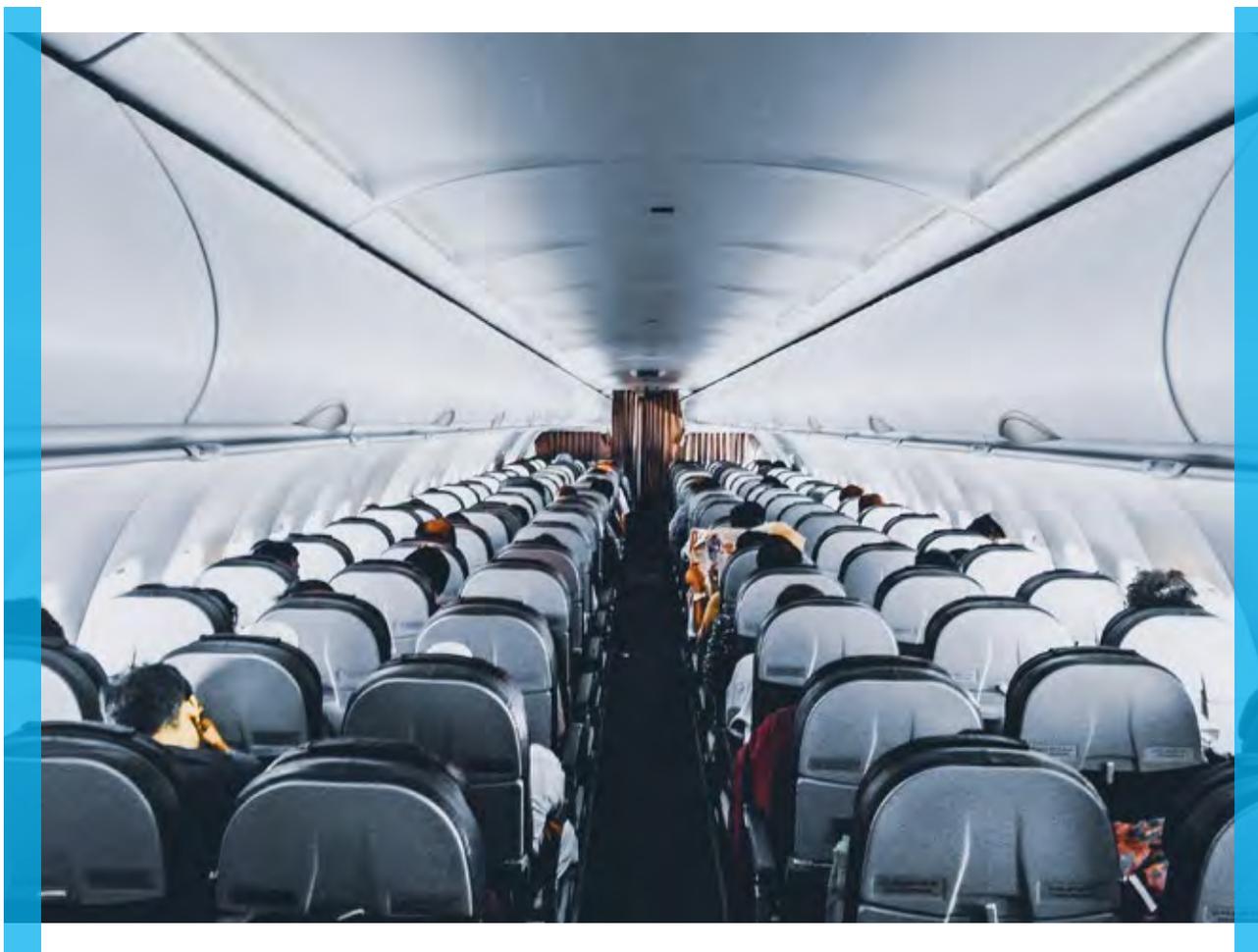
I. REGLAMENTO (CE) NÚM. 261/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 11 DE FEBRERO DE 2004.

El Reglamento entró en vigor el 15 de febrero de 2005 y, a pesar de la protección que proporciona a los pasajeros, se resalta el desconocimiento por parte de los afectados y sus abogados sobre el mismo siendo comunes las campañas informativas sobre la protección que ofrece.

Esta norma recoge en sus artículos 7 y siguientes los derechos que ostentan los pasajeros cuando se vean afectados por la denegación del embarque o cuando se produzca la cancelación o retraso de su vuelo, ya que pueden incurrir en la pérdida total o parcial de sus vacaciones programadas y de las estancias en hoteles o vuelos de conexión, entre otros. Estas situaciones vienen definidas en el artículo 2 del reglamento, no obstante, en relación con el concepto de cancelación que viene definido en la letra l) se destaca que su interpretación debe realizarse conforme a lo dispuesto en la sentencia de 13 de octubre de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) “El concepto de «cancelación» [...] debe entenderse en el sentido de que, en una situación como la examinada en el asunto principal, no se refiere exclusivamente al supuesto de que el avión de que se trate no haya despegado en modo alguno, sino que incluye igualmente el supuesto de que el avión haya despegado, pero, cualquiera que sea la razón, se vea obligado a regresar al aeropuerto de origen y los pasajeros de dicho avión hayan sido transferidos a otros vuelos.”

Entre los derechos que asisten a los perjudicados se encuentra el recogido en el artículo 7 de la normativa que establece que, en los casos en los que se haga referencia al mismo, los afectados tendrán derecho a una compensación económica por valor de 250 euros para vuelos de hasta 1.500 kilómetros, 400 euros para los intracomunitarios de más de 1.500 kilómetros y para el resto, entre 1.500 y 3.500, y 600 euros para el resto de los vuelos. El mencionado artículo 7 es de aplicación, entre otros, cuando se produce la cancelación del vuelo sin que el transportista haya cumplido con los requisitos mencionados en el artículo 5.

