

nº 71

Tercer Trimestre. Año 2019



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**El seguro de hogar,
el “gran
desconocido”
y “un gran aliado”**

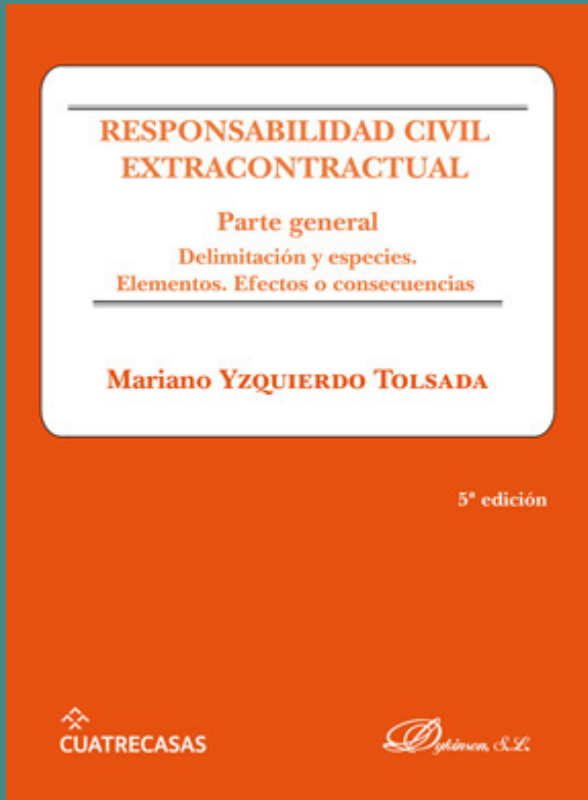
**La responsabilidad
civil sanitaria y su
aseguramiento.
Novedades en la
jurisprudencia:
acción directa y
pérdida de
oportunidad**

**¿Qui prodest
artículo 20 LCS?**

asociacionabogadosrcs.org



NOVEDAD EDITORIAL



Un estudio detallado de los problemas generales de la responsabilidad civil extracontractual. Un libro accesible para todos, que resultará muy práctico no sólo para alumnos, sino también para juristas y todas aquellas personas, profesionales o no, que tengan interés en acercarse al mundo del Derecho y que actúan en los campos de la salud, del deporte, de la abogacía, etc.

5ª edición, 2019, 746 páginas

PVP: 59,00 €

Realice ahora su pedido a info@dykinson.com y benefíciese de un 5% de descuento

ÍNDICE

- CAPÍTULO I. RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD CIVIL PURA Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO: UNA INJUSTIFICADA DUALIDAD NORMATIVA
- CAPÍTULO III. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
- CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN U OMISIÓN
- CAPÍTULO V. EL DAÑO
- CAPÍTULO VI. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD
- CAPÍTULO VII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (I). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS PROPIOS
- CAPÍTULO VIII. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (II). EN LA RESPONSABILIDAD POR ACTOS AJENOS
- CAPÍTULO IX. LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN (III). EN LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LOS ANIMALES Y DE LAS COSAS INANIMADAS
- CAPÍTULO X. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XI. LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XII. VÍAS O CAUCES DE RECLAMACIÓN
- CAPÍTULO XIII. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL
- CAPÍTULO XIV. LAS FORMAS DE REPARACIÓN
- CAPÍTULO XV. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL



nº71

Tercer Trimestre. Año 2019



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 71

EDITORIAL

Sevilla, la primera vuelta al mundo y el tratado de Tordesillas

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

DOCTRINA

- El seguro de hogar, el “gran desconocido” y “un gran aliado”

Mónica Carvia Ponsaille..... 9

- La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: acción directa y pérdida de oportunidad

Alberto J. Tapia Hermida..... 31

- ¿Qui prodest artículo 20 lcs?

Miguel Rojano García 51

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 2 julio de 2019.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Riesgos extraordinarios (inundación). Reclamación contra el Consorcio de Compensación de Seguros cuando la prima del seguro prorrogado se ha pagado después del siniestro, una vez transcurridos seis meses después del vencimiento de la prima, en virtud de una práctica existente entre la aseguradora y el tomador. Desestimación de la demanda, al considerar que no es oponible al Consorcio el pacto o las prácticas consentidas por el mediador y la aseguradora.77

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 18 de julio de 2019.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Estimación de la acción directa ejercitada por la paciente frente a la aseguradora, al no ser preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa y no estimarse la excepción de cosa Juzgado ni de prescripción alegada por la aseguradora. Responsabilidad de la compañía demandada por el defectuoso tratamiento médico dispensado a la demandante por facultativos del Servicio Andaluz de Salud.87

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 18 de julio de 2019.
RESPONSABILIDAD CIVIL: La responsabilidad hospitalaria por una infección nosocomial sometida a régimen de objetividad atributiva atenuada por la culpa de la víctima, la fuerza mayor y el caso fortuito. 97

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 23 de septiembre de 2019.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Seguro de vida vinculado a préstamo hipotecario. Reclamación de los herederos del cumplimiento del contrato por parte de la aseguradora para que se haga cargo de la hipoteca. El impago de las fracciones de una prima de seguro de vida por parte del tomador, no supone la extinción del contrato según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 15 de la LCS, sino la reducción de la garantía pactada en virtud de la aplicación del artículo 95 de la LCS. 109

- Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4ª), de 18 de julio de 2019.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Oferta motivada donde se reconoce en el informe pericial que se incluye una secuela psicológica, que es omitida tanto en el informe pericial definitivo que se acompaña con la contestación a la demanda como en el informe del perito judicial. La Sala resuelve la validez de la oferta motivada como "acto de Ley" de la aseguradora y que la misma resulta vinculante respecto al informe médico definitivo. 119

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes* 129

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

El colapso de Thomas Cook

Por *Alberto Pérez Cedillo* 143

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.U.
www.aeroprint.es*

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



asociacionabogadosrcs.org

Sevilla, la primera vuelta al mundo y el tratado de Tordesillas

por Javier López y García de la Serrana
Director

alimentos que eran un bien tanpreciado y tan escaso, que el clavo y la nuez moscada llegaron a alcanzar el mismo valor que el oro. Este comercio supondría pues, enormes ganancias, para quien pudiera hacerse con el monopolio de las especias y en este proyecto eran rivales Portugal y Castilla, que pugnaban por llegar a las ansiadas islas de donde eran originarios el clavo y la nuez moscada. Las Islas de las Especias se llaman hoy en día Islas Molucas y es un archipiélago de Indonesia, que se caracterizaba por la gran cantidad de plantas aromáticas que crecían en él.

Portugal llevaba la delantera en esta carrera por el monopolio de las especias, pues ya había llegado a la India circunnavegando África, pero Castilla lejos de abandonar la partida, desarrolla una nueva estrategia apostando por el proyecto del capitán portugués Fernando de Magallanes, que proponía encontrar un paso para navegar del Atlántico al Pacífico y establecer una ruta comercial hasta las ansiadas islas.

Las Capitulaciones se firmaron en Valladolid el 22 de marzo de 1518 entre Carlos I y Fernando de Magallanes, que dispondría para la expedición con una escuadra de cinco naves y 239 hombres. La expedición capitaneada por Fernando de Magallanes, partió de Sevilla el 10 de agosto de 1519, como toda gran epopeya las dificultades y la adversidad fueron continuas, pero también la tenacidad, el valor y la audacia que llevaron al descubrimiento del paso y la travesía por primera vez del Océano Pacífico.

Muy cerca ya de su objetivo, Magallanes muere fatídicamente en 1521 en una reyerta insignificante en apoyo de un reyezuelo, en la isla Mactán en Filipinas. La expedición mermada ya de por sí, se recompone como puede y Juan Sebastián Elcano asume el mando, coronando el

Este año Sevilla luce sus mejores galas para conmemorar el V Centenario del viaje de Magallanes y Juan Sebastián Elcano. Una gesta como pocas en la historia, que supuso no solo el descubrimiento del paso marítimo del Océano Atlántico al Océano Pacífico a través del estrecho de Magallanes, sino también la primera circunnavegación alrededor de la tierra.

Las Islas de la Especiería y la vuelta al mundo

En el primer cuarto del siglo XVI Castilla ya estaba firmemente asentada en las principales islas de las Antillas Americanas y multiplicaba su actividad exploradora por las costas de la América continental. A estas alturas, ya se había revelado que las tierras descubiertas por Cristóbal Colón no pertenecían a la India, ni a China o Japón, sino que eran un nuevo continente que se interponía en el viaje hasta el ansiado destino, las Islas de la Especiería.

Las naciones de Europa demandaban cada vez más especias para sazonar y conservar los



objetivo de llegar a las Islas Molucas y tomando la decisión de volver por un camino conocido, cruzando el Océano Índico y circunnavegando África, pese a tener que atravesar la zona de dominio portuguesa y un posible encuentro con las naves de este país rival. Casi tres años más tarde desde su partida el 6 de septiembre de 1522, regresaron al puerto de Sevilla 19 famélicos hombres en la nao Victoria, al mando de Juan Sebastián Elcano, completando la gesta ya para la historia de la primera vuelta al mundo y habiendo cumplido todos los objetivos.

El Tratado de Tordesillas

La dimensión de esta gran epopeya también tiene un importante papel en el campo jurídico a través de la sujeción al Tratado de Tordesillas, firmado el 7 de junio de 1494 entre los reinos de Portugal y de Castilla. Este tratado nace de la tensa situación creada por el éxito del primer viaje colombino, entendiéndose Portugal que tenía derecho a reclamar las tierras descubiertas por Colón, mientras que Castilla obtiene la reafirmación de sus derechos por parte del Papa, que en la Baja Edad Media era considerado como árbitro entre las disputas de reinos cristianos. Las dos potencias atlánticas decidieron evitar el conflicto y sentarse a la

mesa de negociaciones llegando a un acuerdo para repartirse zonas de influencia, en las tierras descubiertas y por descubrir, para ello se trazó una línea divisoria imaginaria de polo a polo a 370 leguas de las islas de Cabo Verde. Este tratado supuso lo más parecido a una repartición del mundo entre los reinos de Portugal y de Castilla y permitió la convivencia pacífica de las dos potencias atlánticas. En virtud de este tratado, la ruta a la especiería solo podría desarrollarse para Castilla por occidente, para no invadir la zona de influencia portuguesa. Este tratado no solo determinó la ruta de aquella irreplicable gesta, sino que fijó la configuración de la América Hispana y Lusa, con la inclusión de un Brasil aún no descubierto en la zona de influencia portuguesa y el reparto de zonas de influencia en Asia, permitiendo el posicionamiento de Filipinas dentro del área de influencia de Castilla. Se abre así pues con el Tratado de Tordesillas la primera internacionalización en los viajes de exploración y comercio. Sevilla, que baña sus orillas en el mítico Guadalquivir, daba continuidad a través del mar a su historia milenaria y se convertía ahora en el puerto de este comercio mundial y su Casa de Contratación en el más importante emporio del comercio en su momento.

El XIX Congreso Nacional

Y es en este histórico y singular enclave de Sevilla donde este año celebramos el XIX Congreso Nacional de nuestra Asociación, esperando disfrutar a partes iguales tanto de esta icónica ciudad, como del programa científico y de ocio preparado para esta ocasión, donde contaremos un año más con un magnífico manual que recogerá las ponencias que -con una breve síntesis- exponemos a continuación.

Este año el ponente que inaugurará nuestro Congreso es uno de los más apreciados y conocidos por los miembros de esta Asociación, **MARIANO YZQUIERDO TOLSADA**, catedrático de Derecho civil de la Universidad Complutense de Madrid, que nos ilustrará de forma magistral sobre un asunto de una gran complejidad e interés como es *“La Responsabilidad Civil del partícipe a título lucrativo”*. En su exposición, el ponente se centrará en analizar la naturaleza y aplicación del artículo 122 del Código Penal así como el alcance de la responsabilidad civil bajo estos supuestos.

A veces resulta muy difícil conocer y concretar el verdadero alcance de las coberturas y supuestos amparados por el seguro de hogar, pero a su vez es una de las pólizas que se suele contratar de forma más cotidiana, de ahí la importancia de la segunda ponencia, *“Seguro de Hogar, el gran desconocido y el gran aliado. Aspectos jurisdiccionales relevantes”*, a cargo de **MONTSERRAT PEÑA RODRÍGUEZ**, magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Granada, quien con total seguridad nos abrirá los ojos ante supuestos más que interesantes referidos a este seguro.

La tercera de las ponencias previstas abordará *“La Responsabilidad Civil en el ámbito de los derechos del consumidor por indebida inclusión en ficheros de solvencia patrimonial”*. Será defendida por **EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS**, abogado y presidente de la Asociación Española de Derecho de Consumo, que de primera mano nos expondrá las consecuencias que se derivan en la esfera de la responsabilidad civil extracontractual, por la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios derivada la inclusión de los mismos de forma errónea en un archivo de morosos. Seguro que se tratará de una magnífica oportunidad dado el gran conocimiento de la materia por parte del ponente, quien entrará a analizar aspectos muy relevantes como el daño moral derivado de dicha inclusión indebida, así como las acciones judiciales que se pueden ejercitar por parte del consumidor que se vea implicado en este tipo de casos.

Ya en la cuarta de las ponencias tendremos el placer de contar con **JOSÉ MANUEL DE PAUL VELASCO**, presidente de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, quien nos

ilustrará sobre un tema que por desgracia se nos viene presentando en la actualidad con frecuencia y resulta objeto de estudio continuo, como es la *“Indemnización por muerte en accidente de circulación y nuevos tipo de familia: familias monoparentales y reconstituidas ante el baremo de tráfico”*. Bajo este título el ponente hará un profundo estudio de la materia, dando luz a algunos aspectos como el tratamiento indemnizatorio de la muerte de un hijo de familia monoparental o abordará problemáticas como la concurrencia de un progenitor biológico y funcional no conviviente con otro solo funcional y conviviente, así como la repercusión de esta circunstancia en las cuantías indemnizatorias.

En quinto lugar contaremos con la ponencia de **JUAN JOSÉ PEREÑA MUÑOZ**, fiscal jefe de la Fiscalía de Salamanca, quien abordará una materia que ha sufrido importantes reformas y que ha generado en los últimos años una gran controversia bajo el título *“Los problemas prácticos de la reforma del Código Penal en materia de accidentes de circulación”*. En concreto, explicará por un lado el escenario que nos encontramos tras la última reforma del Código Penal, realizada por la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, para continuar analizando la reforma de tráfico introducida por la LO 1/2015, en materia de imprudencia, abordando las distintas clases de imprudencia para finalizar analizando algunos tipos penales introducidos como consecuencia de la última reforma.

Para la sexta ponencia contamos con unas de las intervenciones más esperadas año tras año, la de nuestro querido **MARIANO MEDINA CRESPO**, presidente de nuestra Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, quien como nos tiene acostumbrados impartirá una lección magistral sobre uno de los temas que más controversia ha suscitado en la práctica tras la reforma del sistema de valoración, como es *“El resarcimiento del lucro cesante causado por lesiones temporales en el Baremo de 2015”*. En su exposición tratará de esclarecer algunos aspectos controvertidos, como es la prueba de los ingresos netos de la víctima para el cálculo del lucro cesante, así como intentará dar luz sobre algunas de las cuestiones que no han quedado expresamente reguladas en el nuevo Baremo.

Este año la mesa redonda prevista para el final de la mañana del viernes tiene por objeto poder poner encima de la mesa, nunca mejor dicho, aquellas incidencias o cuestiones que a diario se nos suscitan durante el desarrollo de los procesos por asuntos relacionados con los accidentes de circulación. Se trata de temas en su mayoría de índole procesal pero también sobre el fondo del asunto, a los cuales los ponentes invitados tratarán de dar respuesta desde su perspectiva personal como magistrados y también desde la perspectiva general de nuestro

panorama jurisprudencial. Una mesa redonda por tanto de carácter primordialmente práctico a la que se ha puesto por título *“Cuestiones prácticas sobre procedimientos por accidentes de circulación”* y que estará a cargo de **VICTOR NIETO MATA**, Presidente de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Sevilla y de **José Luis LÓPEZ FUENTES**, Presidente de la Audiencia Provincial de Granada.

Para la séptima ponencia se ha elegido este año un tema muy interesante tanto por su originalidad, dado que pocas veces es tratado en foros de este tipo, como por su gran trascendencia dentro del ámbito de la responsabilidad civil. Se trata de analizar los *“Seguros de Responsabilidad Civil de explotación y Responsabilidad Civil profesional”*. Será el magistrado de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo **PEDRO JOSÉ VELA TORRES**, ya asiduo a nuestros congresos, quien se encargue de defender esta ponencia, la cual con un gran contenido técnico nos ayudará a conocer y diferenciar esta cobertura tan ambigua que la mayoría de las pólizas confunde y recoge de forma poco clara, cual es la RC de explotación y la RC profesional; y ello puesto que al estar destinadas ambas a cubrir los posibles daños ocasionados como consecuencia de la actividad que desarrolle la entidad asegurada y que ha sido objeto del seguro, muchas veces nos lleva al error de considerar que una póliza en cuestión está asegurando un concepto que finalmente no va a estar cubierto.

Ya en la octava ponencia se nos propone uno de los temas que sin duda suscitan más debate y litigio en los asuntos por hechos de la circulación, cual es la distribución de responsabilidades ante supuestos de daños recíprocos. Han sido distintas las posturas que nuestra Jurisprudencia ha venido manteniendo en este asunto, pero afortunadamente parece que nuestro Tribunal Supremo va tomando una línea uniforme y nos ofrece una solución pacífica frente a este tipo de litigios. La ponencia se ha titulado *“Patologías del aseguramiento en la reciente jurisprudencia de la sala 1ª del tribunal supremo”*. El ponente **José Luis SEOANE SPIEGELBERG**, magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, quien nos tiene acostumbrados a desplegar su lucidez jurídica y su amplio conocimiento sobre cualquier materia a la que se enfrenta, nos ayudará a comprender y conocer, entre otras muchas cuestiones, cuál es la postura seguida actualmente por nuestra Jurisprudencia en casos de daños

recíprocos sin culpas probadas y por qué se da una diferente solución según se trate de daños corporales o materiales. Asimismo analizará lo que él denomina patología del conocimiento, referida a cláusulas delimitadoras, limitativas, sorpresivas y lesivas, así como las patologías del riesgo y las patologías de la buena fe, analizando en este último caso el deber de declaración, los requisitos del incumplimiento del deber de declaración y las consecuencias del incumplimiento de las exigencias del deber de declaración.

Y para finalizar con el contenido académico del congreso, y teniendo como ponente a **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**, catedrático de universidad y magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, se ha elegido otro asunto de gran trascendencia práctica e interés dentro de la responsabilidad civil, se trata de una ponencia que además de su alto interés jurídico llamará la atención también la originalidad en su desarrollo, pues su autor nos ofrecerá, a través de la exposición de varios pronunciamientos judiciales, un estudio sobre la conexidad del derecho de indemnización del perjudicado dentro del ámbito de la jurisdicción civil y dentro del ámbito de la jurisdicción laboral. Por tanto la ponencia va mucho más allá de lo que nos pudiera sugerir su título *“Apuntes sobre la responsabilidad indemnizatoria al hilo de problemas laborales de orden civil”*, abordando supuestos tan interesantes como los derivados del derecho al honor de los trabajadores, la responsabilidad del administrador por deudas laborales o la responsabilidad por el deficiente cuestionario de salud, temas que entremezclan asuntos de muy diversas materias y que el ponente destacará de cada uno ellos lo más interesante a efectos prácticos.

Esperamos por tanto que el próximo mes tengamos un magnífico XIX Congreso Nacional en Sevilla, donde aprendamos y disfrutemos, como siempre digo, conviviendo y compartiendo nuestras inquietudes y experiencias profesionales de todo el año, subiendo el nivel una vez más y dejando el nombre de nuestra Asociación como referente dentro del mundo de la Responsabilidad Civil y el Seguro.

OCTUBRE 2019



El seguro de hogar, el “gran desconocido” y “un gran aliado”

Mónica Carvia Ponsaille
Magistra

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. CONCEPTO

III. CARACTERÍSTICAS

IV. ADVERTENCIAS Y CAUTELAS EN LOS SEGUROS

MULTIRRIESGOS SEGÚN LA DGSFP

V. IMPORTANCIA DEL SEGURO DE HOGAR MULTIRRIESGO

VI. COBERTURAS

VII. CLÁUSULAS LIMITATIVAS Y DELIMITADORAS

VIII. MENORES, RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO DE HOGAR

I. INTRODUCCIÓN

El título del artículo, ideado por López y García de la Serrana, J., pone de relieve un hecho claro y usual: firmamos una póliza de hogar y en la gran mayoría de los casos no leemos en su integridad el contenido de la misma. Si damos lectura a nuestro seguro de hogar íntegramente descubriremos riesgos que ni siquiera podíamos imaginar que estaban incluidos en la póliza. Creemos conocer nuestro seguro de hogar sin necesidad de leerlo. Le pedimos a nuestra aseguradora que cubra los riesgos que consideramos básicos: daños por incendio, robo, rotura de tuberías ... Sin embargo, a buen seguro, si leemos nuestra póliza nos asombraríamos y, en ocasiones, descubriríamos gratamente que nos podría ayudar a solucionar problemas de mayor o menor relevancia según los casos.

El desconocimiento del contenido de las pólizas de hogar es un fenómeno tan generalizado que es noticia. En la prensa digital encontramos artículos con titulares como el siguiente: ¿De verdad conoces todas las coberturas de tu seguro? El País publicó el 7 de agosto de 2018 (1) una noticia con el citado título, referido a varios tipos de seguros y, entre ellos, al seguro de hogar, llamando la atención sobre “el seguro de hogar, fuera del domicilio”. Se explica que “en los entresijos de un seguro de hogar también podría esconderse una cobertura inesperada, como un robo que se produjera fuera del domicilio, en la vía pública. Quedan normalmente excluidos “los hurtos (sustracciones al descuido) y los importes en efectivo, debido a lo difícil que resulta su prueba”, subraya González”. Se relacionan una serie de coberturas inesperadas como “desatascos, incluso preventivos; el envío de un manitas; cuidados en casa si hemos sufrido algún accidente doméstico; la custodia de nuestra mascota mientras estamos hospitalizados ...”

El hecho de no conocer nuestra póliza determina que un gran número de personas no le saque partido a su seguro de hogar siendo ésta también noticia en la prensa digital. ABC el 3 de diciembre de 2017 (2) publica bajo el título “Hasta un 71% de las personas no saca partido a su seguro de hogar” que “el 30% de los españoles no ha pasado nunca un parte de siniestro”. “Las claves”, según el citado artículo son:

“1. Uno de los principales problemas que genera los seguros, es la de no conocer las posibilidades que ofrecen.

2. La media de lo que pagan los españoles

por su seguro de hogar se encuentra entre los 200 € y 400€, en el 45% de los casos.

3. Alimentos en mal estado, acoso digital a menores y asistencia de viaje entre las asistencias más desconocidas del seguro del hogar.”

Se destaca que “Aunque el seguro del hogar no es obligatorio en nuestro país, según un estudio de Coverfy, más del 70% de las personas tiene contratado este seguro, bien por cuenta y decisión propia —en el 65% de los casos—, bien por estar ligado al contrato hipotecario —en el 35% de ellos —, ya que para estos últimos tener seguro del hogar es obligatorio por ley”. Sin embargo, hay que precisar, y se volverá a ello más adelante, que el seguro de hogar no es obligatorio en ningún caso, sin perjuicio de que en determinados supuestos sí sea obligatorio contratar un seguro de incendios que, normalmente, estará englobado en un seguro de hogar (póliza multirriesgo). Es importante tener claro que el concepto de póliza de hogar es muy amplio debido a la variedad de riesgos que puede cubrir, entre ellos, el seguro de incendio. Realizada esta aclaración el artículo nos proporciona números que reflejan que la póliza de hogar es una gran desconocida en muchos supuestos. Se concreta que “... a pesar de que hasta el 90% de las personas considera que el seguro de hogar es imprescindible para evitar imprevistos en las viviendas, hasta un 30% no lo tendría contratado. Asimismo, 5 de cada 10 personas afirma no haberse leído entera la póliza, hasta un 28% confiesa haberlo firmado y no haberlo vuelto a revisar, y casi 4 de cada 10 personas no sabe con qué coberturas cuenta en su día a día”. “Según los datos obtenidos de la encuesta, el seguro multirriesgo sería el más contratado, tanto ligado a la hipoteca (en el 35% de los casos) como por quienes deciden contratar un seguro del hogar por decisión propia (65%). Se da la circunstancia de que quienes tienen contratado este tipo de seguro, suelen dar más partes al seguro. El 61% de ellos asegura haber dado entre 1 y 3 partes desde que lo contrataron”. “Uno de los principales problemas que genera el desconocimiento de las coberturas de los seguros, es la de no conocer las posibilidades que ofrecen, es decir, pagar sin sacarle el máximo partido. Según los datos del estudio hasta un 70% de las personas podrían estar en esta situación, por dejadez o ignorancia de las opciones que ofrece, haber perdido la oportunidad de pasar un parte a su aseguradora ante determinados daños del hogar, frente al 30% de los casos que sí chequean con la aseguradora el problema o

incidencia". ¿Las causas? Según el artículo que se comenta: "El desconocimiento del sector, la complejidad de los términos que engloba, la pereza o falta de tiempo ..." El artículo periodístico que se cita pone expresamente un ejemplo: "¿sabías que la rotura de los cristales de la ventana están siempre cubiertos sin necesidad de justificar el motivo de la rotura del mismo ante la aseguradora?".

Es muy importante leer la póliza de hogar para conocer exactamente cuáles son los riesgos cubiertos y así, si sufrimos un siniestro, poder acudir a nuestro seguro para que responda (para eso se paga la prima) nos pueda ayudar en supuestos que en ocasiones ni podíamos imaginar. Este artículo pretende resumir las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales en materia de seguro de hogar y combinarlas con datos estadísticos e informativos obtenidos de fuentes electrónicas a fin de proporcionar un análisis del gran desconocido y gran aliado.

II. CONCEPTO

La DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES (en adelante DGSFP) es un órgano administrativo que depende de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, adscrita al Ministerio de Economía y Empresa. En su página web (3) encontramos la siguiente definición del contrato de seguro de hogar multirriesgo: "es el contrato de seguro a través del cual se cubren los daños causados al inmueble o a los bienes que se encuentran en él como consecuencia de una amplia variedad de riesgos, como son: incendio, robo, responsabilidad civil, daños agua, etc. Este tipo de contratos no sólo se ofrece para hogares, sino también para comunidades de propietarios, comercios y empresas".

María de los Ángeles Parra Lucán (4) define los seguros multirriesgos del hogar como "aquellos seguros concertados de forma voluntaria por los propietarios de vivienda. Se trata de la posibilidad de cubrir mediante una única póliza varios riesgos. Aunque existen variedades en las pólizas, el interés típicamente asegurado en el multirriesgo hogar cubre tanto el continente (los daños en la propia vivienda, a veces con inclusión de garajes o trasteros) como el contenido (mobiliario). Suelen cubrirse los riesgos derivados de incendios, daños por aguas, roturas, robo y otros riesgos accidentales. Habitualmente se añaden coberturas de responsabilidad civil,

que cubren el riesgo de que el asegurado (el propietario de la vivienda) deba indemnizar a terceros (generalmente se incluye entre los terceros a la comunidad de propietarios si se trata de régimen de propiedad horizontal y por los daños a los elementos comunes) los daños causados como propietario de la vivienda. Comercializados por las aseguradoras bajo la denominación de "seguro multirriesgo hogar", o "seguro combinado del hogar", carecen de una regulación específica, pero son muy frecuentes en el mercado de seguros".

Rafael Martín del Peso García, Magistrado y Presidente de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias (5), considera que "el seguro del hogar es en la actualidad una de las modalidades más aceptadas por los usuarios, a la que las entidades aseguradoras dan una importante difusión publicitaria de cara a la captación de clientes, sin que el tomador que lo contrata sea, en muchas ocasiones, capaz de discernir correctamente el ámbito del aseguramiento y los tipos de cobertura que contrata. Nos hallamos ante una forma comercial característica del seguro combinado, en el que la cobertura originaria y principal del contrato de este tipo, suele ser el seguro de daños (artículo 25 y siguientes de la Ley del Contrato de Seguro) y de incendio (artículo 45 y siguientes LCS) y al mismo se intercalan otras modalidades, como son la de responsabilidad civil, objeto del estudio del citado autor, y aparejadas una y otra, bien como modalidad independiente, bien como cláusulas complementarias, otras coberturas asociadas, cual la de defensa jurídica (artículos 74 y siguientes LCS). Este objeto múltiple del aseguramiento impregna la jurisprudencia que lo define, concretamente la Sentencia de la AP de Barcelona de 20 de marzo de 2013 declara que las pólizas de seguros del hogar, en este caso se denomina "Combinado del Hogar" contienen habitualmente varias clases de aseguramientos, y casi todas regulan junto al seguro de daños el de responsabilidad civil. Aunque obvio en el primero el objeto del seguro son los daños en los bienes del asegurado y se desenvuelve entre aseguradora y asegurado, mientras que en el seguro de responsabilidad civil, la aseguradora se obliga 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, art. 73 LCS. Por tanto debemos desentrañar la distinta naturaleza de cada cobertura contratada en este aseguramiento y distinguir todas las modalidades estipuladas en

cada contrato para no aplicar indebidamente las normas reguladoras de otro tipo de seguros al de responsabilidad civil y lo que puede ser decisivo para la solución de cada caso, a la hora de examinar el carácter delimitador o limitativo de una determinada cláusula en función del tipo de aseguramiento que se engloba en cada póliza, toda vez que una meramente delimitadora en el seguro de daños puede ser limitativa o y viceversa en la modalidad de responsabilidad civil, incluida en el mismo contrato”.

Marta López Valverde, Directora Técnica de Sepín Responsabilidad Civil, Seguro y Tráfico (6) analiza la diferente casuística del denominado “seguro del hogar”, haciendo hincapié en su importancia social. Puntualiza que “su denominación no está recogida en ninguna normativa, ya que está estructurado por diversas coberturas que en sí mismas son integradoras de figuras autónomas, como el seguro de incendio, de robo, etc., pero que por necesidades sociales han sido recogidas en una sola póliza multirriesgo. Así, por ejemplo, nos encontramos con casos tan alejados del concepto habitual de “hogar” como son los daños que puedan producir los animales de compañía tanto fuera como en el interior de la vivienda”.

La nota que define al seguro de hogar es la existencia de varias coberturas en una misma póliza, siendo muy relevante analizar la naturaleza jurídica de cada una de ellas a fin de poder determinar el régimen jurídico aplicable a cada caso. La importancia social del seguro de hogar y la utilidad que nos puede reportar en caso de ocurrencia de un siniestro aconseja a todas luces que dediquemos nuestro tiempo a estudiar bien la póliza pues la misma podría convertirse en una verdadera aliada.

III. CARACTERÍSTICAS

En primer lugar debe tenerse en cuenta que el seguro de hogar es un seguro voluntario pues sólo se suscribe por la libre voluntad de las partes. Es importante tener claro que en los supuestos de adquisición de una vivienda con préstamo hipotecario no es obligatorio contratar un seguro de hogar. Ahora bien, sí podría ser obligatorio contratar un seguro de incendios (normalmente incluido en la póliza de hogar pero sin agotar su contenido en cuanto a coberturas) tal y como establece el artículo 17 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Las características específicas de los seguros hogar multirriesgo según la guía para la contratación publicada en la web de la DGSFP (3) son:

- Aunque puede haber notables diferencias de coberturas entre las distintas pólizas de las compañías, la mayoría de los contratos cubren los daños por incendio, agua, robo, defensa jurídica y responsabilidad civil.

- Los límites de las coberturas se establecen como porcentajes sobre el valor asegurado o cantidades máximas para cada riesgo, o ambas a la vez.

- Se suelen establecer sumas aseguradas separadamente para el continente, el contenido (mobiliario) y la responsabilidad civil.

- Con carácter general se considera continente: vivienda, instalaciones y elementos fijos, es decir, todos aquellos bienes que no puedan separarse del inmueble sin causarle un menoscabo, garajes y trasteros, así como la parte proporcional que corresponda de las zonas comunes del edificio o la urbanización.

- Con carácter general se considera contenido: muebles, electrodomésticos, ropa, otros enseres personales, provisiones y víveres. Salvo pacto en contrario, las aseguradoras suelen excluir de la cobertura vehículos, animales definidos como potencialmente peligrosos, plantas, joyas y objetos de valor, pieles, antigüedades. En cuanto a estos últimos objetos, las condiciones generales de la póliza suelen requerir una valoración expresa e individualizada de cuadros y obras de arte, colecciones filatélicas y numismáticas, objetos de plata y metales preciosos que no sean joyas, alfombras y tapices, y abrigos de piel. La inclusión en el seguro de estos bienes de especial valor podrá dar lugar a un incremento de la prima.

- Con carácter general la cobertura de responsabilidad civil cubre las indemnizaciones que tendría que afrontar como consecuencia de daños materiales, personales o perjuicios económicos causados a terceros como consecuencia de sus acciones u omisiones negligentes o las de los que viven en la vivienda asegurada, con los límites establecidos en la póliza.

No obstante, es común establecer en la póliza que elementos se consideran continente o contenido a los efectos de la misma.

- Si bien se puede contratar como un único seguro, tanto las coberturas de incendio como de robo suelen estar vinculadas hoy en día a un producto de multirriesgo, siéndoles de aplicación todo lo comentado en el seguro de multirriesgo.

IV. ADVERTENCIAS Y CAUTELAS EN LOS SEGUROS MULTIRRIESGOS SEGÚN LA DGSFP

Resulta interesante que en la propia guía para la contratación de la DGSFP (3) encontremos un apartado específico dentro de los seguros multirriesgos sobre “advertencias y cautelas”. Las recomendaciones que encontramos las realiza un órgano público y explican de forma sencilla la conducta a seguir antes de celebrar el contrato y una vez ocurrido el siniestro poniendo de manifiesto que la póliza de hogar suele ser una desconocida y la importancia de informarse bien y conocer su contenido. También se informa al tomador y/o asegurado de sus derechos y obligaciones fundamentales.

Con carácter general se recomienda en el momento de la contratación:

- Consultar antes de contratar las características del seguro, manifestar las



prioridades y lo que se quiere asegurar.

- Obtener información, pedir explicaciones y aclarar todas las dudas.

- Leer bien todas las condiciones de la póliza. Conocer los límites de indemnización y las exclusiones de las coberturas antes de firmar, especialmente respecto a las coberturas en las que los siniestros son más frecuentes. Por ejemplo, daños por agua (comprobar si están cubiertos, o si tienen alguna limitación los gastos de localización y reparación de las averías) y robo. El ejemplo de la Guía revela la importancia de conocer nuestra póliza pues si sufrimos daños por agua y se cubren los gastos de localización y reparación de la avería (la causa del daño) encontraremos de verdad una gran ayuda pues no sólo se cubriría la reparación del daño sino también la avería a fin de evitar futuros daños.

- La aseguradora, debe entregar al tomador la póliza completa (condiciones particulares y generales).

- Entender bien el contrato y, especialmente, las cláusulas limitativas, cuya validez está condicionada a que estén destacadas en la póliza y a que sean específicamente aceptadas por el tomador mediante su firma.

- Guardar toda la documentación. Puede ser útil en caso de siniestro. En caso de extravío de la póliza se puede pedir un duplicado.

De forma específica para los seguros multirriesgos la DGSFP realiza las siguientes prevenciones:

- Las pólizas han de ser claras y precisas. El tomador y el asegurado tienen que comprender cuales son sus derechos y obligaciones.

- Es importante la declaración de las sumas aseguradas para que la indemnización sea suficiente para hacer frente a la pérdida económica sufrida. La suma asegurada se establece por acuerdo entre las partes (aseguradora y tomador). Si la suma asegurada es inferior al valor del interés (valor del bien asegurado), en caso de siniestro la entidad aseguradora aplicará la regla proporcional, lo que implica que la indemnización cubrirá el daño sufrido por el asegurado en la misma proporción que la suma asegurada cubre el interés. En este sentido, para estar plenamente asegurado, es importante saber que:

* Contigente/Edificación: la valoración debe contemplar todas las dependencias anexas a la vivienda como trastero, garaje, zonas deportivas, etc. El valor que debe declararse es el de coste de reconstrucción (excluido el valor del suelo, concepto que no es asegurable) distinto del de compra o venta. Dicho valor se puede calcular multiplicando los metros cuadrados de la superficie construida de la vivienda por el coste medio de reconstrucción de una de similares características.

* Contenido/Mobiliario: este concepto incluye los objetos del interior de la vivienda (muebles, electrodomésticos, ajuar, ropa, etc.). La indemnización en caso de siniestro se efectuará conforme a lo establecido en póliza (valor de reposición, valor venal, etc.).

Hay que tener en cuenta las diferentes posibles valoraciones de los bienes asegurados, lo cual deberá determinarse en el momento de contratación de la póliza:

a) Valor real: valor de los bienes cuantificados por su valor nuevo con deducción de su depreciación por antigüedad, uso u obsolescencia.

b) Valor de reposición a nuevo: valor de los bienes cuantificados por su valor nuevo sin

ningún tipo de deducción por antigüedad, uso u obsolescencia.

c) Otras posibles valoraciones contempladas en la póliza.

- Si se contrata un seguro por un valor inferior al real, la indemnización que recibirá será proporcional al valor declarado; es decir, se producirá una situación de infraseguro y, consiguientemente, será de aplicación la regla proporcional. Si la valoración es superior al valor real, sólo se le indemnizará por el valor real que corresponda, salvo que se pacte explícitamente en el contrato la indemnización a "valor convenido". En la póliza se puede excluir la aplicación de la regla proporcional, por ejemplo hay pólizas en las que se excluye su aplicación cuando habiéndose pactado la revalorización automática de las sumas aseguradas, el porcentaje de infraseguro es igual o inferior en un tanto por ciento del valor asegurado. En todo caso, la responsabilidad de la entidad ante un siniestro nunca será superior al valor de la suma asegurada.

- Antes de contratar un seguro hay que analizar con atención las definiciones de los conceptos y de las coberturas incluidas en la póliza para poder conocer los riesgos cubiertos y los excluidos. En el caso del seguro de robo se



importante conocer la definición que se da en la póliza al robo y al hurto y saber qué es lo que se está asegurando en realidad. Hay aseguradoras que cubren el hurto pero lo más frecuente es que se excluya de su condicionado. En el caso de que en la póliza no se establezca una diferenciación clara entre robo y hurto, y se utilice el concepto de robo, el mismo comprenderá toda sustracción ilegítima (téngase en cuenta que el seguro de robo está regulado en los artículos 50 a 53 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el artículo 50 de la citada norma dispone que por el seguro contra robo, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a indemnizar los daños derivados de la sustracción ilegítima por parte de terceros de las cosas aseguradas. La cobertura comprende el daño causado por la comisión del delito en cualquiera de sus formas).

- Poner medidas de seguridad contra robos y protección contra incendios puede rebajar el importe de la prima. Se recomienda consultar a la entidad aseguradora si lo tiene en cuenta a la hora de tarificar y que requisitos deben cumplir las mismas.

- El asegurador puede admitir el pago trimestral o semestral de la prima, se denomina fraccionamiento de la prima, pero en ese caso, suele tener un recargo sobre el precio anual.

Ocurrido el siniestro, con carácter general, se realizan las siguientes prevenciones:

- Se debe comunicar el siniestro en el plazo máximo de 7 días desde que se tuvo conocimiento del mismo. En el contrato se puede establecer un tiempo mayor. En caso de incumplimiento de este deber la aseguradora puede reclamar daños y perjuicios causados. No se produce la pérdida de la indemnización o una disminución de la misma salvo que haya habido dolo o culpa grave.

- Se debe leer la póliza pues muchas por ignorancia no se reclaman prestaciones a las que se tiene derecho.

- Caso de considerar que la aseguradora ha incumplido alguna de sus obligaciones derivadas de la normativa, del contrato o de las buenas prácticas y usos comerciales se puede reclamar ante el servicio de atención al cliente de la aseguradora (o ante el defensor del cliente si la compañía lo tiene) y, si no le

satisface la solución ofrecida o transcurren más de dos meses sin respuesta, puede hacerlo ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Asimismo también puede recurrir a los sistemas de arbitraje (es necesario el acuerdo con la entidad aseguradora) y a los Tribunales de Justicia.

De forma específica, la DGSFP, en los supuestos de seguros de multirriesgos realiza las siguientes advertencias:

- Si la aseguradora considera que el siniestro no está cubierto debe explicar de forma razonada las causas del rechazo del mismo y contestar a todas las preguntas del asegurado al respecto.

- La aseguradora debe justificar el importe de la indemnización y contestar a todas las preguntas que realice el asegurado sobre cómo ha obtenido dicho importe; asimismo en ningún caso puede condicionar el pago de la indemnización a la firma de un finiquito por parte del asegurado.

- Si se produce un siniestro, y la entidad aseguradora del hogar considera que es de la comunidad y la aseguradora de la comunidad considera que es de la vivienda privativa; ambas aseguradoras deberían ponerse de acuerdo y no trasladar el problema a sus asegurados (en la práctica judicial son relativamente frecuentes litigios en los que las aseguradoras de la vivienda privativa y de la comunidad no se ponen de acuerdo obligando al siniestrado a acudir a los órganos judiciales).

- En caso de siniestro, es necesario conocer la forma de liquidación del mismo (indemnización en metálico, reparación o reposición del bien siniestrado o una prestación de servicios). Es frecuente que las entidades aseguradoras pongan al servicio de los asegurados profesionales para reparar las consecuencias del siniestro producido en la vivienda (fontaneros, electricistas, cerrajeros, etc.). En estos casos, la reparación es la forma que toma la indemnización. Si el asegurado prefiere elegir él a los reparadores, tendrá que presentar factura a la entidad aseguradora para que, en los términos del contrato de seguro, proceda a su reintegro.

- Guardar los justificantes de los bienes asegurados de valor, para poder presentarlos como prueba en caso de siniestro, siendo de especial utilidad las facturas de compra o fotografías de los bienes.

- Los riesgos extraordinarios, complementariamente a las garantías cubiertas por la entidad, por el Consorcio de Compensación de Seguros se indemnizarán los daños directos en las personas y en los bienes, así como la pérdida de beneficios como consecuencia de ellos, que estuvieren asegurados en la póliza, cuando sean consecuencia de los acontecimientos extraordinarios (terremotos, inundaciones, terrorismo tempestad ciclónica atípica, etc.) que nominativamente se enumeran en el Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros (R.D. 300/2004) y que se recogen en la cláusula que se incluye en la póliza.

- Habitualmente las pólizas no cubren daños producidos por la falta de reparaciones necesarias para el buen funcionamiento de las instalaciones, por el desgaste natural de los bienes asegurados, o los originados por humedad, condensación o entrada de agua en la vivienda a causa de fenómenos meteorológicos.

- Respecto a los cambios de cerradura, algunas se hacen cargo sólo si ha sido forzada, mientras otras incluyen la pérdida o sustracción de llaves.

- La aseguradora puede visitar el inmueble o realizar al tomador y al asegurado las preguntas que considere conveniente, en caso de que no realice estas actuaciones, cuando suceda el siniestro no puede alegar una circunstancia por

la que no preguntó para rechazar un siniestro que está cubierto de acuerdo con el condicionado de la póliza.

Por último, señalar que en la web de la DGSFP uno de los aspectos que mayor atención merece, en orden a evitar cometer errores en la contratación de un seguro, es la situación legal de la entidad aseguradora. En un entorno económico cada vez más globalizado es muy frecuente encontrar operando, también en España, compañías de seguro extranjeras. Para evitar indeseables situaciones de desprotección se recomienda contrastar que la compañía con la que se va a contratar (española o extranjera) está autorizada en España. Para ello se puede consultar el registro de entidades autorizadas: (Registros públicos de entidades autorizada) revisando en cada caso los ramos a los que se extiende la autorización, así como el listado de entidades clandestinas: (Entidades Aseguradoras no autorizadas y Mediadores de Seguros y corredores de Reaseguros no autorizados ni inscritos para poder operar en España) que incluye aquellas para las que la DGSFP ha detectado que están operando sin autorización. Este último, lógicamente no es exhaustivo y por tanto tiene carácter meramente orientativo.

V. IMPORTANCIA DEL SEGURO DE HOGAR. MULTIRRIESGO.

UNESPA (Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras) es una asociación fundada en 1977 que representa a

unespa ASOCIACIÓN
EMPRESARIAL
DEL SEGURO

más de 200 compañías que juntas abarcan el 96% del negocio en España (7). Estas entidades facturan cada año 60.000 millones de euros, o lo que es lo mismo, cerca del 5,3% del Producto Interior Bruto (PIB) nacional. A fecha 22 de enero de 2019 el sector factura 64.282 millones a cierre de año Salud, diversos y hogar tiran del negocio asegurador en 2018. Los ingresos de las aseguradoras por la venta de pólizas a cierre de 2018 ascendieron a 64.282 millones de euros, un 1,34% más que un año atrás. Las pólizas de multirriesgos y del ramo de automóviles tuvieron, igualmente, un desempeño destacado. Los seguros de multirriesgos aumentaron su facturación en un 4,02%, hasta los 7.245 millones. Bajo este término se incluyen las pólizas de hogar, comunidades de vecinos, comercios e industrias.

LÍNEA DE NEGOCIO	CRECIMIENTO (%)	CUOTA DE MERCADO DEL ESTUDIO (%)
MULTIRRIESGO	4,02	97,70
HOGAR	3,57	98,92
COMERCIO	1,91	98,10
COMUNIDADES	3,03	98,29
INDUSTRIAL	7,58	94,31
OTROS	-1,40	77,31

	PRIMAS 2017	PRIMAS 2018	CRECIMIENTO
TOTAL SEGURO DIRECTO	63.433.933.552	64.376.840.178	1,49%
NO VIDA	34.027.090.654	35.382.070.066	3,98%
MULTIRRIESGOS	6.964.662.950	7.244.373.772	4,02
INDUSTRIAS	1.233.634.002	1.327.164.585	7,58%

El cuadro muestran información cerrada a 11 de febrero de 2019 y se basa en datos proporcionados por 40 entidades.

En la prensa digital encontramos varios artículos sobre la importancia del seguro de hogar (8 y 9). El siguiente cuadro ofrece una comparativa entre las distintas informaciones al respecto:

ABC ECONOMÍA (26/1/2018)	EL MUNDO (1/8/2018)
9 MILLONES VIVIENDAS SIN SEGURO	6,6 MILLONES HOGARES SIN SEGURO
35% PISOS Y CASAS SIN PÓLIZA DE HOGAR	26% DEL TOTAL SIN SEGURO

ABC ECONOMÍA (8) publica que “casi nueve millones de viviendas no están aseguradas. El 35% de los pisos y casas de España no cuentan con ninguna póliza de hogar, según cálculos de AXA Assistance. La habitual práctica de los bancos de vincular una póliza de hogar a

la concesión de la hipoteca no ha impedido que haya un elevado número de inmuebles sin asegurar. En concreto, y según estimaciones de AXA Assistance, a cierre de 2017 solo el 65% de las 25,5 millones de viviendas que hay en España estaban aseguradas. Esto supone que el 35% del parque total de casas y pisos del país, o 8,9 millones de hogares, no cuenta con protección financiera. Cierto es que el seguro de hogar, a diferencia por ejemplo del de automóvil, no es obligatorio en España. Pero, ¿por qué existe un amplio elevado de hogares sin seguro? Una de las principales razones es económica. Otro de los factores que explican esta tendencia es que en España existe un elevado número de segundas viviendas, como la casa de verano. En concreto, del parque de 25,5 millones de viviendas, el 25%, 6,5 millones de pisos y casas, no son principales, según las estadísticas del Ministerio de Fomento. En este segmento existe un elevado porcentaje de hogares sin asegurar o con infraseguro”.

Por su parte EL MUNDO (9) informa que en España hay más de 6,6 millones de hogares sin seguro. Cada hora, las aseguradoras atienden 800 percances en los hogares españoles. La mayor parte de estos siniestros son daños por agua -cada 15 segundos se registra uno-, seguidos por rotura de cristales, daños eléctricos y robos, éstos últimos con mayor presencia en los meses de verano. En concreto, agosto es el mes donde más partes por robos en domicilios se registran y el 1 de agosto es la jornada con más robos del año. A pesar de estos datos, que muestran la alta probabilidad de sufrir un siniestro en la vivienda, el 57% de los españoles aún desconoce los riesgos que supone no tener contratado un seguro de hogar.

VI. COBERTURAS.

El seguro de hogar se caracteriza por englobar una variedad de coberturas tal que puede llegar a sorprendernos. La relevancia de leer la póliza es evidente: tenemos que saber qué cubre el seguro contratado para poder reclamar a la aseguradora la indemnización correspondiente. La póliza de hogar puede convertirse en una verdadera aliada si conocemos las coberturas contratadas. En una póliza corriente podemos encontrar un cuadro resumen con coberturas verdaderamente sorprendentes. A modo de ejemplo se inserta un cuadro resumen de las coberturas que podemos encontrar en una póliza de hogar de Allianz.

RESUMEN DE COBERTURAS:

COBERTURA	DESCRIPCIÓN
Daños materiales	La reparación o reposición de los bienes dañados cuando desaparezcan o se destruyan como consecuencia de:
Incendio	Incendio, explosión, caída del rayo y humo.
Otros daños	Impacto, rotura de cristales o la podredumbre de bienes.
Acción del agua	Rotura de conducciones, rebosamiento, filtraciones, goteras, omisión de cierre de grifos.
Fenómenos eléctricos	Cortocircuito de origen externo, sobretensiones e inducción del rayo.
Fenómenos de la naturaleza u otros eventos	Fenómenos de la naturaleza u otros eventos tales como tormentas, inundaciones, corrimiento y deslizamiento de tierras, ruina total del edificio, impacto de aeronaves o vehículos e incendio forestal.
Robo	Robo con violencia en las cosas, expoliación con violencia en las personas, hurto, atraco en la calle, uso fraudulento de tarjetas, vandalismo.
Gastos	Los gastos derivados de un siniestro, que son adicionales al coste de reparar o reponer los daños producidos, tales como:
Gastos	Bomberos, demolición, desescombros y vertido de restos, salvamento, traslado y depósito de Mobiliario, limpieza, localización de escapes de agua y otros gastos.
Responsabilidad civil	La obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados, cuando el Asegurado sea civilmente responsable por:
Responsabilidad civil	La propiedad o uso de la Edificación, el Mobiliario, el desarrollo de la vida privada y la condición de cabeza de familia, la actuación del personal doméstico, la propiedad de animales domésticos, la condición de arrendatario .
Responsabilidad civil y administrativa por contaminación	La contaminación asegurada
Reclamación como peatón o ciclista	La reclamación a favor del Asegurado de las acciones amistosas o legales oportunas para obtener la compensación de los daños y perjuicios ocasionados por un tercero.
Riesgos excluidos con carácter general	Riesgos y daños que en ningún caso están cubiertos por la Compañía.

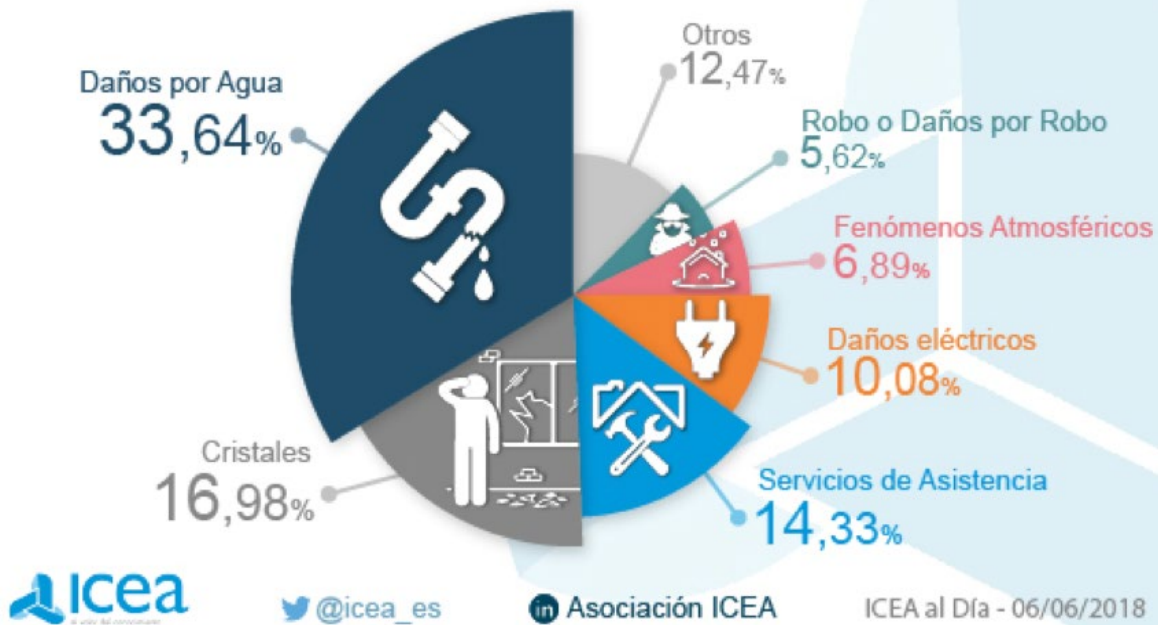
COBERTURA	DESCRIPCIÓN
Urgencias domésticas y asistencia	La puesta a disposición del Asegurado de una red de asistencia que se halle permanentemente en condiciones de prestar, en los plazos más breves posibles, una serie de servicios como bricolaje, fontanería, electricidad, cerrajería.
Servicio de reparación de electrodomésticos	La puesta a disposición del Asegurado de un servicio de reparación de electrodomésticos de línea blanca.
Línea médica telefónica	La puesta a disposición del Asegurado de un servicio de Orientación Médica telefónico.
Servicio de ayuda domiciliaria	La puesta a disposición del Asegurado de un servicio telefónico a través del cual podrá contratar, con las mejores condiciones del mercado, una amplia gama de servicios.
Asistencia mascotas y plantas	La puesta a disposición del Asegurado de un servicio de conexión telefónico donde podrá consultar las posibles incidencias derivadas de la tenencia de animales domésticos y plantas.
Control de plagas	La puesta a disposición del Asegurado de un servicio por el cual un profesional acudirá a su vivienda para proceder a realizar un tratamiento de control de plagas.
Asistencia informática remota	La puesta a disposición del Asegurado de una red de asistencia que se halle en condiciones de facilitarle, a raíz de una simple llamada telefónica o vía Internet servicios relativos a la utilización de ordenadores de uso personal.
Recuperación de datos informáticos	La recuperación de información en dispositivos de almacenamiento de datos.
Asesoramiento y protección jurídica	La puesta a disposición del Asegurado de un Centro de Consulta y Asesoramiento jurídico telefónico y, en caso necesario, la protección del ejercicio de sus derechos relacionados con los bienes asegurados.
Testamento on line	La puesta a disposición del Asegurado de un servicio de información, orientación y asesoramiento jurídico telefónico sobre testamento abierto y testamento vital.
Borrado digital	La puesta a disposición del Asegurado de un servicio de borrado de contenidos digitales que el Asegurado fallecido tuviese en Internet.
Reputación digital	La puesta a disposición del Asegurado de un servicio de Investigación en Internet.

ICEA (Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones), fue fundada el 1 de febrero de 1963, siendo la primera Asociación de Entidades de Seguros que se constituye en España. ICEA tiene encomendada la función de Servicio de Estudios del Sector Asegurador Español, siendo el organismo encargado de realizar y publicar todas las estadísticas sectoriales, realiza trabajos de Investigación sobre temas relacionados con la práctica aseguradora, con el objetivo de analizar tendencias y comportamientos de mercado; además de proporcionar servicios de Formación y Asesoría sobre materias que afectan a la actividad aseguradora. En la actualidad, ICEA cuenta con más de 200 entidades adheridas, que representan más del 95% de las primas del sector. Dentro de las distintas coberturas que podemos encontrar en una póliza de hogar los daños por agua ocupan el primer lugar de siniestralidad (2017). A continuación se muestra un gráfico de distribución de los siniestros de hogar según su naturaleza que se publica en la página web de ICEA.

de ICEA "Análisis Técnico de los Seguros Multirriesgo. Estadística año 2017".

En cuanto al seguro de robo (normalmente comprendido en el seguro de hogar) pueden resultar de interés los datos ofrecidos por UNESPA (7) en la publicación "¿Cuándo y cuánto roban en tu casa? Los robos en los hogares asegurados en España. Análisis geográfico". Según el estudio existe la convicción de que los asaltos a viviendas se producen cuando no estamos en la vivienda: cuando estamos de vacaciones. Yendo a las cifras para comprobar si lo sostenido por esta creencia popular se ve refrendado por los hechos se confirma el mito: en verano hay más robos. Especialmente en agosto. También en enero. Esto se confirma si se distribuyen los robos en relación con el reparto del número de días del año entre cada mes. Ahora bien, si se distribuyen los robos con el reparto del número de días del año entre

Distribución de los siniestros de hogar en función de la naturaleza de los siniestros. Datos 2017



Respecto a los importes medios por siniestro, los de incendios alcanzaron los 1.997 euros, y 691 euros los de robo.

Esta información se ha obtenido del estudio

cada día de la semana se destronan otros mitos. Tendemos a pensar que los fs ocurren más robos porque es cuando las familias salen de sus hogares. Sin embargo, los datos no dicen lo mismo. Los sábados hay un repunte de robos, el martes es el día de la semana donde ocurre

un mayor número de sucesos. Los lunes y los domingos: días de la semana donde la evolución de los robos ocurridos en las casas se sitúa por debajo de la senda esperada. Más de la mitad de los robos en viviendas: Madrid, Andalucía y Cataluña. En Madrid un robo cada 14 minutos y 14 segundos, en Andalucía: 22 minutos y 11 segundos. Melilla: cada 3 días, 16 h, 29 m y 5 s. Hay una lista con los 30 municipios con más robos. Granada, está en esta lista. Ocupa el nº23. El estudio es muy curioso e interesante. Trata de la mayor o menor probabilidad de los robos en comunidades y municipios, la gravedad de los robos (según el coste medio del robo), en Granada el coste medio por robo es de 1.347 euros frente a los 2.910 euros de Barcelona y los 377 euros de Palencia.

VII. CLÁUSULAS LIMITATIVAS Y DELIMITADORAS:

Uno de los principales problemas que nos encontramos en el ámbito del seguro de hogar es el relativo a las cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo

El artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro dispone en su párrafo primero que las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. 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.

Este precepto ha sido objeto de interpretación por nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias destacando, entre otras resoluciones, la Sentencia de 22 de abril de 2016 que distingue entre cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas, cláusulas sorprendentes y cláusulas lesivas. El caso resuelto no se refería a un seguro de hogar si bien se considera que el contenido de la decisión de la Sala es aplicable a todo tipo de seguros, analizando caso por caso las circunstancias. Los antecedentes del caso son, en síntesis, un supuesto de póliza de transporte que aseguraba en general las mercancías transportadas por la demandante; y en particular (artículo 1.º Riesgos

cubiertos), «la destrucción, los daños materiales y la desaparición de las mercancías aseguradas con ocasión o a consecuencia de su transporte a bordo del vehículo». Por otro lado, el artículo 4.2 de la póliza excluía las pérdidas, daños y gastos que fueran causados «por o a consecuencia de: caída de bultos en las operaciones de carga y descarga». La decisión de la Sala en cuanto al tema objeto de estudio fue:

“I.- Distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas en el contrato de seguro.

1.- Desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas es 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.

No obstante, como expresa la sentencia de esta Sala núm. 715/2013, de 25 de noviembre, en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Las fronteras entre ambas no son claras, e incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado.

La sentencia 853/2006, de 11 de septiembre, sienta una doctrina, recogida posteriormente en otras muchas resoluciones de esta Sala 1.ª, (verbigracia sentencias núm. 1051/2007, de 17 de octubre; y 598/2011, de 20 de julio), según la cual son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en qué ámbito temporal.

Otras sentencias posteriores, como la núm. 82/2012, de 5 de marzo, entienden que debe incluirse en esta categoría la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Se trata, pues, de individualizar el riesgo y de establecer su base objetiva, eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato

o con arreglo al uso establecido, siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual (cláusulas sorprendentes).

2.- 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.

II.- Las expectativas razonables del asegurado.

1.- 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.

2.- Este es el punto de vista adoptado por la Audiencia, que considera que la exclusión de cobertura relativa a los daños producidos en las labores de carga y descarga, en tanto que operaciones imprescindibles para la ejecución del contrato de transporte, resulta sorprendente para el asegurado, que había contratado un

seguro de transporte sobre las mercancías transportadas. Precisamente cuando hay contradicción entre las cláusulas que definen el riesgo y las que lo acotan es cuando puede producirse una exclusión sorprendente, en cuanto que ajena al aseguramiento de una mercancía con ocasión de su transporte, entendido como un todo, es decir, no solo como un traslado, sino como una operación compleja que incluye la carga de la mercancía en el medio de transporte (en este caso, el camión), el traslado de un lugar a otro y la descarga para la entrega al destinatario. Como dicen las sentencias 516/2009, de 15 de julio, y 601/2010, de 1 de octubre, el carácter limitativo de una cláusula puede resultar del hecho de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares. El principio de transparencia, que constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera, en efecto, con especial intensidad respecto de las cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato.

III.- La calificación de la cláusula controvertida como limitativa de los derechos del asegurado.

1.- Sobre esta base, que la Audiencia Provincial interpretara que la exclusión de la cobertura del seguro de transporte de los daños producidos a la mercancía transportada en la descarga no era algo que pudiera esperarse o considerarse usual o normalmente derivado de aquellas cláusulas particulares o especiales, verdaderamente conocidas por la asegurada, no contraviene ninguno de los preceptos invocados en el motivo casacional. Y menos, cuando en ellas quedaba suficientemente claro el objeto del seguro, las garantías, y el compromiso asumido por la compañía en el plano indemnizatorio para caso de ocurrir el evento cuyo riesgo era objeto de cobertura.

Además, esta interpretación no queda contradicha por el hecho de que posteriormente la misma tomadora contratara una nueva póliza para la cobertura de los daños producidos en las tareas de carga y descarga, puesto que ello fue consecuencia precisamente de la negativa de la aseguradora de hacerse cargo de tales siniestros.

2.- Como hemos visto, el art. 58 LCS dispone: Salvo pacto expreso en contrario, se entenderá que la cobertura del seguro comienza desde que se entregan las mercancías

al porteador para su transporte en el punto de partida del viaje asegurado, y terminará cuando se entreguen al destinatario en el punto de destino, siempre que la entrega se realice dentro del plazo previsto en la póliza. A la luz de dicho precepto, resulta claro que la previsión natural del precepto respecto al momento en que comienza y termina la cobertura puede recortarse convencionalmente ("salvo pacto expreso en contrario), pero dicho recorte se configura como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado; sometida, por tanto, a su peculiar régimen de validez, previsto en el art. 3 LCS.

3.- Es más, la cláusula no se refiere propiamente a la caída de la mercancía, sino a parte de ella (bultos) e introduce una previsión «de cierre», al decir que se excluyen «cualesquiera otros [riesgos] análogos o similares», de tal indeterminación, que en la práctica vacía de contenido el aseguramiento. Por lo que casi nos encontraríamos más ante una cláusula lesiva que ante una meramente limitativa, si entendemos por lesiva aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. En definitiva, impide la eficacia de la póliza.

La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado la diferenciación que hace el art. 3 LCS entre cláusulas lesivas y limitativas, en tanto que éstas últimas son válidas, aun cuando no sean favorables para el asegurado, cuando éste presta su consentimiento, y de modo especial, al hacer una declaración de su conocimiento; mientras que, las cláusulas lesivas son inválidas siempre. Es decir, el concepto de condición lesiva es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas, pero las lesivas son siempre inválidas (sentencia 303/2003, de 20 de marzo)".

Interesante resulta igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2017 que, en síntesis, considera que es admisible cualquier procedimiento que cumpla el objetivo de que la cláusula limitativa no pase desapercibida al asegurado y recuerda que en ningún caso se ha exigido por la Sala una firma para cada una de las cláusulas limitativas. Se razona que " ... La norma exige que las cláusulas limitativas de derechos aparezcan específicamente resaltadas en el contrato aunque no se especifica de qué forma, por lo que es admisible cualquier procedimiento que

cumpla el objetivo de que la cláusula no pase desapercibida al asegurado, ya que se persigue que el asegurado tenga conocimiento exacto del riesgo cubierto y pueda comprender su significado y alcance para diferenciarlas de las que no tienen esa naturaleza. Requisitos de validez. Doctrina jurisprudencial, deben ser especialmente aceptadas por escrito, requisito que debe concurrir acumulativamente con el de que aparezcan destacadas de modo especial, deben ir expresamente firmadas por el tomador (no basta la firma en el contrato general, sino que deben ir firmadas en las condiciones particulares, que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos), el requisito de la firma se cumple cuando la firma del tomador del seguro aparece al final de las condiciones particulares y también por remisión de la póliza a un documento aparte en el que aparezcan firmadas, no es exigible una firma para cada una de las cláusulas limitativas. En el caso, se cumplen las exigencias legales de validez: cláusula resaltada en «negrita»; sencillez y claridad en la redacción, inclusión en un apartado diferenciado y sin abigarramiento, aceptada mediante la firma de las condiciones particulares de forma adecuadamente destacada, incluso inmediatamente antes de la firma.

En relación al régimen especial de las cláusulas limitativas debe señalarse que, aunque el artículo 3 LCS establece que este tipo de cláusulas han de aparecer específicamente resaltadas, no obstante no especifica en qué ha de consistir dicho resalte. Por ello, en principio, es admisible cualquier procedimiento que cumpla el objetivo de que la cláusula limitativa no pase desapercibida para el asegurado.

La exigencia de que las cláusulas limitativas de derechos figuren «destacadas de modo especial», responde a la finalidad de que el asegurado tenga un conocimiento exacto del riesgo cubierto por la póliza. Lo importante es que las cláusulas limitativas deben permitir al asegurado comprender su significado y alcance para diferenciarlas de las que no tienen esa naturaleza (STS de pleno 402/2015, de 14 de julio).

Dicha sentencia 402/2015, de 14 de julio compendia la jurisprudencia en la materia diciendo:

«Respecto a la exigencia de que las cláusulas limitativas deban ser «especialmente aceptadas



por escrito», es un requisito que debe concurrir acumulativamente con el anterior (STS de 15 de julio de 2008, RC 1839/2001), por lo que es imprescindible la firma del tomador. Como se ha señalado anteriormente, la firma no debe aparecer solo en el contrato general, sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos. La STS de 17 de octubre de 2007 (RC 3398/2000) consideró cumplida esta exigencia cuando la firma del tomador del seguro aparece al final de las condiciones particulares y la de 22 de

diciembre de 2008 (RC 1555/2003), admitió su cumplimiento por remisión de la póliza a un documento aparte en el que aparecían, debidamente firmadas, las cláusulas limitativas debidamente destacadas. En ningún caso se ha exigido por esta Sala una firma para cada una de las cláusulas limitativas.»

La casuística en nuestros tribunales es enorme y encontramos cientos de resoluciones dictadas en la materia debiéndose estar al caso



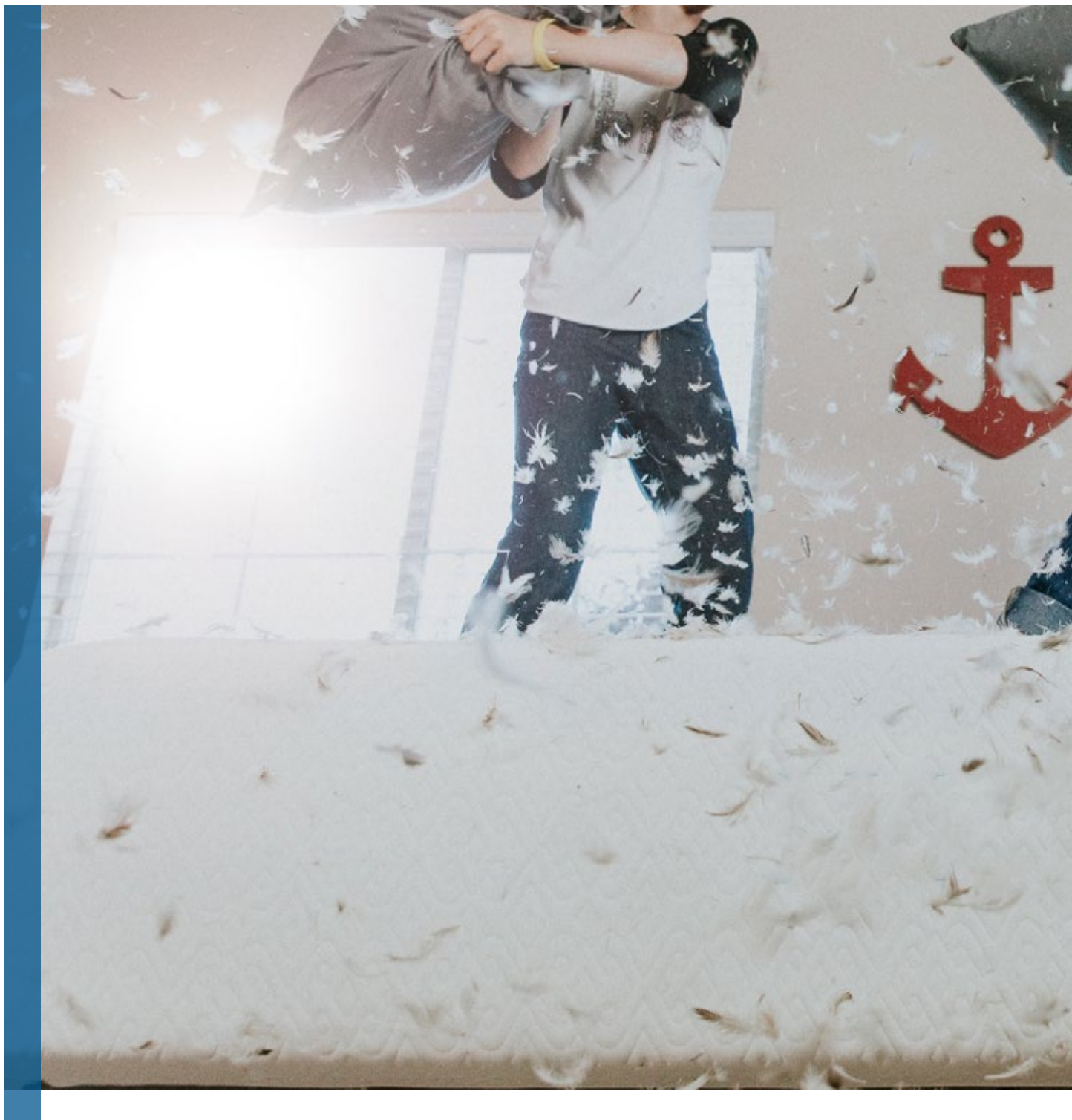
de 19 de octubre de 2017 considera que la franquicia en un seguro de responsabilidad civil es una cláusula delimitadora objetiva del riesgo y, por tanto, es oponible a terceros.

La Audiencia Provincial de Asturias en Sentencia de 6 de octubre de 2017 considera, en un supuesto de seguro de responsabilidad civil con el fallecimiento de un menor al caerle la televisión en el domicilio de los abuelos, que la estipulación de excluye de la condición de tercero al familiar en el grado de la víctima es delimitadora pero ineficaz pues no fue conocida ni aceptada por el tomador a quien no consta que le fueran entregadas las condiciones generales, carga de la prueba que incumbe a la aseguradora.

La Audiencia Provincial de Tarragona en sentencia de 20 de julio de 2000 en un supuesto de robo de joyas fundamenta que "... la apelación planteada solicita la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de la demanda, que polemiza con la contestación respecto al valor de las cláusulas limitativas no expresamente aceptadas y su eficacia. La cuestión básica en la presente litis, y en la que se fundamentó la Juez a quo para desestimar la demanda, gira en torno de la cuestión relacionada con el tema de si se debe diferenciar entre las cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas de carácter general configuradoras de la cobertura, y las cláusulas limitativas no comprendidas en el ámbito de las anteriores. Toda cláusula limitativa es siempre un elemento delimitador del riesgo y constituye una limitación de los derechos del asegurado, cualquiera que sea su denominación, encontrándose comprendida en el ámbito del art. 3 L.C.S. y necesitada por ello de una específica aceptación, en tanto suponen un recorte de la posición jurídica que tendría el asegurado de no haberse incluido tal cláusula. La sentencia de instancia toca esta materia, y trata de establecer la diferenciación entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas, pero tal diferenciación la fundamenta en una sentencia T.S. que nada trata de esta cuestión, pues lo que contempla es un supuesto en el que se discute el límite de cobertura del riesgo, no de la limitación del mismo, pues invocándose por la aseguradora que tal límite era de 10.000.000.-ptas., el recurrente pretendía que la aseguradora extendiera su cobertura al total del siniestro, que superaba la cobertura pactada. Cosa distinta es el discutido en este pleito en el que dentro de la cobertura, en las cláusulas generales número 4, después de definir el robo y las exclusiones comprendidas, concluye: límite de indemnización: hasta el

concreto que se trata y tener en cuenta que, como se señaló anteriormente (5), "puede ser decisivo para la solución de cada caso, a la hora de examinar el carácter delimitador o limitativo de una determinada cláusula ..." " ... el tipo de aseguramiento que se engloba en cada póliza, toda vez que una meramente delimitadora en el seguro de daños puede ser limitativa o viceversa en la modalidad de responsabilidad civil, incluida en el mismo contrato".

A título de ejemplo, la Sección 19 de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia



100% de la Suma Asegurada para cada partida asegurable, con un sublímite de indemnización para dinero en efectivo del 1% de la suma asegurada para total contenido. Sin embargo en las condiciones particulares de la póliza se establece, riesgo básico: joyas en caja de caudales 10.000.000.-ptas., joyas fuera de caja de caudales 1.000.000.-ptas., dentro de un total por el contenido de 23.000.000.-ptas., y todo ello dentro de una póliza de seguro multirriesgo del hogar. Aparece claro que respecto de la

responsabilidad por robo de joyas existen unas limitaciones que afectan a las mismas según estén o no en caja fuerte, limitaciones que no se encuentran en las cláusulas generales en las que únicamente se contempla como exclusiones el robo de joyas cuando se encuentra en dependencias anexas (1.13c) y cuando la vivienda permanezca deshabitada por más de 30 días. Por el contrario; de la entrega o posesión de la póliza únicamente se puede deducir el conocimiento de la misma pero no



su necesaria y exigida aceptación a través del mecanismo garantista de la firma (T. S. 27, 31 Mayo 1988 y 24 Febrero 1997) ...”

A parte de la dificultad que, en general, se plantea en la práctica para distinguir entre cláusulas limitativas y delimitadoras, hay que tener en cuenta que el seguro de hogar la polémica puede ser mayor, pues, como se dijo al principio de este artículo, este tipo de seguro se define por contemplar distintas coberturas (una póliza

que comprende distintos seguros) y hay que distinguir la naturaleza jurídica de cada cobertura para, igualmente, diferenciar ante qué tipo de cláusulas estamos según el tipo de cobertura.

Señalar que se considera especialmente relevante tener en cuenta que podemos encontrarnos con cláusulas lesivas (las que reducen de forma notable y descomedida el derecho del asegurado, lo dejan sin contenido, siendo prácticamente imposible acceder a la

cobertura del siniestro, impidiendo la eficacia de la póliza) que son siempre inválidas, a diferencia de lo que acontece con las cláusulas limitativas que pueden ser válidas si cumplen con las previsiones legales (artículo 3 LCS).

VIII. MENORES, RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO DE HOGAR.

Puede que la póliza de hogar cubra el riesgo de la responsabilidad civil derivada de hechos cometidos por un menor de edad. No es infrecuente encontrarnos con casos judiciales en los que se demanda a los progenitores por hechos realizados por sus hijos menores. Si la póliza cubre este tipo de siniestros sin duda será una gran aliada pues puede evitar un desembolso económico importante para los padres al ser sufragado por la aseguradora.

Resulta de especial interés en este ámbito la publicación realizada por Vicente Magro Servet, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid y actualmente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y Doctor en Derecho, titulada “Alcance de la responsabilidad por daños del seguro hogar ante perjudicados por delitos dolosos del asegurado” (11). el auto plantea que se trata de un “tema muy interesante que suele dar muchos quebraderos de cabeza” el relativo al “alcance de una póliza de seguro hogar en torno a las situaciones que cubre este seguro, que, a su vez, está concebido para asegurar daños causados a terceros por consecuencia de problemas en el inmueble propio, como fugas de agua, caída de objetos desde el inmueble con daños a terceros, etc. Pero la cuestión surge en el alcance de estas pólizas de seguro-hogar cuando se trata de hechos ocurridos fuera del hogar y por miembros del hogar del asegurado, sobre todo cuando estos hechos son dolosos ... La cuestión que en este epígrafe planteamos es la relativa a si pueden los padres de un menor de edad que ha causado daños dolosos a terceros recurrir a la póliza de seguro hogar que esta asuma las consecuencias civiles del hecho doloso causado por el menor”. Cita MAGRO SERVET la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, Sentencia 318/2014 de 18 Dic. 2014, Rec. 3376/2014 (LA LEY 222828/2014) “en la que se analiza si el seguro de hogar suscrito con un padre respondería de los hechos de carácter doloso constitutivos de delito cometidos por un hijo menor dando una respuesta positiva a esta responsabilidad de la aseguradora para cubrir la responsabilidad del asegurado, ya que este

no está respondiendo por un delito doloso, sino por una responsabilidad civil que asume y tiene su hijo menor de edad y que este traspasa a su padre por la Ley orgánica 5/2000 (LA LEY 147/2000) ...” Tal y como señala el citado autor hay que tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 1903 del Código Civil y 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000 pues “ ... El título de imputación por el que se establece la responsabilidad civil de un padre solidariamente con su esposa, no es por hecho doloso, sino por la responsabilidad general establece en que tanto el Código Civil (artículo 1903) como la Ley Orgánica 5/2000 en su artículo 61.3 ...” “ ... No es de aplicación el artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro que excluye la cobertura cuando el siniestro ha sido causado «por mala fe del asegurado», pues ni quien causó el siniestro era asegurado, ni la mala fe o el dolo se puede referir a quien ostenta tal condición de asegurado. En definitiva, la cobertura que se reclama no lo es directamente para un hecho doloso, sino para una responsabilidad por hecho ajeno» ...” Ante la pregunta “¿Excluye la póliza de seguro hogar hechos cometidos fuera de la vivienda?” MAGRO SERVET afirma que “No suele suceder esta cláusula de limitación de la responsabilidad que debería ser firmada, sino que, precisamente, una de las coberturas de la póliza es por hechos ocurridos «fuera del hogar»”. Trae dicho autor “ ... a colación el caso de si respondería la póliza de seguro del asegurado si este se ha divorciado de su mujer y el hijo que comete el delito doloso vivía con ella que no estaba asegurada con su ex marido y sin que esta tenga póliza de seguro hogar. Trata este caso la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1ª, Sentencia de 22 Nov. 2011, es decir, si la responsabilidad sólo sería exigible a aquel progenitor que tiene atribuida la guarda del menor, por los actos cometidos estando bajo su custodia, o si, por el contrario, la responsabilidad civil es exigible a ambos progenitores, conforme al art. 61.3 de la LORPM ...” siendo la respuesta del tribunal que “ ... Responden ambos padres con independencia del domicilio en el que residía el menor. La razón de ser por la que deben de responder ambos padres, es por el hecho de que los mismos son responsables de la educación del hijo y en cierta forma responsables de las carencias que en este sentido pueda tener, sin que nada pueda liberarles de esta obligación, de forma que deberán ser responsables de sus consecuencias, ya que precisamente su inactividad en este sentido es lo que ha traído como consecuencia el resultado final, pues, por aplicación de las obligaciones impuestas en el art. 154 del Código Civil, tienen un plus de responsabilidad ya

que no en vano tienen el deber de custodiar y educar adecuadamente a su hijo, y a la vista de los resultados se comprueba cómo no han sido capaces de controlar las actividades. Responde la aseguradora de la póliza de seguro hogar del asegurado progenitor también con quien no convivía, porque es una responsabilidad solidaria. Debe entenderse que puede ser llevada al litigio la aseguradora del seguro hogar del progenitor con quien no convive el menor ya que la responsabilidad civil es de los padres y por ello responderá ante el tercero la aseguradora por su asegurado con independencia de que luego pudiera repetir contra el otro progenitor que no era su asegurado por el 50%. De constar una exclusión debe ser firmada. Nos encontraríamos ante una cláusula limitativa de los derechos de los asegurados, que para ser opuesta a terceros, exigirían prueba de que han sido expresamente destacadas y aceptadas por éste, siendo inmunes a la acción directa de terceros, las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. (Art. 76 de la LCS)".