En concordancia con el artículo 7 citado *ut supra*, es necesaria la referencia al artículo 5.3 del reglamento, el cual dispone que “un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo no está obligado a pagar una compensación conforme al artículo 7 si puede probar que la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables”, el cual actúa como límite a los derechos de los perjudicados. Sin embargo, el mismo debe ser interpretado a la luz del considerando 14 del



propio reglamento, el cual dispone que “Del mismo modo que en el marco del Convenio de Montreal, las obligaciones de los transportistas aéreos encargados de efectuar un vuelo se deben limitar o excluir cuando un suceso haya sido causado por circunstancias extraordinarias que no hubieran podido evitarse incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables. Dichas circunstancias pueden producirse, en particular, en casos de inestabilidad política, condiciones meteorológicas incompatibles con la realización del vuelo, riesgos para la seguridad, deficiencias inesperadas en la seguridad del vuelo y huelgas que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo.”, ello según la sentencia del TJUE de 17 de abril de 2018. Ya que, según la citada sentencia “la ausencia espontánea de una parte importante del personal de navegación («huelga salvaje») como la acaecida en los asuntos principales, que tuvo su origen en el anuncio sorpresivo por un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo de una reestructuración de la empresa, a raíz de una iniciativa promovida no por los representantes de los trabajadores de la empresa, sino espontáneamente por los mismos trabajadores, que pasaron a situación de baja por enfermedad, no está comprendida en el concepto de «circunstancias extraordinarias» en el sentido de dicha disposición.”

Otros derechos recogidos en este cuerpo legal son, tanto el mencionado en el artículo 8 “derecho al reembolso del coste íntegro del billete en un plazo de siete días y el traslado al destino final en condiciones de transporte comparables” como el que fija el artículo 9 “se debe de ofrecer a los pasajeros afectados comida y refrescos suficientes, alojamiento en hotel donde fuera necesario y traslado a dicho hotel desde el aeropuerto”.

Por último, al margen de los derechos hasta ahora mencionados, debe tenerse en cuenta el artículo 12 del reglamento, el cual señala la posibilidad de los pasajeros de tener derecho a una compensación suplementaria. A este respecto se destaca de nuevo la sentencia de 13 de octubre de 2011 del TJUE, la cual proporciona un margen de discreción para el juez nacional a la hora de valorar el montante de las indemnizaciones en los casos de incumplimiento del contrato de transporte aéreo ya que recoge que: “El concepto de «compensación suplementaria», mencionado en el artículo 12 del Reglamento nº 261/2004, debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional conceder, en las condiciones previstas por el Convenio para la unificación de ciertas

reglas para el transporte aéreo internacional o por el Derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo. En cambio, dicho concepto de «compensación suplementaria» no puede servir de fundamento jurídico al juez nacional para condenar al transportista aéreo a reembolsar a los pasajeros cuyo vuelo haya sido retrasado o cancelado los gastos que éstos hayan tenido que efectuar a causa del incumplimiento, por parte de dicho transportista, de las obligaciones de asistencia y atención previstas en los artículos 8 y 9 de este Reglamento.”

II. REGULACIÓN RELATIVA A VIAJES COMBINADOS Y SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS CONTENIDA EN EL LIBRO CUARTO DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE, (EN ADELANTE, TRLGDCU).

Esta regulación entró en vigor el 28 de diciembre de 2018 y regula los viajes combinados, aquellos que incluyen al menos dos servicios turísticos, como por ejemplo transporte y alojamiento, y se vende a un precio global, ello siempre que su prestación sea por un período superior a las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia. Por tanto, un servicio individual, por ejemplo, la contratación de únicamente un billete transporte aéreo, no está sometido a la mencionada regulación. Además, se recogen los “servicios de viaje vinculados”, un nuevo concepto que abarca aquellos servicios adicionales que se ofrezcan por el empresario tanto en el mismo punto de venta como facilitando que se produzca la contratación con otro empresario en un plazo de 24 horas tras haber contratado el servicio de viaje inicial.

Se destaca de este libro cuarto del TRLGDCU, la ampliación del concepto de viaje combinado, quedando protegidos muchos productos de viaje, incluidos aquellos contratados de forma telemática; y el incremento de la protección de los ciudadanos que contratan paquetes turísticos, ya que se ha llevado a cabo la modificación del sujeto protegido, que ahora es el viajero, un concepto más amplio que el de consumidor y que abarca a aquellos viajeros profesionales.

En la regulación recogida llama la atención, por un lado, los requisitos exigidos sobre la

información que es necesario proporcionar a los viajeros, artículo 153 y siguientes de la misma, ello tanto durante el proceso de contratación como una vez llevado a cabo el contrato, y se acentúa su carácter vinculante. Ejemplo de ello es el límite que se recoge para el posible incremento de precio del servicio contratado, el cual es un 8%, si se supera el mencionado límite, el viajero tendrá derecho a cancelar el contrato sin penalización alguna.

Por otro lado, se recogen en la normativa las posibilidades de cancelación del servicio en cualquier momento antes de iniciar el viaje pagando una penalización razonable, ello además de la posibilidad de transferir el viaje y cancelar el contrato sin penalización cuando se den circunstancias extraordinarias tales como guerras, terrorismo, etc. En este último supuesto el coste del viaje será reembolsable, aunque no se tendrá derecho a una compensación adicional.