Trata también el referido autor (11) del supuesto de "responsabilidad de la póliza de seguro hogar en el caso de suicidio de familiar del asegurado causando daños a terceros al caer" citando a la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª, Sentencia 115/2016 de 18 Abr. 2016, Rec. 80/2016 "en cuanto considera no dolosos, que excluirían la cobertura de la póliza por los causados por los mayores de edad, los actos de suicidio de los que se desprendan daños a terceros. La sentencia de la Audiencia viene a confirmar el pronunciamiento de la de instancia, por cuanto apunta que si bien la caída no puede ser calificada como accidental, lo cierto es que debe entenderse que lo que sí queda al margen de la voluntad suicida era la causación de los daños a terceros, constituyendo tales daños un resultado colateral no perseguido ni esperado por ella, y por tanto de carácter accidental, estando por ello amparado por la póliza de aseguramiento. Se incide en que cuando se produce un suicidio del que se derivan daños a terceros los daños causados al caerse sobre un vehículo, por ejemplo, en modo alguno suponen intención deliberada, consecuencia de un acto consciente y voluntario del asegurado, y por tanto, intencional, que es lo que hubiera excluido, por su carácter doloso la cobertura de la póliza de seguro hogar. Pero en estos casos cuando una persona se suicida y se arroja al vacío, la caída sobre un coche, o sobre objetos que quedan dañados es un accidente, ya que el asegurado no provoca intencionadamente

los daños, por lo que el asegurador no se libera del cumplimiento de su obligación. Y no puede decirse que hay un riesgo de que eso ocurra, porque el riesgo de causar daños al arrojarse desde el balcón de su domicilio a la calle, originando un peligro para las personas que deambulan por ellas, o los bienes estacionados en la vía pública, no era una consecuencia querida y aceptada. El TS su sentencia de 7 de julio de 2006 (determina : "La intencionalidad que exige la LCS para que concurra esta exclusión no se refiere en abstracto a cualquier conducta de la que se siga el resultado del siniestro, sino a la causación o provocación de éste. Admitir que, por principio, todo resultado derivado de una conducta tipificada como delictiva, aunque se trate de figuras de riesgo, no puede ser objeto de aseguramiento (dado que la exclusión de los supuestos de mala fe del asegurado responde a razones de moralidad del contrato ligadas a la licitud de su causa) no es compatible, desde el punto de vista lógico-formal, con el principio de libre autonomía de la voluntad que rige en esta materia contractual; y, desde una perspectiva lógico-material, no soporta una verificación del argumento cuando se contrasta con sus consecuencias desproporcionadas y contradictorias en relación con el ámbito usual del contrato de seguro y con el contenido que le asigna la ley en diversas modalidades obligatorias relacionadas con actividades susceptibles de causar accidentes».

Sólo son susceptibles de ser consideradas como intencionales las situaciones en las que el asegurado provoca consciente y voluntariamente el siniestro o, cuando menos, se lo representa como altamente probable y lo acepta para el caso de que se produzca (STS de 9 de junio de 2006 (LA LEY 62718/2006), que considera un supuesto en que «es razonable pensar en la imposibilidad de que tal colisión no se produjera); esto es, los supuestos de dolo directo o eventual sobre el resultado, sin extenderlo a supuestos en que se comete intencionadamente una infracción, pero no se persigue la consecuencia dañosa producida o no se asume o representa como altamente probable. No todo supuesto de dolo penal, en su modalidad de dolo eventual, comporta dolo del asegurado equivalente a la producción intencional del siniestro, por cuanto en el ámbito civil del seguro una relación de causalidad entre la intencionalidad y el resultado producido, mientras que en el ámbito penal el dolo puede referirse a conductas de riesgo. La exclusión de las conductas dolosas del ámbito del seguro no responde ni tiene sentido como un reproche de la conducta en sí misma, sino en cuanto

integra una intencionalidad del asegurado en la provocación del siniestro». Con posterioridad el mismo Tribunal Supremo se ha ratificado en ésta doctrina por medio de su sentencia de 13 de noviembre de 2008. Y se reitera en la 23 de noviembre de 2015 con cita de la mentada sentencia de 7 de julio de 2006. En suma, existe doctrina que entiende que la causa de los daños ha de ser ajena al propósito o intención del asegurado. Y en estos casos de suicidio no cabe duda, apunta la doctrina jurisprudencial, que no es intención directa o eventual causar daño alguno, ya que ni lo prevé ni lo acepta como probable, porque es algo ajeno a su idea y conducta ejecutada.”

Se considera muy relevante difundir la necesidad de que todos y, especialmente, los padres, tutores y guardadores de menores, sean conscientes de la importancia que puede tener suscribir una póliza de hogar completa que contemple la cobertura de responsabilidad civil por los daños causados por menores de edad. Debe tenerse en cuenta que el artículo 116.1 del Código Penal establece que “toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios” y el ya citado artículo 61.3 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores dispone que “cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. La responsabilidad civil de los padres es objetiva, ex lege, y la ley no permite su exclusión sino la moderación facultativa del juez en el caso previsto en la propia norma, esto es, cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, según los casos.

FUENTES CONSULTADAS, BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS ELECTRÓNICOS POR ORDEN DE REFERENCIA

(1) FERLUGA, G. (7 de agosto de 2018). EL PAÍS. https://elpais.com/economia/2018/08/06/actualidad/1533561360_369278.html

(2) ABC. ECONOMÍA (3 de diciembre de 2017). https://www.abc.es/familia/consumo/abci-hasta-71-por-ciento-personas-no-saca-partido-seguro-hogar-201712030134_noticia.html

(3) Guía para la contratación de seguros. Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. <http://apps.dgsfp.mineco.es/gaspar/NEOGuiaContratoSEG.asp>

(4) PARRA LUCÁN, M.A., “El derecho a una vivienda digna. Planteamiento general y problemas civiles específicos. Acceso a la vivienda, propiedad, arrendamientos, hipotecas”. Colección: Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ; 31; 2008.

(5) MARTÍN DEL PESO, R., “Suspuestos de responsabilidad civil amparados por el seguro de hogar, Sepin, noviembre 2018.

(6) LÓPEZ VALVERDE, M., “Presentación de jurisprudencia al detalle: seguro del hogar”. Notas y Comentarios. Sepin. Septiembre 2017

(7) Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA) <http://www.unespa.es/>

(8) VELOSO, M., (26 de enero de 2018) ABC ECONOMÍA https://www.abc.es/economia/abci-casi-nueve-millones-viviendas-no-estan-aseguradas-201801260214_noticia.html

(9) MORENO, A. (1 de agosto de 2018) EL MUNDO <https://www.elmundo.es/economia/vivienda/2018/08/01/5b6191f5e5fdea2c568b462d.html>

(10) Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones (ICEA) <https://www.icea.es/es-ES>

(11) MAGRO SERVET, V., “Alcance de la responsabilidad por daños del seguro de hogar ante perjudicados por delitos dolosos del asegurado” LA LEY 230/2018 de Madrid.



doctrina

La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: acción directa y pérdida de oportunidad

Alberto J. Tapia Hermida
Catedrático de Derecho Mercantil
Abogado

Sumario

I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA Y SU ASEGURAMIENTO. ASPECTOS GENERALES

A) EL INCREMENTO RECÍPROCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA Y DE SU NECESARIO ASEGURAMIENTO.

B) LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA

1. Tipos de responsabilidad civil sanitaria

1.1. La responsabilidad civil sanitaria derivada de ilícitos civiles o de ilícitos penales

1.2. La responsabilidad civil derivada del mal funcionamiento de los servicios sanitarios.

2. Requisitos para reclamar la responsabilidad civil sanitaria

2.1. El acto médico no ajustado a la diligencia profesional.

a) La obligación de medios y la «lex artis ad hoc»

b) El consentimiento informado del paciente

c) La distinción entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva

d) La distinción entre el momento del diagnóstico y el momento del tratamiento, la prescripción de medicamentos o la intervención quirúrgica

2.2. El daño evaluable patrimonialmente.

2.3. La relación de causalidad eficiente entre el acto doloso o negligente del médico implicado y el daño reclamado

2.4. El problema de la carga de la prueba

II. LA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO EN EL “CRUCE DE CAMINOS” DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) LA SENTENCIA NÚM.321/2019, DE 5 DE JUNIO, DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. El supuesto de hecho
2. El conflicto jurídico

B) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA

1. El alcance de la autonomía de la acción directa prevista en el artículo 76 de la LCS
2. Las posibles vías de actuación del perjudicado cuando ocurre un siniestro por el que pudiese exigirse responsabilidad patrimonial a una Administración sanitaria
3. El valor que se debe dar a la resolución dictada por la Administración dentro del procedimiento incoado contra la aseguradora ante la jurisdicción civil, al amparo del art. 76 LCS

III. LA DOCTRINA DE LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD”

A) ÁMBITO, FINALIDAD Y ESTRUCTURA LÓGICA

1. El ámbito de la responsabilidad civil profesional, en particular, médica
2. La finalidad tuitiva del paciente
3. La estructura lógica de la doble incertidumbre sucesiva

B) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” POR LA JURISPRUDENCIA CIVIL

1. El caso de la mano amputada. Sentencia de 10 de octubre de 1998
2. El caso del atragantamiento por papilla. Sentencia de 19 de febrero de 2019

C) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” POR LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. El caso del retraso en el estudio neumológico del paciente que fallece por un carcinoma. La Sentencia de 27 de septiembre de 2011
2. El caso del diagnóstico tardío de un aneurisma. La Sentencia de 2 de enero de 2012
3. El caso de la falta de pruebas de la tensión arterial. La Sentencia de 13 de enero de 2015



I. LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA Y SU ASEGURAMIENTO. ASPECTOS GENERALES

A) EL INCREMENTO RECÍPROCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA Y DE SU NECESARIO ASEGURAMIENTO.

Conviene dar comienzo a este estudio constatando que, en el ámbito de la responsabilidad civil médica y de su seguro, se observa una tendencia que -como una auténtica “ley de hierro”- afecta a la generalidad de los seguros de responsabilidad civil comunes y, en particular, a los que cubren la responsabilidad civil profesional. Así, en términos generales, vemos como, en las sociedades desarrolladas, se extiende, día tras día, una suerte de “*cultura de la reclamación*” que se manifiesta, entre otras formas, mediante un incremento sostenido de las reclamaciones de responsabilidad civil a los profesionales y ello tanto en sentido cuantitativo, porque cada vez es mayor el número de tales reclamaciones y su cuantía; como en sentido cualitativo, porque la responsabilidad civil tanto empresarial como profesional tiende a objetivarse como consecuencia de la mera explotación de dichas actividades empresariales y profesionales. Observamos, por lo tanto, que en este ámbito se da la “*interferencia recíproca de la evolución de la responsabilidad civil y su seguro*” que se ocupó de destacar el maestro Fernando Sánchez Calero¹ y, conforme a la cual podemos anticipar un desarrollo de los seguros de responsabilidad civil profesional conforme a la dinámica creciente de lo que podríamos denominar “*la espiral de la responsabilidad civil y su aseguramiento*” porque, en el ámbito en el que operan estos seguros² día tras día, se incrementan las exigencias de responsabilidad civil de los distintos profesionales (por ejemplo, médicos, abogados, auditores, administradores de sociedades, etc.³). Y ello causa que estos

¹ A esta “*interferencia recíproca de la evolución de la responsabilidad civil y su seguro*” se refería el Maestro Fernando Sánchez Calero, en su comentario al art.73 de la LCS en Sánchez Calero F. (Dir.) y otros, “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, 4ª Edición, Cizur Menor 2010, p.1594 y ss. Ver, asimismo, Garrigues, J., “L’assicurazione della responsabilità civile totale nel diritto spagnolo”, A.S.S., I, 1963, pág. 295 y ss.

² Ver Salelles, J. R., “Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional”, R.D.M. 245, 2002, pág. 1125 y ss.

³ Sobre este último tipo de seguro, de creciente importancia práctica, ver Sánchez Calero, F., “El seguro de responsabilidad civil para administradores, directivos y gerentes de sociedades mercantiles”, RES nº.107, 2001, pág. 393 y ss.; Roncero Sanchez, A., “El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)”, Cizur Menor 2002; Fernández del Moral Domínguez,

profesionales suscriban sus respectivos seguros de responsabilidad civil cada vez con mayor frecuencia y por sumas aseguradas crecientes. Y, a su vez, estas mayores coberturas incentivan que los terceros perjudicados por los actos u omisiones de aquellos profesionales presenten reclamaciones con mayor frecuencia y por sumas más elevadas. Reclamaciones facilitadas por la consciencia de que disponen de acciones directas contra los aseguradores de aquella responsabilidad civil profesional. Lo que, a la postre, genera la espiral creciente que hemos señalado porque se genera un incremento del riesgo de responsabilidad civil profesional y de la necesidad de asegurarlo⁴.

En el caso de la responsabilidad civil médica y sanitaria, la contemplación de la realidad más reciente nos dice que no escapa a la regla general que hemos descrito de incremento del riesgo de reclamaciones de su responsabilidad civil y, por ello, de la necesidad de su aseguramiento. En este sentido, la experiencia de los últimos ejercicios muestra una tendencia creciente del número de reclamaciones tanto a nivel cuantitativo como cualitativo.

B) LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA

1. Tipos de responsabilidad civil sanitaria

1.1. La responsabilidad civil sanitaria derivada de ilícitos civiles o de ilícitos penales

La jurisprudencia civil nos muestra que la responsabilidad civil médica se ha articulado tanto en forma contractual, conforme al artículo 1101 del Código Civil; como en forma extracontractual conforme al artículo 1902 del mismo Código Civil. Con la consiguiente repercusión en los respectivos plazos de prescripción de las acciones: 1 año o 5 años.

En cuanto interesa a la responsabilidad civil derivada de delito, procede destacar tres

J.F., “El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza D&O)”, Granada 1998 y Guerrero Lebrón, “El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos”, Madrid 2004. Recientemente, puede verse el estudio de Sánchez-Calero Guilarte, J./Tapia Hermida, A.J., sobre “La responsabilidad civil derivada de los delitos de los administradores y directivos de sociedades y su aseguramiento: reflexiones sobre la jurisprudencia reciente” publicado en LA LEY MERCANTIL nº 10, Sección banca y seguros (enero 2015), pp. 84 y ss.

⁴ Sobre esta tendencia expansiva del seguro de responsabilidad civil pueden verse las siguientes obras: AA.VV., “Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio”, (Coord. Moreno Martínez, J.A.), Madrid 2000 y AA.VV., “Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa” (Dir. Sánchez Calero, F.) Madrid 1994.

aspectos generales que son: Primero, el que establece el principio mismo de imputación accesoria al autor del delito o falta, responsable penal de aquella; de esa responsabilidad civil derivada de delito o falta en el artículo 116 del Código Penal⁵. Segundo, el que señala que esta responsabilidad civil derivada de delito se enjuicia por la Jurisdicción criminal, aplicando las reglas generales del Derecho común que establece el Código Civil, como así lo tiene establecido la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo⁶. Tercero, el que establece la responsabilidad civil directa de los aseguradores de la responsabilidad civil, extremo este particularmente relevante a los efectos de esta Conferencia y con vistas al siguiente epígrafe sobre el aseguramiento de la responsabilidad civil médica, porque los presuntos perjudicados pueden y suelen reclamar la responsabilidad civil directa de los aseguradores conforme al artículo 117 del Código Penal⁷.

1.2. La responsabilidad civil derivada del mal funcionamiento de los servicios sanitarios.

Se trata de una responsabilidad civil objetiva conforme establece el art. 148 de la Ley del Consumidor⁸ cuando dispone -dentro del régimen general de responsabilidad civil

5 Este precepto dispone: *"1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. 2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. a responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno. 3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos".*

6 V. Sánchez-Calero Guilarte, J./ Tapia Hermida, A.J., "La responsabilidad civil derivada de los delitos de los administradores y directivos de sociedades y su aseguramiento: reflexiones sobre la jurisprudencia reciente" La Ley Mercantil nº 10, Sección banca y seguros (enero 2015), pp. 84 y ss.

7 Este precepto dispone: *"Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda".*

8 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

por bienes o servicios defectuosos- un régimen especial que afecta, en todo caso, a los servicios sanitarios⁹.

El Tribunal Supremo tiene declarado que este régimen no resulta de aplicación a la responsabilidad civil médica en particular, sino a la que deriva de aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica en sentido estricto.

2. Requisitos para reclamar la responsabilidad civil sanitaria

La jurisprudencia pone de manifiesto que el éxito de toda demanda de responsabilidad civil médica exige que el demandante acredite los tres requisitos comunes a toda reclamación de responsabilidad civil¹⁰ que son:

2.1. El acto médico no ajustado a la diligencia profesional.

El primero de los requisitos es la comisión de un acto no ajustado a la diligencia profesional exigible (*lex artis*) que sea imputable al médico o, en general, al personal sanitario en concepto de dolo o culpa, grave o leve. A este respecto, el análisis de la jurisprudencia sobre responsabilidad civil médica permite identificar un conjunto de criterios generales para valorar la diligencia profesional exigible al médico de los que nos ocupamos a continuación.

a) La obligación de medios y la «*lex artis ad hoc*»

Desde la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073) se sostiene que el contrato médico-

9 Dice el precepto citado: *"Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros".*

10 V. Blázquez Martín, R., "La responsabilidad civil de los profesionales jurídicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Diario La Ley, Nº 9093, Sección Dossier, 4 de diciembre de 2017, pág.19 y ss.

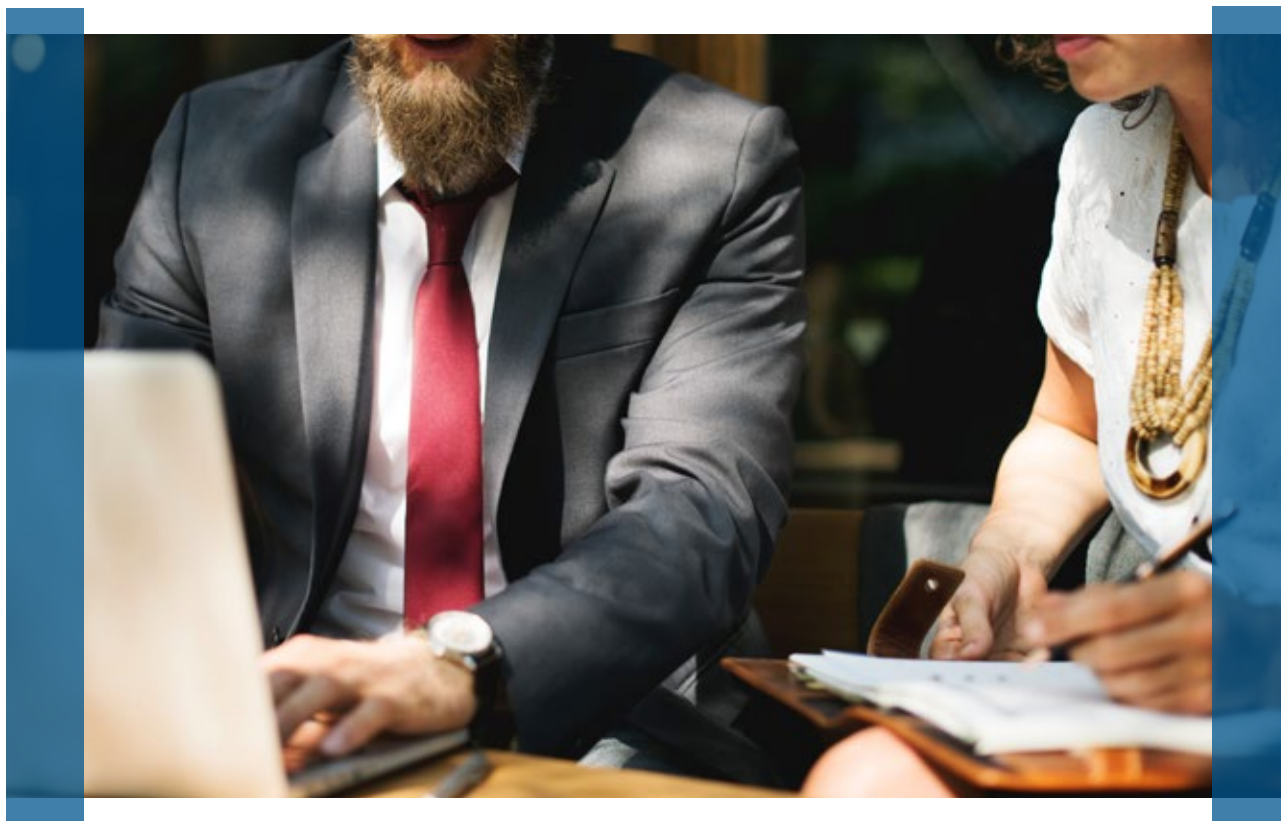
paciente es de arrendamiento de servicios y no de obra y que la actuación del médico se rige por la «lex artis ad hoc».

b) El consentimiento informado del paciente

Al deber médico de utilizar los medios adecuados a la ciencia tanto en el diagnóstico como en el tratamiento de la enfermedad, se une -tanto en la medicina curativa como en la medicina satisfactiva- la obligación de informar al paciente sobre el diagnóstico, el pronóstico y las opciones de tratamiento y, en particular, sobre cómo va a efectuarse este último, su duración y los riesgos inherentes. Y todo ello para que pueda ejercer su derecho fundamental a la libertad, optando entre tratarse o no, entre el centro médico elegido, etc., etc. En este sentido, podemos destacar la Sentencia n.º 447/2001 de 11 mayo de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (RJ 2001\6197) que destaca la raíz constitucional de este deber/derecho de información¹¹. De tal

¹¹ En su Fundamento de Derecho Séptimo dice: "Sobre el deber/derecho de Información aludido, se subraya que consistirá en informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde

se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado (S 25-4-1994). Asimismo, se ha expuesto que «...la información del médico preceptiva para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10,1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1,1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias -Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio (RTC 1989, 132) - en el artículo 9,2, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo, regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE



manera que se produce una suerte de regla de proporcionalidad directa conforme a la cual: cuanto mayor rango jurídico tiene un derecho (en este caso, el derecho de información del paciente), se produce una mayor exigencia en el cumplimiento del deber correlativo (en este caso, en el deber del médico de informar).

c) La distinción entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva

En la medicina curativa -que es aquella necesaria por estrictos motivos de salud (por ejemplo, un tratamiento contra el cáncer o una operación por fractura ósea)- la jurisprudencia constante y reiterada nos dice que la obligación del médico -tanto si procede de contrato como si es extracontractual- debe considerarse de actividad o medios y no de resultado, aplicando en todo caso la *lex artis ad hoc*. En este sentido, podemos destacar la Sentencia n.º 495/2006 de 23 mayo de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (RJ 2006\3535)¹².

En la medicina satisfactiva -que es aquella voluntaria destinada a mejorar algún aspecto de la vida del paciente (por ejemplo, una intervención de cirugía estética)- la jurisprudencia toma en consideración si, en el caso concreto, se ha asegurado previamente un resultado. En este último supuesto se habla de una obligación de medios acentuada. En este sentido, podemos destacar la Sentencia núm. 349/1994 de 25 abril de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (RJ 1994\3073) que se pronuncia en este sentido ante un caso de *“transformación de una actividad biológica -la actividad sexual-, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad*

forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos» (Sentencia 12-I-2001 [RJ 2001, 3]). En la propia Carta 2000/CE 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 3, se prescribe respecto a la integridad de la persona: «1.- Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2.- En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley...»

¹² En su Fundamento de Derecho Tercero dice: *“Es cierto que esta Sala funda la responsabilidad derivada de actos de naturaleza médica en establecimientos de carácter público en la culpa o negligencia como base de la responsabilidad extracontractual y que la obligación de diligencia del personal médico, como deber de actuación y no de resultado, se funda en el cumplimiento de la llamada lex artis ad hoc. La lex artis ad hoc, sin embargo, como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, no sólo comporta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias”.*

*de acudir a otros métodos anticonceptivos”*¹³.

d) La distinción entre el momento del diagnóstico y el momento del tratamiento, la prescripción de medicamentos o la intervención quirúrgica

En cuanto a la responsabilidad médica por error en el diagnóstico de la enfermedad sufrida por el paciente al no adoptar los medios o emplear las técnicas adecuadas según el estado actual de la ciencia, cabe destacar la Sentencia n.º 1202/2002 de 18 diciembre del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (RJ 2003\47) que califica de acto médico negligente la *“omisión de la utilización de un instrumento tan eficaz como el ecocardiógrafo para detectar la existencia de cardiopatías morfológicas o congénitas”*¹⁴.

¹³ En su Fundamento de Derecho Tercero dice: *“Si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica -la actividad sexual-, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención. Cuarta: Que, por lo que se refiere al presente supuesto, habida cuenta de que la resolución recurrida sienta como fundamento fáctico de su fallo, no combatido con éxito en esta vía de casación, que el demandado recurrente no acreditó haber hecho llegar al actor recurrido la información necesaria que le condujera a evitar que la reanudación de su vida matrimonial en forma normal condujera al embarazo de su esposa, obvio es que aquél incumplió sus obligaciones médicas, por lo que el acto médico puede calificarse de negligente, pudiéndose producir, como consecuencia de ello, la correcta aplicación del mecanismo reparador que, para los daños producidos por las conductas contractuales, prevén los artículos 1101 y 1104 del Código Civil y sin que, por el contrario, al no poderse calificar el acto como fortuito, quepa aplicar el precepto del artículo 1105 del mismo Cuerpo Legal, como pretende el motivo primero, que debe, igualmente, ser rechazado”.*

¹⁴ En su Fundamento de Derecho Tercero dice: *“Con seguimiento de la posición mantenida por la STS de 11 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2415) , procede manifestar que la omisión de la utilización de un instrumento tan eficaz como el eco-*

En cuanto a la responsabilidad médica por error en el tratamiento de la enfermedad

cardiógrafo para detectar la existencia de cardiopatías morfológicas o congénitas, constituye sin duda un descuido bien precisado por la Audiencia, con el resultado dañoso seguido y la posibilidad de haberlo evitado, si se hubiera actuado con la diligencia sanitaria normal en tales casos, por lo que la culpa o negligencia surge con dotación de la suficiente causalidad, en virtud de que no se realizaron las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación más coherente de la deontología médica y del sentido común humanitario para tales supuestos (STS de 6 de julio de 1990 [RJ 1990, 5780]), y hubieran podido conseguir, mediante un diagnóstico en el preoperatorio, salvar o aminorar los efectos de la dolencia sobrevenida a la paciente”.

sufrida por el paciente al no adoptar los medios o emplear las técnicas adecuadas según el estado actual de la ciencia, podemos destacar la Sentencia n.º 318/2002 de 14 noviembre de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2ª) (AC 2003\275) que declara la responsabilidad médica en el caso de una intervención de ligaduras de trompas en la que la mujer se quede embarazada a los tres meses de realizarse dicha intervención¹⁵.

¹⁵ En su Fundamento de Derecho Cuarto dice: “En cuanto a la segunda cuestión, que es la relativa a la responsabilidad del apelante, se ha de señalar, que, conviene destacar



2.2. El daño evaluable patrimonialmente.

El segundo requisito para el éxito de una reclamación de responsabilidad civil médica consiste en que el demandante acredite la generación de un daño evaluable patrimonialmente en el reclamante o en sus herederos.

2.3. La relación de causalidad eficiente entre el acto doloso o negligente del médico implicado y el daño reclamado

El tercer requisito para el éxito de una reclamación de responsabilidad civil médica consiste en que el demandante acredite la relación de causalidad eficiente entre el acto doloso o negligente del médico implicado y el daño reclamado.

2.4. El problema de la carga de la prueba

Es un factor procesal común a los tres requisitos expuestos el problema de la carga de la prueba porque la jurisprudencia descarta la existencia de una responsabilidad objetiva, así como la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en contra del médico. Por ello, el paciente o sus familiares deberán probar tanto la realidad de los hechos como el nexo causal existente entre la conducta negligente del facultativo y el daño sufrido conforme a lo dispuesto en el art. 217 LEC. En este sentido, podemos destacar la Sentencia n.º 616/2003 de 25 junio de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (RJ 2003\4261) que descartó

la STS de 25 abril 1994 (RJ 1994, 3073) , que si bien sigue sosteniendo que el contrato médico-paciente es de arrendamiento de servicios y no de obra, y que la actuación del médico se rige por la «lex artis ad hoc», añade: «que si las anteriores obligaciones o medidas pueden practicarse en los supuestos en los que la persona acuda a la misma para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en aquellos otros en los que la medicina tiene carácter meramente voluntario (cirugía estética, o como en el caso de autos, vasectomía) el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios (que obliga al médico a una obligación de medios) se aproxima ya de forma notoria al de arrendamiento de otra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que si así no sucediera es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada». Llegados a este punto, la prueba pericial practicada, extensa en su contenido y conocimientos sobre la materia, contiene una afirmación, que es básica para la resolución de este problema, siendo ésta, lo improbable, extraordinario y dificultoso que resulta tras una intervención de ligaduras de trompas, que una mujer se quede embarazada a los tres meses de realizarse dicha intervención ya que en los casos en los que la recanalización de las trompas es la causa del fallo (causa esta, que es la que depende de la naturaleza), pasan habitualmente una serie de años antes de que se produzca el embarazo, de unos 2 a 5 años. De todo ello, se ha de concluir afirmando que la intervención quirúrgica a la que fue sometida la actora, fue realizada de forma incorrecta para la obtención del resultado por ella pretendido.”

la responsabilidad del médico por considerar probada la corrección del acto médico de un doctor que fue demandado porque se informó de la situación de la enferma por lo manifestado por ella y sus familiares y comprobó que tenía un dolor epigástrico. De modo tal que no sólo le tomó el pulso y la auscultó, sino que examinó sus vómitos y le prescribió un tratamiento. De modo tal que, dejándola mejorada, le aconsejó que visitara a su especialista al día siguiente. Por ello, si posteriormente se presentó un infarto sería algo sobrevenido tras la mejora de la enferma; sin que exista nexo causal alguno entre la actuación del galeno y el resultado fatal posteriormente acaecido¹⁶.

II. LA ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO EN EL “CRUCE DE CAMINOS” DE LA JURISDICCIÓN CIVIL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

A) LA SENTENCIA NÚM.321/2019, DE 5 DE JUNIO, DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

¹⁶ Que en su Fundamento de Derecho Segundo dice: “La obligación médica, según reiterada doctrina de esta Sala, se concreta en proporcionar al enfermo los cuidados que requiere, según el estado de la ciencia y de la denominada «lex artis ad hoc», es decir, tomando en consideración el caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que tenga lugar sentencia de 31 de julio de 1996 (RJ 1996, 6084) . Asimismo, que la obligación contractual o extracontractual del médico, es una obligación de medios y en la valoración de su conducta queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere tampoco la inversión de la carga de la prueba, estando a cargo del paciente o familiares la prueba de la culpa y la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer relación de causalidad culposa, por depender de la misma el resultado dañoso sentencias de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2824) , 12 de junio de 1988 SIC, 7 de febrero de 1990 (RJ 1990, 668) , 8 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3585) , 20 de febrero (RJ 1992,1326) y 13 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7547) , 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9096) , 26 de septiembre de 1994 (RJ 1994, 7303) y un largo etcétera. La corrección del acto médico está fuera de duda, el demandado se informó de la situación de la enferma por lo manifestado por ella y sus familiares y comprobó que tenía un dolor epigástrico; no en el pecho, como han querido afirmar los recurrentes, tras su asesoramiento letrado, como recoge la sentencia del Juzgado en su fundamento jurídico cuarto. Y, no sólo le tomó el pulso y la auscultó, sino que examinó sus vómitos y le prescribió un tratamiento y dejándola mejorada y aconsejando visitara a su especialista al día siguiente. Ha cumplido el médico cuanto le prescribía la «lex artis ad hoc». No existía entonces dolor alguno de pecho, ni otra sintomatología que revelase el «supuesto infarto de miocardio», al punto de mejorar tan notoriamente que recuperó toda su lucidez y durmió plácidamente. Si luego se presentó un infarto, lo que no está acreditado, es algo sobrevenido tras la mejora de la enferma de su real padecimiento. No existe nexo causal alguno sobre la actuación del galeno y el resultado fatal posteriormente acaecido y no podía determinarse durante su visita la existencia del supuesto infarto porque toda la sintomatología, pese a los esfuerzos y dislocamientos dialécticos del motivo, apuntaba a una dolencia gástrica”.

Esta Sentencia núm.321/2019, de 5 de junio, del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo¹⁷ fija doctrina jurisprudencial clarificadora sobre algunos aspectos esenciales que afectan al ejercicio de la acción directa del perjudicado en el complejo “cruce de caminos” de la jurisdicción civil y de la contencioso-administrativa que se pueden resumir diciendo que la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite máximo cuantitativo del derecho de repetición contra la aseguradora.

1. El supuesto de hecho

El supuesto de hecho del litigio surgió de una intervención de mentoplastia y lipofiling realizada, en el mes de mayo de 2012, al paciente Sr. X; constando acreditada en autos una mala praxis médica concretada en tres aspectos: falta de consentimiento informado de la cirugía maxilofacial a la que fue sometido; deficiente examen post-operatorio de la herida quirúrgica; e indebida actuación una vez detectada la insuficiencia respiratoria del paciente. Esta última actuación que le causó unos daños cerebrales irreversibles, siéndole reconocida una discapacidad de un 100%.

2. El conflicto jurídico

El conflicto jurídico se desarrolló en las siguientes fases:

a) El 7 de agosto de 2012, el Sr. X junto con otros familiares, interpusieron reclamación patrimonial contra la Administración sanitaria, recayendo resolución administrativa que estimó la reclamación de daños y perjuicios formulada, reconociéndoles el derecho a percibir una indemnización total actualizada por importe de 334.684, 66 euros por los daños y perjuicios ocasionados. Aquella resolución devino firme por cuanto quienes presentaron la reclamación patrimonial -que coinciden con los actores de la acción civil- no la impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa que puso término al expediente el 3 de septiembre de 2014.

b) El 15 de enero de 2014, el Sr. X junto con otros familiares interpusieron demanda contra la aseguradora de responsabilidad civil sanitaria en reclamación de 1.289.567,62 euros, más los intereses del artículo 20 LCS, como indemnización por daños y perjuicios, a resultas de la negligente atención médica prestada. Resulta esencial recordar que esta acción civil se ejercitó cuando el expediente administrativo se encontraba en trámite, ya avanzado y con informe emitido por el inspector médico.

c) El 29 de julio de 2015, el Juzgado de Primera Instancia n.º 67 de Madrid dictó sentencia que, estimando sustancialmente la demanda, condenó a la aseguradora a pagar la cantidad de 735.972,75 euros; con los intereses de demora previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro, hasta su completo pago.

d) El 27 de junio de 2016, la sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia desestimando el recurso de apelación de la aseguradora demandada y estimando parcialmente la impugnación formulada por la parte actora señalando que también la suma de 334.684,66 euros devengaría los intereses del artículo 20 de la LCS desde la fecha del siniestro hasta la fecha de consignación.

e) La aseguradora interpuso recurso de casación sobre la base de dos tipos de infracciones legales: por una parte, sostuvo que la Sentencia de apelación infringía los artículos 1137, 1144 y 1145 del Código Civil y los artículos 73 y 76 de la Ley del Contrato de Seguro al no respetar la declaración de responsabilidad de la Administración asegurada que devino firme e inatacable con carácter previo a que se dictase la sentencia de primera instancia habiendo procedido al pago de la misma; y, por otra parte, la sentencia de apelación infringía los apartados 2, 6 y 7 del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, al imponer los intereses moratorios desde el siniestro hasta la fecha de sentencia sin tener en cuenta que la aseguradora procedió a consignar el importe mínimo previsto legalmente.

B) LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL FIJADA

La Sentencia núm.321/2019, de 5 de junio, del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo que comentamos decide en su fallo estimar el recurso de casación interpuesto por la aseguradora contra la sentencia dictada con fecha 18 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Barcelona, (sección 14.ª); casar

¹⁷ Recurso de Casación núm. 2992/2016; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz; RJ 2019\2213. P.D.: Sobre esta Sentencia puede verse el comentario de Badillo Arias, J.A., en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro n.º 70. Segundo Trimestre. Año 2019, pp. 89 y ss. y la entrada de nuestro blog (ajtapia.com) de 30.09.2019 sobre “Seguro de responsabilidad civil sanitaria. Acción directa del perjudicado en el “cruce de caminos” de la jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Sentencia núm.321/2019, de 5 de junio, del Tribunal Supremo”.



la sentencia recurrida, que se deja sin efecto; y con revocación de la de primera instancia, estimar parcialmente la demanda, al quedar limitada la condena a la suma fijada en la resolución administrativa (334.684, 66 euros), que devengará los intereses del art. 20 de esta suma desde la fecha del siniestro hasta la fecha de su consignación. El Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo llega a este fallo en un razonamiento que recopila y fija doctrina jurisprudencial en los tres aspectos siguientes

1. El alcance de la autonomía de la acción directa prevista en el artículo 76 de la LCS

En este punto, el apartado 3 del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia comentada, partiendo de la base de la aceptación, por la aseguradora recurrente, del carácter autónomo de la acción directa prevista en el artículo 76 de la LCS expone dos aspectos esenciales para la interpretación del precepto:

a) En primer lugar, la posición de la doctrina científica¹⁸ diciendo: “*Se ha afirmado que la acción directa es una acción autónoma que nada tiene que ver con la acción subrogatoria, pues el perjudicado no se subroga en los derechos del asegurado, sino que su derecho nace de un modo indirecto y por disposición legal de un contrato de seguro al que en principio es ajeno.(...) El derecho del tercero perjudicado frente al asegurador goza de autonomía profunda respecto al que aquel tiene frente al asegurado causante del daño, pues se trata de derechos diversos, que no deben confundirse. (...) Al día de hoy es doctrina pacífica que la acción directa no es subsidiaria de la acción contra el responsable sino que goza de autonomía procesal y que para ejercitarla no es preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa, pues precisamente una de las ventajas de dicha acción, que a su vez constituye su fundamento, es evitar esa reclamación previa y la sumisión a la autotutela decisoria y las dilaciones que tal actuación previa conlleva. (...) Ahora bien, la parte recurrente sí pone el acento en que la premisa de la responsabilidad del asegurado es un presupuesto técnico de la acción directa, pues la aseguradora no responde por el hecho de otro (artículo 1903 CC) sino por la responsabilidad de otro.(...) Según afirma la doctrina, la acción*

directa no hace a la aseguradora responsable sino garante de la obligación de indemnizar. (...) De ahí que, a la hora de analizar el alcance de su autonomía, distinga entre su autonomía procesal, pues no hay que reclamar ni antes ni conjuntamente al asegurado, y su carácter accesorio, en el sentido de que no prosperará si no se acredita la responsabilidad del asegurado. (...) Predica que la autonomía procesal de la acción directa lo es respecto del contrato de seguro, pero no respecto de los contornos de la responsabilidad del asegurado. (...) Esto es, la aseguradora queda obligada vía acción directa, frente a la víctima, pero nunca más allá de la obligación propia del asegurado, generada por la responsabilidad nacida a su cargo (...) Por tanto el asegurador puede oponer a la víctima, aunque se halle presente en el litigio el asegurado, que este no puede ser considerado responsable del daño cuya indemnización reclama”.

b) En segundo lugar, la Sentencia comentada hace una utilísima síntesis de la doctrina jurisprudencial en los términos siguientes: “(i) *Se trata de una acción autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado y se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido al tercero perjudicado (STS 484/2018, de 11 de septiembre (RJ 2018, 3829). (...) (ii) Implica «un derecho propio -sustantivo y procesal- del perjudicado frente al asegurador, con el propósito, de una parte, de un resarcimiento más rápido [...] y, de otra parte, de eludir la vía indirecta en virtud de la cual el perjudicado habría de reclamar al causante del daño y éste al asegurador, lo que provocaba una innecesaria litigiosidad» (STS 87/2015, de 4 de marzo (RJ 2015, 714) (...). (iii) El derecho del tercero a exigir del asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. Es decir, el perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: «la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76)» (STS 200/2015, de 17 de abril (RJ 2015, 1199) , que cita la deS12 de noviembre de 2013). (...) (iv) La conexidad de ambos obligados resulta de su condición de deudores solidarios. Por ello, el cumplimiento de la obligación por cualquiera de los dos responsables solidarios extingue la obligación por efecto del art. 1145.1 CC (STS 87/2015, de 4 de marzo). (...) (v) El art.*

18 Ver por todos Sanchez Calero, F. “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones”, 4ª Edición Civitas/ Thomson Reuters, Cizur Menos 2010, pag.1721 y ss. y nuestro estudio sobre “Aspectos polémicos del Seguro de Responsabilidad Civil. Reflexiones sobre la Jurisprudencia reciente”, RDM n.º 233 (1999), pág. 977 y ss.