También, se recoge en el artículo 161 la responsabilidad por la ejecución del viaje combinado y el derecho de resarcimiento, en este sentido, el organizador y los minoristas responderán de forma solidaria frente al viajero de la correcta ejecución de todos los servicios del viaje, aunque estos sean ejecutados por otros prestadores. Además, si cualquiera de los servicios incluidos no se ejecuta de conformidad con el contrato, el organizador y en su caso, el minorista, deberán subsanar la falta de conformidad, salvo que resulte imposible o si ello entraña un coste desproporcionado. Si no

se obtiene conformidad, será de aplicación el artículo 162 referente a la reducción del precio e indemnización por daños y perjuicios, a las cuales el viajero tendrá derecho. Como consecuencia de ello, se manifiesta de la regulación el derecho del viajero a disfrutar de la prestación que ha contratado, o a una de igual o superior calidad, o a ser indemnizado.

Por último, es necesario destacar la responsabilidad de organizadores y minoristas en materia de garantías, estos deben constituir una garantía de la responsabilidad contractual para responder en casos de incumplimiento de la prestación de sus servicios frente a los viajeros. Además, tendrán la obligación de constituir una garantía para casos de insolvencia, estos son los supuestos en los que, por falta de liquidez, los servicios no se han ejecutado o dejen de ejecutarse. Esta garantía se podrá constituir mediante la creación de un fondo de garantía, la contratación de un seguro, un aval u otra garantía financiera. Además, si el transporte está incluido en el contrato del viaje combinado se constituirá una garantía para la repatriación de los viajeros. En todo caso, la protección frente a la insolvencia debe ser efectiva y de fácil acceso para el viajero y no tendrá en cuenta su residencia, el lugar de salida, el lugar dónde se haya vendido el viaje combinado o el Estado miembro en que esté situada la entidad garante en caso de insolvencia.





JUAN JOSÉ PEREÑA MUÑOZ

por M^o Carmen Ruiz-Matas Roldán

Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Salamanca por Real Decreto de 24 de febrero de 2017, ingresó en la Carrera Fiscal el 20 de noviembre de 1990 siendo Abogado-fiscal de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Canarias desde el 28 de junio de 1991 al 22 de junio de 1993. Desde el 4 de agosto de 1993 ejerce de Abogado-fiscal de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Salamanca, promocionando a la categoría de fiscal desde el 26 de noviembre hasta fecha de hoy. En el año 2007 y hasta la actualidad es nombrado Fiscal delegado de seguridad vial de la Fiscalía de Salamanca donde se crea la red de fiscales especialistas en seguridad vial. Asimismo cuenta con diversas publicaciones y ponencias, siendo además profesor en la Facultad de Derecho Universidad de Derecho de Salamanca.

Contamos en esta ocasión con la colaboración de Juan José Pereña Muñoz, Fiscal Jefe de Salamanca, quien desde el desempeño de su cargo puede ofrecernos una información sumamente interesante para la materia que nos ocupa

MC: En primer lugar quisiera preguntarle qué le parece la actividad desarrollada por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro y qué opinión le merece, ya que sabemos que la conoce de cerca

No podría contestar esta pregunta sin comenzar agradeciendo a don Javier López García de la Serrana, a quien conocí, en los primeros tiempos de nuevo baremo, dando un taller organizado por la Universidad de Salamanca, quien se arriesgó a introducir a un Fiscal en alguna de las actividades organizadas por su asociación.

El contacto con su asociación me ha permitido, por una parte el conocimiento de materias hasta ese momento casi desconocidas para mí relativas a la responsabilidad civil, al papel de las compañías de seguros en materia del seguro obligatorio, de la satisfacción a las víctimas y de los profesionales que las representan.

Valoro especialmente el intercambio de conocimientos y opiniones que se da de en sus congresos y en las jornadas en las que participa y especialmente, su labor de puesta al día constante en doctrina y jurisprudencia en un campo tan amplio como la responsabilidad civil, especialmente a través de su revista.

Haciendo autocrítica, he de decir que en mi carrera no se estudia adecuadamente la responsabilidad civil derivada del delito, que es la parte que nos toca a los fiscales al ser obligado el ejercicio de la acción civil junto con la penal,

salvo que el perjudicado se las hubiera reservado expresamente, con la excepción de la jurisdicción de menores, en la que el Fiscal, en el caso de haberse personado el perjudicado, no ejercita la acción civil por imperativo de la ley del menor. Pero lo cierto es que, en la mayoría de los casos, la satisfacción del perjuicio causado por el delito a través de la responsabilidad civil es la única manera de satisfacer a las víctimas del mismo, especialmente en los delitos imprudentes, sean de tráfico, siniestralidad laboral, imprudencia profesional, etc. y el Ministerio Fiscal ha de estar siempre con las víctimas del delito, procurando que la reparación del daño y perjuicio sufrido sea siempre la adecuada, sobre todo en los casos en que esta viene cuantificada por disposiciones legales, como es el caso del baremo.

En este sentido la labor de su asociación merece ser digna de aprecio y halago, en la medida que contribuye a poner sobre la mesa los problemas de la satisfacción de la responsabilidad civil.

MC: ¿Cuáles son sus objetivos prioritarios actualmente a cargo de su Fiscalía?

La Fiscalía Provincial de Salamanca es una Fiscalía relativamente pequeña, compuesta por 16 Fiscales. Al igual que todas, ha de considerarse como un servicio público dirigido al ciudadano, dentro del engranaje de la administración de justicia.