76 LCS, al establecer que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, configura una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley (STS 200/2015). (...) (vi) La inmunidad de la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impeditivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro (STS 200/2015, de 17 de abril (RJ 2015, 1199) , con cita de las de 26 de noviembre de 2006 , 8 de marzo de 2007 y 23 de abril de 2009). (...) (vii) En particular, «la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible [...] al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber

nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato» (STS 730/2018, de 20 de diciembre (RJ 2018, 5493) , que cita las sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre (RJ 2004, 7558) ; 268/2007, de 8 de marzo (RJ 2007, 1527) ; 40/2009, de 23 de abril (RJ 2009, 3164) ; 200/2015, de 17 de abril (RJ 2015, 1199) ; y 484/2018, de 11 de septiembre (RJ 2018, 3829). (...). (viii) La acción directa se entiende sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado; precisamente, este derecho de repetición solo tiene sentido porque el asegurador no puede oponer al perjudicado el comportamiento doloso del asegurado. (...) (ix) Su regulación no impide que la pretensión objeto de la acción se someta al régimen del art. 219 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , dejando la cuantificación de



la indemnización para un momento posterior (STS 213/2015, de 17 de abril (RJ 2015, 1198)): la aseguradora no queda privada de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitativas del riesgo, como es el capital máximo por siniestro «pues nada impedía a la aseguradora plantear o excepcionar esas supuestas cláusulas delimitativas del riesgo tanto en el primer pleito como en el segundo». (...). En esencia, el tratamiento jurisprudencial se basa en tres principios destacados por doctrina autorizada: autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado”.

2. Las posibles vías de actuación del perjudicado cuando ocurre un siniestro por el que pudiese exigirse responsabilidad patrimonial a una Administración sanitaria

En esta hipótesis, el apartado 5 del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia comentada señala que se abren las siguientes posibilidades: “(i) Que el perjudicado ejercite

contra la aseguradora de la Administración sanitaria la acción directa que prevé el art. 76 LCS, obviando seguir el procedimiento administrativo previsto legalmente para reclamar responsabilidad y consiguiente indemnización de esta. En este supuesto, en el que el perjudicado se dirige, al amparo del art. 76 LCS, directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora, la competencia para conocer de la acción corresponde necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar (STS de 15 de octubre de 2013 (RJ 2013, 6956). Pero ello será a los solos efectos prejudiciales por lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración (art. 42.1 LEC), esto es, que solo produce efectos en el proceso civil y no en el contencioso-administrativo, si llegase a existir, pues para que así fuese, esto es, si se pretendiese demandar responsabilidad de la Administración y condena de ésta, será preciso seguir la vía administrativa y contencioso-administrativa. Y como se ha expuesto, la prejudicialidad de la responsabilidad de la Administración, a los solos efectos del proceso civil, debe verificarse conforme a parámetros administrativos. (...) (ii) Que el perjudicado acuda a la vía administrativa y contencioso-administrativa y que, una vez declarada la responsabilidad de la Administración y su condena, ejercite contra la aseguradora de esta la acción directa prevista en el art. 76 LCS. En este caso la acción directa se circunscribirá al contrato de seguro, pues el presupuesto técnico de la responsabilidad del asegurado, que es la Administración, consta como vinculante, por ser aquella la única jurisdicción que la puede condenar, esto es, la contencioso-administrativa. Así se infiere de la sentencia 625/2014 de 25 de febrero.(...) (iii) Que el perjudicado opte por seguir el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y, recaída resolución por la Administración, sea consentida por aquel al no impugnarla en la vía contencioso-administrativa. Naturalmente la cuestión jurídica que pudiese suscitarse es si con posterioridad a la resolución administrativa o con anterioridad pero en el curso de la tramitación del expediente incoado, el perjudicado ejercita la acción directa del art. 76 LCS contra la aseguradora de la Administración. La resolución administrativa recaída puede ser desestimando la existencia de la responsabilidad o asumiendo su existencia y fijando la cuantificación de la indemnización a satisfacer. Este último supuesto es el de autos y, por ende, el que va a merecer nuestra atención y enjuiciamiento”.

3. El valor que se debe dar a la resolución dictada por la Administración dentro del procedimiento incoado contra la aseguradora ante la jurisdicción civil, al amparo del art. 76 LCS

Los apartados 6 y 7 del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia comentada establece doctrina jurisprudencial del Pleno en este punto cuando, partiendo de la circunstancia de que la parte demandante, en su legítimo derecho de opción al que se hizo mención, optó voluntaria y libremente por acudir a la vía administrativa previa para exigir de la Administración una indemnización del daño padecido por ser responsable de la causa que lo originó; señala: *“De ello se colige que lo único que podían impugnar los reclamantes ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, era el quantum indemnizatorio en el caso de que discrepasen de él, por cuanto la Administración asumió su responsabilidad. Si a ello se une, según expusimos, que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios. Se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla. Con la consecuencia de que sería condenada la aseguradora en el proceso civil, en aplicación del art. 76 LCS, a una cantidad superior a la obligación de la Administración asegurada, que de haberse satisfecho se podría tener por extinguida. Por tanto, cuando como es el caso, existe una estimación, total o parcial, de la reclamación, se pone en marcha una serie de mecanismos que justifican la solución que propugnamos. (...) Así: (i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la*

indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora”.

III. LA DOCTRINA DE LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD”

A) ÁMBITO, FINALIDAD Y ESTRUCTURA LÓGICA

1. El ámbito de la responsabilidad civil profesional, en particular, médica

Los tribunales han aplicado la teoría o técnica de la pérdida de oportunidad para enjuiciar casos de la responsabilidad civil de las profesiones jurídicas y médico-sanitarias. Ello no obsta para que, a nuestro entender, pueda extenderse esta doctrina a otras clases de responsabilidad civil profesional y, por lo tanto, a su asesoramiento. Estamos pensando en la responsabilidad civil de administradores de administradores y directivos de sociedades y a los seguros que cubren los siniestros de este tipo (los llamados seguros de D&O)¹⁹. En particular, cuando se trata de los seguros de la responsabilidad civil de los altos cargos de entidades financieras, la finalidad tuitiva de colectivos numerosos de terceros perjudicados, la dificultad de probar la relación causal precisa entre el acto negligente y el daño económico -muchas veces, difuso- ocasionado y la necesidad de dar respuesta justa a los daños sufridos son otros tantos argumentos para plantear esta posible extensión ya que, según veremos, están en la estructura básica de la teoría o técnica de la pérdida de oportunidad.

2. La finalidad tuitiva del paciente

La doctrina jurisprudencial de la “pérdida de oportunidad” opera, en el ámbito médico-sanitario, como una tercera herramienta para garantizar la indemnización del paciente dañado en aquellos supuestos en los que ni la aplicación, primero, de la teoría clásica de la imputación de la responsabilidad sobre la base de una relación de causalidad; ni el recurso, después, a la imputación objetiva son suficientes de modo tal que pudiera producirse, en estos supuestos, una irresponsabilidad absoluta del agente profesional.

¹⁹ Sobre los que se puede ver nuestro estudio sobre “El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos de sociedades (D&O) ante las novedades legislativas y jurisprudenciales”, en esta misma Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro n.º 54 (2015), pp. 29 y ss.

En relación con esta finalidad tuitiva del paciente, es destacable que la jurisprudencia contencioso-administrativa aplique esta doctrina jurisprudencial de la “pérdida de oportunidad” de oficio aun cuando no se mencione expresamente en la demanda inicial como así lo dice el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 enero de 2012 (RJ 2012\2)²⁰.

La jurisprudencia contencioso-administrativa ha construido esta doctrina de la “pérdida de oportunidad” para garantizar la indemnización del paciente dañado y evitar irresponsabilidad absoluta del agente profesional en aquellos supuestos donde la incertidumbre probatoria sobre la relación de causalidad no permite aplicar la teoría clásica de la imputación culpabilística de la responsabilidad sobre la base de la quiebra de la *lex artis* “ad hoc”, dando por supuesta una relación de causalidad; ni el recurso a la imputación objetiva; ni tampoco la compensación de culpas.

3. La estructura lógica de la doble incertidumbre sucesiva

La doctrina jurisprudencial de la “pérdida de oportunidad” opera sobre la base de una doble incertidumbre porque, sobre un escenario hipotético se aplican las técnicas probabilísticas. En efecto, del análisis de las Sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo se deduce que el razonamiento que sustenta la evaluación del daño por pérdida de oportunidad pasa por dos fases lógicas:

a) Primero, comienza estableciendo la hipótesis de que las personas implicadas, en especial el personal médico o sanitario, hubieran diagnosticado adecuadamente al paciente o le hubieran aplicado el tratamiento médico o quirúrgico adecuado según el estado de la técnica.

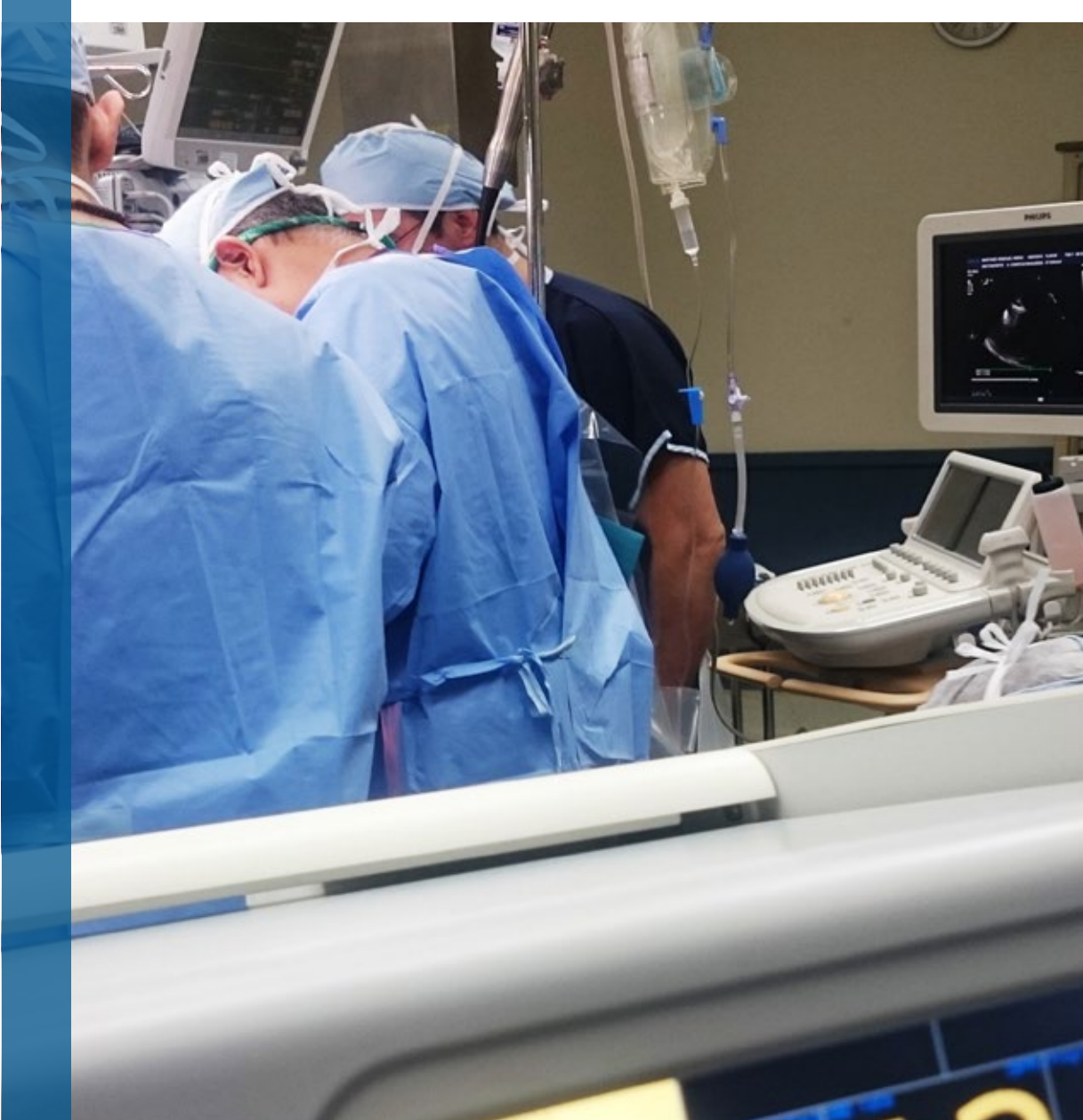
b) En segundo lugar, una vez establecido este escenario hipotético, los tribunales precisan la indemnización en función del grado de probabilidad que hubiera tenido la aplicación de aquella técnica médica o quirúrgica en la inexistencia del daño personal efectivamente acaecido o en su minoración. Y dicha probabilidad se mueve en una curva que transita desde la imposibilidad hasta la certeza²¹.

La probabilidad crece en función de la relación de causalidad física entre el tratamiento médico y la evitación o reducción del daño padecido, de tal manera que se distinguen tres franjas de probabilidad con las consecuencias indemnizatorias respectivas: una franja superior que implica la certeza causal y debe conducir a la íntegra reparación del daño; una franja inferior en la que la relación de causalidad es remota o ilusoria y no debe conducir a reparar un daño inverosímil; y una franja media o central en la que, sin existir una certeza causal, de las pruebas resulta una probabilidad causal seria. Es en este último escenario donde se sitúa la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Se trata de lo que se denominaría “el sendero medio” de la responsabilidad civil médica porque -tal y como señala la jurisprudencia más reciente en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia núm.105/2019, de 19 de febrero, de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (a la que después nos referiremos e n detalle)- “su aplicación es un paliativo del radical principio del «todo o nada» a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad.(...) La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales”.

20 Cuando señala: “No obsta a la aplicación de esta doctrina el hecho de que no se mencionara de forma expresa por la parte recurrente en su demanda inicial, puesto que se deduce claramente que el fundamento de su pretensión iba dirigida a un diagnóstico más temprano de la verdadera patología que le afectaba y, consecuentemente a un tratamiento adecuado a la misma. (...) En el presente caso, la privación de expectativas no puede reputarse total sino que evidentemente existió un lapso temporal inicial en el que el diagnóstico renal era adecuado a la sintomatología de dolor lumbar que presentaba, pero que al no mejorar debió haberse contrastado y sometido a consideración, por lo que procede reconocer la cantidad global de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 EUROS) que se considera actualizada a fecha de la sentencia”.

21 En este sentido, en nuestro Manual sobre “Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones”, Ed. Iustel, 1ª Edición, Madrid (2014), pág.138 nos referíamos al riesgo como uno de los elementos esenciales de la operación -y del contrato- de seguro diciendo: “El riesgo, entendido como la posibilidad de que suceda un evento dañoso que haga nacer la necesidad pecuniaria cubierta por el seguro; posibilidad que se mueve en grados de probabilidad entre los extremos de la imposibilidad y la certeza. Para la existencia del seguro es suficiente que la incertidumbre pueda predicarse del evento en sí (robo, en el seguro de robo) o, simplemente, del momento en que pueda acaecer (muerte, en el seguro de vida entera para caso de muerte). En el contrato de seguro tiene enorme importancia la correcta delimitación del riesgo cubierto. El riesgo potencial se actualiza en forma de siniestro”.



Los factores que configuran la doctrina de la “pérdida de oportunidad” ante esta jurisdicción son los siguientes: no se ha producido la quiebra de la *lex artis* “*ad casum*”, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario, ese daño se concreta en la incertidumbre sobre la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación que deben ser indemnizadas y, en conclusión, el montante debe reducirse en función de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, aun cuando se hubiera actuado diligentemente.

Por lo tanto, hay una dosis de *ucronía* porque el tribunal, para reparar un daño cierto del paciente; debe plantearse -sobre la base de los hechos probados en autos y el estado de la técnica en general- qué hubiera pasado de aplicarse el tratamiento médico adecuado. Y, como el futuro es una región que nadie conoce, habrá de valorar el daño en función del grado de probabilidad de no haberlo sufrido el paciente en ese futuro imperfecto.

Lo anterior implica que la doble incertidumbre sucesiva (cálculo de probabilidad sobre escenario hipotético) sobre la que opera la doctrina de la pérdida de oportunidad incrementa de forma exponencial la facultad de apreciación de los jueces y tribunales

disminuyendo, en consecuencia, la previsibilidad de sus decisiones y reduciendo el margen de la seguridad jurídica.

B) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA “PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD” POR LA JURISPRUDENCIA CIVIL

1. El caso de la mano amputada. Sentencia de 10 de octubre de 1998

La primera Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo que acogió la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario fue la de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998/ 8371) que resolvió un caso en el que una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que había sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, compañero de trabajo del accidentado, consideró oportuno cambiar la caja y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco introduciendo a continuación hielo seco o sintético, operación que realizó fuera del botiquín y sin conocimiento de la ATS. Ésta, observando que se había cambiado el recipiente y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación y el reimplante no tuvo éxito.

Demandadas la titular de la empresa, una médica y la ATS; el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria únicamente por lo que hace a la ATS, considerando que debería haber comprobado que el miembro se seguía conservando en hielo natural. Sin embargo -tal y como señala en su Fundamento de Derecho Segundo- *«lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma a la demandada no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera se le puede imputar la pérdida de unas expectativas»*.

2. El caso del atragantamiento por papilla. Sentencia de 19 de febrero de 2019

En la jurisprudencia civil reciente, destaca la Sentencia núm.105/2019, de 19 de febrero, de la

Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo²².

El supuesto de hecho sobre el que se pronuncia esta Sentencia es el de un niño de 7 meses de edad que fallece al atragantarse mientras le daban la papilla en una guardería infantil, propiedad de una sociedad mercantil, bajo el cuidado de dos empleadas de la guardería, siendo una de ellas la directora de la guardería. En concreto, quedó acreditado en autos que la cuidadora que daba de comer al bebé realizó las maniobras de primeros auxilios para intentar su reanimación sin éxito y que, al no haber reacción, llamó a la directora y otros empleados, que también intentaron sin resultado reanimar al bebe que no respiraba, por lo que llamaron al 061 y, sin esperar a que llegara la UVI, lo trasladaron al hospital que estaba a 200 metros.

El conflicto jurídico se inició mediante la demanda que interpuso la madre del niño fallecido frente a las dos empleadas de la guardería, frente a la sociedad mercantil propietaria de la misma y frente a la aseguradora, con la que tenía suscrita la póliza de seguro la guardería, solicitando a las tres primeras una indemnización de 135.617,80 euros y a la aseguradora 60.000 euros (por ser la suma asegurada) en concepto de daños y perjuicios derivados de la muerte del niño al atribuir responsabilidad a ambas empleadas por no haber actuado ajustándose a la diligencia exigible a las circunstancias del caso. Se ejercitó acumuladamente la acción de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y 1903.1º y 4º del Código Civil) junto a la acción directa frente a la aseguradora (art. 76 LCS). La aseguradora se allanó parcialmente a la demanda por la suma de 60.000 euros añadiendo que ello no debía entenderse como reconocimiento de responsabilidad por parte de ninguno de los codemandados y defendiendo que se trataba de un caso fortuito. Mientras que los demás demandados se opusieron a la demanda.

La Sentencia de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo núm.105/2019, de 19 de febrero que, en consecuencia, estima parcialmente la demanda formulada contra la Guardería y su directora., en el sentido de que la condena solidaria de éstas a abonar a la parte actora sea de 60.000 euros. A este fallo se llega a

²² Recurso de Casación/Recurso extraordinario por infracción procesal núm. 2990/2016; Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz; RJ 2019\613. Puede verse el comentario en la entrada de nuestro blog (ajtapia.com) de 15 de abril de 2019 titulada “Seguro de responsabilidad civil y teoría de la “pérdida de oportunidad”. Sentencia núm.105/2019, de 19 de febrero, del Tribunal Supremo”.

través de un razonamiento que pasa por las tres fases siguientes:

a) Primero, recoge la formulación de la técnica de la «pérdida de oportunidad o chance» consolidada en el Derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil de abogados, procuradores y médico-sanitaria en su Fundamento de Derecho Séptimo como matización de las doctrinas clásicas de la imputación objetiva y causalidad adecuada²³.

b) Segundo, expone la jurisprudencia sobre la técnica de la «pérdida de oportunidad o

chance²⁴.

c) Tercero, aplica de la técnica de la «pérdida de oportunidad o chance» al caso litigioso en su Fundamento de Derecho Séptimo²⁵ que justifica la condena a la directora de la Guardería y una vez condenada ésta, procede la condena solidaria de la entidad mercantil propietaria de este establecimiento - conforme a la previsión establecida por el art. 1903. 4.º del Código Civil- porque se trata de una entidad cuyo fin social es el negocio de guardería, al frente del cual aparece la directora como empleada por la sociedad para dirigirlo.

C) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA «PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD» POR LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. El caso del retraso en el estudio neumológico del paciente que fallece por un carcinoma. La Sentencia de 27 de septiembre de 2011

La Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011²⁶ aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad a un caso de retraso en el estudio neumológico de un paciente que acaba falleciendo por un carcinoma. En concreto, señala: *“Para la fijación de la indemnización procedente, ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de Don Melchor, esposo de la recurrente, ocasionado por un carcinoma epidermoide, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad sufrida pues, a la vista de los referidos informes*

23 Aquel Fundamento de Derecho dice: *“Las doctrinas de la imputación objetiva y causalidad adecuada sobre la relación de causalidad persiguen evitar, en nuestro caso en contra del médico, multiplicidad de demandas fundadas en una aplicación mecánica del nexo de causalidad. De ahí que se acuda a la teoría de la imputación objetiva y como cláusula de cierre a la de la causalidad adecuada para negar relevancia jurídica a los supuestos en que, aun constatada la relación causal material, física o natural, sin embargo el resultado no es susceptible de ser imputado al demandado. (...) Ahora bien tal tesis doctrinal y jurisprudencial tiene un reverso, ahora a favor del paciente, para evitar una continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico. Esa dificultad no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta por parte del agente profesional. (...) Tal reverso, para conjurar dicho peligro, es la llamada técnica de la “pérdida de oportunidad o chance”. (...) Esta teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización. (...) Su aplicación es un paliativo del radical principio del “todo o nada” a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad. (...) La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa. (...) Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de una puntualización. (...) En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se residencia esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal seria, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo (STS 27 de julio de 2006. ...) Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por haberse privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado”.*

24 Diciendo: *“En sede de probabilidad, la sala en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada (STS 25 de junio de 2010) y concede toda la indemnización, mientras que en otros (STS de 2 de enero de 2012) limita la indemnización “en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado”.*

25 Diciendo: *“Si se aplica la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, se aprecia que la omisión del traslado inmediato del bebé al centro hospitalario sí supera el nivel mínimo de probabilidad causal, pues, como se ha expuesto, y así aparece acreditado en autos, es lo que prevé el protocolo. (...) Si médicamente así se prevé, y basta con acudir a lo informado por los médicos forenses, es porque existe un mínimo de probabilidad de que el paciente pueda superar y conjurar el peligro de muerte. (...) Ahora bien, dicho lo anterior, hay que descender a las circunstancias singulares y concretas de este bebé para, a partir de ellas, constatar si existía certeza total de que superase el episodio y, en su caso, si sería con secuelas severas por anoxia, de haber sido inmediatamente trasladado al centro hospitalario. (...) O si por el contrario solo existía probabilidad, y en qué grado, de la franja central. (...) Como esto último es lo que se desprende de la sentencia recurrida, es lo que acoge la sala, pero, al no constar como hecho probado el concreto grado de probabilidad, fijamos la indemnización en 60.000 euros, que era la asegurada”.*

26 RJ 2012/939, Recurso de casación 6280/2009.

cabe sostener que, en este caso, el retraso en la práctica del «estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral», una vez acreditada «la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm», unido a las especiales circunstancias del paciente, sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbesto y disolventes orgánico, además de los antecedentes familiares de neoplasia pulmonar del padre y un hermano. Atendido este fundamental extremo en relación con la edad -59 años-, las circunstancias del esposo de la actora, detalladas en los Informes que han servido de base para la estimación del recurso, así como las cantidades reclamadas en el escrito de demanda -folio 46 de los Autos- y lo manifestado en relación con las mismas por la aseguradora codemandada en el trámite de conclusiones evacuado en fecha 2 de septiembre de 2008 -folio 172 de los Autos- resulta ponderado fijar en treinta mil euros (30.000 €) la cantidad a conceder en concepto de indemnización, la cual ha de entenderse ya actualizada a la fecha de esta Sentencia”.

Además, esta Sentencias define en su Fundamento de Derecho Séptimo la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras Sentencias precedentes²⁷.

2. El caso del diagnóstico tardío de un aneurisma. La Sentencia de 2 de enero de 2012

La Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Su-

27 Cuando dice: “Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8082) , recurso de casación 1593/2008, la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo , así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8846) , como en las recientes de 4 (RJ 2007, 6617) y 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993) , configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

premo de 2 enero de 2012²⁸ trata de un caso de diagnóstico tardío de un aneurisma donde quedó probado en autos que no se le practicaron al paciente las pruebas diagnósticas acordadas que podían haber permitido inferir otro diagnóstico diferente del que se le hizo de cólico renal; omisión relevante unida a la falta de consideración de los antecedentes de riesgo del paciente que evidenciaban la posibilidad de otras patologías cardiovasculares concurrentes²⁹.

3. El caso de la falta de pruebas de la tensión arterial. La Sentencia de 13 de enero de 2015

En fecha más reciente, esta doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido reiterada por la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

28 RJ 2012\2) Recurso de Casación núm. 4795/2010, Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí.

29 El Fundamento de Derecho tercero expone el caso del siguiente modo: “El recurso ha de prosperar al apreciarse que la sentencia ha desconocido el artículo 139 de la Ley 30/1992 y artículo 106.2 de la Constitución que genera o sustenta una conclusión errónea respecto de la asistencia prestada al Sr. Hernan en el Hospital Doce de Octubre de Madrid entre el veintiséis y veintisiete de mayo de dos mil siete. (...) Existen datos y circunstancias que no han sido tenidos en cuenta en la sentencia de instancia y que evidencian una clara infracción de la “*lex artis ad hoc*”. No se han valorado las conclusiones tanto de la prueba pericial de parte ratificada a presencia judicial del Dr. Desiderio como tampoco el Informe del Servicio de inspección elaborado con ocasión de la reclamación administrativa. Como mantiene la parte recurrente no se está valorando la asistencia a partir de las 3.30 horas sino el periodo que va desde las 22.45 horas a las 3.30 horas , en que se diagnostica el aneurisma y la gravedad del mismo. Durante ese periodo previo se observan deficiencias y omisiones relevantes, como es que no se practicaran pruebas diagnósticas acordadas que en algún caso pudieran inferir otro diagnóstico que no el de cólico renal, así como también la falta de atención a los antecedentes de riesgo del paciente que evidencian la posibilidad de otras patologías cardiovasculares cuando menos concurrentes, la falta de hoja de enfermería del paciente. Además, de la lectura del informe de Inspección se observa la no existencia de un seguimiento correcto donde se llama la atención de porqué no se realizó una valoración “más temprana” ante la falta de mejoría del paciente, que podía determinar alguna prueba diagnóstica complementaria o dirigida hacia otras patologías diferenciales. Asimismo, se llega a afirmar que “el propio aneurisma abdominal por su situación podría estar comprimiendo la zona renal y ser responsable de la sintomatología que el paciente presentaba. (...) La sentencia se centra en la asistencia posterior a las 3.30 horas, pero no en si el diagnostico inicial de problema renal se demoró en el tiempo sin observar que el paciente no mejoraba y que por tanto, cabía la posibilidad de que no estuviéramos ante lo que inicialmente se determinó. La realización de pruebas complementarias dirigidas al diagnostico de otras patologías o incluso para descartar el problema renal hubiera conducido a un diagnostico certero anterior, por lo que la valoración continuada y concreta hubiera conducido a un diagnostico más temprano .Por todo ello, se evidencia que la sentencia desconoce o no toma en consideración todos los elementos concurrentes en la presente situación y que se centran en la existencia de un retraso relevante en la valoración del paciente en el Servicio de Urgencias cuando podía observarse que no mejoraba al tratamiento dispensado. Ha lugar al recurso y casar la sentencia”.

Supremo de 13 de enero de 2015³⁰ que resuelve un caso de la falta de pruebas de la tensión arterial de un paciente en el que quedó acreditado en autos que en ningún momento se le tomó la tensión arterial, achacándose su malestar a otras causas. Sin embargo, terminó por presentar un cuadro de hipertensión arterial maligna, que le ocasionó insuficiencia renal y ceguera. Constaba, además, que el paciente padecía de hemiparesia desde la infancia, por lo que tenía reconocida una minusvalía del 47%.

Ante estos daños corporales, el paciente interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por el tratamiento recibido de los servicios sanitarios de la Comunidad de Madrid en los años 2007 y 2008.

Ante la falta de respuesta de la Administración, el paciente acudió a la vía jurisdiccional, donde la Sentencia de 7 de marzo de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Décima), tras examinar el material probatorio recogido en las actuaciones (consistente fundamentalmente en el informe del Inspector Médico y en un dictamen pericial emitido por especialista en Medicina Interna) concluyó que no se agotaron los medios diagnósticos disponibles que hubieran podido orientar el diagnóstico del paciente y determinar su estudio y tratamiento, sin llegar a la situación de hipertensión arterial maligna y de deterioro visual irreversible; si bien -y es aquí donde entra en juego la doctrina de la pérdida de oportunidad- no se podía llegar a saber cuál hubiera sido el resultado final, aún el caso de haber agotado todos los medios diagnósticos disponibles³¹. En consecuencia, esta Sentencia estimo en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por el paciente contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial por él presentada

30 RJ 2015\264, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 612/2013, Ponente: Excmo. Sr. Luis María Díez-Picazo Giménez.

31 En concreto, dice esta Sentencia: llega a la siguiente conclusión: "Examinados los datos recogidos en la historia clínica obrante en el expediente administrativo y valorados conforme a las reglas de la sana crítica los informes obrantes en las actuaciones, hemos de convenir que, en el caso examinado, como de forma razonada reconoce la Inspección médica, no se agotaron los medios diagnósticos disponibles que hubieran podido orientar el diagnóstico del paciente y determinar su estudio y tratamiento, sin llegar a la situación de Hipertensión Arterial Maligna y de deterioro visual irreversible. Ahora bien, no podemos llegar a saber cuál hubiera sido el resultado final, aún el caso de haber agotado todos los medios diagnósticos disponibles".

ante la Dirección General de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, con fecha de 20 de abril de 2009, anulando la Resolución administrativa presunta recurrida y condenando a la Administración demandada a indemnizar al recurrente en la cantidad de 15.000 euros.

La Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 declara no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Décima) citada por las razones técnico-jurídicas que se exponen en su Fundamento de Derecho Segundo³².

32 Cuando dice: "Como sentencias de contraste para fundar el recurso de casación para la unificación de doctrina, el recurrente aporta sentencias de esta Sala de 9 de junio de 2009 (RJ 2009, 6531) , 10 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2183) , 25 de junio de 2010 (RJ 2010, 5886) y 23 de septiembre de 2010 (RJ 2011, 965) . Tienen que ver con la responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de servicios sanitarios, así como con la doctrina de la pérdida de oportunidad en este ámbito. (...) Ocurre, sin embargo, que el recurrente no justifica en absoluto que entre la sentencia (JUR 2012, 199196) impugnada y las sentencias de contraste medie la triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones que el art. 96 LJCA (RCL 1998, 1741) exige para que pueda prosperar el recurso de casación para la unificación de doctrina. Toda su argumentación busca mostrar que la sentencia (JUR 2012, 199196) impugnada hace una aplicación errónea e indebida de la doctrina de la pérdida de oportunidad, que -siempre en opinión del recurrente- no encaja en las circunstancias del presente caso. Lo que sostiene el recurrente, dicho de otro modo, es que se ha producido una infracción de la jurisprudencia sobre indemnización de daños ocasionados por la Administración sanitaria: a su juicio, en este caso, lejos de haber una pérdida de oportunidad, habría unas lesiones directamente causadas por el deficiente funcionamiento de los servicios sanitarios y, por tanto, procedería la indemnización total del daño. (...) Es criterio jurisprudencial claro y constante de esta Sala que el recurso de casación para la unificación de doctrina no tiene por finalidad reparar las posibles infracciones de la jurisprudencia, sino más modestamente asegurar que supuestos sustancialmente iguales no reciban soluciones diferentes. Así, dado que el recurrente no ha justificado que el presente caso sea sustancialmente idéntico a los abordados en las sentencias de contraste, sino que se ha limitado a criticar lo que considera una incorrecta aplicación de la jurisprudencia en la materia, es claro que su impugnación no puede prosperar. (...) Cabe añadir que la argumentación del recurrente parte del presupuesto, implícito pero inequívoco, de que la valoración de la prueba recogida en la sentencia (JUR 2012, 199196) impugnada es ilógica. Entiende que, a la vista del material probatorio, sólo cabe concluir que las lesiones fueron causadas por la defectuosa atención recibida de los servicios sanitarios, sin que se pueda hablar de ninguna pérdida de oportunidad. Ahora bien, en el recurso de casación para la unificación de doctrina no cabe combatir la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, ni siquiera limitadamente a los supuestos de arbitrariedad o irrazonabilidad que la jurisprudencia admite en el recurso de casación común. De aquí que toda la argumentación del recurrente sobre la errónea aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad por la sentencia (JUR 2012, 199196) impugnada esté construida sobre una base deficiente".

¿QUI PRODEST ARTÍCULO 20 LCS?

Miguel Rojano García
Abogado

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA; APROXIMACIÓN CONTEXTUAL
- II. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL RETRASO EN EL PAGO DE LA PRESTACIÓN DEBIDA DEL ASEGURADOR
- III. EL PROBLEMA. LA POLÍTICA DE REHUSÉ AUTOMÁTICO DE SINIESTROS.
 - 3.1 El rehúse frente a la obligación del pago del importe mínimo debido.
 - 3.2 Inciso sobre eventuales recobros de indemnizaciones, a rembolsar al asegurador.
 - 3.3 Consideraciones generales del fenómeno del rehúse.
- IV. INDICADORES DIRECTOS E INDIRECTOS DEL PROBLEMA ANALIZADO.
- V. CAUSAS DE LA DESPREOCUPACIÓN/RELAJACIÓN MORATORIA.
 - 5.1 Recursos jurídicos. Posibilidad legal de dispensa moratoria.
 - 5.2 Recursos extrajurídicos.
 - A) Ciencias actuariales. Estadísticas. “Ley de los grandes números”.
 - B) Ciencias económicas. Inversión en mercados financieros.
 - 5.3 Síntesis y consideraciones del problema.
- VI. ALTERNATIVAS AL RÉGIMEN MORATORIO ACTUAL. REFUERZO MOTIVADOR.
- VII. RESUMEN. CONCLUSIONES, Y VALORACIÓN PERSONAL EN GENERAL.

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA; APROXIMACIÓN CONTEXTUAL.

De todas sabemos que el régimen moratorio del asegurador, como cualquier otro en su especie, representa una situación jurídica de contingencia, que se desmarca de la considerada ruta legalmente recomendada por el legislador, que no es otra que el cumplimiento efectivo de las obligaciones en tiempo y forma, de tal modo que se satisfaga íntegramente el interés del acreedor. En el caso del derecho de seguros, cuando de abonar la indemnización del art. 18 LCS se refiere, este acto jurídico viene reforzado por el principio de la pronta indemnización, el cual sugiere un plus de celeridad en la puesta a disposición de fondos al acreedor, ya sea de forma estimada o definitiva, según las posibilidades liquidatorias del siniestro y ejecutivas de la prestación debida.

Esta especial consideración en el cumplimiento de la prestación debida *ex contrato de seguros*, tiene asociada una consecuencia jurídica a la altura de la trascendencia de esta obligación, el art. 20 LCS. Este precepto, de forma exclusiva para el asegurador, centraliza toda regulación moratoria aplicable a aquellos supuestos de retrasos en el pago de la prestación debida indicada en los arts. 1 y 18 LCS. Y, funcionalmente, viene especialmente caracterizado por la verticalidad y onerosidad de sus efectos jurídicos. Por estos motivos, circunscribimos el escenario jurídico de este trabajo a lo dispuesto en dicho precepto; por ser, efectivamente, aquel precepto que concentra casi la totalidad de las disposiciones moratorias aplicables al asegurador, cuando de reclamar una indemnización del seguro no satisfecha en tiempo y forma se refiere; y por ser el responsable de la función de motivación del pronto pago de las indemnizaciones².

1 Siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios; en especial, que el sujeto acreedor que proceda a ello sea alguno de los que contempla la regla primera art. 20 LCS; y que el concepto por el que se reclama coincida con alguno de los especificados en la regla segunda.

2 STS 71/1994 8 febrero 1994 (666/1994 - ECLI: ES:TS:1994:666) "Estos intereses son claramente sancionatorios, como disuasorios de una conducta que dificulta el pago". Y en el mismo sentido las STS 394/2003 22 abril 2003 (2795/2003 - ECLI: ES:TS:2003:2795), STS 251/2007 1 marzo 2007 (1632/2007 - ECLI: ES:TS:2007:1632), STS 820/2008 11 septiembre 2008 (4771/2008 - ECLI: ES:TS:2008:4771), o la STS 143/2018 14 marzo 2018 (860/2018 - ECLI: ES:TS:2018:860), que indica claramente que estos intereses "sirven de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización", entre otras tantas sentencias.

Teniendo en cuenta la antigüedad que registra la institución moratoria en general, propia del Derecho Romano, así como la actividad aseguradora, cuyos inicios se remontan a tiempos inmemoriales³, invitan a pensar que el problema de la mora del sujeto que ejerciera como asegurador, respecto del pago de la indemnización del seguro, ha podido ser un problema milenario; aunque ciertamente, no podemos afirmar que haya sido tan especialmente controvertido como resulta actualmente, teniendo en cuenta la deriva mercantil que ha tomado la figura del asegurador. Por lo tanto, podemos situar el germen del problema analizado, justo en el momento que derecho y actividad aseguradora convergen; quedando ésta última sometida a cuantas disposiciones normativas le sean de aplicación, entre ellas, lo regulado para cuantos incumplimientos contractuales surjan en el seno estas relaciones jurídicas, concretamente aquella obligación de indemnizar, que es la natural del seguro. Dicho lo cual, es perfectamente plausible que, el problema del retraso en el cumplimiento de esta obligación haya sido algo habitual, tanto como la posibilidad de que el acreedor que tuviera reconocido el derecho de recibir tal indemnización decida reclamar daños y perjuicios por ello al asegurador.

Pero lo cierto es que, actualmente, la realidad normativa aplicable al seguro ha mutado considerablemente desde hasta

3 Según parece constar, remonta sus inicios a tiempos inmemoriales, encontrándose vestigios de sus orígenes de forma transversal en los principales centros poblacionales de referencia de la antigüedad. Concretamente, se registran conductas susceptibles de ser clasificada como actividad aseguradora en la antigua Babilonia, como se deduce del código de Hammurabi. La Ley número 100 de este Código desprende un claro vestigio de actividad aseguradora, estableciendo que: "Si un negociante dio a un delegado dinero para vender (prestar a interés) y comprar y lo puso en ruta (lo designó viajante), el comisionista en viaje hará fructificar la plata que se le ha confiado... ...si en el lugar de destino obtuvo beneficios sumará los intereses y lo que ha recibido, deducirá los gastos de sus días de viaje, y pagará a su negociante.". Posiblemente, este artículo es la primera documentación, más próxima, a la naturaleza del seguro, un claro germen, como antecedente legal, de lo que podemos entender como una regulación de seguro. Además, también en el mismo texto normativo se formulan previsiones legales sobre organizaciones de socorro mutuo en caso de accidente laboral, sistema de reposición de reses, mercadería, caravanas en los trayectos de viaje en caso de pérdida de las mismas, en definitiva, disposiciones que guardan cierta afinidad con la actividad aseguradora. A más, según TORTELLA CASARES, Gabriel (VVAA). *Historia del seguro en España*. 2ª edición, ed. Fundación Mapfre, 2014, p. 29, también constan vestigio de esta actividad en otras civilizaciones clásicas, como en Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia y su colonia Cartago, o las propias Leyes de Rodas, reglamento sobre la navegación mediterránea que hacían alusión al seguro mutuo.



el presente, donde encontramos una Ley específica sin precedentes, la LCS, que se constituye como normativa de aplicación imperativa a todo contrato de seguro que esté dentro de su ámbito de aplicación⁴; y la cual, hemos visto, regula expresamente la mora del asegurador, con una regulación tan vertical y potente, que llama poderosamente la atención que el asegurador haya resultado inmune a la motivación que se pretendía con esta

4 Téngase en cuenta lo dispuesto en los arts. 2, 44, 78 LCS. Estos preceptos trabajan segmentando el ámbito de aplicación de la LCS, desactivando selectivamente la imperatividad que por defecto se establece en el primero de estos preceptos indicados. Por un lado, reconoce cierta autonomía de la voluntad de las partes en determinados preceptos propios de la LCS, siempre y cuando así lo declaren, y siempre que lo pactado sea más beneficioso para el asegurado que el estándar mínimo contemplado en la LCS; lo que se conoce en la doctrina como semi imperatividad. Por otro lado, se concede la más absoluta autonomía de la voluntad de las partes en los seguros que cubran grandes riesgos, así como en la actividad reaseguradora. Y, por último, se traslada el testigo de la imperatividad a otra norma, para aquellos seguros que dispongan de normativa más específica; los cuales, en virtud del principio de especialidad normativa (*lex specialis*), *deberán ajustarse a los preceptos habidos en ella, y supletoriamente en los de la LCS.*

contundencia; motivo por el cual emprendemos este trabajo.

Y no menos importante en estas líneas introductorias de mora es la efeméride reformista que sufre este art. 20 LCS con ocasión de la *Ley 30/1995*, donde este precepto es objeto de una transformación radical, que vemos a grandes rasgos. Parece que la concentrada y sucinta redacción con la que el art. 20 LCS hacia su aparición, con la entrada en vigor de la LCS, abordaba esta cuestión moratoria de forma insuficiente, ergo ineficiente. Esto parece tomar evidencia en sede judicial, donde la jurisprudencia tiene que trabajar a marchas forzadas, complementando una norma que, además de un fuerte contenido abstracto, deja muchos cabos sueltos, o directamente sin especificar. Así, esta reforma señalada no es más que una extrapolación de tantas enmiendas jurisprudenciales con las que Tribunal Supremo tuvo que intervenir para subsanar carencias legales del art. 20 LCS⁵.

Una forma breve y metafórica forma de explicar este proceso evolutivo jurídico que sufre el art. 20 LCS, sería describirlo como todo un auténtico fenómeno de modificación normativa propia del *big bang*, donde, una comprimida regulación moratoria colapsa y explota como una supernova, multiplicando su volumen por dieciocho en la nueva redacción que caracteriza el actual art. 20 LCS⁶. En mi opinión, esta reforma en absoluto tiene lugar de forma caprichosa y/o caótica; al revés, ésta remodelación del precepto sigue y establece finalmente una estructura normativa adelantada a su tiempo⁷, dejando todo un precepto

5 MARTORELL ZULUETA, Purificación. "La protección del asegurado desde la perspectiva jurisprudencial". En BATTALLER GRAU, Juan; y VEIGA COPO, Abel B. *La protección del cliente en el mercado asegurador*. 1ª edición, ed. Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2014, p. 235. A ello hace mención la autora cuando indica que, la "creación jurisprudencial resultantes de las resoluciones de los Tribunales se integran paulatinamente por el legislador en las normas jurídicas que vienen a conformar nuestro ordenamiento, bien al incorporarse por primera vez a un texto legal -como ocurrió, por ejemplo, con la figura jurisprudencial del «litisconsorcio pasivo necesario» en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000-, bien en el proceso de actualización o modificación de la normativa existente sobre una concreta materia".

6 La redacción originaria del art. 20 LCS tiene un coste léxico de 265 caracteres, mientras la versión actual cuenta con 4605 caracteres.

7 Téngase en cuenta que esta reforma se lleva a cabo antes de la publicación de las "Directrices de técnica normativa", aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (Gobierno de España. Ministerio de Presidencia. 2011). En este caso, el art. 20 LCS, pese a

integral moratorio, compuesto por unas notas preliminares seguidas de diez reglas temáticas bien ordenadas, ordinalmente independientes, pero destinadas a coparticipar y sincronizarse unas con otras en esta controvertida tarea de regular el régimen moratorio del asegurador. De este modo, aquellos supuestos de hecho que requieran regulación legal de este precepto, moviliza cuantas reglas precise para solventar el problema jurídico en cuestión, las cuales trabajaran de forma sinérgica, dentro de un precepto que, ante todo, nos presenta una regulación holística compuesta por diferentes líneas moratorias. Tal es el alcance y exhaustividad que demuestra este nuevo precepto, que pocos aspectos moratorios del asegurador vemos quedan a merced de la normativa supletoria; gracias al gran alcance que llega a tener esta versión del nuevo art. 20 LCS, casi a agota la regulación moratoria.

Ahora bien, pese a esta sofisticada reforma, parece que la nueva estructura del art. 20 LCS no termina por solventar completamente todos los problemas asociados a la mora del asegurador, ni mucho menos el problema práctico que planteamos en este trabajo. Si bien la claridad del nuevo precepto disipa una gran parte de ellos, siguen observándose varias líneas de polémica al respecto. A destacar, aquella que viene motivada por las pulsiones liberatorias de daños y perjuicios por mora, ejercidas por el asegurador, en virtud de uno de los derechos que se desprende de este régimen moratorio del art. 20 LCS, el contenido en su regla octava; línea que interesa especialmente a este análisis en particular, por ser parte del origen del problema detectado. Y, posiblemente, una de las razones de por qué se mantiene esta línea de polémica es porque esta partícula normativa liberatoria, en realidad, no ha sido intervenida directamente por la reforma; a grandes rasgos, la única manipulación que ha sufrido con dicha efeméride es una simple traslación, del párrafo único que contenía el art. 20 LCS, a ocupar una regla autónoma (regla octava), sin más. Por lo tanto, si es por el contenido abstracto e indeterminado de dicha norma, los problemas interpretativos serán los mismos, aunque, no es menos cierto que, el devenir doctrinal ha pacificado bastantes aspectos en relación a esta norma liberatoria; a lo que respecta a este trabajo, consolidando una línea restrictiva, la cual, adelantamos, tampoco parece solucionar el problema de los retrasos en los pagos de las prestaciones debidas.

elaborarse con anterioridad, se ajusta en buena medida a las indicaciones que en este documento se recogen.

El motivo de por qué señalamos esta línea controvertida, como de especial interés, es porque veremos que la regla octava tiene unos efectos, además del propio liberatorio de daños y perjuicios, que compiten adversamente con los efectos motivadores que se deducen de las reglas tercera y cuarta del art. 20 LCS; concretamente, el efecto relajación que puede tener en el asegurador, al confiar una oposición a este precepto, con la esperanza de posponer el pago, sin consecuencias, alegando causa justificada o no imputable. Es decir, este precepto, junto a otros factores que veremos en adelante, invitan al asegurador a adoptar una política empresarial de cumplimiento de obligaciones que entendemos perjudicial para este mercado asegurador; me refiero a la práctica generalizada de rehúses de siniestros, donde se observa cierto fracaso de la función motivadora que debería tener el art. 20 LCS.

El contenido de la regla octava actual consagra uno de los pocos derechos del asegurador susceptible de neutralizar todo uno de los bastiones de la pronta indemnización, como es el potente derecho resarcitorio del acreedor, por el retraso de la prestación debida del asegurador, que tan vertical (mora automática con efectos computacionales retroactivos por defecto al siniestro y de oficio) y oneroso (alto tipo de interés) se presenta. Atendiendo a la tónica tutelar que se deduce de la LCS, la regla octava supone una de las pocas notas díscolas de esta filosofía, cuya inclusión viene estimulada y forzada por motivos de seguridad jurídica (arts. 9.3 y 24 CE), más que por otra cuestión; ya que cercenar la posibilidad de defensa ante pulsiones resarcitorias del acreedor, podría situar al asegurador en una tesitura propia de indefensión⁸; además de ser contraria a la teoría general moratoria que reitera una y otra vez que la mora sólo es el retraso culpable⁹.

⁸ Cuestión debatible, pues, en caso de no existir la regla octava, el déficit creado sería el derecho específico y selectivo de liberar al asegurador de daños y perjuicios exclusivamente; pero aun habría otros preceptos de potencia liberatoria que serían de aplicación, como principalmente el art. 19 LCS entre otros de esta norma, así como el general art. 1105 CC.

⁹ STS 508/2007 16 de Mayo de 2007 (4255/2007 - ECLI: ES:TS:2007:4255) *"Para que el deudor incurra en mora, es preciso que retarde culpablemente el cumplimiento de la obligación y no se puede atribuir mora o culpa a quien procuró cumplir la obligación contraída removiendo los obstáculos que a ello se oponían y que de no haberlo, sí existiría culpa, o negligencia que le fuere imputable, pero no cuando el retraso se deriva de un estado de hecho conocido y aceptado por igual por los dos contratantes (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1957)."*; STS 32/2013 6 febrero 2013 (428/2013 - ECLI:

En la medida que la mera existencia de esta posibilidad liberatoria se ha podido convertir en parte de los factores de un problema, tratamos esta cuestión de forma especial. Y, aunque el tratamiento jurisprudencial recibido en consecuencia, se ha mostrado especialmente restrictivo, en orden a la filosofía tutelar que se predica para con el acreedor del contrato de seguros, no parece esto inquiete mucho al asegurador, por los motivos que analizaremos en adelante.

La regla octava recoge y especializa la carga genética jurídica del art. 1105 CC (vid. también art. 1182 CC), que consagra la culpabilidad como *conditio sine qua non* para responder civilmente en materia de obligaciones y contratos, configurando un derecho de defensa para el asegurador, por sus características técnicas, sin precedentes. Además de configurarse específicamente para la relación jurídica entablada ex contrato de seguros, tiene efectos selectivos para la obligación de daños y perjuicios, dejando inalterada la exigibilidad del resto de obligaciones. De este modo se entiende el art. 20 LCS perfectamente compatible con el principio de la seguridad jurídica, y pacífico con la línea doctrinal destacada; en la medida que se disipa el fantasma de la indefensión que pudiera sufrir el asegurador, *ergo* convalidándose constitucionalmente la legalidad y legitimidad de este régimen moratorio del asegurador, justamente, por reunir las garantías jurídicas y procesales de mínimos.

En definitiva, se trata de mantener cierto equilibrio, entre, mantener a raya el fantasma de la indefensión, y no esterilizar todo un régimen moratorio, desactivando su función motivadora que se supone debe tener el art. 20 LCS. En este punto es donde interviene la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya se ha indicado, propone una interpretación restrictiva para con el derecho contenido en la regla octava. Es una forma inteligente de ejercer tutela en negativo. Sencillamente, limitando fuertemente el éxito de una norma que se presenta susceptible de torpedear el derecho resarcitorio del acreedor, sin más. Y no sólo porque sea directamente

beneficioso para este sujeto tutelado, sino porque con esta política interpretativa también se retroalimenta el factor motivacional que debería tener la simple verticalidad y onerosidad de este régimen moratorio. Pero, aun así, sumando la cuota de motivación que surge de la solidez del régimen moratorio, más la declarada remota posibilidad de descargo, sigue observándose aquella práctica generalizada por parte de las aseguradoras de incurrir en retrasos de forma deliberada, aunque, en sede judicial, enmascaren tal política de rehúses a base de duda o incertidumbre racional ex regla octava.

Por ello, la magia de la teoría termina cuando observamos la práctica. Efectivamente, en la práctica, a juzgar por los actos del asegurador y la litigiosidad alrededor de esta norma, parece que el mensaje motivador no le llega al asegurador, le llega distorsionado, o bien, le llega perfectamente, pero le es indiferente, pues ha sido capaz de desarrollar una forma eficiente de absorber y digerir las consecuencias jurídicas previstas en este régimen moratorio. Como veremos, adelanto que es más bien la última de las hipótesis planteadas. En cualquier caso, la sensación es que el asegurador no parece tener ningún problema en suspender la ejecución de la prestación correspondiente si así lo considera, ni siquiera abonando de forma provisional, como exige el art. 18 LCS. Sin embargo, llama la atención que, para el cobro de la prima, el tiempo y forma es algo innegociable, e intolerable su falta de pago; so riesgo de ser usado en contra del asegurado como pretexto liberatorio absoluto, sin que el asegurado pueda hacer nada al respecto para amortiguar ello, a diferencia del asegurador, que sí puede amortiguar perfectamente efectos moratorios como se expondrá a lo largo de este trabajo. Y esto anterior, no es más que otro punto donde la diferencia entre ambos sujetos queda patente.

Así las cosas, tenemos un asegurador que, aprovechando los recursos normativos (regla octava), sus capacidades técnicas, y posibilidades financieras, puede permitirse el lujo de retrasar el pago de la prestación debida, hasta que bien sea forzosamente obligatorio abonar ex sentencia judicial. Y el problema reside en que, al final, la factura a pagar por mora no va a ser precisamente negativa, al asegurador le van a salir las cuentas, haya condena moratoria o no (obviamente); y aquella consecuencia que se advertía tan gravosa para el asegurador, como es el interés moratorio, no lo sea tanto en realidad, gracias a

ES:TS:2013:428) "...al constituir la "mora" no un simple retardo sino un retardo "cualificado"; STS 430/2017 7 julio 2017 (2722/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2722) "la situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que entre otros señala el artículo 1101 , 1096 y 1182 del Código civil". En el mismo sentido la autora MORATILLA GALÁN, Isabel. Mora es el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, pero no lo es el simple retraso. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 717, Enero - Febrero, 2010, pp. 325-329.

la habilidad y destreza con la que ha sido capaz de inmunizarse y protegerse frente a estas consecuencias eminentemente pecuniarias. De este modo, es lógico y normal pensar que el mensaje motivador hace tiempo que se perdió, tanto tiempo como llegó a desarrollar este dispositivo anti-mora, compuesto por varios factores, que veremos en este trabajo. Y como quiera que fuere, lo alarmante, y lo que motiva especialmente este trabajo, es que esto ataca directamente la pronta indemnización; por extensión, a la naturaleza del seguro, que se ve fuertemente amenazada; y, a su vez, compromete el sostenimiento y salud del mercado asegurador. Este último efecto deviene especialmente preocupante, en la medida que el seguro es el mecanismo más eficiente de control del riesgo que conocemos, uno de los promotores del desarrollo económico; ergo, entiendo, un estado debe cuidar este mercado si no quiere ver peligrar el progreso económico y social. Por ello, a mi juicio, una tasa de mora importante en el pago de las prestaciones por parte de las aseguradoras es nociva para los estados modernos, pues, rompe drásticamente con homeostasis natural del seguro, así como compromete sistémicamente la calidad del sistema asegurador.

II. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL RETRASO EN EL PAGO DE LA PRESTACIÓN DEBIDA DEL ASEGURADOR.

Retomando la reseña jurisprudencial antes adelantada, efectivamente, el Poder Judicial, dentro de sus funciones jurisdiccionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y en base a las posibilidades y/o funcionalidades normativas que le permiten los arts. 1.6 y 3.1 CC, ha intervenido este problema por medio de la interpretación judicial en grado de jurisprudencia. Siguiendo la línea tutelar que se deduce debe seguir la LCS, con el propósito de controlar y prevenir el abuso de este derecho liberatorio por parte del asegurador, y que, en definitiva, el art. 20 LCS no se convierta en una simple alegoría, el Alto Tribunal ha promocionado la *"Interpretación restrictiva del precepto legal que posibilita la aplicación del interés de demora contra las aseguradoras."*¹⁰, como abiertamente se conoce que *"ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o*

*retrasar el pago"*¹¹; o bien, fundamentando que, *"la cláusula del art 20 LCS es de interpretación restrictiva por tratarse de "una cláusula penal""*¹².

*Pero las referencias a la restrictividad, como política interpretativa sobre esta norma, no terminan en estas líneas generales, van más allá; como por ejemplo la taxatividad que deduce de alusiones a esta norma indicando que "para cuya apreciación -siempre de forma restrictiva-"*¹³; o bien, dejando claro con el adverbio de cantidad "muy" que esta *"causa es apreciada de modo muy restrictivo"*¹⁴; o en el mismo sentido, haciendo constar la proyección ascendente que tiene esta política interpretativa, indicando que *"la jurisprudencia más reciente es incluso aún más restrictiva"*¹⁵. Pero en cualquier caso, *"...como dice también la Sala 1ª la excepción que contemplamos, por su propio carácter de excepción debe aceptarse con carácter restrictivo - TS (1ª) 26-2-2010 (rec.- 314/06) -"*¹⁶, y ello con un único propósito, *"para que la demora no quede en su beneficio y a su arbitrio"*¹⁷, haciendo honor a los arts. 1115 y 1256 CC; y concluyendo de forma taxativa que, *"de aquí que la causa justificada debe ser interpretada con un criterio muy restrictivo"*¹⁸.

Con estas líneas jurisprudenciales, el más autorizado de los órganos judiciales sale al paso, y, al amparo del más firme propósito legal de impedir este tipo de conductas dilatorias, y en orden al pronto pago de las indemnizaciones que evangeliza la doctrina según la filosofía tutelar de esta norma, se construye esta arquitectura jurisprudencial, a fin de complementar la norma liberatoria analizada en el sentido restrictivo que se expone. De este modo, el efecto liberatorio que se deduce *ex lege, quede estratégicamente limitado, estrechando fuertemente el cerco de éxito*

11 STS 743/2012 4 diciembre 2012 (8426/2012 - ECLI: ES:TS:2012:8426).

12 STS 68/2010 26 febrero 2010 (908/2010 - ECLI: ES:TS:2010:908).

13 STS 471/2009 22 junio 2009 (3637/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3637).

14 STS 673/2010 26 octubre 2010 (5382/2010 - ECLI: ES:TS:2010:5382).

15 STS 880/2011 28 noviembre 2011 (9337/2011 - ECLI:ES:TS:2011:9337).

16 STS, sala social, 29 diciembre 2011 (9340/2011 - ECLI: ES:TS:2011:9340).

17 STS 560/1997 19 junio 1997 (4329/1997 - ECLI: ES:TS:1997:4329).

18 STS 181/2006 24 febrero 2006 (931/2006 - ECLI: ES:TS:2006:931).

10 STS 262/2009 3 abril 2009 (1835/2009 - ECLI: ES:TS:2009:1835).



liberatorio. Y lo hace de forma tan prohibitiva, que sólo aquellos supuestos de retrasos donde conste realmente probado hayan devenido invencible para el asegurador, queden exentos de consecuencias moratorias.

En definitiva, se trata de dosificar el efecto liberatorio de la regla octava, para que no se convierta en una grieta en este pétreo sistema moratorio, por donde se escape la responsabilidad moratoria, y con ello, se pierda el importante efecto motivador que se espera tenga esta norma con carácter ex ante. Pero parece que esta contribución jurisprudencial a la causa tutelar del acreedor de la indemnización del seguro, desde el punto de vista de la mora del asegurador, tampoco termina de consumir los efectos motivadores que el legislador aconseja y desearía fueren una realidad con la presencia de este, teóricamente, bien enarbolado art. 20 LCS. La realidad es que las aseguradoras siguen sin tener mayores problemas en aplazar el cumplimiento de sus obligaciones, aunque ello suponga el riesgo de recibir una reprimenda moratoria, por haber excedido los tiempos legales de aplicación marcados por este precepto.

III. EL PROBLEMA. LA POLÍTICA DE REHUSÉ AUTOMÁTICO DE SINIESTROS.

Como consecuencia directa del panorama antes descrito, surge el problema que señalamos como objeto de interés. Según establece el DLE,

rehusar es, sencillamente “No querer o no aceptar algo”; esto, aplicado en materia de seguros, y, en relación a las reclamaciones por siniestro efectuadas a las entidades aseguradoras, podríamos decir que es aquella decisión emitida por éstas, en base al contrato de seguros, en virtud de la cual se expresa que no se asume el riesgo acaecido que se indica en la reclamación, generalmente, por no encontrarse amparado por la póliza en cuestión. En cualquier caso, es una resolución que implica no indemnizar al asegurado, beneficiario, perjudicado, u otro acreedor que corresponda, ni siquiera de forma provisional (art. 18 LCS). En cuanto a las formalidades se refiere, pese a que la LCS guarda silencio sobre estos términos¹⁹, esta conclusión debe comunicarse al sujeto que haya efectuado la reclamación, de forma motivada. En cualquier caso, el reclamante tiene derecho a iniciar ulteriores acciones procesales²⁰.

¹⁹ Cuestión si abordada por la adelantada a su tiempo LRCSCVM, cuyos arts. 7 y 9 establecen taxativamente el régimen jurídico de la respuesta u oferta motivada, luego de la correspondiente reclamación previa.

²⁰ Como pueden ser, las reclamaciones ante el Servicio de Atención al Cliente o Defensor del Cliente (Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras); procesos administrativos especializados de resolución de controversia con asegurados (Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección



3.1 El rehúse frente a la obligación del pago del importe mínimo debido.

A propósito de estos rehúses cabe hacer una serie de consideración en relación a la figura del importe mínimo debido del art. 18 LCS. Esta partícula normativa desafía fuertemente cualquier práctica dilatoria del asegurador. Efectivamente, estos rehúses chocan frontalmente con la perpendicularidad que se desliza del tenor literal del art. 18 LCS; precepto que, a través de la obligación de abonar el importe mínimo debido, parece desentenderse de cualquier reserva que

podiera tener el asegurador, para suspender provisionalmente el pago de cualquier prestación. En este sentido, la presencia del importe mínimo debido debería restringir cualquier posibilidad de rehusar siniestros al asegurador, dejando sólo una vía, pagar, provisionalmente, so riesgo de enfrentar, casi de forma ineludible, una situación moratoria. A este respecto, ésta firme consideración no debe entenderse en términos de indefensión para el asegurador, pues, aunque este apéndice obligacional, le obliga a pagar inexorablemente, no es menos cierto que esto se hace de forma provisional y a cuenta; esto es, sin perjuicio de un reembolso posterior, en caso de no haber finalmente obligación de indemnizar²¹;

General de Seguros y Fondos de Pensiones); el proceso de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje); o el proceso de mediación (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles); o los correspondientes declarativos de la LEC, o, en su caso, LECrim; sin perjuicio de la ejecutoriedad de la resolución que se derive de todo ellos, incardinables en el angular art. 517 LEC.

21 STS 802/2011 7 noviembre 2011 (7267/2011 - ECLI:ES:TS:2011:7267). "sin perjuicio, como se ha dicho, de que la aseguradora se defienda y de que, de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado".

aunque detrás de esto último exista una tarea de recobro bastante incierta.

Este importe mínimo debido imprime una suerte de inmunidad, verticalidad y velocidad de cumplimiento obligacional sin precedentes. Viene a anticipar la indemnización del asegurador al acreedor correspondiente, de acuerdo a las exigencias de la pronta indemnización; y ello, en colaboración sinérgica con el acicate y estímulo de su extensión punitiva del art. 20 LCS. Estamos ante una pieza legal que aporta un plus de obligatoriedad, contundencia, y, sobre todo, verticalidad, mucha verticalidad, que convierte prácticamente en ineludible la puesta a disposición de fondos al acreedor, aunque fuere de forma provisional y/o a cuenta, en el breve plazo de cuarenta días, desde que el asegurador haya tenido conocimiento del siniestro (art. 18 LCS). Y ello por cuanto, por encima de la noción general de la exigibilidad de la prestación *“al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro”*, acto seguido, el citado artículo establece que *“en cualquier supuesto”* el asegurador debe proceder al pago del importe mínimo debido. Una interpretación escrupulosa de esta expresión *“en cualquier supuesto”*, nos indica que el asegurador debe pagar (o consignar) si o si, aunque mantenga dudas sobre la existencia de la viabilidad de la reclamación que se haya presentado. Esto es justo aquello que ya advierte la jurisprudencia, cuando refiere que: *“Es decir, o la Aseguradora paga o consigna (si tiene dudas), dado que, si no lo hace, se dará la previsión contenida en el art. 20 indicado, y por ello deberá de abonar el recargo de los intereses sobre el capital.”*²². Es decir, en principio (salvo ministerio de la regla octava, a posteriori), se penaliza moratoriamente cualquier acto que no sea abonar cuantía alguna por parte del asegurador. Una forma de adelantar la barrera punitiva, mediante una puesta a disposición provisional, a cuenta y ad cautelam, prácticamente ineludible si no se quiere correr el riesgo de incurrir en mora.

Ahora bien, si atendemos a esta visión rigurosa del importe mínimo debido, surgen las siguientes cuestiones. ¿Qué utilidad tiene la dispensa de efectos moratorios respecto del retraso del importe mínimo debido?, si este se

debe pagar en cualquier caso, ¿qué sentido tiene dispensarlo posteriormente?. A mi juicio, estamos ante una clara contradicción entre el art. 18 LCS y la regla octava del art. 20 LCS; pues, “en cualquier supuesto”, incluye también supuestos de culpa y dudas, que es, precisamente, el argumento legal, y jurisprudencial, que activa el efecto liberatorio de la regla octava sobre el importe mínimo debido. En mi opinión, esta expresión nos acerca a un sistema de mora objetiva, incoherente con la previsión al respeto de la regla octava para el importe mínimo debido.

3.2 Inciso sobre eventuales cobros de indemnizaciones, a rembolsar al asegurador.

Otro motivo que conduciría al asegurador a ser reticente con sus obligaciones de indemnizar, ergo de rehusar siniestros hasta decisión judicial firme, es el problema al que se enfrenta al recobrar el importe mínimo debido, en caso de que proceda. Pero, en la práctica, ya sabemos los problemas que existen para recobrar la cuantía adelantada en virtud de este concepto. Esta operación de retorno se torna compleja e incierta. Simplemente, pensar en la posibilidad de que el acreedor reciba el importe, y lo reserve *ad cautelam*, por si ulterior o definitiva resolución se pronunciare en el sentido de no haber lugar a la obligación de indemnizar, tal que tuviera que devolver dicha cuantía, es una quimera. La experiencia me dice que, una vez se pone a disposición del acreedor del seguro cualquier indemnización, éste se utiliza *ad libitum*, y a la hora de solicitar el reembolso, el fantasma de la insolvencia aparece en un alto porcentaje de reclamaciones, siendo realmente complejo este ejercicio de recobro; recobro que, además, debe pasar por todos los filtros procesales de aplicación²³.

²³ Téngase en cuenta que la posibilidad de restituir lo abonado por el asegurador no viene revestido de fuerza ejecutiva en las sentencias que así lo consideran. Estos fallos judiciales no incluyen en su apartado dispositivo la obligación de devolver cantidad alguna, simplemente se limitan a construir el pronunciamiento absolutorio, en el sentido que proceda; y la única señal que se observa a propósito de este reembolso, es una suerte de advertencia a modo de *obiter dicta*, en algún lugar del fundamento jurídico donde se razona jurídicamente la decisión liberatoria del asegurador, que simplemente preconstituye el derecho del asegurador para reclamar dicha cuantía. Si bien esto anterior no tiene la fuerza ejecutiva indicada, si tiene fuerza declarativa suficiente para hacer valer en eventuales y ulteriores reclamaciones del asegurador (procesos declarativos) frente a sus ex acreedores que, luego de la sentencia liberatoria, no hayan rembolsado la cuantía. Y, posteriormente, habría que acudir al ejecutivo correspondiente, via art. 517 LEC.

²² Por todas, las STS 456/2004 7 junio 2007 (3916/2004 - ECLI:ES:TS:2004:3916), STS 670/2008 1 julio 2008 (3303/2008 - ECLI:ES:TS:2008:3303), STS 949/2008 16 octubre 2008 (5362/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5362), STS 947/2008 16 octubre 2008 (5237/2008 - ECLI:ES:TS:2008:5237), y la STS 252/2009 17 abril 2009 (2214/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2214).

3.3 Consideraciones generales del fenómeno del rehúse.

Con todo este viento en contra, el asegurador toma una postura defensiva y decide suspender un gran número de reclamaciones, incurriendo conscientemente en retraso; y, hasta que desvirtúe el *iuris tantum (ex regla octava) técnicamente en mora*. La cuestión es, por qué toma esta política de resistencia, aun teniendo presente la contundencia moratoria del art. 20 LCS, cualquiera diría que se está pegando un tiro al pie. Pero lo cierto es que, en el ámbito mercantil, si una política empresarial se mantiene activa, es porque es rentable, la cuestión es buscar por qué es rentable. Lo preocupante en el caso analizado, es que esta rentabilidad compromete la salud del sector asegurador.

En relación a lo anterior se plantea si “todo vale” para obtener rendimientos, o si el “fin justifica los medios”. A ello se puede hacer la pregunta, ¿es necesario que el asegurador lleve a cabo estas prácticas de rehúse de siniestros indiscriminada, para obtener mayores beneficios?, la respuesta se adelanta compleja. Habría que valorar, si estas prácticas son con arreglo a Ley, si rozan la mala fe, etc.; existen matices y, sobre todo, la moral es un canalizador de opiniones que tendrá su relevancia a la hora de posicionarse. En mi opinión, la cuestión va a estar asociada al carácter abusivo de estas prácticas; en la medida que el asegurador se hace valer de su superioridad en varias disciplinas, para inmunizarse frente al efecto motivador del art 20 LCS, así como compensar sus efectos, en caso de que tenga que hacer frente a ellos.

El problema de tener un mercado asegurador que presente una tasa importante de mora es preocupante, pues tiene inevitablemente una serie de perjuicios concatenados que indicamos. Por un lado, de forma más inmediata y particular, aquella relación jurídica incurrida en mora, frustra directamente el interés del acreedor. Teóricamente, se frustra la finalidad del contrato de seguros. Y, sistémicamente, una práctica generalizada de este tipo de conductas incrementa el grado de desconfianza, no sólo de los clientes, sino de todo sujeto susceptible de relacionarse con un asegurador. En consecuencia, la cronificación de esta praxis moratoria, junto a la incertidumbre que supone tal fenómeno, lastraría uno de los pilares del desarrollo económico y social, habida cuenta el seguro es el principal dique de contención frente al riesgo en las sociedades, riesgo que es

incompatible con el desarrollo.

Esta forma preliminar de mostrar resistencia al pronto pago ha sido uno de los motivos por los que estas mercantiles se han ganado a pulso aquel pensamiento socialmente generalizado de cierta aprehensión y desconfianza frente al asegurador. Consideración que se une a la animadversión que, por defecto, ya parece haber frente a aquellas grandes mercantiles que desarrollan una actividad empresarial, y, en general, cualquier mercantil que anteponga el ánimo de lucro sobre todas las cosas. Vivimos en una sociedad donde, el culto al ánimo de lucro y la exacerbación de los rendimientos económicos, no son políticas empresariales que causen precisamente simpatía en la opinión pública; cuanto menos, causa indiferencia, si no es que termina levantando la suspicacia o el escrúpulo antes señalado; pero, lo que es claro, es que nunca levanta aplausos. Muy posiblemente porque estas apuestas empresariales se relacionan con ideas negativas como, la codicia, avaricia, egoísmo, materialismo, usura, o miserable para los más radicales. Tampoco ayuda la consideración de lo políticamente correcto, que separa la honradez con la acumulación de riqueza a la que acostumbran las mercantiles. Motivo por el cual, no es caprichoso, ni casualidad, que esté de moda en las mercantiles tener sus correspondientes fundaciones sociales, donde intentar blanquear esta mácula de onerosidad y lucro exacerbado que parece la sociedad entiende como pecado. El propósito de estas políticas empresariales sociales no es otro que combatir las ideas negativas anteriores, por las de generosidad, altruismo, filantropía, etc.; cuyo éxito o no, sería tema para otro debate.

Considero importante este asterisco sobre la imagen y consideración pública de las entidades aseguradoras, porque, además de ser un indicador popular del problema que tenemos por objeto analizar, en base a ello, vamos a construir una de las posibles soluciones que proponemos para la solución de estos problemas moratorios. Concretamente, adelantamos que consistirá en atacar el prestigio o reputación de las entidades aseguradoras, proponiéndolos como coste a los retrasos injustificados. De lo investigado y documentado para la elaboración de este trabajo, así como los años dedicados a la asesoría jurídica de entidades aseguradoras, detecto cierta vulnerabilidad en este sentido; al menos, más de la que actualmente tiene lugar con la penalización prevista en el art. 20 LCS. Para no caer en la mala interpretación de mis palabras, insisto, no quiero decir que

la consecuencia moratoria del art. 20 LCS sea improductiva para la cusa del pronto pago, sino que, en una escala de preocupación del asegurador, la reputación u “honorabilidad comercial”²⁴, que tanto se predica en la normativa de ordenación de seguros y mediación, pesa, cuanto menos, sensiblemente más que la pena moratoria, por no decir sustancialmente más. Ello por cuanto, veremos que el interés moratorio es fácilmente atenuable o neutralizable por el asegurador, sin embargo, la credibilidad y prestigio de sus servicios no tanto. Entiéndase esto anterior, siempre por regla general, pues también habrá que valorar cuantitativamente el coste de reputación y el volumen de interés moratorio concreto, para ver cuál de las dos es más punitiva.

IV. INDICADORES DIRECTOS E INDIRECTOS DEL PROBLEMA ANALIZADO.

La resistencia de la aseguradora para cumplir en tiempo y forma es una realidad que aparece *sottovoce* en la opinión pública y doctrinal en general, pero también puede deducirse a través de varios indicadores que exponemos a continuación. Con carácter general, uno de los más evidentes, por el grado de autoridad que desprende la fuente, es la constatación jurisprudencial y doctrinal de la alta litigiosidad existente en materia moratoria de seguros; donde, en no pocas sentencias se hace constar reseñas como aquella que afirma: “La experiencia jurisprudencial nos muestra que la aplicación del artículo 20 ha originado una abundante litigiosidad. Aun limitando el examen de esa experiencia a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, puede advertirse que un elevado número de recursos de casación referentes a la Ley de Contrato del Seguro se refieren a la aplicación del recargo del 20%, en cumplimiento de lo previsto en su artículo 20”²⁵. Por su parte, autores como

BADILLO ARIAS²⁶, entre otros, dejan constancia de ello, postulando este régimen como uno de los más controvertidos y fuertemente debatido por la doctrina, destacando en especial la importante litigiosidad que ha levantado el precepto moratorio analizado. A destacar también la reseña el autor VEIGA COPO²⁷, que expresa lo que es un *vox populi en cualquier foro social, financiero, jurídico, y en general, en cualquier coloquio que salga a la palestra este tema, indicando que “Todos sabemos que la aseguradora es más propensa a dar largas y decir que en breve se abonará la indemnización definitiva.”*

Otro indicador interesante se deduce de las estadísticas elaboradas por la DGSFP²⁸, donde se deja constancia de que el rechazo de siniestros es una realidad top en este tipo de estadísticas. A su vez, las asociaciones de consumidores exhiben la misma sensación, luego de pulsar y conocer la experiencia de sus asociados y población en general²⁹. Y, en la misma línea, cualquier foro, jornadas formativas e informativas, u otros eventos que tengan especial afinidad y relación con el mercado asegurador, dejan caer abiertamente este problema existente. La confluencia de todos estos indicadores podría alcanzar incluso la cota de eficacia probatoria propia del hecho notorio (art. 281.4 LEC), como también

(7089/2005 - ECLI: ES:TS:2005:7089), o la STS 780/2009 2/12/2009 (8410/2009 - ECLI: ES:TS:2009:8410).

26 BADILLO ARIAS, José Antonio. *Ley contrato de seguro. Jurisprudencia comentada, 3ª edición, ed. Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 495, 497, 498 y 506. “El art. 20 LCS es tal vez el más controvertido de la Ley de Contrato de Seguro si lo relacionamos con el número de contiendas judiciales que ha provocado. Esta alta litigiosidad justifica que sea uno de los artículos más cuestionados y más necesitados de una profunda modificación” ... “pues, si bien es cierto, dentro de la alta litigiosidad que la aplicación del artículo 20 LCS ha suscitado, que esta Sala ha restringido sus efectos a la hora de interpretar el presupuesto de la mora,” ...el más controvertido y el que más litigiosidad ha suscitado”.*

27 VEIGA COPO. Abel B. “Eficacia obligatoria del contrato de seguro o la ejecución del contrato”. En VEIGA COPO, Abel B. *Tratado del contrato de seguros*. Tomo I, 5ª edición, ed. Civitas, Madrid, 2017, p. 1799.

28 Vid. “Memoria del Servicio de Reclamaciones”, publicada por la DGSFP (2018). En la misma, podemos ver cómo, de las 6.786 reclamaciones atendidas (p. 11); la segmentación por ramos que se hace constar (pp. 12-14), tienen a la cabeza del ranking, el rechazo del siniestro (salvo el seguro de deceso), y la mayoría con una ventaja importante respecto de la segunda de las causas objeto de la reclamación. Esto podría considerarse un extracto o muestra, proporcionalmente extrapolable a la realidad de las reclamaciones directamente a las aseguradoras.

29 FACUA. “En quinta posición, las compañías aseguradoras, con el 6,5% de las quejas”

24 Los arts. 22.8, 26, 38, 47, 65, 165 y 180 LOSSEAR, exigen que los profesionales que ejerzan cargos de dirección y gobierno de las aseguradoras, así como de sus sucursales tengan este perfil; perfil también exigido para la sustitución provisional de los órganos de administración de la entidad aseguradora, y para los liquidadores que intervenga en los correspondientes procesos de liquidación (arts. 175-182 LOSSEAR). Ítem más, previsto como causa de infracción grave la contravención de alguno de estas exigencias, en el art. 195.14 LOSSEAR (vid. arts. 15, 18, 35.1 d), 36.1 c), 41.1 d), 206.2 y DA 8.4 ROSSEAR). Por su parte, la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados; además de contemplarse expresamente en su EM (I y IV), los arts. 10, 13.5, 21.3 c), 27.1 d), 20.2 LMSP, exigen también este perfil para determinadas actividades mediadoras.

25 STS 1224/2004 10 diciembre 2004 (8010/2004 - ECLI: ES:TS:2004:8010), STS 908/2005 29 noviembre 2005

convalida el vox populi general, compuesto por personas que, el que menos, ha sido cliente de seguros, y la experiencia directa ante un rehúse de siniestro deviene una realidad muy fácil de testificar, por cualquiera que haya contratado un seguro y reclamado un siniestro, recibiendo negativas, sobre todo cuando de cantidades importantes se refiere. Estas evidencias revelan claramente que las compañías aseguradoras rehúsan un alto porcentaje de las reclamaciones de siniestros, y que, de estos polvos, aquellos lodos de alta litigiosidad y controversia, como la propia jurisprudencia reconoce.