El objetivo prioritario, en consecuencia, es simple, pero no sencillo. Hacer las cosas lo mejor posible.

Dentro de este objetivo se encuentran muchas cosas, procurar la mayor calidad posible en los informes, calificaciones y actuaciones de los fiscales. Proteger a las víctimas de los delitos. Mantener una relación cordial y adecuada con el resto de operadores jurídicos, jueces, letrados de la administración de justicia, abogados y procuradores.

Junto con ello hemos de procurar que, sin desmerecer la calidad, los asuntos se despachen con la mayor celeridad posible. Para ello es imprescindible algo que se nos deniega por sistema, medios. La sociedad desconoce la carencia de medios con la que habitualmente trabaja la administración de justicia. Por ponerle ejemplos le diría que llevo dos años esperando a que el Ministerio de Justicia me envíe una mesa donde los fiscales puedan reunirse con abogados, fuerzas del orden público etc. que los bolígrafos hemos de pedirlos a través de internet

a la página la gerencia indica y son de ínfima calidad, al igual que la última remesa de folios que dada su endeblez atasca sistemáticamente la impresora, etc. Pese a ello destaca el sentido de responsabilidad de los fiscales y funcionarios de la Oficina Fiscal que permite desarrollar el trabajo con su esfuerzo y dedicación.

La fiscalía se encuentra actualmente en un proceso de transformación, al menos las que nos encontramos en el territorio que depende del Ministerio de Justicia, es decir, aquellas comunidades autónomas que no tienen transferidas las competencias de justicia. Esta transformación viene a través de la llamada justicia digital, que he de decir que ha supuesto un retraso en la tramitación de las diligencias y una menor calidad en el trabajo de los fiscales. Serían muchos los incidentes que podría contarles y que incluso les parecerían inverosímiles.

Otro de los grandes problemas de nuestro trabajo cotidiano es el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que atribuye un plazo máximo para la instrucción de los asuntos criminales, atribuyendo el control del mismo a los fiscales, cuando lo cierto es que las causas las instruye el juez y los procedimientos están en los juzgados. Es una chapuza legislativa, con evidentes intereses en ámbitos políticos

MC: ¿Qué opinión le merece la nueva modificación del Código Penal para la penalización de los ilícitos en materia de circulación de vehículos?

Bueno, el tema daría para una respuesta larga. Simplificando mucho la respuesta, la reforma me parece adecuada en lo referente a interpretación auténtica que se hace al considerar, con una presunción iuris et de iure, que cuando el resultado lesivo sea consecuencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379, en todo caso habrá de ser considerado como imprudencia grave. Habría sido más adecuado incluir también los supuestos de los artículos 380 y 381, que, sin duda, también lo son. Esta modificación no hace sino plasmar legislativamente una doctrina jurisprudencial largamente consolidada en el tiempo.

También es adecuado la exasperación punitiva en los supuestos de notoria gravedad y pluralidad de resultado, que venían limitados por lo dispuesto en el artículo 382, de tal modo que podíamos decir que llegado a un determinado resultado salía gratis la pluralidad, por ejemplo, de fallecimientos. Esto causaba una indudable alarma social en aquellos supuestos

de conductas especialmente graves con gran número de fallecidos, piénsese en el conductor de autobús que va bebido al volante y causa un accidente en el que fallecen cinco personas. la pena máxima a imponer, por mor del citado artículo, sería de cuatro años, que es la misma pena máxima que por un fallecimiento.

Pero lo que sin duda va a plantear mayores dificultades, va a ser la interpretación de la imprudencia menos grave en relación con la normativa administrativa de la seguridad vial, de las que considero que en modo alguno puede hacerse de manera automática, sino que como dice el propio artículo 152.2 la entidad de esta imprudencia habrá de ser apreciada por el juez o tribunal.

Otra de las novedades importante es la inclusión del resultado lesivo del artículo 147.1 dentro de la imprudencia menos grave. En mi opinión, supone una amplificación excesiva del campo del derecho penal y es consecuencia, sin duda del fracaso del sistema previsto en el artículo 7 de la LRCSCVM, siendo hacia allí donde debía de haberse dirigido la reforma y no a trasladar el problema del ámbito extrajudicial al judicial.

Es cierto que existía un elevado número de supuestos que quedaban fuera del ámbito penal en la imprudencia menos grave, al exigirse que el resultado lesivo fuera constitutivo de los delitos contemplados en los artículos 149 y 150, es decir pérdida o inutilidad de miembro principal o no principal, lo que dejaba fuera, por ejemplo, una fractura de las dos piernas. Deberían haberse buscado unas fórmulas alternativas para paliar el problema, como podría haber sido incluir dentro de la imprudencia menos grave aquellas lesiones que hubieran precisado una intervención quirúrgica.

Se incluye también, ex novo, en el artículo 382 bis el delito de abandono del lugar del accidente. Se hace con un carácter subsidiario “fuera de los casos contemplados en el artículo 195”, es decir, se castigará por este artículo al causante de un accidente de tráfico que abandona el lugar del del mismo en aquellos casos en que la persona no se encuentra desamparada ni en peligro manifiesto y grave, lo que ha llevado algunos autores a hablar de delito de abandono del cadáver. Además se amplía excesivamente su ámbito de aplicación pues basta que en el accidente se haya causado una lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, siendo así que en este artículo, tras la modificación de la ley orgánica 2/2019, se sanciona el resultado lesivo de los artículos 147.1,

149 y 150, lo que supone la inmensa mayoría de los accidentes de tráfico, por lo que una interpretación literal nos va a llevar a incluir en este artículo quien abandone por ejemplo una colisión por alcance en la que se produzca una simple herida que precise puntos de sutura.