También cabe precisar que, pese a ser una sensación más o menos constatada, no deja de tener carácter general; evidentemente, el mercado asegurador es muy amplio, y dato preciso dependerá de cada compañía de seguros, así como del siniestro y de otros factores y circunstancias a tener en cuenta. A más, de éstos rehúses, habría que matizar sí es primera reclamación o ulteriores; pues, es lógico pensar que el mayor volumen de rehúses se produzcan con la primera de las reclamaciones, y que, en ulteriores, la tasa de respuesta positiva del asegurador aumente. Da la sensación de que, en determinadas ocasiones, la ejecución de la prestación debida es un premio a la insistencia del acreedor, un logro cuya obtención pasa necesariamente por un estándar de perseverancia del cliente o perjudicado, donde sólo los que más reiteran y reivindicar sus derechos obtienen el ¿premio? de percibir lo que por contrato le corresponde. Y este viene a ser uno de los precursores, o germen, de lo que consideramos el problema moratorio.

Pero insistiendo en lo antes indicado, que es el núcleo argumental de este trabajo, lo que realmente llama la atención y motiva estas líneas, es que este fenómeno de rehúses ocurre estando en pleno vigor el art. 20 LCS, que fue puesto en escena jurídica precisamente para combatir este fenómeno generalizado de actos dilatorios, en la medida *“que sirven de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador...”*; bajo *“la consideración de que el recargo o los intereses establecidos en el art. 20 LCS tienen desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida”*³⁰. Supongo que el devenir señalado, marcado por una alta tasa de retrasos, sumada a cierta sensación de indiferencia del asegurador, no

habría entrado en las cuentas del legislador a la hora de establecer este régimen moratorio. Se entiende de que, la pétrea forma con la que se diseña el régimen jurídico de aplicación, es precisamente con la intención de que ejerza de muro de contención moratorio, y salvaguardar la esencia del seguro, que no es otra que la reiterada pronta indemnización; pero vemos, esto no ha sido así, y esto tiene sus motivos, así como su correspondiente propuesta de solución alternativa.

V. LAS CAUSAS DE LA DESPREOCUPACIÓN /RELAJACIÓN MORATORIA.

Desde la promulgación del art. 20 LCS han transcurrido más de cuarenta años, tiempo suficiente para que toda una entidad mercantil preparada, el asegurador, tuviera la oportunidad de desarrollar la capacidad de atenuar las consecuencias moratorias por sus propios medios, sin tener que ajustarse a la fortuna que necesariamente le exhorta la LCS. Posiblemente, bajo el convencimiento de que merece autonomía para decidir qué reclamación atender y cuál no, por entender la reclamación sospechosa u otra causa que estime conveniente, no ha pasado por alto la obligatoriedad de tener que abonar imperiosamente el importe mínimo debido, y confiar en la suerte jurídica que le confiere la regla octava. La experiencia nos dice que, aun en estas circunstancias legales de adversidad, sigue queriendo tener el control de su dinero, aunque ello suponga el riesgo de mora por el retraso. Y, si a estas consideraciones le sumamos las habilidades y técnicas que ha desarrollado para salvaguardar el estado de su cuenta de resultados ante condenas moratorias, tenemos la realidad antes descrita del mercado asegurador, aquella que se caracteriza por una tasa de rehúses de siniestros importante.

Como quiera que esta decisión no es casualidad, y que todo efecto tiene su causa, procede destacar cuáles son las aquellas que han llevado al asegurador a la conclusión de que es posible optar por suspender el pago de una prestación debida, digamos, con más tranquilidad que la que inspira la LCS; tanto, que no tenga que soportar, en términos generales, perjuicios via mora. Podemos sintetizar estas causas en varios factores; a considerar factores legales, técnicos actuariales y financieros. Factores que, puestos en sinérgico funcionamiento, son capaces de blindar la cuenta de resultados del asegurador frente a quebrantos económicas por eventuales condenas moratorias. En base a ellos, el asegurador construye un sistema sofisticado de compensación y absorción de

30 STS 143/2018 14 marzo 2018
(860/2018 - ECLI: ES:TS:2018:860).



virtuales y consolidados efectos moratorios, siendo realmente capaz de inhibirse de la función de motivación que teóricamente debería tener el mero vigor del art. 20 LCS, precisamente por haber encontrado una fórmula concreta que le inmuniza de sus consecuencias. Dicho de otro modo, el uso estratégico de estos tres factores, no sólo son capaces de neutralizar toda la potencia motivadora moratoria que desprende el art. 20 LCS, sino que sus efectos materiales pecuniarios son eficientemente fagocitados por dispositivos *ad hoc*, técnicos y jurídicos, de compensación de perjuicios. Ergo, no es tanto la potencia de una norma, sino la posibilidad y capacidad de defensa del sujeto pasivo, en este caso el asegurador, para amortiguar sus efectos. Y esto precisamente ocurre en este caso, donde el núcleo problema reside en que, el asegurador, manejando estratégicamente los factores indicados, ha desarrollado una

capacidad para dismantelar y esterilizar todo un ejemplar régimen moratorio en su especie.

Como inciso y valoración personal, lejos de hacer apología de estas prácticas que rozan la abusividad y/o mala fe, entiendo procede hacer un paréntesis, y “dar al cesar lo que es del cesar”. En este caso, a juzgar por el calibre del régimen moratorio que se gasta el art. 20 LCS, y el viento en contra que encuentra el asegurador en el seno de esta relación jurídica ultra tutelada para la parte opuesta, debe reconocérsele este sujeto cierto ingenio y una extraordinaria habilidad, para, en un entorno de pura adversidad legislativa, jurisprudencial, incluso pública, potenciar los pocos factores que le pueden ser útiles para este propósito, maximizarlos y terminar construyendo todo un sistema de cortafuegos moratorio, que le permite, en términos generales, optar por

suspender una gran cantidad de prestaciones reclamadas, sin ver mermada su cuenta de resultados. Cuenta de resultados que, desde ya adelantamos, es lo que realmente duele al asegurador, y es en base a lo que vamos a construir la propuesta de solución al problema. Pues, en síntesis, detrás de toda política empresarial del asegurador existe una lógica pecuniaria de rentabilidad, donde, lo único que importa es el signo negativo o positivo de cada movimiento y/o cuenta de resultados; algo lógico y normal, siendo entidades mercantiles que tienen como religión el ánimo de lucro.

En cualquier caso, debe quedar claro que estas políticas de rehúse de siniestros en absoluto son caprichosas; y que quedan bastante lejos de ser arbitrarias e irracionales. Todas y cada una de ellas están fuertemente sopesadas por los diferentes departamentos que componen una entidad aseguradora; decisiones muy contrastadas, estudiadas y analizadas, en todas y cada una de sus consecuencias. Y, a juzgar por el cierto predicamento y continuidad que parece tener por el mercado asegurador el rehúse fácil, parece ser prueba de que no es precisamente una práctica deficitaria. Detrás de esta praxis denunciada existe toda una labor propia de ingeniería legal y financiera, desarrollada por el asegurador, con la finalidad exclusiva de amortiguar las consecuencias moratorias que puedan llegar a tener que hacer frente. Esta fórmula desarrollada trabaja en términos generales, tanto por los recursos que utiliza, que funcionan sinérgicamente en este sentido, como por sus resultados, que permiten al asegurador tener un overall de consecuencias moratorias positivo, o al menos, inofensivo para su cuenta de resultados. Es decir, individualmente, tendrá expedientes de reclamación que terminen siendo deficitarios, otros neutros, y una cantidad importante rentables; la suma de todos ellos, es la lectura que hace el asegurador, para ver si es viable generalizar la práctica de suspender el pago de las prestaciones reclamadas.

Habiendo solventado el problema o perjuicio pecuniario el asegurador con estas maniobras indicadas, y al no tener ulteriores efectos el art. 20 LCS más allá de los pecuniarios, ahí se terminan los problemas del asegurador; al menos en cuanto al epígrafe de hacer frente a los daños y perjuicios por los retrasos en que se ha incurrido. Como hemos advertido, el éxito de esta estrategia lleva a perder completamente el efecto motivador del art. 20 LCS, en la medida que el asegurador encuentra una grieta en el sistema por donde escapar. Así las cosas, se

desnaturaliza buena parte de la esencia del contrato de seguro, y lo más grave, que el principal perjudicado de estas prácticas es el acreedor de la indemnización del seguro.

Por ello, adelantando acontecimientos del siguiente punto, entiendo, la clave está en establecer, conjuntamente a este interés moratorio, otra divisa adicional como coste moratorio al retraso indebido; concretamente, una divisa alternativa a la pecuniaria, de popularidad y reputación, que más adelante se especificará. Pues se trata de un coeficiente cuyo control y manipulación le resultará algo más complejo al asegurador, en la medida que se aleja de la órbita de dominio que sus propios medios técnicos le permiten. Sólo de este modo, entiendo, puede volver a ser una realidad el efecto motivador que, según lo analizado, se perdió hace tiempo con la sola aportación del art. 20 LCS.

5.1 Recursos jurídicos. Posibilidad legal de dispensa moratoria.

Comenzando por los factores legales que sustentan estas políticas empresariales, tenemos la participación de una norma liberatoria, la regla octava, que, de forma imperativa (art. 2 LCS), da curso legal al asegurador para hacer oposición y defenderse en sede judicial, de cuantas pulsiones resarcitorias se viertan sobre él via art. 20 LCS. La regla octava agota y convalida la sostenibilidad jurídica que propugna la CE con sus principios elementales, en este caso, para el régimen del art. 20 LCS, en especial, el de seguridad jurídica, en aras de no causar indefensión al asegurador, frente a pulsiones resarcitorias del acreedor. Seguridad jurídica que no llega de forma genérica, sino específica y selectiva, dando, si cabe, mayor calidad y precisión al derecho, del que pudiera tener si dependiera de normativa supletoria como los arts. 1105 y 1182 CC. Esta regla es la base normativa para construir este tipo de estrategias con una cierta coherencia jurídica, fundamento y grado de éxito. Y todo ello, sin perjuicio del tratamiento restrictivo que ulteriormente se le otorgue a esta norma en sede judicial, via jurisprudencia.

Así las cosas, aunque el propósito de esta norma responda más a motivos de seguridad jurídica que a otra cosa, lo cierto es que el asegurador ha usado dicho precepto para construir su estructura anti efectos moratorios, ergo participa de la viabilidad de esta política de rehúses denunciada. Y, pese al esfuerzo que han demostrado los tribunales de justicia filtrando y dosificando muy restrictivamente

las dispensas moratorias que se suplican judicialmente en base a ella, la naturaleza de esta norma liberatoria no va a dejar de tener cierto grado de efecto relajación para el asegurador. Al fin y al cabo, el juzgador actúa dentro de la legalidad, y es lo máximo que puede aportar a esta causa tutelar para con el acreedor de la indemnización del seguro. No obstante, cabe decir que la dosis de restrictividad es tan alta, que la rentabilidad de esta política de rehúses no puede sostenerse sólo confiando su suerte a la regla octava. El volumen de mora que esta norma puede evacuar es muy limitado, y es por ello que ésta maniobra viene acompañada de otras que señalamos a continuación.

En cualquier caso, la naturaleza de este factor es eminentemente jurídica, por lo que el provecho de este recurso quedaría a disposición de las posibilidades técnico jurídicas que tuviera a disposición el asegurador. En este caso, si bien las ciencias jurídicas no es una disciplina de la que dependa directamente el negocio natural del seguro (como si serán las ciencias actuariales, financieras y económicas que veremos a continuación), tampoco podemos decir que un asegurador tenga carencias en cuanto a esta materia se refiere; al revés, las posibilidades económicas de estas entidades permiten disponer de macroestructuras compartimentalizada, donde, los servicios de asesoría jurídica no son precisamente de los más prescindibles; no hay entidad aseguradora que no tenga previsto un departamento específico experto en este campo. El que menos, tiene a su disposición un equipo jurídico en pro de la defensa de sus intereses; ya sea por departamentos propios de AAJJ, o bien externalizado a través de colaboradores. Y como no, a la hora de enfrentar judicial o extrajudicialmente una pulsión resarcitoria por daños y perjuicios en base al art. 20 LCS, estos equipos se ponen en funcionamiento desarrollando toda oposición a estas pretensiones.

En síntesis, en base a esta norma, el asegurador aprovecha el efecto de la misma para apurar toda posibilidad descargo de responsabilidad por daños y perjuicios en sede judicial. De este modo, el porcentaje de merma moratoria general con el que contribuye este factor es sumado al rendimiento del resto de factores; para, en su conjunto, como decimos, tener un overall positivo de cómputo moratorio, que es en realidad el objetivo del asegurador, la indemnidad de su cuenta de resultados, no tanto prestar atención al caso individual.

5.2 Recursos extrajurídicos.

Además de las facultades que encuentra el asegurador *ope legis*, existen otros factores que se suman a esta causa pretendida. Estos factores tienen naturaleza multidisciplinar, abarcando las ciencias económicas, así como las actuariales. Como vemos, dos de los campos técnicos donde precisamente el asegurador se mueve como pez en el agua, básicamente porque son los dos motores de su actividad económica. Aunque, bien es cierto, que ambas ciencias están directamente relacionadas, vemos por separado de qué forma el asegurador hace uso de estas técnicas para construir este holístico y coparticipado dispositivo disipador de consecuencias moratorias.

A) Ciencias actuariales. Estadísticas. “Ley de los grandes números”.

Una de las técnicas de esta disciplina más popularmente conocidas es la titulada “ley de los grandes números”. No obstante, detrás del carácter popular de esta expresión hay todo un, nada despreciable, sustrato de técnica actuarial importante, que, en este caso, el asegurador, no ha desaprovechado en absoluto para construir este dispositivo anti mora. Sea como fuere, esta “ley de los grandes números” ha sido un recurso especialmente útil para leer y prever el azar de reclamaciones del acreedor aparentemente aleatorias, en este caso, en beneficio del asegurador. Se trata de un criterio estadístico, aplicado para medir la frecuencia relativa de las reclamaciones de los acreedores de la indemnización del seguro, y tomar decisiones racionales en consecuencia al análisis actuarial realizado. Y, huelga decir que, en este caso, las decisiones tomadas tienen un carácter eminentemente empresarial, y con una finalidad puramente lucrativa.

Pero lo característico de este factor señalado es que trabaja con unas propiedades que el asegurador domina sin igual, las ciencias actuariales. Éstas, junto a las habilidades técnicas financieras del asegurador que veremos a continuación, son los dos motores del negocio asegurador. Lo paradójico y caprichoso a su vez, es que, en este caso, estos conocimientos, además de emplearse para confeccionar seguros rentables, se emplea para atenuar consecuencias moratorias, en una práctica que, ya hemos indicado, si bien no está taxativamente prohibida³¹, pudiera rozar la abusividad y/o mala fe.

³¹ El único fantasma que veo susceptible de atacar esta práctica, sería el de la abusividad. No obstante, si bien la



En base a esta ley, el asegurador aplica una estrategia escalonada de embudo. Partiendo de una colectividad de casos, espera se produzca un desgaste y/o desistimiento de reclamaciones, a medida que se van sucediendo

maquinaria legislativa ha desarrollado mucho este campo mercantil para las cláusulas contractuales, en este caso deberíamos hablar de prácticas abusivas, más que de cláusulas. Y, en este sentido, habría que poner la mirada en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. 11 de mayo de 2005. Relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. En esta normativa, esta práctica tendría cierto encaje en el apartado como práctica comercial desleal, aunque no dejaría de ser una cuestión controvertida, porque tampoco parece colegirse de las palabras del contenido del art. 5, que tenga un encaje preciso.

los rehúses. Esto es; siniestros que no vienen seguidos de reclamaciones; reclamaciones que no insisten con ulteriores; o, insistiendo, y llegando al proceso judicial, prospera la defensa del asegurador *ex regla octava*. Claramente, provoca la evaporación de responsabilidad moratoria, comenzando desde una fase prejudicial, por puro desistimiento del acreedor, continuando por la judicial, por oposición procesal; y, todo ello, mientras se invierten las cantidades retenidas, conforme veremos en el siguiente epígrafe. En cualquier caso, vemos como un gran porcentaje de ellas se quedan por el camino por desistimiento del acreedor más o menos temprano.

Invocando a la lógica más aplastante de las deducciones; ¿qué nos hace pensar que una entidad aseguradora, posiblemente una empresa top y docta en el campo de las ciencias actuariales, vaya a pasar por alto el hecho de que un porcentaje nada despreciable de rehúses no lleguen a devenir y formalizar reclamaciones judiciales?, a mi juicio, nada. Lo hacen, y en absoluto por casualidad; los números en estas empresas no son nunca una casualidad. Si esta estrategia les supone un ahorro considerable, que insisto, en principio, no está prohibida, ni consta se haya sancionado esta práctica, no hay nada que invite a abstenerse de estas prácticas empresariales indicada. Si, además, este ahorro se traduce en beneficios; y, sobre todo, aquello que interesa, combate también una eventual merma moratoria, no existen razones para pensar que no lo harían. Y así, es como la estadística le sirve al asegurador para, en este caso, confiar en poder neutralizar condenas moratorias; esta vez, como resultado diferencial del cómputo global de todas las reclamaciones no efectuadas, o efectuadas y no continuadas, con las sí procesadas judicialmente con mora aparejada. Por tanto, la suerte y el provecho del asegurador, reside en el valor compensatorio entre todas las que no son reclamadas, con las que sí, y de estas, las que devienen en mora por desestimación de la regla octava. Y ello con reserva a lo que se expondrá a continuación, donde veremos cómo el asegurador da una vuelta de tuerca más a esta fórmula de dispersión de efectos moratorios; en la medida que procede a invertir el importe de las indemnizaciones debidas y aun retenidas, generando un rendimiento adicional que ayuda, cómo no, a compensar el eventual quebranto moratorio general que pudiera tener que hacerse frente por imperativo de resolución judicial. De tal modo que, aunque individualmente el rendimiento de alguna inversión no hubiera satisfecho la

condena moratoria acordada en sentencia, el resto de casos no reclamados y sí invertidos, compensarían estas pérdidas.

B) Ciencias económicas. Inversión en mercados financieros.

Como decimos, agotadas las anteriores contingencias de dispersión moratoria, aún queda por resaltar un último recurso que el asegurador pone en funcionamiento, independientemente de cómo devenga y/o resulte la reclamación del eventual acreedor. Me refiero a técnicas de inversión de los capitales retenidos indebidamente. Precisamente, aquellos que debieron ser abonados al acreedor, al menos en la forma de importe mínimo debido, por la vía del art. 18 LCS, y que aún están en poder del asegurador. La pregunta que procede hacerse es sencilla, ¿qué hace el asegurador con estas cantidades reclamadas que aún conserva en su poder?, la respuesta podría ser cualquier cosa que genere rentabilidad, y, al ser posible, cuanto más mejor. Sencillamente porque la naturaleza de una entidad mercantil, como es toda una aseguradora, va a ir siempre encaminada a maximizar cada céntimo que esté en su poder. Del mismo modo que es religión el ánimo de lucro, es pecado capital tener un céntimo que no esté produciendo rendimientos.

En cualquier caso, a las razones legales y actuariales anteriores que inspiran tranquilidad al asegurador para proceder al rehúse de siniestros, se le suman estas razones propias de ingeniería financiera. Estas, *ad hoc*, desarrolladas especialmente para contrarrestar el característico efecto pecuniario moratorio, que, luego de los procesos de dispersión moratoria anteriores, el asegurador esté obligado a satisfacer. Estas inversiones vienen a amortiguar especialmente el interés moratorio que efectivamente el asegurador tiene que abonar, por mor de una resolución judicial; que no es otro interés moratorio, que el de aquellos acreedores que, habiendo pasado este particular proceso de "selección natural", no han desistido de sus acciones y derechos, perseverando hasta el punto de someter el hecho litigioso a criterio judicial y haber obtenido el premio a la perseverancia, en este caso, el reconocimiento de este derecho resarcitorio ex art. 20 LCS.

Así las cosas, igual que ocurría con las ciencias actuariales antes mencionadas, vemos que otra de las disciplinas donde el asegurador se muestra especialmente docto es en las ciencias económicas y financieras. Al fin y al cabo, la técnica financiera es

otra de las especialidades en las que estas entidades confían la suerte de su negocio. El caso es que, de nuevo, estos conocimientos se emplean más allá de las exigencias que requiere estrictamente el negocio del seguro, y participa del dispositivo anti mora denunciado. Gracias a estos conocimientos financieros de inversión y productividad las entidades aseguradoras son capaces de tener la potencia económica que actualmente exhiben la mayor parte de ellas. Y no solamente operando en el mercado asegurador, sino en aquellos mercados minorista y mayoristas, propios como la bolsa y otros foros de inversión de especial predicamento³². Entonces, ¿qué nos impide pensar que estos conocimientos no sean empleados también para prevenir posibles consecuencias moratorias, por eventuales retrasos en que puedan verse incursas?, a mi juicio, nada. Evidentemente, el asegurador va a movilizar y poner en funcionamiento cualquier medio y conocimiento a su alcance, así como ejecutar cualquier operación que pueda beneficiarle en este sentido, no sólo para incrementar beneficios, sino también para amortiguar importantes pérdidas, como las que pudieran derivarse de una condena moratoria. Sería inocente pensar que el asegurador se abstuviera de tal propósito; máxime cuando, como indicamos, se tiene a disposición el conocimiento y las herramientas adecuadas para ello, y, sobre todo, "*cum finis est licitus, etiam media sunt licita*".

La teoría práctica se atisba sencilla, se trata de hacer aquello que las aseguradoras acostumbran a hacer cotidianamente para obtener rendimientos, que no es otra cosa que, además de ingresar beneficios por cobro de primas, invertir en mercados y productos financieros diversificados el capital que la normativa de ordenación le permita disponer e invertir; siempre de acuerdo a los criterios de solvencia que se recogen en la LOSSEAR, y respetando la distribución de fondos que dicha normativa le obliga hacer, en pro de la solvencia que procura la norma de ordenación. En cualquier caso, estas entidades van a maximizar todo el capital que tengan disponible, sea éste debido o presuntamente indebido.

Por tanto, la el éxito de la capacidad de absorber consecuencias moratorias,

³² Vid. Informe "Estamos Seguros" 2018. UNESPA, p. 237 y ss. En él podemos ver cómo las entidades aseguradoras invierten en deuda pública y corporativa, española y extranjera; acciones; fondos de inversiones varios; así como la compra de bienes inmobiliarios e hipotecas.

pasa necesariamente por estas estrategias de inversión. Una cuestión puramente matemática, de oportunidad de rendimientos económicos de un capital disponible, de todas las reclamaciones susceptibles de recibir de acreedores ex contrato de seguros. Mientras que aquellas indemnizaciones que resultan definitivamente indebidas, no pasan factura moratoria, aquellos casos que sí, no hacen mella al asegurador, gracias al balance de resultados en general. Incluso, en estos últimos casos, sí el asegurador es capaz de salir al mercado con la indemnización retenida, y obtener un rendimiento, igual o mayor que la virtual condena moratoria que obtendría de no prosperar su oposición, no habría soportado ningún perjuicio por el retraso, incluso revertido.

A propósito de ello se ha pronunciado muy didácticamente el AAP Sevilla, sec. 8ª, 6 abril 2005 (818/2005 - ECLI: ES:APSE:2005:818A); el cual, previo hacer hincapié en una de las ideas más propias de esta materia, que "La finalidad perseguida por el legislador con este artículo fue establecer una cláusula penal legal con la intención de evitar maniobras dilatorias e inflacionistas por parte de las compañías aseguradoras en el pago de las indemnizaciones por seguro, obligando a éstas a cumplir en tiempos razonables con las obligaciones propias de su ramo", continúa haciendo la reflexión que pudiera confirmar la conjetura que proponemos en estas líneas, como es: "Evitar que con el dinero de sus clientes y beneficiarios de su actividad aseguradora se financien actividades económicas propias de las compañías aseguradoras mediante la dilación en los pagos a que están obligadas cuando se producía el riesgo asegurado, produciéndose beneficios para la entidad y, por el contrario, no produciéndose utilidad o beneficio alguno a aquellos que eran los que soportaban las inmerecidas dilaciones y, en definitiva, financiar actividades de las aseguradoras extrañas para el beneficiario de la reparación del daño."

5.3 Síntesis y consideraciones del problema.

Con todos estos factores utilizados astutamente por el asegurador, para enarbolar esta coparticipada estructura sinérgica de dispersión moratoria, es lógico pensar que el mensaje motivador del legislador, vía art. 20 LCS, llegue fuertemente distorsionado (o neutralizado) al asegurador; tanto que, parece, los únicos que ven punitivo el régimen moratorio del art. 20 LCS son la doctrina y el resto de operadores jurídicos. Contemplación lógica desde una posición externa

al asegurador, ya que, sobre el papel, estamos ante todo un ejemplar régimen moratorio, que bien atemorizaría cualquier economía media, sea empresarial o particular. Pero como hemos argumentado hasta ahora, hemos visto esto tiene letra pequeña, si el sujeto pasivo es una entidad aseguradora.

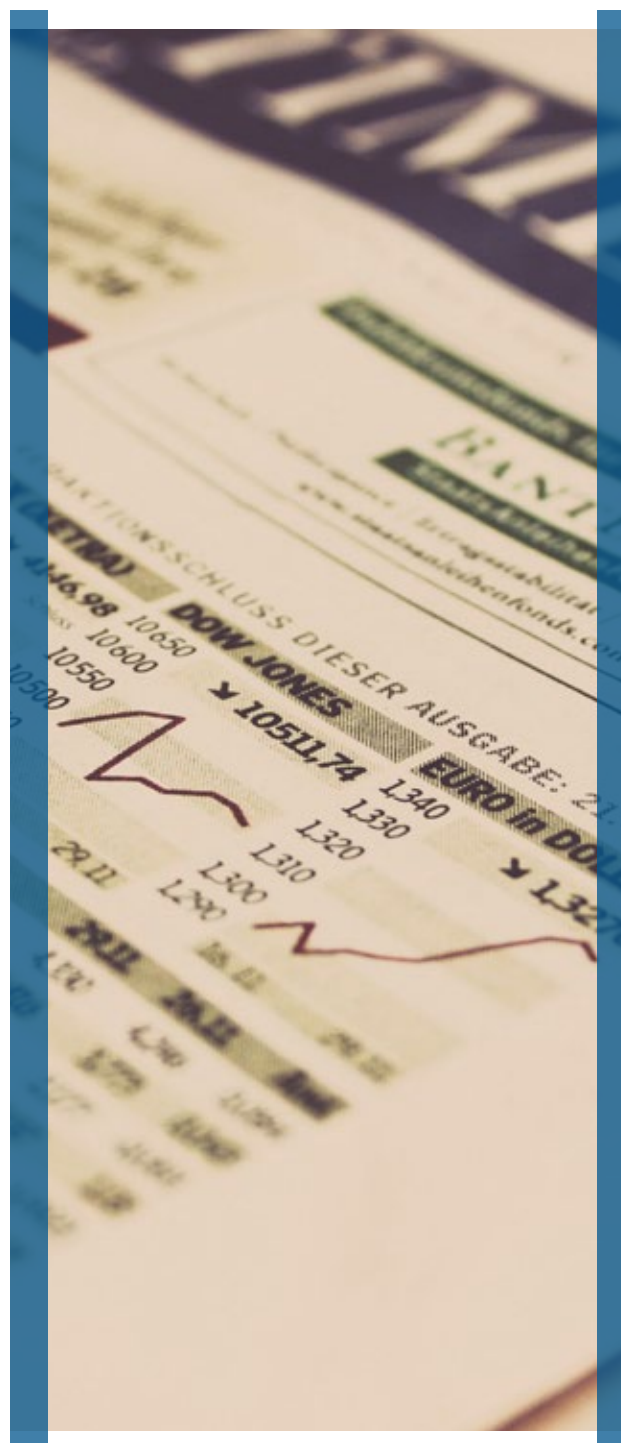
Y digo letra pequeña, porque el asegurador tampoco va a facilitar se conozca este error del sistema; estaría invitando al legislador a que en ulteriores reformas tomara medidas al respecto, fuera más contundente o aplicara otro sistema alternativo, para reformular una estructura motivadora al respecto, que salvaguarde el pronto pago que nunca debió haber perdido. Estas medidas alternativas sacarían al asegurador de su zona de confort, donde ha encontrado la fórmula perfecta para evacuar eficientemente los efectos perjudiciales efectos del art. 20 LCS. Sería bastante ingenuo pensar que, en estas circunstancias, cualquier representante del *lobby asegurador*, reconociera esta realidad expuesta en algún medio y/o foro jurídico de difusión, no sería una estrategia mediática empresarial inteligente. Por ello que estas prácticas quedan en la confidencia de los departamentos de estas mercantiles, y, cualquier versión oficial que se exhiba públicamente es, tendenciosamente, crítica y escéptica, a propósito del art. 20 LCS³³. Presumir de capacidad o habilidad técnica para absorber los perjuicios económicos de esta índole, no sólo disiparía la posibilidad de un precepto más atenuado en ulteriores reformas, sino que podría esperar incluso un efecto contrario. Por ello, la política mediática que aplica este *lobby* pasa necesariamente por adoptar una posición defensiva y preventiva, que

³³ DE ANGULO RODRÍGUEZ, Luis. *Hacia la reforma de la Ley de contrato de seguro, tras más de XXV años de vigencia. Revista de responsabilidad civil y seguro, núm. 21, 2007, p. 14; hace constar la excesiva onerosidad del art. 20 LCS, en comparación con el tratamiento legal moratorio que se prevé para la considerada entidad financiera hermana del asegurador, que serían las entidades bancarias; acusando expresamente, que ni ellas tienen un tipo moratorio tan alto como el asegurador. TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. "La reforma de la ley de contrato de seguro y la nueva ley de supervisión de los seguros privados". En BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar (VVAA). *Estudio sobre el sector asegurador en España 2010: los aspectos cualitativos de solvencia II*. Ed. Fundación de Estudios Financieros, 2010, p. 94; en la misma línea escéptica sobre el alto tipo de interés, el autor reflexiona sobre ulteriores reformas de las LCS, planteándose "acomodar el tipo de interés a las circunstancias financieras actuales". O, GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La Ley del Contrato de Seguro en España. Reformas recientes y todavía pendientes. Actualidad Jurídica Iberoamericana, IDIBE, núm. 5 ter, diciembre 2016, p. 164; que, refiriéndose al interés del veinte por ciento deja caer "que, dependiendo de cuál sea el interés legal del dinero en cada momento, puede presentarse como ciertamente elevada"*.*

*no es otra cosa que, como mínimo, mantener silencio sobre estas técnicas empleadas y descritas en epígrafes anteriores, o bien, criticar el sistema moratorio actual*³⁴.

En síntesis, todas estas técnicas, recursos, y maniobras, tienen el propósito común de disipar el efecto que las condenas moratorias puedan tener en la cuenta de resultados del asegurador. Y, no teniendo el art. 20 LCS otros efectos nocivos para la actividad aseguradora, más allá que el rasguño económico fácilmente subsanable para el asegurador, su problema termina aquí. Esto explica por qué el efecto motivador del art. 20 LCS deviene estéril al ponerse en marcha a estas prácticas de dispersión moratoria, lo cual le permite rehusar sin mayores problemas cuantas reclamaciones considere oportunas, tal como demuestra la alta litigiosidad alrededor de este precepto analizado. Parece que la descripción teórica y doctrinal que describe al interés moratorio como uno de los pilares de la pronta indemnización, se está quedando en una quimera o mera fábula no reconocida, que, entiendo, al propio asegurador interesa continúe así.

Por suerte el régimen moratorio no es la única vía para sostener la función de motivación. Adelantando acontecimientos, se trataría de enarbolar un sistema que no sentara sus bases en materia dominada por el asegurador, y/o su manipulación fuera prácticamente inabordable. Por ello, entiendo, el sostenimiento del principio de la pronta indemnización pasa necesariamente por establecer dispositivos coercitivos que trabajen en otra dimensión técnica, alguna que no domine el asegurador, y, por supuesto, que no trabaje exclusivamente con penalizaciones pecuniarias. En síntesis, construir un régimen moratorio fuera de la zona de confort del asegurador, que ataque su punto débil (la cuenta de resultados), pero desde un escenario donde el asegurador no se revele poderoso, esto es, uno de naturaleza no necesariamente pecuniaria; concretamente, una carga de profundidad que amenace el signo de esta cuenta de resultados, desde el flanco de la fama y/o reputación empresarial.



VI. ALTERNATIVAS AL RÉGIMEN MORATORIO ACTUAL. REFUERZO MOTIVADOR.

Luego de haber planteado la realidad anterior, manifestada crítica escéptica al respecto sobre la eficiencia de los efectos motivadores del régimen moratorio actual, y adelantar una posible línea de solución al problema, procede indicar qué fórmula coercitiva concreta considero apropiada acompañe al sistema del art. 20 LCS; a fin de reconducir el mercado asegurador a la línea de la que nunca debió salir, aquella que motiva

³⁴ A juzgar por la normativa candidata a reformar la LCS de los últimos años, las críticas parecen haber tenido sus efectos. Así, los arts. 21.1 ALCS 2010 y 2011 y 581-19.1 ACM 2014, una rebaja considerable los efectos moratorios, en comparación con el actual art. 20 LCS.



el pronto pago de las indemnizaciones; pues, cada palmo que se desvíe de este propósito, se pierde una porción de la naturaleza de estos contratos. Y, como quiera que el régimen provisto para apuntalar el cumplimiento puntual de estas prestaciones deviene insuficiente, a ello proponemos lo siguiente.

Partiendo de la base anterior, situamos el punto débil de las entidades aseguradoras en la cuenta de resultados. Evidentemente, no estamos ante ninguna ONG, y no hay otra cosa que más le preocupe que el rendimiento económico; el caso es que, la forma en que se amenaza este sagrado balance, posiblemente, no sea el más efectivo, al menos no de forma exclusiva. Procede contemplar otros vectores que repercutan en ella, pero que no consistan en factores pecuniarios. El caso es encontrar alguna divisa de coste moratorio que repercuta en la salud del negocio, la cual, el asegurador, no sea capaz de manipular como lo hace eficientemente cuando de un interés monetario se trata, pues ya hemos visto la sorprendente capacidad de fagocitar este interés.

Como se adelantó, se propone la fama o reputación empresarial, como divisa de coste moratorio, por los siguientes motivos principales.

En primer lugar, porque los efectos de una mala prensa que ataque directamente el ejercicio profesional del asegurador, no dependen directamente del él, y son difícilmente digeribles y revertibles, al menos a corto plazo. En segundo lugar, porque indirectamente un descrédito de este calibre termina afectando tarde o temprano a la cuenta de resultados, por la sencilla razón de que una mala fama empresarial termina mermando la clientela, dando lugar a una tasa de contratación y negocio en general a la baja, con aquella aseguradora incumplidora reiterada; básicamente, por la sensación de riesgo que percibe el tomador y/o asegurado, de no ser indemnizado en tiempo y forma, y/o tener problemas si acontece algún siniestro. En tercer lugar, una apuesta personal, que sería estimular el factor competición sana entre entidades aseguradoras; sencillamente por rivalizar dentro de segmento asegurador, a fin de obtener una calificación que demuestre menor tasa de morosidad, y hacer más atractiva su oferta e imagen en general; sin duda, en beneficio del cliente. Y, en cuarto lugar, destacaría como positivo la promoción de la contratación responsable y consciente, por parte de los potenciales clientes del seguro, los cuales tendrán mayor conocimiento de causa previamente a decidir con qué compañía de

seguros contratar; datos tan reveladores como los que proponemos se pongan a disposición de los clientes, permitiría fácilmente a estos evaluar y ponderar, con datos objetivos, la tasa de éxito o fracaso que pudiera tener un eventual parte de siniestro; información realmente útil antes de contratar.

A profundizar sobre el sistema coercitivo propuesto, se propone uno compatible con el actualmente en vigor art. 20 LCS. En definitiva, otro vector de penalización de conductas dilatorias no justificadas, concretamente, una suerte de registro público o privado, donde se recoja información moratoria de las entidades aseguradoras. Ello por cuanto, existen razones de peso para considerar que el éxito de esta medida coercitiva alternativa pase necesariamente por emplear otra divisa como coste moratorio para el asegurador; otra que, sin atacar directamente el patrimonio económico del asegurador, termine por reflejarse en la cuenta de resultados. Dicho de otro modo, atacar el patrimonio del asegurador, pero por la vía de la imagen o reputación de la propia entidad aseguradora, en el ejercicio de su actividad aseguradora, como profesional que presta un servicio de una determinada calidad, y sujeta a una cierta promesa de satisfacción de las necesidades e interés de la otra parte que contrata este servicio. Por ello, entiendo que la mejor forma de incentivar al asegurador al pronto pago, es hacerle pagar por los retrasos de las prestaciones debidas en la particular divisa de prestigio o reputación empresarial; muy probablemente sea un coste que no está dispuesto a soportar; sencilla y llanamente, porque amortiguar este coste no depende de factores que estén directamente a su alcance.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la medida que se propone, la primera cuestión que habría que esclarecer sería su legalidad o compatibilidad con el ordenamiento jurídico. A juzgar por la normativa relativa a la protección de datos vigente, no parece que haya óbice alguno para establecer algún tipo de fichero de datos específicos sobre la morosidad de las entidades aseguradoras. Considerando que la LOPD el máximo exponente de limitaciones en este sentido, ésta norma sólo es aplicable a las personas físicas, quedando, las entidades aseguradoras, fuera de su ámbito de aplicación (arts. 1, 2 y 3 LOPD). Por lo que, no habría ningún inconveniente para establecer una suerte de lista, fichero de datos, registro de entidades aseguradoras morosas, que, en este caso, expongan la tasa de atención mostrada frente a reclamaciones por siniestros, así como

la morosidad de estas entidades aseguradoras en atención a las reclamaciones recibidas y atendidas. Máxime cuando, además, no estamos ante ninguna novedad, como demuestra la existencia de registros privados, tales como ASNEF-EQUIFAX, ASNEF Empresas, BADEXCUG, RAI, FIM, entre otros.

Independientemente de la naturaleza y titularidad pública o privada del fichero que resulte, se trataría de permitir legalmente calificar la morosidad, ya sea mediante la confección de una lista o relación de compañías aseguradoras, de acuerdo al índice de morosidad que presenten, o simplemente registrar una puntuación alfanumérica que demuestre la tolerancia o resistencia al pronto pago. En cualquiera de los casos, se trata de retratar la realidad y eficacia mercantil de cada una de las aseguradoras que operan en el territorio español. Esto ya podría tener el efecto disuasorio que no terminaba de tener el interés moratorio. Sencillamente, porque como se ha advertido, ante las eventuales calificaciones y/o exhibición de situación moratoria en un registro, poca maniobra técnica puede el asegurador aplicar en consecuencia, para inmunizarse de los efectos tal medida; pues, no depende de él. Y, lo más importante, queda fuera de toda artimaña ingeniosa para prevenir efectos nocivos de ello. La única forma de manipular los datos sería falsear el correspondiente reporte que correspondería enviar al encargado del registro, que, si resulta ser la DGSFP el órgano encargado de estas tareas, podríamos hablar de multas y sanciones administrativas, siendo una decisión bastante arriesgada para el asegurador. Ante esta tesitura normativa, si el asegurador considera oportuno mantener una buena calificación o posición en este ranking, las opciones para ello se reducirían simplemente a cumplir con lo pactado en los contratos, sin más. De este modo se consigue el pretendido efecto motivador para el asegurador, que repercute positivamente en los derechos de los acreedores de la indemnización del seguro. Por un lado, el atractivo comercial que implicaría ocupar una de las primeras posiciones o mejores calificaciones del registro, se traduciría en una fama y reputación considerable, consecuentemente, en la confianza de los clientes, y, a su vez, un mayor volumen de negocios. Y, por otro lado, de este ambiente de competitividad entre las aseguradoras, los acreedores de la indemnización del seguro se verían favorecidos, ya que el asegurador muestra especial interés por cumplir puntualmente, aunque sea por el motivo de no registrar puntos que le supongan un hándicap

en estos registros. Habría una preocupación positiva en evitar a toda costa calificaciones bajas, cumpliendo escrupulosamente con los tiempos legales de aplicación.