MC: ¿Cuál es su valoración sobre el Nuevo Baremo introducido 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?

La valoración del nuevo baremo, con sus defectos, ha de ser positiva en la medida que supone una seguridad jurídica a la hora de determinar las indemnizaciones por responsabilidad civil, tanto en materia de tráfico, como en aquellos otras materias en las que se aplica analógicamente.

Ha supuesto una necesaria actualización del sistema que contenía el baremo de 1995. Conviene recordar que antes de establecerse un sistema de baremo las indemnizaciones civiles variaban de una provincia a otra e incluso dentro de juzgados de la misma provincia con el criterio de que la vida era más cara en unos sitios que en otros, pero resultando que te indemnizaban en función del lugar del accidente y no del lugar en que vivías, lo que suponía una notoria contradicción.

El nuevo baremo, que reitero tiene sus defectos, supone un avance respecto al anterior, en la medida que se regula más detalladamente el lucro cesante, se incrementan las cuantías de los grandes lesionados, se recoge el perjuicio por pérdida de calidad de vida, la necesidad de ayuda de tercera persona, etc.

Sin embargo, pese a que proclama el sistema de reparación íntegra de los perjuicios causados, contiene disposiciones que impiden esa reparación íntegra, como es el hecho de establecer como referencia para la actualización de las indemnizaciones el índice de revalorización de las pensiones, en lugar del índice de precios al consumo que era el propuesto por la Comisión de expertos de elaboración del baremo, siendo introducido este índice en su tramitación parlamentaria, donde las compañías de seguros pueden ejercer mejor su influencia.

Tampoco se produce la reparación íntegra cuando se establece en cuantías importantes, como son las del lucro cesante o las de ayudas de tercera persona, una actualización conforme a las bases técnicas actuariales (no publicadas

oficialmente en el Boletín Oficial del Estado), de las que desconocemos de qué año parten, puesto que aún cuando las publicadas en la web de la Dirección General de Seguros, dicen ser de junio de 2014, si no recuerdo mal, lo cierto es que su elaboración comenzó varios años antes y que, tres años después de la entrada en vigor del baremo no se ha actualizado ninguna de estas cantidades. Ello supone un desfase de unos siete u ocho años en beneficio de las compañías de seguros y en perjuicio de las víctimas

MC: ¿Cree que se ha conseguido el objetivo buscado por todos los agentes que intervienen en el sector?

Habría que conocer cuál es el objetivo buscado por cada uno y a que se llaman agentes que intervienen en el sector.

Entendiendo que por agentes han de considerarse a las víctimas de accidentes, a las compañías de seguros y a los operadores jurídicos, jueces, fiscales y abogados, como he dicho anteriormente el baremo les aportan seguridad jurídica y, en teoría, una mayor facilidad para llegar a acuerdos transaccionales, que debería suponer una mayor rapidez en el cobro de indemnizaciones y una menor acumulación de asuntos en los juzgados.

Sin embargo, en mi opinión, la banca siempre gana. Así, frente las mejoras antes enunciadas, en las cuantías pequeñas como son las indemnizaciones por días en las lesiones temporales, que suponen el mayor montante para las compañías de seguros, se pasó en el baremo de 2014, último publicado, de 31,43 euros día no impositivo a 30 €, un 4,5% en su equivalente en el actual baremo, de 58,41 € día impositivo a 52 € día, prácticamente un 11 %, en el perjuicio personal particular moderado. Si se observa la memoria de impacto normativo del proyecto de ley, estas dos partidas suponen 744 de los 1.171 millones de euros estimados como indemnizaciones anuales del baremo, es decir un 42% de las indemnizaciones. Ello unido a la implantación, vía parlamentaria, del índice de revalorización de las pensiones como índice actualizador de las cuantías indemnizatorias en estos casos

A ello hay que añadir, de nuevo vía parlamentaria obviando el texto elaborado por la Comisión de expertos, la inclusión del nuevo artículo 7 de la LRCSCVM, cuya utilización indebida y en algunos casos abusiva por parte de las compañías de seguros han motivado el regreso al Derecho Penal de la ley orgánica 2/2019 así como la modificación del artículo 13 limitando el acceso al auto de cuantía máxima en caso de heridos por accidente en caso de

terminación de las diligencias que no sea por sentencia.

MC: Cree que la citada reforma del Baremo dará respuesta a los distintos problemas de aplicación que presenta el Baremo actual, sobre todo en el tratamiento que en la misma se le da al resarcimiento de los daños patrimoniales y lucro cesante?

Supongo que la pregunta se refiere a la reforma recogida en la Resolución de 20 de marzo de 2019, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, dado que es la única reforma que se ha hecho del baremo, siendo el resto de las conclusiones de las llamadas buenas prácticas realizadas por la Comisión de seguimiento unos criterios de interpretación de la norma.

He de decir, que en la medida de que se modificara unas tablas por una resolución de la dirección general de seguros y fondos de pensiones se viene a reconocer el carácter reglamentario de las tablas frente al texto legal como algunos hemos sostenido desde su publicación.

La reforma solamente modifica una pequeña parte del baremo relativa a la aplicación de manera automática del incremento de salario mínimo interprofesional para el lucro cesante en los supuestos de víctimas más desfavorecidas, tanto en los casos de fallecimiento, secuelas y lesiones temporales. Es una interpretación con la que hemos de felicitarnos y que viene a paliar, en cierta medida, lo apuntado anteriormente respecto a la consideración del índice de revalorización de las pensiones como factor de actualización de las cantidades indemnizatorias.

Quedan, sin embargo, factores que son necesario reformar dentro de las bases técnicas actuariales para evitar que se produzcan disfunciones como las que ocurre en el lucro cesante del cónyuge cuando los ingresos netos del fallecido se encuentran entre los 33.000 y los 45.000 € netos, o la diferencia de indemnización por lucro cesante que corresponda al allegado con discapacidad frente al que no la tiene en los casos de rentas altas, por poner algunos ejemplos

Muchas Gracias por su colaboración

noticias y actividades

RESOLUCIÓN DE ACTUALIZACIÓN DE LAS CUANTÍAS DE LAS INDEMNIZACIONES DEL SISTEMA PARA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS EN ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN.



MINISTERIO DE ECONOMÍA
Y EMPRESA

SECRETARÍA DE ESTADO DE ECONOMÍA
Y APOYO A LA EMPRESA

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS
Y FONDOS DE PENSIONES



Resolución de 20 de marzo de 2019, 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 la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

El artículo 49 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 (en adelante LRCSCVM), establece en su apartado 1 que las cuantías y límites indemnizatorios fijados en dicha Ley y en aquellas de sus tablas que no estén regidas por un regla especial según el apartado 2 de dicho precepto, quedan automáticamente actualizadas, con efecto a 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 el actual contexto de prórroga de los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2018, resulta de aplicación la disposición adicional quincuagésima primera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, y el artículo 1 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, preceptos a partir de los cuales en el año 2019 las pensiones contributivas abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como las pensiones de Clases Pasivas del Estado, se incrementarán en un porcentaje general del 1,6 por ciento.

Por su parte, el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional (SMI) para 2019 incrementó su importe hasta los 900 euros mensuales, lo que supone un aumento del 22,3% respecto al vigente en el año 2018.

La Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración, órgano colegiado creado por la disposición adicional primera de la Ley 35/2015, de 22 de diciembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, ha manifestado que la actualización derivada del incremento del SMI ha de aplicarse de forma automática en los supuestos de los artículos 83.2 y 84.1 y 2 de la LRCSCVM, referidos a los casos de muerte, y 128.3, 131 de la misma norma, referidos a los supuestos de secuelas, por la propia estructura de las tablas de lucro cesante de muerte y de secuelas; y además, también se aplicará directamente en los supuestos del artículo 143.4 de la LRCSCVM referido al lucro cesante de las personas con dedicación a las tareas del hogar en caso de lesiones temporales.

No obstante, la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración ha puesto de manifiesto que, en determinados supuestos, el SMI es también un factor que opera de forma indirecta, al encontrarse subsumido en el cálculo requerido por el artículo 125.3

GOBIERNO ELECTRÓNICO
dirregres@minere.es

Sede provisional:
Avenida del General Perón, 38
28020 MADRID
Calle Miguel Ángel, 21 - (Gaztete)
28010 MADRID
TEL: 91 859 71 10 / 11 / 12



MINISTERIO DE ECONOMÍA
Y EMPRESA

SECRETARÍA DE ESTADO DE ECONOMÍA
Y APOYO A LA EMPRESA

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS
Y FONDOS DE PENSIONES

LRCSCVM, referido al multiplicando del coste de los servicios de ayuda de tercera persona, que se refleja en la tabla 2.C.3, y por el artículo 130 c) y d) LRCSCVM, referido al multiplicando aplicable para calcular el lucro cesante de los lesionados pendientes de acceder al mercado laboral menores de treinta años, y que se refleja en el cálculo contenido en las tablas 2.C.7 y 2.C.8.

La aplicación directa de un nuevo SMI, en unos casos, y el mantenimiento de un SMI antiguo en las cuantías contenidas en las tablas actuales, en otros, generaría, a criterio de la Comisión de Seguimiento, en este caso concreto, una situación que es necesario subsanar de forma inmediata desde la fecha de entrada en vigor del aumento del SMI, sin esperar a una eventual actualización de las bases técnicas actuariales.

Con el fin de resolver de modo no restrictivo para los perjudicados las dudas que genera esta situación, la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración ha considerado como una buena práctica que se calcule la indemnización correspondiente en los casos de los artículos 125.3 y 130 c) y d) de la LRCSCVM de acuerdo con el SMI vigente, respetando en todo caso todas las hipótesis económico-financieras y biométricas contenidas en las bases técnicas actuariales a que se refiere el artículo 48 de esta norma.

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, y en aplicación del artículo 49.3 de la LRCSCVM, esta Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones acuerda hacer públicas en su sitio web <http://www.dgsfp.mineco.es/>, las cuantías indemnizatorias actualizadas para el año 2019, mediante la revalorización del 1,6 por ciento.

Asimismo, acuerda hacer públicas en su sitio web <http://www.dgsfp.mineco.es/>, las tablas 2.C.3, 2.C.7 y 2.C.8 utilizando el salario mínimo interprofesional vigente en 2019, para el cálculo de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 125.3 y 130 c) y d) de la LRCSCVM, conforme al criterio recomendado por la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración.

Madrid, a 20 de marzo de 2019

EL DIRECTOR GENERAL DE SEGUROS Y
FONDOS DE PENSIONES



Sergio Álvarez Camiña

CORREO ELECTRÓNICO:
dirseguros@mineco.es

Sedes provisionales:
Avenida del General Perón, 36
28020 MADRID
Calle Miguel Ángel, 2) - (Registro)
28010 MADRID
TEL: 91 339 21 10 / 11 / 12

→ **XXVI EDICIÓN DEL CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS. BARCELONA, 23 Y 24 DE MAYO DE 2019**



Este año se celebra la **26ª edición del CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS**, que organiza la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguros del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona y que tendrá lugar los días 23 y 24 de mayo de 2019 en el Salón de Actos de nuestra corporación.