A preguntas más concretas, como por ejemplo ¿Cómo se elaboraría el índice de morosidad?; suponiendo que el fichero sea público, por afinidad técnica y material, el órgano más adecuado para diligenciar el mismo sería la DGSFP. Fácilmente, podría establecerse la obligación de reportar a este organismo, como órgano administrativo fiscalizador que es, ad hoc, para las entidades aseguradoras, todos aquellos supuestos de retrasos en los que el asegurador haya incurrido. La correspondiente regulación sustantiva podría ocupar su lugar en el apartado material que regulan los arts. 113 y 114 LOSSEAR, que trata sobre las facultades de supervisión e información que deberá facilitarse a tales efectos por el asegurador. En estos preceptos ya se recogen obligaciones de reporte de información varia, como son los referentes a informar sobre estadística y contabilidad; líneas de información a la que se podría incluir la obligación de reportar datos específicos de ejecución de contratos de seguros, de tal modo que la DGSFP, como órgano encargado de la elaboración de estos ficheros de morosidad, pueda tener datos precisos con los que proceder a lo propuesto. Y, si cabe, aprovechando la potestad sancionadora administrativa que tiene reconocida este órgano (ex arts. 190 a 213 LOSSEAR (título VIII sobre infracciones y sanciones), circunscrita al ámbito de la supervisión de seguros privados, podría equiparse de mayor coercibilidad a esta obligación de reportar información concreta; en este caso, estableciendo apercibimientos legales con algún tipo de infracción o sanción al respecto, para que esta medida no quede en una simple recomendación de informar.

A la opción de instaurar esta medida con carácter obligatorio, por la vía de la imperatividad que implicaría incluirla en la regulación de ordenación administrativa de seguros, entiendo, podría haber otra alternativa, sin la necesidad de imposición expresa vía norma. Se trataría de estimular o incentivar inicialmente la participación del asegurador en estos registros de datos, y, una vez abierta la veda, demostrando con hechos los beneficios de participar del mismo, el efecto llamada sería una inercia difícilmente de detener. Tan pronto como un asegurador decida someterse a estas calificaciones, y demostrar urbi et orbi todo un ejercicio de transparencia y fiabilidad, se situaría en una posición de ventaja mediática

y de negocio considerable, respecto del resto de entidades aguadoras que decidieron no participar, por resultar más atractiva. Tarde o temprano, la propia supervivencia del negocio pasaría por participar de estos registros, pues aquella que quedase fuera, quedaría en el absoluto ostracismo mercantil, por pura desconfianza clientelar.

Claramente, una aseguradora cumplidora no tendrá ningún problema en exhibir este tipo de referencias contractuales. Sin embargo, aquellas que no puedan presumir de la misma virtud, tendrán sus reservas a participar de él, y se enfrentan al siguiente dilema; o quedar fuera del sistema, con la correspondiente suspicacia entre sus potenciales clientes y asegurados, o cambiar la política de rehúses, y pasar a cumplir en tiempo y forma. Como quiera que el refranero popular nos ha legado la expresión "quien calla otorga", en este caso, el asegurador que decide no participar de este sistema invita a pensar que se excluye del sistema porque precisamente tiene un promedio de mora importante; y, someterse al mismo en tales condiciones lo retrataría de cara a quienes sustentan la viabilidad de su negocio, sus potenciales clientes y asegurados. En resumen, es posible prescindir de la obligatoriedad; con sólo encender la mecha, incentivando el inicio de esta práctica, el resto deviene por propia inercia propia de un efecto dominó. al abrir la veda de la transparencia, y ver que algunas entidades empiezan a beneficiarse de ello, se crearía una suerte círculo vicioso o espiral retroalimentado, donde ninguna aseguradora querría quedar fuera del sistema, pues quedaría en evidencia su prestigio empresarial, al menos en cuanto a la observancia del cumplimiento de sus obligaciones se refiere.

En caso de optar por la iniciativa privada, nos remitimos a la dinámica actual de los ficheros de morosidad privados más representativos antes indicados. O bien, a la reconocida fórmula que emplean las agencias de calificación de riesgos y créditos, que tan efectivamente funcionan para calificar determinados productos financieros y activos, independientemente de su titularidad pública o privada.

Lo realmente práctico y revolucionario de esta medida es el grado de publicidad y transparencia que aporta al mercado asegurador en general, que es controlado por un tercero ajeno al asegurador³⁵, y que éste

³⁵ Obviamente, el éxito, garantía y credibilidad de este sistema pasa necesariamente por la imparcialidad e indepen-

poco tiene que hacer para al respecto, más allá de cumplir conforme establece la LCS. Y, de cara al cliente, facilitar recursos para contratar en base a un pronóstico contrastado de las posibilidades de tener problemas al reclamar alguna indemnización que correspondiera por siniestro. Al fin y al cabo, “información es poder”, y, si algo le hace falta al cliente del seguro para compensar el tremendo desequilibrio que se desprende de estas relaciones contractuales, es poder. Además, es positivo y saludable para el mercado asegurador que gana enteros en calidad y credibilidad.

Por destacar algo realmente curioso de esta propuesta, es que permite al futuro cliente del asegurador decidir la contratación de un seguro, en base a la misma ciencia con la que un asegurador establece su criterio de anti selección de riesgos; esto es, la estadística que proporciona la ciencia actuarial. De existir estos registros, habríamos conseguido la igualdad de armas y oportunidades, al menos en este punto. Hasta ahora, una de las causas de la desigualdad, es que el cliente contrata técnicamente en base a un alea, concretamente, si el asegurador va a responder conforme a ley; mientras que el asegurador examina exhaustivamente al asegurado previamente a contratar, controlando racionalmente el alea, para garantizarse las ganancias como quiera que devenga el negocio jurídico. Efectivamente, si previamente a la contratación, las aseguradoras evalúan el riesgo de sus asegurados con minuciosa y sofisticada estadística, para seleccionar y discriminar en consecuencia la viabilidad del negocio, ¿por qué no un cliente puede analizar el riesgo de contratar con una aseguradora, para asegurarse la viabilidad de su contratación?, a mi juicio, esto supondría la igualdad de armas que ayudaría a equilibrar esta relación jurídica. Si el asegurador, gracias a sus posibilidades técnicas, es capaz de auto proporcionarse datos estadísticos por sus propios medios, ¿por qué no el futuro cliente podría obtener estos datos gracias a organismos que se encarguen de hacer este trabajo?. Me parece justo y equitativo que el futuro cliente pueda tener la oportunidad de elegir con datos fidedignos qué opción le va a

dar menor riesgo de tener problemas en caso de tener un siniestro, del mismo modo que un asegurador se encarga de descartar a los asegurados no rentables. En definitiva, con este sistema se rebajaría en un grado la desventaja inter partes antes indicada.

En cuanto a otra de las bondades de este registro para asegurador, además de las ya destacadas anteriormente, procede hacer mención a la autorresponsabilidad del eventual éxito o fracaso que pudiera tener un asegurador. Si antes hemos reivindicado contratación responsable y mayor conocimiento de causa para el cliente del seguro, del mismo modo, extrapolamos esto al asegurador, en su política de pagos frente a reclamaciones ex siniestros. Es decir, no debería sorprender a un asegurador la caída de su volumen de negocio, cuando continuamente presenta reportes de morosidad, y esto es conocido por todos. Resultaría obvio que una entidad aseguradora que presente continuamente calificaciones bajas, pasara a ser receptor de rehúses y no emisor, en este caso rehúse de contratar con ella, dada la alta tasa de morosidad que presenta, y la desconfianza que ello supone. A su riesgo y ventura queda haber tenido otra calificación, habría sido tan sencillo como cumplir con lo dispuesto en los arts. 1, 18 y 20 LCS en tiempo y forma; que es algo que está al alcance de todo asegurador. Parafraseando a la doctrina más autorizada del tribunal supremo, “La aseguradora tiene a su disposición el mecanismo jurídico de la consignación judicial para enervar cualquier comportamiento torticero por parte del asegurado.”³⁶; a añadir, y la posibilidad de abonar el importe mínimo debido de forma provisional, que es una obligación que se exige “en cualquier supuesto” (art. 18 LCS). Estas consideraciones, bajo el claro convencimiento de que el asegurador gobierna soberanamente su negocio, que se le presume solvencia económica para hacer frente a sus obligaciones, y que tiene conocimientos legales *apropiados* para cumplir, podemos afirmar que queda bajo su arbitrio y voluntad ocupar altas o bajas posiciones. La eventual posición o calificación que refleje un asegurador, será un reflejo de la coherencia de su negocio con el pronto pago a sus acreedores.

Si tuviéramos que dar respuesta a la pregunta por qué esto no se ha llevado a cabo con anterioridad, tendríamos de nuevo que poner el foco en el potente lobby asegurador.

dencia absoluta. Es decir, tendría que estar necesariamente a cargo de otro ente ajeno a cualquier entidad aseguradora. No valdría que fuera una propia aseguradora la que confeccionara su propio registro de morosidad, ni incluso participara en la dirección del mismo. Difícilmente un asegurador reconocería un índice de morosidad; y si lo hace, la sospecha del que tal información no represente la realidad siempre estaría presente. Por razones de confianza y garantías, la neutralidad de este índice pasa necesariamente por quedar a cargo de otro sujeto que no se dedique a la actividad aseguradora.

36 STS 1069/2004 8 noviembre 2004
(7181/2004 - ECLI: ES:TS:2004:7181).

Lo más cercano que existe actualmente a esta figura, es de naturaleza privada, y es el indicado anteriormente "ASNEF Empresas", pero ahí no constan entidades aseguradoras; al revés, curiosamente, las entidades aseguradoras usan este, y otros registros, para seleccionar y discriminar clientes con los que contratar, ...no vaya a ser, que en algún momento el asegurador haya osado no pagar la prima (o cualquier otro pago de otros negocios jurídicos contraídos con anterioridad) en tiempo y forma, y esto sea un motivo de desconfianza pena contratar con ellos... (ironía). Por ello, no entiendo por qué el cliente no pueda tener a disposición el mismo recurso jurídico, para hacer lo mismo que hacen las entidades aseguradoras para contratar con sus clientes, sencillamente, ver si merece la pena pactar con ellos, evaluando el riesgo de incumplimiento. Estamos ante una medida que, si es válida para la entidad aseguradora, lo tiene que ser para la persona física, por una cuestión de reciprocidad, equidad, e igualdad de armas. La cuestión es que el cliente no tiene a su disposición los medios necesarios para evaluar de forma fehaciente este punto, y el asegurador sí. Pero esto tiene fácil solución, este vector de desigualdad se puede solventar, sencillamente permitiéndole al futuro cliente de seguros acceder a registros del modo que se propone en el presente. Una de las conclusiones finales sobre este punto en particular, es que, como en infinidad de políticas, esta medida se trata más una cuestión de voluntad, más que de una posibilidad.

En cualquier caso, en orden al pronto pago de la indemnización, que es el norte de todo contrato de seguros, entiendo esta medida tendría un resultado positivo en cuanto a la calidad del servicio prestado por el seguro. La razón es sencilla; dudo que las aseguradoras desatiendan e ignoren la posibilidad de ocupar una de las primeras posiciones en el top de esta lista, o calificar con una nota lo más alta posible. Está en juego el prestigio de la entidad, y con ello, volumen de negocios. Más aún, está en juego la supervivencia de la propia empresa. Desarrollar una actividad al margen de este sistema, y continuar con la política de rehúse fácil y temerario de los siniestros, no sería sostenible con este sistema propuesto vigente, tarde o temprano precipitaría una calificación pésima, y con ello el deterioro de la confianza, que, a medio o largo plazo, provocaría la pérdida de clientes, por el temor a sufrir los perjuicios y molestias que supone para un acreedor el retraso en el pago de la prestación debida. Mantener una calificación sana y sostenible, que revele unos estándares mínimos

de confianza clientelar, sería casi de obligado cumplimiento, a fin de no provocar un efecto espantada hacia aseguradoras competidoras. En definitiva, impulsar esta iniciativa, sea por la vía pública o privada, lograría una dosis de motivación muy eficiente para el asegurador, en pro de la calidad del servicio que corresponde al seguro privado, y con ello, del pronto pago de las indemnizaciones, y a la salud general del mercado asegurador como sostén del estado del bien estar y desarrollo social económico que tenemos actualmente.

VII. RESUMEN. CONCLUSIONES, Y VALORACIÓN PERSONAL EN GENERAL.

En definitiva, el asegurador, haciendo uso de sus recursos, y de la más pura algebra con los guarismos que le proporciona los factores antes indicados, construye este eficiente algoritmo de dispersión moratoria. Posiblemente, por sí solos no serían capaces de amortiguar los efectos de un contundente art. 20 LCS, pero que, puestos a funcionar sinérgicamente, a través de esta fórmula coparticipada por factores legales, económicos, financieros y actuariales, tienen como resultado material la inmunidad moratoria del asegurador. La cinética de este mecanismo describe todo un proceso secuencial y escalonado de evaporación de responsabilidad moratoria. El asegurador utiliza ordenada y estratégicamente los factores antes indicados para ir desgastando el volumen moratorio, que virtualmente tendría que hacer frente si cada retraso en que incurriera viniera seguido de una condena moratoria.

Este proceso de desgaste comienza con la elemental probabilidad de que el damnificado por un siniestro no llegue a reclamar cantidad alguna; bien porque desconozca que está cubierto, por desidia, o cualquier otra causa. A esta posibilidad le sigue, los que, reclamando una primera vez, el correspondiente rehúse les hace desistir de ulteriores reclamaciones. Prosigue con los que agotan todas las instancias posibles sin llegar a sede judicial. Y los que, llegando a sede judicial, obtienen un resultado desfavorable. Ítem más, mientras tiene lugar todo lo anterior, el asegurador se ha preocupado de haber tenido las cantidades retenidas produciendo rentabilidad. En consecuencia, vemos que al asegurador le sale rentable aplicar esta férrea política de rehúses de siniestros. Y, de haber sobrevivido alguna pulsión resarcitoria a todos estos filtros, su correspondiente pago de daños y perjuicios habría sido anecdótico, teniendo en cuenta el volumen moratorio ahorrado en realidad, así como el rendimiento obtenido en consecuencia a las retenciones de aquello que debió abonarse.

¿El resultado práctico de todo ello?, que el asegurador no va a tener ningún problema en rehusar cuantos siniestros considere oportuno. Efectivamente, en términos generales, este ingenioso dispositivo de elaboración propia permite al asegurador decidir, sin quebranto económico alguno, si pospone o paga la indemnización debida, según su criterio. Pero como quiera que estamos ante un negocio bilateral, sinalagmático, y de relevancia pública destacada, esta escapatoria del orden establecido por el legislador deviene claramente contraproducente en varios sentidos. En prima facie el orden particular de la relación jurídica inter partes deviene automáticamente corrupto. Estamos técnicamente en el orden de los incumplimientos contractuales, y esto, cual sea la solución jurídica que el ordenamiento proponga (mora, resolución, rescisión, nulidad, etc.), frustra el negocio jurídico, en la medida que se aparta de la ruta legalmente recomendada, que es la que representa la sostenibilidad de la relación jurídica. Ítem más, si además de no pagar la indemnización debida, lo hace sin tener que soportar mayores consecuencias, nada impide pensar que esta práctica no llegue a ser habitual. Y aquí es donde precipita el segundo de los sentidos en que se expresa la prejudicialidad de esta animada política de rehúses, que la falta de consecuencias serias para el asegurador, por estas prácticas, termina por estandarizar las mismas. Y como se evidencia que los contratos de seguros son los fractales o partículas indivisibles de una red mayor, que compone la macro estructura que es el mercado asegurador, la salud individual de estas partículas jurídicas condiciona la salud y sostenibilidad del tráfico mercantil actual. Habida cuenta este fenómeno denunciado, es lógico entender que la calidad de nuestro mercado asegurador es, cuanto menos, mejorable; al menos en cuenta al principio de la pronta indemnización se refiere.

Más grave aún, es que este fenómeno se está convirtiendo en un problema casi aceptado socialmente. Por un lado, es una práctica generalizada, en mayor o menor medida, por todas las entidades aseguradoras; pero es que, por otro lado, pare que el cliente de seguros tiene asumida la complejidad de obtener una indemnización ex siniestro. Existe una idea generalizada de que reclamar una indemnización debida es batallar contra el asegurador, sabiéndose, de antemano, que habrá que insistir, y que difícilmente pagará a la primera. Acentúa el problema que la contratación de seguros es una realidad obligatoria ex lege para un gran número actividades ordinarias y

extraordinarias, y pseudo obligatoria³⁷ para el resto de actividades que desarrolla cualquier persona física o jurídica en la actualidad. De algún modo, se obliga al cliente a comulgar con ruedas de molinos, con un casi obligatorio mal servicio, al menos, poco efectivo, que no cumple, en muchas ocasiones, con el pronto pago natural del seguro.

El caso es que estas prácticas dilatorias no pueden quedar convalidadas por esta suerte de aquiescencia social, pues existen fundamentos jurídicos para intervenir este serio problema. En primer lugar, porque, como derecho fundamental de nuestra carta magna, el art. 10 CE recoge el respecto a la ley y a los derechos, en este caso en pro del sostenimiento de todo un estratégico mercado asegurador, que, hemos dicho, sostiene el desarrollo económico, estrechamente vinculado con la prosperidad y paz social. En segundo lugar, porque se deja el cumplimiento del contrato de seguros al arbitrio del asegurador, cuestión taxativamente prohibida por el art. 1256 CC (“La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”). En tercer lugar, de acuerdo a lo establecido en el art. 6.2 CC, que esta práctica de rehúses tendría cierto encaje en aquellos supuestos de hecho de fraude de ley, por ser, técnicamente, el rehúse un “acto realizado al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él”, prosigue, “...se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. Y, en cuarto lugar, totalmente contrario a cualquier consideración teórica de la buena fe, llegando incluso a rozar el abuso del derecho (art. 7 CC).

En cualquier caso, parece claro que el origen del problema habría sido confiar el factor motivacional del pronto pago de las indemnizaciones a una réplica de índole pecuniaria, por muy onerosa que se presente. Sencillamente porque, resulta una divisa que al asegurador le es bastante fácil de manipular,

³⁷ Me refiero a los seguros que, si bien no son de suscripción obligatoria, la tendencia jurídico social actual nos sitúa en una vorágine gobernada por la exacerbación de la responsabilidad civil del art. 1902 CC. El cambio de mentalidad en la población, reclamando sus derechos, ha hecho que la búsqueda del sujeto responsable civil, ante la existencia de un daño, se haya convertido en una preocupación de primer orden actualmente. En estas circunstancias, cualquier actividad ordinaria o extraordinaria que se desarrolle, resulta especialmente peligrosa si no se hace bajo el amparo de un seguro. Verbigracia de los seguros de hogar, mascotas, comercios, entre otros.

como es el interés monetario. Por tanto, no es un problema cuantitativo, sino cualitativo. A fales efectos, la solución que se propone es establecer un sistema preventivo de mora que trabaje con otra divisa, como es la mencionada fama o reputación empresarial, tomando como criterio referencial la tasa de cumplimiento, y morosidad en la ejecución, de las prestaciones debidas en tiempo y forma. Y ello sin necesidad de remplazar el sistema existente del art. 20 LCS; pues, sería posible coparticipar dos sistemas garantistas del pronto pago. Tal es la importancia de la pronta indemnización, que entiendo no habría ningún problema en tener dos dispositivos de contingencia frente a retrasos indebidos del asegurador. De este modo se abarcan todos los frentes y flancos posibles; una eficacia de dimensión temporal, abarcando el doble filo, motivador (ex ante), y represivo en su caso (ex post); así como una eficacia material, en la medida que contempla consecuencias pecuniarias y reputacionales. Así las cosas, el asegurador incumplidor que encuentre problemas en rehusar siniestros, si los encuentre al ver cómo la práctica dilatoria reiterada, por el abuso de estos rehúses, le precipiten a una calificación negativa que termine por repercutir en una caída de ventas.

En cuanto a la aceptación de esta medida en el sector asegurador, entiendo, más temprano que tarde tendría una tasa seguimiento técnicamente plena, por las siguientes razones. Si el responsable de elaborar estos registros fuera la DGSFP, entiendo, la obligación de reportar información se prevería por imperativo legal en la LOSSEAR, y hablaríamos de un ejercicio de transparencia forzada, y poco habría que valorar, al menos desde un punto de vista de la participación en el este sistema. Pero, en caso de que esta medida fuera capitaneada por la iniciativa privada, y la participación fuera voluntaria, quedaría a disposición del asegurador secundar tal medida. No obstante, como ya indicamos, una vez el primer asegurador haga el ejercicio de transparencia y se atribuya todo el crédito que ello supone de cara a los potenciales clientes, precipitaría la participación del resto, so riesgo de quedar técnicamente fuera del mercado, por desconfianza y falta de negocio. En definitiva, la mera decisión de participar o no, será una actitud bastante reveladora, toda una declaración tácita de intenciones; donde, negarse participar, cuanto menos, va a levantar sospecha y cierta desconfianza clientelar. Por otro lado, el asegurador que decida libremente someterse a este examen, obtendría el voto de confianza positivo para su negocio, así como

un grado de reputación que podría traducirse en incremento de ventas, y que claramente lo diferenciaría y distanciara reputacionalmente de las que han decidido no participar del mismo.

En mi opinión, por cuestiones de afinidad, medios, capacidad y prerrogativas legales, reconozco que la mejor opción para canalizar este mecanismo motivador sería por la vía de la DGSFP. Principalmente, por la posición privilegiada que tiene, en cuanto a la información de las aseguradoras se refiere.

En conclusion, una entidad aseguradora escrupulosamente cumplidora no tendrá problema alguno en proporcionar todos los datos que se le exijan, pues reportará una tasa de mora sostenible, que le proporcionará una calificación aceptable, manteniendo su negocio sin mayores dificultades. Sin embargo, aquella que sea consciente de que abusa de esta política de rehúses siniestros, por cuestiones obvias, muy posiblemente tenga sus reservas a tener que dar este tipo de reportes moratorios. Aunque, tarde o temprano, de prosperar estos registros de morosidad, el asegurador outsider tendría que cambiar de política empresarial, si quiere continuar con su actividad aseguradora, sencillamente porque la desconfianza generada, por no participar del mismo, acabaría con su clientela. Con esta medida, el asegurador, o participa del sistema, o queda retratado.

Como resultado de ello, si el ingenio del asegurador no nos sorprende desarrollando otra habilidad para eludir este novedoso sistema, tendríamos un halo motivador renovado y eficiente, capaz de garantizar el pronto pago de las indemnizaciones. Con ello, los contratos de seguros volverían a tener la seriedad que se exige, tanto por los arts. 18 y 20 LCS, así como la filosofía que envuelve a este negocio en general. Y, por consiguiente, garantizando un mercado asegurador saludable, en la medida que evacua eficientemente el riesgo acaecido; recordemos, *conditio sine qua non* para el sostenimiento del desarrollo social y económico de nuestro sistema actual.

**Riesgos extraordinarios (inundación).
Reclamación contra el Consorcio de Compensación
de Seguros cuando la prima del seguro prorrogado
se ha pagado después del siniestro, una vez
transcurridos seis meses después del vencimiento
de la prima, en virtud de una práctica existente
entre la aseguradora y el tomador. Desestimación
de la demanda, al considerar que no es oponible al
Consorcio el pacto o las prácticas consentidas por
el mediador y la aseguradora.**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 2 de Julio de 2019

Ponente: Excm. Sra. Dª. Mª de los Ángeles Parra Lucán

PRIMERO.- Antecedentes

El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la procedencia de la cobertura por el Consorcio de Compensación de Seguros de los daños derivados de riesgos extraordinarios cuando el pago de la prima del seguro ordinario se produce, después de su prórroga, y en virtud de una práctica existente entre la aseguradora y el tomador del seguro, el mismo día que el siniestro, una vez transcurridos seis meses después del vencimiento de la prima.

En lo que interesa para la resolución del recurso, los hechos más relevantes para entender las cuestiones sometidas a esta sala, tal como han sido fijados en la instancia, son los siguientes:

1.- El 30 de noviembre de 2010, como consecuencia de un siniestro de inundación extraordinaria, Sotavento sufrió diversos daños materiales en las instalaciones de un complejo hotelero de su propiedad. Sotavento ejerció acción contra varias compañías aseguradoras y contra el Consorcio de Compensación de Seguros. Las pólizas de seguros concertadas otorgaban cobertura contra "todo riesgo" y estaban afectadas por el recargo obligatorio a favor del Consorcio, de conformidad con el art. 7 RDLeg. 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

Después de la interposición de la demanda, Sotavento llegó a un acuerdo extrajudicial con algunas de las aseguradoras y desistió de su demanda contra otra, de modo que solo mantuvo su demanda frente al Consorcio, a quien reclamaba el pago de

911.778,78 euros (parte correspondiente a la póliza suscrita con la aseguradora Axa y parte correspondiente a la póliza suscrita con la aseguradora Vitalicio, luego Generali), más 109.576,04 euros por mora hasta la interposición de la demanda, más los intereses que se generaran hasta el efectivo pago, más los intereses del art. 20 LCS .

El Consorcio, antes de la interposición de la demanda, había abonado a la demandante una cantidad, aceptando que debía asumir el riesgo extraordinario por los daños del campo de golf asegurados por una de las compañías de seguro inicialmente demandadas (Vitalicio, luego Generali), dado que el importe de la prima y el recargo correspondiente a favor del Consorcio habían sido pagados a la aseguradora el 25 de noviembre de 2010, con anterioridad a la ocurrencia del siniestro. Por el contrario, el Consorcio rechazó hacerse cargo de la indemnización solicitada correspondiente a los daños cubiertos por



el seguro concertado entre la demandante y Axa (que incluía una cláusula de coaseguro entre Axa y Ace) porque la demandante no había pagado la prima inicial de la póliza de seguro antes del siniestro. En su contestación a la demanda, el Consorcio, que además impugnó la cuantía reclamada, argumentó que no estaba obligado al pago tanto si se consideraba que la póliza con Axa se había extinguido por el impago de la primera prima (art. 15.I LCS) como si se consideraba, siguiendo los argumentos de la demandante, que se trataba de una renovación, ya que habían transcurrido más de seis meses desde la fecha del efecto (art. 15.II LCS).

2.- El juzgado desestimó la demanda interpuesta contra el Consorcio. En sus fundamentos jurídicos solo se refirió a la póliza de seguro concertada entre la demandante y Axa. Explicó que, dado que la primera póliza se concertó en 2008, la relativa al periodo correspondiente entre el 10 de mayo de

2010 y el 10 de mayo de 2011 era la segunda renovación, por lo que el supuesto era de primas periódicas y, dado que el pago se hizo el 30 de noviembre de 2010, transcurrido el plazo de seis meses a que alude el art. 15.II LCS , la relación contractual estaba extinguida "ipso iure" y de forma automática, por lo que era de aplicación el supuesto de exclusión de la cobertura previsto en la letra k) del art. 6 del Reglamento de seguro de riesgos extraordinarios

3.- La demandante interpuso recurso de apelación. La Audiencia estima parcialmente el recurso y condena al Consorcio a pagar a la demandante 908.762 euros.

En primer lugar, la Audiencia estima el motivo de apelación en el que se denunciaba incongruencia omisiva (art. 218 LEC) porque el juzgado solo se pronunció sobre los daños cubiertos por la póliza de Axa, pero no sobre la cantidad que debía abonar el Consorcio



por los daños en el campo de golf, daños a los que se refería la póliza concertada por Vitalicio (luego Generali), afectada por el recargo obligatorio a favor del Consorcio, y de los que el Consorcio solo había abonado una parte antes del procedimiento. Tras valorar los daños producidos, la Audiencia condena al Consorcio a pagar la suma de 54.419,23 euros por el resto no indemnizado.

En segundo lugar, la Audiencia entiende que cuando se produjo el siniestro estaba en vigor la póliza de Axa, por lo que el Consorcio debe abonar por los riesgos extraordinarios las cantidades solicitadas por pérdidas de beneficios y daños materiales. La Audiencia explica que no puede considerarse suspendida o extinguida la póliza del seguro, conforme al art. 15 LCS y al art. 6 k) del Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, porque no hubo culpa del tomador en el pago retrasado de la prima del seguro que se ha ido satisfaciendo sin objeción alguna con el acuerdo de Axa, quien durante años ha aceptado esta forma de proceder sin reparo alguno. Razona que las partes "aceptaron otorgar flexibilidad y aplazar en lo posible la presentación al cobro de las primas correspondientes a cada anualidad o periodo de vigencia de las pólizas de seguro que se iban renovando, cuya prima no se abonaba al inicio de la misma":

"De manera que el retraso en su presentación al cobro y el pago de la prima aunque no se hiciera al inicio de su periodo de vigencia no afectaba a las coberturas contratadas y así en el año 2008, siendo la fecha de efectos de la póliza de 10/05/2008 a 10/05/2009 Axa cobró la prima del seguro el 19 de diciembre de 2008, esto es más de seis meses después del término de su vigencia. En el año 2009 cobró la prima de la póliza de efectos mayo 2009 a mayo 2010 en julio de 2010, también fuera del periodo de su vigencia y en cuanto al seguro del año 2010 siendo la fecha de efectos de la póliza 10/05/2010 a 10/05/2011 se abonó el mismo día del siniestro el 30 de noviembre de 2010, si bien Axa cobró la prima en enero de 2011, esto es más allá de los seis meses siguientes al término de su periodo de vigencia. Igual ocurrió con el recargo correspondiente al Consorcio de Compensación y lo mismo sucedió en el año 2011 siendo los efectos de la póliza 10/05/2011 a 10/05/2012 fue cobrada la prima por Axa en diciembre de 2011 abonándose el recargo al Consorcio en enero de 2012".

Explica la Audiencia que el propio art. 15 LCS prevé como excepción a la regla de que el asegurador queda liberado de su obligación, en el caso de que la prima no haya sido pagada antes del siniestro, que las partes pacten su abono en un momento posterior, y que este pacto también afecta a la relación del Consorcio de Compensación de Seguros con el asegurado, puesto que respecto a este se trata de la misma póliza de seguro y no de un aseguramiento distinto concertado directamente con el Consorcio.

A continuación, a la vista de los informes periciales aportados por las partes, fija la cuantía de los daños y descuenta las oportunas franquicias convencionales y legales y condena al Consorcio a pagar, sumando lo correspondiente a la póliza de Axa y la de Vitalicio, en la cantidad total de 908.762,91 euros. Finalmente, la Audiencia declara que no procede imponer al Consorcio los intereses del art. 20 LCS en atención a las dudas sobre la cobertura del seguro así como la incertidumbre sobre la valoración de los daños, dadas las diferencias económicas existentes entre los diferentes informes periciales.

4.- El Consorcio de Compensación de Seguros interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación por el cauce previsto en el ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC , al ser la cuantía superior a 600.000 euros.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal

1.-Motivos y razones del primer motivo . Al amparo del art. 469.1.2.º LEC , el Consorcio denuncia vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia por infracción del art. 24 CE y del art. 459 LEC , en relación con el art. 215 LEC . En su desarrollo, la parte recurrente sostiene que la sentencia que resuelve el recurso de apelación entra a resolver y estima el motivo de incongruencia omisiva alegado por la parte actora a pesar de que la misma no procedió a denunciar previamente esta infracción mediante el procedimiento establecido en el art. 215 LEC mediante la solicitud de complemento de la sentencia.

El motivo se desestima por lo que decimos a continuación.

2.- Decisión de la sala. Desestimación del

primer motivo. Dado el carácter de "plena jurisdicción" del recurso de apelación (art. 465.5 LEC), el art. 459 LEC no impide a la sentencia pronunciarse sobre una cuestión deducida en la demanda y planteada en el recurso pues, conforme al art. 465.3 LEC , si la infracción procesal se hubiere cometido al dictar sentencia en la primera instancia el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueron objeto del proceso.

3.- Motivos y razones del segundo motivo . El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, formulado al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , se funda en la infracción del art. 24 CE , y denuncia interpretación ilógica e irrazonable de la prueba practicada en relación con la vigencia de la póliza de seguro suscrita por la actora con Axa-Ace para el aseguramiento de las instalaciones hoteleras (arts. 326 y 316 LEC).

El motivo se desestima por lo que decimos a continuación.

4.- Decisión de la sala. Desestimación del segundo motivo. El motivo se desestima no solo porque impugna la valoración de la prueba en su conjunto sin especificar cuál es el error patente producido, sino sobre todo porque lo que hace es plantear una cuestión jurídica referida a la oponibilidad frente al Consorcio de una práctica existente entre tomador y aseguradora sobre el pago de la prima del seguro ordinario, lo que será abordado al dar respuesta al recurso de casación.

TERCERO.- Recurso de casación.

1.- Motivos y razones del recurso. El recurso de casación, interpuesto por razón de la cuantía, se funda en dos motivos.

El primer motivo denuncia infracción del art. 6 k) del Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios aprobado por RD 300/2004, de 20 de febrero , en relación con el art. 8 del Estatuto del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el RDLeg. 7/2004, de 29 de octubre, y con el art. 15.2 LCS , dado que la prima no se había abonado antes del siniestro. En el segundo motivo del recurso de casación se denuncia la infracción del art. 15.2 LCS .

El Consorcio razona que el pago de la prima se realizó el 30 de noviembre de

2010, ocurrido el siniestro, por lo que tanto si se considera que la cobertura estaba en suspenso como si se considera que el seguro estaba extinguido, el Consorcio no responde de los daños, dado que el contrato iniciaba su vigencia el 10 de mayo de 2010.

2.- Oposición de la recurrida. Admisibilidad del recurso. En primer lugar, debemos rechazar los óbices de inadmisibilidad invocados en el escrito de oposición de la demandante recurrida, que considera que el recurso no respeta la base fáctica, ni la valoración de la prueba de la sentencia recurrida, no identifica en el primer motivo con claridad la norma ni la doctrina jurisprudencial infringidas, acumula preceptos heterogéneos no respeta la razón decisoria y carece de fundamento.

Estas alegaciones no pueden ser aceptadas, ya que en el recurso está bien identificada la cuestión jurídica planteada, que no es otra que determinar la procedencia de la cobertura por el Consorcio de Compensación de Seguros de los daños derivados de riesgos extraordinarios cuando el pago de la prima del seguro ordinario se produce, en virtud de una práctica existente entre la aseguradora y el tomador del seguro, el mismo día que el siniestro, una vez transcurridos seis meses desde el vencimiento de la prima.

Procede, en consecuencia, analizar el fondo del asunto y, dada la íntima conexión entre ambos motivos, se analizan conjuntamente y, por lo que se dice a continuación, se estiman.

3.- Estimación del recurso de casación. En el presente caso nos encontramos ante un seguro "todo riesgo daños materiales/pérdida de beneficio", suscrito en 2008, de duración anual y que fue objeto de renovación con efecto del 10 de mayo de 2010 al 10 de mayo de 2011.

Resulta por tanto de aplicación la previsión contenida en el art. 15.2 LCS respecto del impago de una de las primas siguientes, puesto que la prima correspondiente al período del 10 de mayo de 2010 al 10 de mayo de 2011 no es la de la primera anualidad, sino otra posterior.

Como recuerda la sentencia 58/2017, de 30 de enero , hemos de partir de la interpretación jurisprudencial del apartado 2 del art. 15, en relación con el apartado 1, que se contiene en nuestra sentencia de pleno

de 357/2015, de 30 de junio , ratificada por otras posteriores (entre ellas, por la sentencia 374/2016, de 3 de junio). Según esta jurisprudencia:

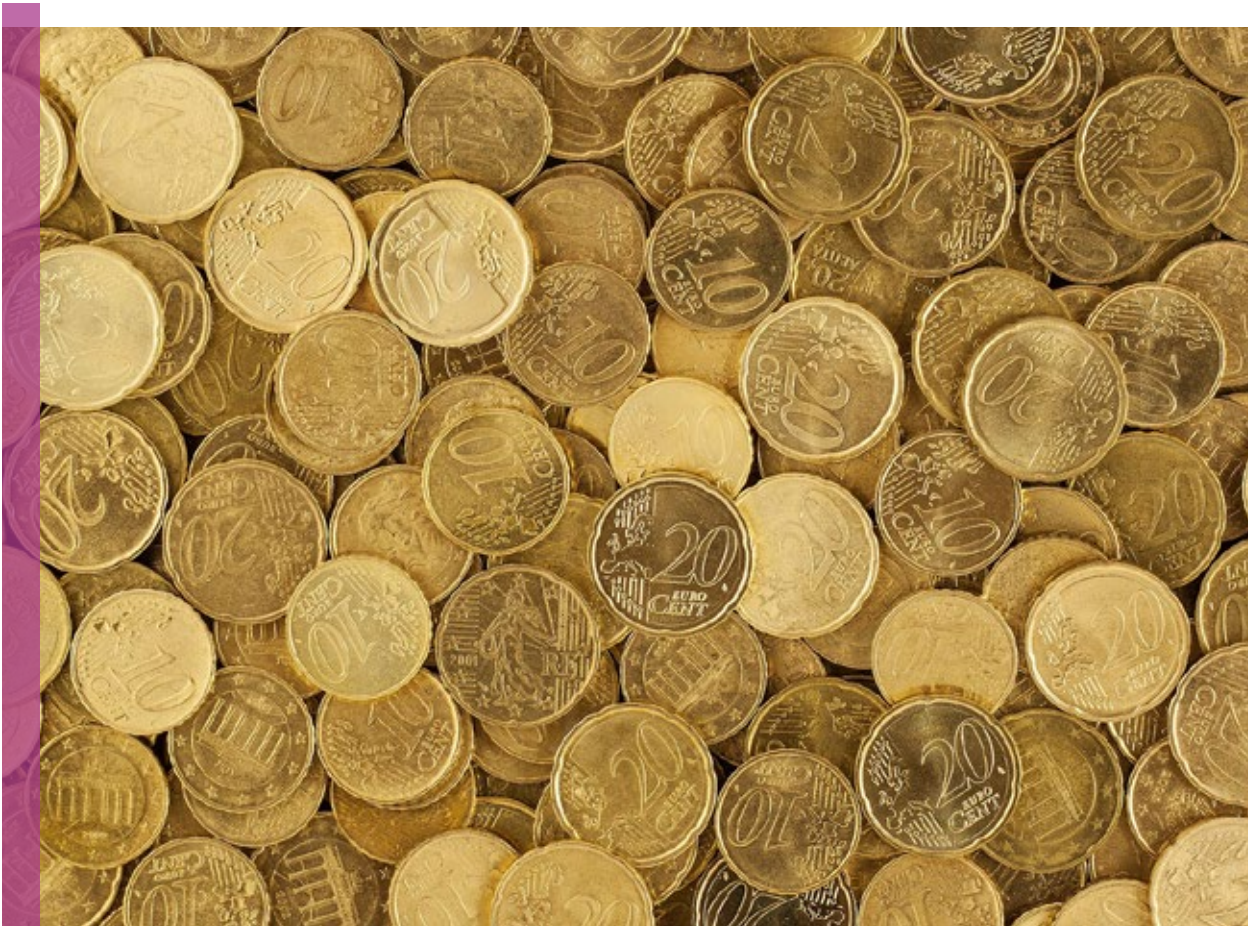
"En el caso del impago de una de las primas siguientes, el apartado 2 del art. 15 LCS , dispone que "la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso".

"El impago de una de las primas siguientes, lógicamente, presupone que el contrato, que ya había comenzado a desplegar todos sus efectos con anterioridad, se ha prorrogado automáticamente y ninguna de las partes lo ha denunciado en los términos del art. 22 LCS . "En estos casos, desde el impago de la prima sucesiva, durante el primer mes el contrato continúa vigente y con ello la cobertura del seguro, por lo que si acaece el siniestro en este periodo de tiempo, la

compañía está obligada a indemnizar al asegurado en los términos convenidos en el contrato y responde frente al tercero que ejercite la acción directa del art. 76 LCS .

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

"Transcurridos los seis meses desde el impago de la prima, sin que el asegurador hubiera reclamado su pago, el contrato de seguro quedará extinguido de forma automática y por efecto de la propia disposición legal, sin que sea preciso instar



la resolución por alguna de las partes. Lógicamente, el siniestro acaecido con posterioridad a la extinción del contrato no queda cubierto por el seguro, y por ello el asegurador no sólo no responderá de la indemnización frente al asegurado, sino que tampoco lo hará frente al tercero que pretenda ejercitar la acción directa”.