En esta edición abordaremos diversos temas de actualidad vinculados a la Responsabilidad Civil y el Contrato de Seguro, entre los que destacamos la reciente reforma del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor, que entre otras cuestiones posibilita regresar a la vía penal la siniestralidad menos grave, esto es, aquellos accidentes que con anterioridad se tramitaban como juicios de faltas y que ahora se encauzarán en el delito leve del artículo 152.2 del Código Penal.

Por otro lado y ante la también reciente irrupción de los vehículos de movilidad personal en nuestras calles, resulta obligado plantearnos los problemas y retos que suscita la conducción de dichos vehículos en el ámbito de la responsabilidad civil y su eventual inclusión en el seguro obligatorio.

A su vez debatiremos sobre cuestiones controvertidas como la incidencia de las pruebas genéticas en el ámbito del seguro de salud y la necesidad de una legislación específica que regule, en su caso, la obligatoriedad de someterse a dichas pruebas como requisito previo para la contratación de una póliza de vida o de salud.

Jueves 23 de mayo 2019

9.00h. Entrega de acreditaciones

9.30h. Inauguración

- Inaugura: Ilma. Sra. M^a Eugènia Gay Rosell. Decana del Il·ltre. Colegio de la Abogacía de Barcelona
- Presenta: Sr. Diego Callejón Muzelle. Presidente de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro.

9.45h. Primera Ponencia

Los sistemas alternativos de reparación de daño y la responsabilidad civil.

- Ponente: Dr. Jordi Ribot Igualada. Catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Girona.
- Presenta: Sra. Laura Rey Arenas. Abogada y vocal de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro.

11.00h. Pausa café

11.30h. Segunda Ponencia

Pruebas genéticas: ¿el futuro de las pólizas de vida y salud?

- Ponentes:
 - D^a. Gisela Subirà Amorós. Abogada. Responsable de la asesoría jurídica de ALLIANZ.
 - D. Óscar Flores Guri. Bioinformático. CEO "MADE OF GENES"
 - Sr. Jorge Calsamiglia Blancafort. Abogado
 - Modera: Sr. Diego Callejón Muzelle. Presidente de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro.
- 12.45h. Tercera Ponencia

El resarcimiento del lucro cesante y la pérdida de oportunidad. Su prueba en las lesiones temporales.

- Ponentes:
- Dr. Mariano Medina Crespo. Abogado. Miembro de la Comisión de Expertos para la Reforma del Baremo. Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro
 - Sra. Dunia Florenciano Pallejà. Directora de KPMG Forensic en la oficina de Barcelona.
 - Modera: Sr. Jorge Fuset Domingo. Abogado y Vicepresidente de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro.
- 14.00h. Almuerzo
- 16.45h. Cuarta Ponencia

La responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia: ¿la infidelidad se paga?

- Ponente: Dr. José Ramón de Verda y Beamonte. Catedrático de la Universidad de Valencia y Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano
 - Presenta: Sra. Maria Vilagut Isa. Abogada y vocal de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro.
- 18.00h. Quinta Ponencia

Reforma del código penal. Vuelta de los accidentes de circulación a la Jurisdicción Penal.

- Ponentes:
 - Dr. José Antonio Badillo. Abogado. Director de la revista "Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro", editada por INESE.
 - Sr. José Pérez Tirado. Abogado, Representante asociaciones de víctimas y Miembro de la Comisión de Seguimiento del Nuevo Baremo.
 - Modera: Sr. Xavier Coca Verdaguer. Abogado, Presidente de la Sección de Derecho de Circulación y Vocal de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro.
- 19.30h. Cóctel

Viernes 24 de mayo 2019

9:00h. Sexta Ponencia

La guía de Buenas prácticas para la aplicación del Baremo

- Ponente: Sr. Javier López García de la Serrana. Abogado. Secretario General Asociación Española Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Miembro de la Comisión de Seguimiento del Baremo
 - Presenta: Sr. Ángel García Pérez. Abogado y miembro de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro.
- 9:45h. Séptima Ponencia

El Seguro de D&O (Directors & Officers): una visión práctica en el contexto actual de litigiosidad

- Ponente: Sr. Javier Ybarra López-Gómez. Abogado. Director Riesgos Financieros y Profesionales de Marsh.
 - Presenta: Sr. Xavier Martínez Vidal. Abogado y vocal de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro.
- 11.00h. Pausa Café
- 11.30h. Octava Ponencia

La responsabilidad civil en el ámbito de los vehículos de movilidad personal.

Ponentes: · Sr. Fernando Peña López. Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de la Coruña. Director de la Cátedra Fundación INADE-UDC de Gestión de Riesgos y Seguros

- Sr. Luis Fernando Velasco Gimeno, Jefe de Área de Vehículos de la DGT
 - Sra. Adriana Malé Tolo. Coordinadora Tècnica de la Gerència. Mobilitat i Infraestructures- Ecologia Urbana. Ajuntament de Barcelona
 - Modera: Sra. Sandra Tejedor García. Abogada y vocal de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro.
- 12:45h. Novena Ponencia

Análisis de la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre responsabilidad civil.

- Ponente: Excmo. Sr. Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo D. Francisco Marín Castán.
 - Presenta Sr. Luis Rodríguez Pitarque. Abogado y Secretario de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro.
- 14:00h. Clausura Congreso
- Clausura: Ilma. Sra. Núria Flaquer Molinas. Diputada del Iltre. Colegio de la Abogacía de Barcelona.
 - Presenta: Sr. Jorge Fuset Domingo. Abogado y Vicepresidente de la Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro.

Inscripciones posteriores al día 30 de abril 2019

- Precio No colegiados ICAB: 175 €.
- Precio Colegiados ICAB: 150 €.
- Precio Colegiados ICAB en los últimos 3 años: 125 €.
- Precio Alumnos de la Escuela de Práctica Jurídica: 125 €.
- Precio Colegiados ICAB Miembros de la Comisión de RC: 125 €.
- Precio Colegiados ICAB Grupo de la Abogacía Joven (GAJ) : 125 €.
- Precio Estudiantes Asociados: 125 €.

*** IMPORTANTE: Todos los precios incluyen Coffee Break, Comida y Cena.**

Contacto:

Comisiones

Mallorca, 283
08037 Barcelona , Barcelona - España

Comisión de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguros, Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona y del Libre Ejercicio de la Abogacía, Comisión de Mujeres Abogadas, Comisión de Derecho Penitenciario, Comisión de Drogas, Comisión de Justicia Penal Internacional, Comisión de los Derechos de los Mayores, Comisión para la Igualdad de Derechos de los Nuevos Modelos de Familia, Comisión de ProspectivasT. 93 601 12 12 - EXT. 5341F. 93 487 16 49E. comissions@icab.cat



→ VI CONGRESO NACIONAL DE ABOGADOS DE VÍCTIMAS. MÁLAGA, 7 DE JUNIO DE 2019.

9:30. Inauguración de las jornadas

Excmo. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Málaga, Excmo. Sr. Decano del Colegio de Málaga y Presidente de la Asociación Nacional de Abogados de Víctimas (ADEVI).

10:00. "Novedades legislativas y reciente reforma del Código Penal en relación con los delitos causados en accidentes de circulación"

Don Vicente Magro Servet.
Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

11:00. Pausa Desayuno.

11:30. I Mesa Redonda.

"Doctrina Jurisprudencial en relación a la ley 35/2015 Sobre Responsabilidad Civil derivada de Accidentes de Circulación".

Don Miguel Ángel Larrosa Amate.
Presidente de la Audiencia Provincial de Murcia.
"Traumatismos Menores y No Menores de la Columna. Análisis del art. 135 de la ley 35/2015 en relación con el capítulo 3.B del Baremo Médico".

Don Manuel Torres Vela.
Presidente de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga.

"Las diferentes definiciones del Informe Médico según la ley 35/2015: Definitivo, Concluyente, Pericial y Ajustado a las Reglas del Sistema".
Doña Isabel María Alvaz Menjibar.
Magistrada Titular del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Málaga.

"Las lesiones Temporales. Gastos Médicos, Gastos de Asistencia sanitaria, Gastos Diversos Resarcibles y Lucro Cesante".

14:00. Almuerzo de trabajo (incluido en el precio).

16:30. "Cláusulas Limitativas y Lesivas en el Contrato de Seguro. Especial referencia al Seguro de Defensa Jurídica"

Don Pedro José Vela Torres.
Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

17:30. II Mesa Redonda.

"Doctrina Jurisprudencial en relación a la ley 35/2015 Sobre Responsabilidad Civil derivada de Accidentes de Circulación".

Doña María Isabel Gómez Bermúdez.
Magistrada de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga. "Perjuicio Moral por pérdida de Calidad de Vida en relación con los Art. 50 y 53: Pérdida de la Autonomía Personal y Pérdida de Desarrollo Personal".

José Manuel García Sánchez.
Magistrado de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada.

"La aportación de Informes Médicos Periciales en el Proceso sobre lesiones en Accidentes de Circulación".

Doña María José Rivas Velasco.
Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Granada.

"Nexo Causal y Criterios conforme a la ley 35/2015".

19:30. Entrega del V "Premio ADEVI"

20:00. Clausura del Congreso

21:00. Cena en el Restaurante Batik.
Calle Alcazabilla, 12. (Coste extra 50€ por persona).

VI
CONGRESO NACIONAL DE ABOGADOS DE VÍCTIMAS

9:00H
7
Junio

Más info.:

607060472
congreso@abogadosdevictimas.es

Lugar:

Salón de Actos del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.
Paseo de la Farola, 13 (29016-Málaga).

Precio de inscripción:

90€ asociados de ADEVI, Colegiados del ICAMÁLAGA y asociados de ANAVA
120€ resto de Interesados.
Gena adicional 50€.

Pago en la Cuenta (Sabadell):
ES60-0081-7444-1800-0150-8651

adevi
ABOGADOS DE VÍCTIMAS



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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

XXI Edición Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro

Madrid, Hotel HESPERIA
26 y 27 de junio 2019

MÁS INFORMACIÓN:
Tlf: 91 375 58 00/21
ineseformacion@inese.es

inese
INSURANCE
SCHOOL

#RCSinese

rc.inese.es

Organizan:



Colabora:



Patrocinan:



PROTECCIÓN A MEDIDA PARA TU ACTIVIDAD PROFESIONAL.

En **SegurCaixa Adeslas** estamos cerca de ti para ofrecerte toda la protección que necesitas para tu actividad profesional, un seguro a medida de tus necesidades.

Infórmate en
suscripcionempresas@segurcaixaadeslas.es