4.- En nuestro caso, según declara probado la sentencia recurrida, el demandante, tomador-asegurado-beneficiario paga la prima mediante transferencia realizada al corredor el 30 de noviembre de 2010, el mismo día que se produce el siniestro, aunque Axa no cobra la prima hasta enero de 2011 e igual sucedió con el recargo del Consorcio.

La razón por la que la Audiencia considera que no están excluidos de la cobertura del Consorcio los daños relativos a la póliza suscrita entre la parte demandante y la aseguradora Axa es que el contrato de seguro estaba vigente cuando se produjo el siniestro, en atención al acuerdo existente entre la aseguradora y tomador del seguro: “admitiendo Axa Ace la vigencia de las sucesivas pólizas contratadas entre ambos con el mismo objeto (renovaciones), al margen del momento concreto en que se pasara al cobro los recibos del pago de la prima, aceptándose que con ello no quedaba afectada su vigencia, esto es que el asegurador no quedaba liberado de su obligación aun cuando el siniestro se produjera antes del efectivo cobro de la prima”.

La argumentación de la Audiencia se basa, en primer lugar, en la consideración de que los efectos que el art. 15.2 LCS establece para el impago de las primas sucesivas (suspensión de la cobertura pasado el mes desde el impago de la prima, extinción del contrato transcurridos los seis meses siguientes al vencimiento sin que el asegurador reclame el pago) se supeditan a que no exista pacto en contrario y, en segundo lugar, en que tal pacto también vincularía al Consorcio, por derivar su obligación de indemnizar de la misma póliza. Este razonamiento no es correcto.

Como dijo la citada sentencia 58/2017, de 30 de enero, aunque pudiera admitirse en el art. 15.2 LCS una salvedad equivalente a la contenida en el art. 15.1 LCS (que permite el pacto en contrario en caso de impago de la primera prima o prima única) y quedara constancia inequívoca de dicho pacto, el mismo no sería oponible al Consorcio,

cuya relación jurídica con el tomador y los asegurados es distinta a la de la aseguradora, aunque emanen de la misma póliza.

En el presente caso no se trata de una reclamación del tomador-asegurado frente a la aseguradora, sino de aquel contra el Consorcio. La obligación de indemnizar del Consorcio se establece “ex lege” y es al régimen legal al que debe estarse para determinar el ámbito de su cobertura.

El art. 8 del RDLeg. 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros, expresamente refiere su obligación de satisfacer las indemnizaciones derivadas de siniestros producidos por acontecimientos extraordinarios “a los asegurados que hayan satisfecho los correspondientes recargos”. Por su parte, el art. 6 k) del Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, excluye de la cobertura por el Consorcio y declara que, por tanto, no serán amparados por este, los daños “correspondientes a siniestros producidos antes del pago de la primera prima o cuando, de conformidad con lo establecido en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, la cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros se halle suspendida o el seguro quede extinguido por falta de pago de las primas”.

La aplicación de estas normas, que no ofrecen duda acerca de su sentido, excluye que el Consorcio quede obligado a satisfacer al tomador-asegurado las indemnizaciones cuando la prima del seguro se ha pagado después del siniestro, una vez transcurridos seis meses después del vencimiento de la prima.

Por lo demás, resulta lógico que sea así, puesto que para hacer frente a su función de indemnizar las pérdidas derivadas de acontecimientos extraordinarios, el Consorcio se nutre del recargo de las primas, que deben ser obligatoriamente recaudadas por las aseguradoras, sin que resulte indiferente el momento en el que se satisfagan las primas y sus recargos, como muestra por ejemplo la regulación de las obligaciones de las aseguradoras para recaudar los recargos en el caso del fraccionamiento de las primas (art. 18 RDLeg. 7/2004).

No se opone a lo anterior ni existen actos propios del Consorcio por el hecho de que, con posterior a la producción del siniestro, la aseguradora ingresara el recargo. Desde el primer momento en el que se le dirigió la reclamación y conoció el siniestro el Consorcio ha negado su obligación de indemnizar, sin que se haya discutido aquí la procedencia de que se reclame la restitución del recargo conforme al procedimiento pertinente en atención a su carácter de ingreso de derecho público.

Procede en consecuencia estimar el recurso de casación y, por lo dicho, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la demandante en el extremo relativo a la reclamación de indemnización dirigida contra el Consorcio por los daños a que se refería la póliza de seguro contratada con Axa y, en consecuencia, desestimar la demanda interpuesta contra esta entidad por ese concepto, manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida en lo que no sean incompatibles con lo aquí declarado.

CUARTO.- Costas

Conforme a los arts. 394 y 398 LEC se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se imponen las costas del recurso de casación.

No se imponen las costas de la primera instancia (art. 394.2 LEC) ni las de la apelación (art. 398.2 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- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por el Consorcio de Compensación de Seguros contra la sentencia dictada con fecha 12 de septiembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección quinta), en el rollo de apelación 107/2014 , dimanante de los autos de Juicio Ordinario n.º 1752/2012, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 6 de Las Palmas de Gran Canaria.

2.º- Casar la mencionada sentencia y anularla parcialmente en el sentido de desestimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto en su día por Sotavento S.A.U. contra la sentencia de fecha 14 de octubre de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Las Palmas de Gran Canaria .

En consecuencia, de acuerdo con lo razonado en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, desestimamos la demanda interpuesta por Sotavento S.A.U. contra el Consorcio de Compensación de Seguros por lo que se refiere a los daños materiales sufridos en los bienes e instalaciones del complejo hotelero Playitas Resort y la pérdida de beneficio por el siniestro ocurrido el día 30 de noviembre de 2010, cubiertos por la póliza todo riesgo número 780022186 suscrita con Axa Seguros S.A. y, en consecuencia, dejamos sin efecto la condena al Consorcio de Compensación de Seguros a indemnizar a Sotavento S.A.U. por este concepto.

Se confirma la sentencia recurrida en lo no incompatible con las declaraciones anteriores.

3.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no imponer las del recurso de casación.

4.º- Ordenar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del constituido para interponer el recurso de casación.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Por Cecilia García Gutiérrez
Abogada

La presente sentencia confirma la doctrina jurisprudencial relativa a las consecuencias que se derivan del impago de las llamadas por el art. 15.II LCS “primas siguientes” (primas sucesivas). La falta de pago de estas primas en el momento en que se inicia un nuevo período de cobertura no implica una extinción automática del contrato de seguro, sino que el asegurador sigue prestando plena cobertura durante un período de un mes. Transcurrido este plazo, la cobertura queda suspendida durante cinco meses, a partir de cuyo transcurso “se entenderá que el contrato queda extinguido”. Ningún problema se suscita en estos casos cuando el siniestro ocurre dentro del “mes de gracia” del art. 15.II LCS. Los daños están cubiertos por el seguro, de modo que el impago de la prima ni es oponible a terceros, ni puede dar lugar a una acción de repetición del asegurador contra el tomador del seguro. Los problemas se presentan cuando el siniestro acaece durante el período de suspensión de cobertura a que se refiere el propio art. 15.II LCS, y la prima no ha sido pagada. El artículo habla de suspensión de cobertura, y aunque pudiera pensarse que esto afecta tanto a las partes del contrato como a los terceros, como es bien sabido, el Tribunal Supremo ha mantenido desde antiguo la inoponibilidad al tercero del impago de la prima en las reclamaciones de daños derivados a siniestros durante este período. En definitiva, según esta doctrina, la suspensión de cobertura predicada no ha de entenderse de un modo general, sino *inter partes*. Siguiendo esta línea, la Sentencia objeto de análisis viene a confirmar que los pactos entre asegurado y asegurador o los efectos del impago de las primas no tienen carácter vinculante para terceros.

“(…) Ningún problema se suscita en estos casos cuando el siniestro ocurre dentro del “mes de gracia” del art. 15.II LCS. Los daños están cubiertos por el seguro, de modo que el impago de la prima ni es oponible a terceros, ni puede dar lugar a una acción de repetición del asegurador contra el tomador del seguro. Los problemas se presentan cuando el siniestro acaece durante el período de suspensión de cobertura a que se refiere el propio art. 15.II LCS, y la prima no ha sido pagada. ”

Centrándonos en el supuesto, como consecuencia de un siniestro de inundación extraordinaria, la mercantil Sotavento SAU sufrió importantes daños materiales en las instalaciones de un complejo hotelero y de un campo de golf de su propiedad. Sotavento ejercita acción contra varias compañías aseguradoras y contra el Consorcio. Las pólizas concertadas otorgaban cobertura contra “todo riesgo” y estaban afectadas por el recargo obligatorio a favor del Consorcio (art. 7 RDLeg. 7/2004).

El Consorcio asumió el riesgo extraordinario por los daños del campo de golf asegurado por una de las compañías inicialmente demandadas, dado que el importe de la prima y el recargo correspondiente a favor del Consorcio habían sido pagados, con anterioridad a la ocurrencia del siniestro. Por el contrario, rechazó hacerse cargo de la indemnización correspondiente a los daños cubiertos por el seguro concertado con AXA, porque Sotavento pagó la prima de la póliza de seguro habiendo transcurrido más de seis meses desde la fecha del efecto. Sotavento defendía que era práctica habitual abonar la prima después de transcurrido el plazo de seis meses desde el vencimiento de la póliza, retraso que era conocido y aceptando por AXA flexibilizando y aplazando, por razones comerciales, la presentación al cobro de las primas y renovando el contrato como si se hubieran pagado al inicio de su periodo de vigencia.

COMENTARIO

En primera instancia, acertadamente, se desestimó la demanda interpuesta contra el Consorcio, argumentando que tratándose de una renovación, se encontraba en un supuesto de primas periódicas (art. 15.II LCS) y, dado que el pago se hizo transcurrido el plazo de seis meses a que alude el artículo 15.II LCS, la relación contractual estaba extinguida “ipso iure” de forma automática, siendo de aplicación la exclusión de cobertura prevista en la letra k) del art. 6 del Reglamento de seguro de riesgos extraordinarios.

La Audiencia Provincial entiende que no puede considerarse suspendida o extinguida la póliza de seguro porque no hubo culpa del tomador en el pago retrasado de la prima del seguro, argumentando que el propio art. 15 LCS prevé como excepción a la regla de que el asegurador queda liberado de su obligación, en el caso de que la prima no haya sido pagada antes del siniestro, que las partes pacten su bono en un momento posterior, y que este pacto también afecta a la relación del Consorcio. Extendiendo a las primas sucesivas la excepción prevista para las primeras primas o primas únicas.

El Tribunal Supremo, estima el recurso de casación planteado por el Consorcio, haciéndose eco de la doctrina que en un supuesto muy similar al analizado, fue objeto de otra STS de 30 de enero de 2017 (Sentencia nº 58/2017). En este caso, al igual que en la sentencia anterior, la Sala es contundente al rechazar el razonamiento de la Audiencia Provincial, entendiéndolo que aunque se admitiera en el art. 15.2 LCS una salvedad equivalente a la contenida en el apartado primero, el mismo no sería oponible al Consorcio, y esto porque la obligación de indemnizar del Consorcio se establece “ex lege”. Son claras las normas que excluyen la obligación de pago del Consorcio cuando la prima del seguro se ha pagado después del siniestro (art. 8 RDLeg. 7/2004 y art. 6 k) RD 300/2004).

Al igual que no es oponible frente a terceros la suspensión de la cobertura por impago de la prima, porque la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, conforme lo previsto en el art. 76 LCS. Tampoco los pactos sobre la flexibilidad o aplazamiento de los pagos entre el tomador y el asegurador son oponibles frente al Consorcio, quien además de ser ajeno a dichos pactos, para hacer frente a la obligación de indemnizar en supuestos como el analizado es necesario que el recargo de la prima que corresponde abonar al Consorcio se haya hecho efectiva. La Sentencia analizada es conforme con la doctrina que la Sala del Alto Tribunal mantiene desde hace tiempo respecto al artículo 15 LCS.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Estimación de la acción directa ejercitada por la paciente frente a la aseguradora, al no ser preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa y no estimarse la excepción de cosa Juzgado ni de prescripción alegada por la aseguradora. Responsabilidad de la compañía demandada por el defectuoso tratamiento médico dispensado a la demandante por facultativos del Servicio Andaluz de Salud.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 18 de Julio de 2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

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

1.- La parte actora interpuso un primer pleito contra Zurich, cuyo conocimiento recayó ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Puerto Real, que dio lugar al procedimiento ordinario 581/2010.

En él ejercitó una acción meramente declarativa sobre responsabilidad civil médico-sanitaria. El Juzgado dictó sentencia el 5 de noviembre de 2012 en la que estimó íntegramente la demanda. Zurich interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, que fue estimada por la Audiencia Provincial por sentencia de fecha 13 de mayo de 2014 y, por ende, desestimó la demanda.

El motivo por el que la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz estimó el recurso, fue por entender “que la aseguradora no estaba pasivamente legitimada ad cusam para soportar una acción declarativa, sino que a tenor del art. 76 LCS su obligación consistiría en pagar la indemnización si el siniestro acaece, por lo que no debe tener acogida una mala praxis de su asegurada y la existencia de la relación de causalidad entre la acción/omisión negligente y el daño sufrido por la actora para, una vez decidido sobre ello, entablar un segundo pleito que tenga por objeto únicamente la determinación del quantum indemnizatorio. Lo que puede pedir el perjudicado al amparo de este artículo es exclusivamente una condena a pagar una indemnización, conforme al contrato de seguro”

2.- Con tales antecedentes, formula la parte actora la presente demanda por la que ejercita acción de reclamación de cantidad contra la entidad Zurich, por los daños y perjuicios sufridos a causa del defectuoso tratamiento médico recibido por facultativos del SAS, a causa de la fractura del peroné que había sufrido.

3.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la entidad demandada a abonar a la actora la cantidad de 34.816,176 €.

4.- Zurich interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia en el que alegó como fundamento del mismo, la existencia de cosa juzgada y, subsidiariamente, la prescripción de la acción ejercitada.

Conoció del recurso la sección segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz, que dictó sentencia en fecha 12 de enero de 2017 por la que estimó el recurso de apelación y, por tanto, desestimó la demanda.

(i) Sobre la excepción de cosa juzgada motiva y decide que existe en el hecho enjuiciado cosa juzgada, respecto de la acción declarativa ejercitada, pero no respecto de la acción de condena.

Se afirma que: “en el hecho enjuiciado, en el proceso anterior, se ejercitó una acción meramente declarativa de la relación causal entre el tratamiento médico dispensado por los médicos de S.A.S a la demandante y el daño sufrido por la misma, sin ejercitar acción indemnizatoria o de reclamación de daños algunos. En el proceso actual, se ejercita

esta acción declarativa y además se pide la condena a la aseguradora al pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Consideramos que existe cosa juzgada respecto de esta primera acción declarativa ejercitada en la demanda y desestimada en el anterior proceso.”

(ii) Sobre la prescripción sostiene, y se alegaba con carácter subsidiario, que el primer litigio no interrumpió la prescripción de la acción ejercitada en el presente, por tratarse de acciones diferentes.

Apoya su alegación en las STS de 14 de julio de 2005 y 21 de julio de 2004 .

5.- La representación procesal de la parte actora interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3 de la LEC , que articula en un solo motivo.

Se formula por inaplicación indebida del art. 1973. CC .

Considera la recurrente que la sentencia recurrida se aparta de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de esta sala de fecha 2 de noviembre de 2005 y 16 de febrero de 2012 .

6.- La sala dictó auto el 30 de enero de 2019 por el que acordó admitir el recurso de casación.

7.- La parte recurrida formuló escrito de oposición al recurso, pero previamente alegó la inadmisión del mismo.

Considera que la supuesta vulneración de la doctrina jurisprudencial de esta sala carece de consecuencias determinantes para la decisión del conflicto, atendida la ratio decidendi de la sentencia recurrida.

La parte recurrente tiene como objetivo revocar la estimación de la prescripción de la acción pero, si nos remitimos a los argumentos de la resolución judicial recurrida que constituyen la base de la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Cádiz, comprobamos que el motivo de la estimación del recurso de apelación formulado por esta parte, y revocación de la sentencia de instancia, no es sólo la estimación de la prescripción sino que además el Tribunal estimó la excepción de la cosa juzgada.

La parte recurrente, sin embargo, no ha atacado este argumento que determina el fallo de la sentencia de la Audiencia y, de ahí, que se entienda que el recurso debe ser inadmitido, pues la infracción de la jurisprudencia de la sala que se alega no es relevante para el fallo.

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso.

1.- La reciente sentencia de Pleno n.º 321/2019, de 5 de junio, hace una serie de consideraciones sobre la acción directa prevista en el art. 76 LCS, precisamente en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria.

Las más relevantes para el supuesto que enjuicamos son las siguientes:

(i) Se ha afirmado que la acción directa es una acción autónoma que nada tiene que ver

con la acción subrogatoria, pues el perjudicado no se subroga en los derechos del asegurado, sino que su derecho nace de un modo indirecto y por disposición legal de un contrato de seguro al que en principio es ajeno.

El derecho del tercero perjudicado frente al asegurador goza de autonomía profunda respecto al que aquel tiene frente al asegurado causante del daño, pues se trata de derechos diversos, que no deben confundirse.

Al día de hoy es doctrina pacífica que la acción directa no es subsidiaria de la acción contra el responsable sino que goza de autonomía procesal y que para ejercitarla no es preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa, pues precisamente una de las ventajas de dicha acción, que a su vez constituye su fundamento, es evitar esa reclamación previa y la sumisión a





Servicio Andaluz de Salud
CONSEJERÍA DE SALUD



la autotutela decisoria y las dilaciones que tal actuación previa conlleva.

(ii) “La premisa de la responsabilidad es un presupuesto técnico de la acción directa, pues la aseguradora no responde por el hecho de otro (art. 1903 CC) sino por la responsabilidad de otro”.

“La acción directa no hace a la aseguradora responsable sino garante de la obligación de indemnizar.”

“...no prospera si no se acredita la responsabilidad del asegurado”

(iii) “La aseguradora queda obligada vía acción directa frente a la víctima, pero nunca más allá de la obligación propia del asegurado, generada por la responsabilidad nacida a su cargo.”

(iv) El demandante, aunque solo demande a la aseguradora, no podrá limitarse a invocar que la administración asegurada le ha causado un daño y a probar que dicho daño está cubierto en la póliza, sino que debe acreditar y obtener un pronunciamiento de que la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial.

2.- Pues bien, esa responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria no fue juzgada en el primer procedimiento, pues la Audiencia Provincial en sentencia firme de fecha 13 de mayo de 2014, con mejor o peor fortuna, se detuvo en negar legitimación ad causam a la aseguradora demandada por ejercitarse contra ella sólo una acción declarativa, pues, a su juicio, a tenor del art. 76 LCS debía suponer la obligación de pagar si el siniestro acaece. Esto es, que lo que podía pedir el perjudicado al amparo de este artículo es exclusivamente una condena a pagar una indemnización, conforme al contrato de seguro.

3.- A pesar de la ambigüedad y equivocidad de la sentencia recurrida, se colige de ello que sólo entiende como cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia del primer litigio, antes recogido, pero no que dé como juzgada la responsabilidad patrimonial de la Administración, que debe entender incurso en la acción de condena ejercitada, en la que no aprecia la cosa juzgada.

Tan es así que Zurich en su recurso de apelación alegó la prescripción de la acción con carácter subsidiario, esto es, para el supuesto de que se desestimase el motivo sobre la

existencia de cosa juzgada.

Si la sentencia recurrida entró, pues, a conocer del motivo es porque no consideró que en la acción de condena ejercitada al amparo del art. 76 LCS existiese cosa juzgada. Por tanto no se aprecia la causa de inadmisibilidad del recurso de casación alegada por la parte recurrida.

TERCERO.- Decisión del recurso.

1.- Como sostiene la sala en las sentencia n.º 326/2019, de 6 de junio :

“Es cierto que la prescripción ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material, pero también lo es que (sentencia 134/2012, de 29 de febrero) es doctrina reiterada de esta Sala la que señala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (STS 22 de febrero 1991 ; STS de 16 de marzo 2010). El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS 27 de septiembre de 2005 ; 3 de mayo 2007 ; 19 de octubre 2009 ; 16 de marzo 2010 , entre otras).”

2.- Pero dicho lo anterior, también es cierto, como afirma la sentencia n.º 721/2016, de 5 de diciembre , que:

“La doctrina de la sala, recordada recientemente por la sentencia 623/2016, de 20 octubre , viene manteniendo la idea básica, para la exegesis de los artículos 1969 y 1973 CC , que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (sentencias de 8 de octubre de 1981 , 31 de enero 1983 , 2 de febrero y 16 de julio 1984 , 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987). Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social.

De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias.

“Al llevar a cabo los tribunales esta labor interpretativa han de tener presente, por cuanto quedaría imprejuzgada la pretensión de fondo planteada, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ya que la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida (por todas STC 148/2007, de 18 junio).”

3.- Si se aplica la anterior doctrina al caso enjuiciado, la conclusión ha de ser estimación del motivo y, por ende, del recurso de casación.

Las sentencias de esta sala que cita la sentencia recurrida en apoyo de su tesis, no se compadecen con el singular supuesto objeto del presente litigio.

La falta de identidad de acciones en ambos procedimientos; ratio decidendi de la sentencia de la Audiencia, no resiste una mínima crítica, pues en ambos procedimientos se ejerció la acción directa prevista en el art. 76 LCS contra la aseguradora, si bien con los avatares procesales ya expuestos.

Hacer una interpretación, por mor de tales avatares, en sentido contrario, sería incurrir en un rigorismo y formalismo excesivo y desproporcionado, con afectación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Consta con claridad meridiana que la parte actora no ha incurrido en una conducta que denotase el abandono del ejercicio de su propio derecho.

4.- Como consecuencia de casarse la sentencia recurrida, esta sala ha de asumir la instancia, y al asumirla procede desestimar, por las razones expuestas, el recurso de apelación interpuesto por Zurich contra la sentencia de primera instancia que se confirma.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398. 1 LEC , procede no imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

En aplicación de los mismo preceptos se condena a la parte apelante al pago de las costas causadas en el recurso de apelación.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Flor , contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 2.ª), en el rollo de apelación n.º 137/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 901/2014 del Juzgado de

Primera Instancia n.º 1 de Puerto Real.

2.º- Casar la sentencia recurrida, y, al asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, que se confirma en todos sus extremos.

3.º- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

4.º- Se condena a la parte apelante a las costas causadas en el recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Por **José A. Badillo Arias**
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá

La sentencia que comentamos, al igual que la sentencia de la Sala Primera del pasado 5 de junio, redactada por el mismo ponente, se refiere a la naturaleza de la acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil. En tal sentido, ambas resoluciones destacan el carácter autónomo de la acción directa que contempla el artículo 76 LCS. Se trata de una acción que tiene el perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil, el cuál no lo podrá oponer determinadas excepciones que sí le podría oponer a su asegurado.

Ahora bien, el que la acción directa sea autónoma y se pueda interponer exclusivamente contra el asegurador, no significa que éste tenga que correr distinta suerte a la del asegurado. Es decir, no se podrá condenar a la entidad aseguradora si en el proceso correspondiente no queda acreditada la responsabilidad del asegurado. Del mismo modo, tampoco se podrá condenar a la entidad aseguradora si en otro procedimiento se

La sentencia que comentamos, al igual que la sentencia de la Sala Primera del pasado 5 de junio, redactada por el mismo ponente, se refiere a la naturaleza de la acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil. En tal sentido, ambas resoluciones destacan el carácter autónomo de la acción directa que contempla el artículo 76 LCS. Se trata de una acción que tiene el perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil, el cuál no lo podrá oponer determinadas excepciones que sí le podría oponer a su asegurado.

ha declarado previamente la responsabilidad del asegurado. En definitiva, no se puede desvincular a la aseguradora del asegurado, como si fueran sujetos distintos.

Como dice la primera de las sentencias citadas, la de 5 de junio de 2019, la acción directa no hace a la aseguradora responsable sino garante de la obligación de indemnizar. De ahí que, a la hora de analizar el alcance de su autonomía, distinga entre su autonomía procesal, pues no hay que reclamar ni antes ni conjuntamente al asegurado, y su carácter accesorio, en el sentido de que no prosperará si no se acredita la responsabilidad del asegurado. Predica esta resolución que la autonomía procesal de la acción directa lo es respecto del contrato de seguro, pero no respecto de los contornos de la responsabilidad del asegurado.

La sentencia que ahora comentamos, de 18 de julio de 2019, resuelve un supuesto curioso, en el que la actora, con carácter previo al procedimiento al que da lugar la citada sentencia, había interpuesto una acción declarativa contra la aseguradora de responsabilidad civil del Servicio Andaluz de la Salud, para que se declarase su responsabilidad en los daños ocasionados a un paciente. El juzgado de primera instancia estimó la demanda, pero la Sección 2ª de la AP de Cádiz, tras el recurso de apelación de la aseguradora condenada, desestimó las pretensiones de la actora, fundamentando que “que la aseguradora no estaba pasivamente legitimada ad cusam para soportar una



acción declarativa”.

Posteriormente, la representación de la actora interpuso una nueva demanda en la que ejercita una acción directa -art. 76 LCS- de reclamación de cantidad contra la entidad aseguradora, por los daños y perjuicios sufridos por un paciente a causa del defectuoso tratamiento médico recibido por facultativos del SAS.

La Sala entiende que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria no fue juzgada en el primer procedimiento, pues la Audiencia Provincial se detuvo en negar legitimación ad causam a la aseguradora demandada por ejercitarse contra ella sólo una acción declarativa, pues, a su juicio, a tenor del art. 76 LCS, debía suponer la obligación de pagar si el siniestro acaece. Esto es, que lo que podía pedir el perjudicado al amparo de este artículo es exclusivamente una condena a pagar una indemnización, conforme al contrato de seguro.

Al igual que había ocurrido en el anterior procedimiento, en primera instancia se admiten las pretensiones del actor y, en segunda instancia, la misma Sección 2ª de la AP de Cádiz, estima de nuevo el recurso de la aseguradora, desestimando la demanda. Para la Sala, en el proceso actual, se ejercita una acción declarativa y además se pide la condena a la aseguradora al pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. En lo que se refiere a la acción declarativa, entiende que existe cosa juzgada respecto de esta primera acción ejercitada en la demanda, que fue desestimada en el anterior proceso. Con respecto a la prescripción sostiene que la acción ejercitada en este procedimiento estaba prescrita, puesto que la acción interpuesta en el primer procedimiento -meramente declarativa-, era una acción distinta a la pretendida en éste.

La representación procesal de la parte actora interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477.2.3 de la LEC, que articula en un solo motivo, por aplicación indebida del artículo 1973 CC, relativo a la prescripción.

El Alto Tribunal, en una interpretación, a mi juicio, un tanto forzada, aludiendo a algunas sentencias de la Sala Primera, en las que se indica que la prescripción ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material, estima el recurso de casación y casa la sentencia de instancia, confirmando la sentencia del juzgado de primera instancia en todos sus extremos.

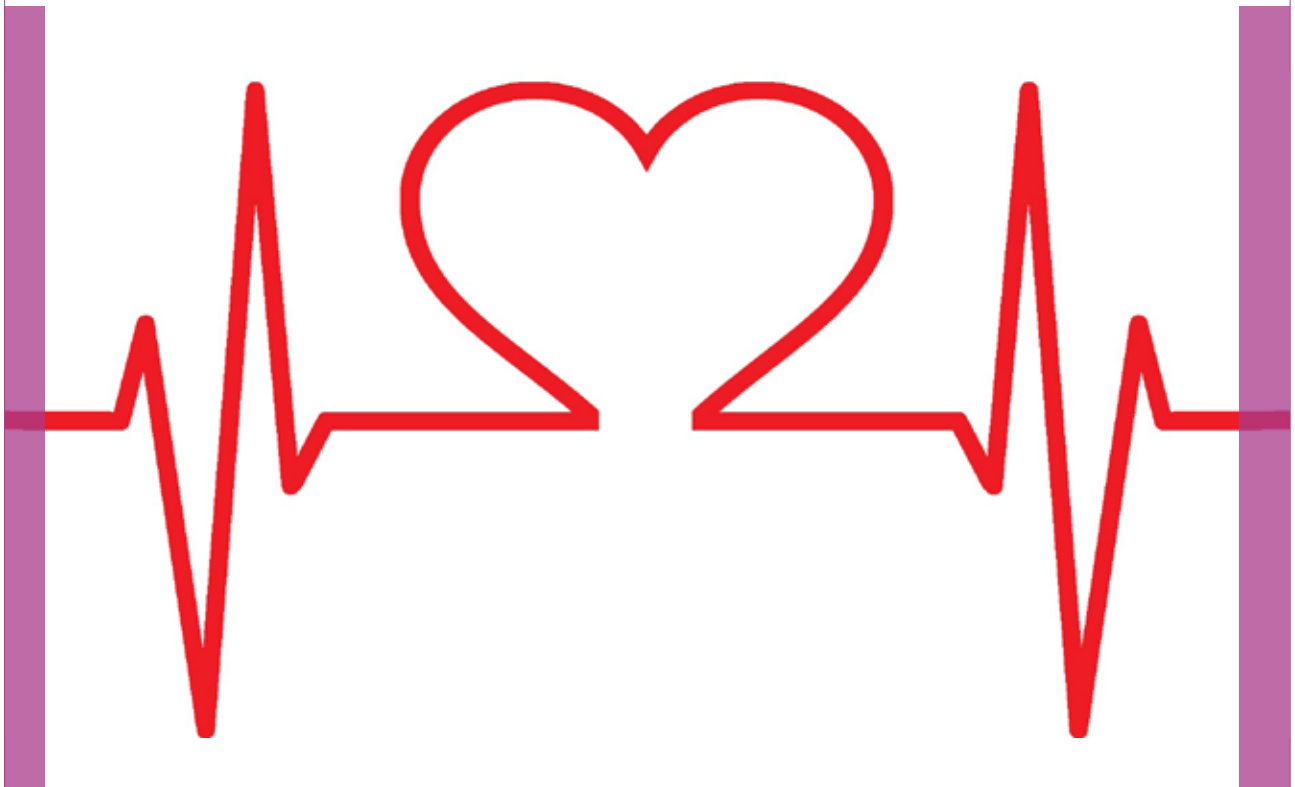
La Sala entiende que la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria no fue juzgada en el primer procedimiento, pues la Audiencia Provincial se detuvo en negar legitimación ad causam a la aseguradora demandada por ejercitarse contra ella sólo una acción declarativa, pues, a su juicio, a tenor del art. 76 LCS, debía suponer la obligación de pagar si el siniestro acaece. Esto es, que lo que podía pedir el perjudicado al amparo

COMENTARIO

de este artículo es exclusivamente una condena a pagar una indemnización, conforme al contrato de seguro.

Por ello, según esta interpretación, la sentencia de instancia solo se pronunció sobre la falta de legitimación ad causam de la aseguradora, pero no se juzgó la responsabilidad patrimonial de la administración, que debe entender incurso en la acción de condena ejercitada, en la que no aprecia cosa juzgada.

De este modo, la Sala concluye que “la falta de identidad de acciones en ambos procedimientos; ratio decidendi de la sentencia de la Audiencia, no resiste una mínima crítica, pues en ambos procedimientos se ejercitó la acción directa prevista en el art. 76 LCS contra la aseguradora, si bien con los avatares procesales ya expuestos. Hacer una interpretación, por mor de tales avatares, en sentido contrario, sería incurrir en un rigorismo y formalismo excesivo y desproporcionado, con afectación del derecho a la tutela judicial efectiva”.



La responsabilidad hospitalaria por una infección nosocomial sometida a régimen de objetividad atributiva atenuada por la culpa de la victima, la fuerza mayor y el caso fortuito.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 18 de Julio de 2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

PRIMERO.- Antecedentes.

1. A las 19.56 horas, del día 4 de noviembre de 2010, D. Eutimio es atendido en el servicio de urgencias del entonces Hospital San Carlos de Murcia, con motivo de vómitos y dolor abdominal, decidiéndose ingreso.

2. En el informe del servicio de Medicina Interna, fechado el día 5 de noviembre, refleja gran dolor a la palpación profunda sobre todo en FII, descompresión muy dolorosa, se solicita TAC abdominal urgente, valoración cirugía.

3. El día 5 se le había practicado un TAC, que no se conoció por los facultativos tratantes hasta el día 9, que se informó como hallazgos compatibles con diverticulitis complicada con pequeña colección líquida con gas compatible con absceso y gas libre en cavidad peritoneal con signo de perforación. El día 6 es alta hospitalaria, con cita para colonoscopia día 9.

4. El día 9 ingresa de nuevo para practica de colonoscopia, presentando dolor abdominal intenso acompañado por cortejo vegetativo y estreñimiento de cinco días de evolución, quedando ingresado. Se practica dicha colonoscopia informada como diverticulitis aguda en sigma con flujo purulento. Nuevo TAC, que reflejó aumento del absceso, y, tras 24 horas con tendencia a oliguria y presencia de leucocitosis y coagulopatía, se decidió intervención quirúrgica urgente, que se lleva a efecto el día 10, practicándose laparatomía media, pasando a UVI, donde fallece 23 días después, el 4 de diciembre, por infección nosocomial respiratoria.

5. Presentada demanda contra la entidad titular del Hospital y sus compañías aseguradoras, así como contra la entidad Adeslas, se dictó sentencia, tanto por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Murcia, como por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de dicha capital, que desestimaron las pretensiones indemnizatorias postuladas por la viuda e hijos del paciente.

6. Contra esta última resolución se formuló recurso de casación ante esta Sala, únicamente contra la sociedad titular del centro hospitalario y sus aseguradoras.

SEGUNDO.- Motivo de casación único.

Por interés casacional por infracción del art. 148 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y jurisprudencia de esta Sala constituida por las SSTS 604/1997, de 1 de julio; 225/2004, de 18 de marzo y 1377/2007, de 5 de enero.

1. Consideraciones previas.

Las infecciones intrahospitalarias, también denominadas nosocomiales, son aquellas que el paciente adquiere en el propio centro hospitalario, en el que se le dispensa la atención médica precisa para el tratamiento de la patología que sufre. Constituyen un problema bien conocido en la seguridad de los pacientes, que exige una especial atención por parte de los centros hospitalarios, conscientes como son de su relación con la prestación sanitaria dispensada en régimen de internamiento o ambulatorio. Son ajenas a tal concepto las infecciones extra hospitalarias tributarias de tratamiento médico, o las que se encuentran en fase de incubación, antes del ingreso del enfermo, que se manifiestan con posterioridad en el curso del proceso curativo.



Son subsumibles, por el contrario, en tal categoría las adquiridas ex novo en el centro o establecimiento hospitalario a modo de una patología adicional sobre la sufrida, que puede generar al paciente graves consecuencias sobre su salud, o, incluso, como el caso que nos ocupa, su fallecimiento. Es conocida su mayor prevalencia en las UCI o en los pabellones quirúrgicos, así como su origen en distintas fuentes de infección.

La literatura científica describe diferentes procesos causales de producción; así pueden responder a factores tales como la falta de asepsia en las manos, descuidos en medidas profilácticas básicas, dejar las puertas abiertas del quirófano, aplicación de técnicas invasivas, prácticas deficientes en el control de infecciones, incorrección en la colocación y limpieza del catéter entre otras muchas.

La prevención de las infecciones nosocomiales forma parte de la obligación de seguridad, o si se quiere, como señala la STS de 5 de enero de 2007, "de las legítimas expectativas de seguridad del servicio" que, frente a los usuarios del sistema sanitario, asumen las entidades asistenciales, garantes como son de la prestación de sus servicios con los niveles requeridos de asepsia, esterilización y desinfección; de manera tal que los pacientes, que son tratados en sus establecimientos, no sufran una dolencia distinta y adicional a la que provocó la propia asistencia requerida.

El art. 43 de la CE garantiza el derecho a la protección de la salud. No ofrece duda que los pacientes son usuarios de los servicios sanitarios, como tales protegidos por el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo art. 11.1 establece el deber genérico de seguridad, cuando norma que "los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros". En el art. 27 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, igualmente aplicable a los centros privados, se regulan las garantías de seguridad.

Por su parte, los arts. 147 y 148 del precitado RDL, dentro del capítulo II, del Título II del Libro Tercero, relativo a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos, contempla los servicios sanitarios, señalando el primero de los mentados preceptos que: "Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y

usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio", normando, por su parte, el art. 148, en sus dos primeros párrafos, que: "Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario", fijándose, no obstante, para tales supuestos, un límite indemnizatorio de 3.005.060,52 euros, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales.

En definitiva, se viene a reproducir lo reglado en el art. 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, con la única salvedad de eliminar la expresión "niveles determinados de pureza", que no aparece en la actual redacción del art. 148 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre. Dichos preceptos han sido invocados y aplicados por los tribunales de justicia a la hora de dirimir las reclamaciones formuladas por los pacientes, en su condición de usuarios de los servicios médicos, acreedores en tal concepto de recibir una prestación con las señaladas características de seguridad y eficacia; siendo paradigmática al respecto la STS 604/1997, de 1 de julio, que enjuiciando un caso en el cual, tras la práctica de una artroplastia de rodilla, el paciente sufrió una infección por pseudomona aeruginosa, que determinó la amputación de la extremidad lesionada, razona al respecto que:

"Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, [...] En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir), por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene

limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos”.

En esta misma línea jurisprudencial, podemos citar la STS 225/2004, de 18 de marzo, que refleja lo que ya entonces era una consolidada doctrina de esta Sala, en los términos siguientes:

“A mayor abundamiento, no puede obviarse la reiterada jurisprudencia sobre la responsabilidad objetiva que impone, para los servicios médicos, el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios: sentencias de 1 de julio de 1997, 21 de julio de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 22 de noviembre de 1999, 30 de diciembre de 1999, 5 de febrero de 2001, 19 de junio de 2001, 31 de enero de 2003; esta última dice, resumiendo la doctrina jurisprudencial: “A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: “...demandante es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando “por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, “hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño ...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad”.

Con posterioridad podemos citar las SSTS 267/2004, de 26 de marzo, 527/2004, de 10 de junio, 1157/2007, de 19 de octubre, que razona que es “[...] aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la

realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario comprende la evitación de infecciones hospitalarias o nosocomiales subsiguientes a la intervención (STS 5 de enero 2007)”.

En cualquier caso, la doctrina jurisprudencial ha circunscrito la referencia a “servicios sanitarios” a los aspectos funcionales de los mismos, es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos -actividad médica propiamente dicha sometida a la infracción de la *lex artis ad hoc* - (SSTS 5/2/2001; 26/3/2004; 5/1, 15/11 / y 5/12/2007, 23/10/2008, 4/06 y 20/11/2009, 29/10/2010, 20/5/2011 o más recientemente 475/2013, de 3 de julio).

Pues bien, en el caso que enjuiciamos, nos hallamos ante una infección nosocomial adquirida en el medio hospitalario a la que es de aplicación la legislación de consumo en su interpretación jurisprudencial antes expuesta. La entidad demandada pretende liberarse de su responsabilidad, negando cualquier clase de defecto organizativo o asistencial, considerando la precitada infección como una indeseada complicación postoperatoria -cuyo germen patógeno no se llegó a conocer- la cual afectó a un paciente de avanzada edad, en muy delicado estado de salud, e inmunodeprimido, señalando que se cumplieron todos los protocolos de evitación de tales enfermedades.

La pionera STS 604/1997, de 1 de julio, admitía la susceptibilidad del juego de la culpa exclusiva, caso fortuito y fuerza mayor, como motivo de oposición exonerador de la obligación de reparar el daño, lo que razonaba en los términos siguientes:

“La culpa exclusiva del paciente -que en el caso no concurre- excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias, económicas, no son aceptables, y en sus consecuencias ético jurídicas son rechazables. También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva, (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican”.

En la STS 1377/2007, de 5 de enero, cuya doctrina se reproduce en la ulterior 464/2007, de 7 de mayo, se establece, al respecto que:

"El principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC, no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario [...] La atribución del daño a caso fortuito exige que los criterios de imputación fundados en la negligencia o falta de adopción de medidas a los cuales acaba de hacerse referencia no sean aplicables, bien por existir una asunción del riesgo por parte del perjudicado que destruya la imputación objetiva al servicio sanitario (como ocurre con los riesgos inherentes a la propia naturaleza del servicio y con los llamados riesgos del progreso, cifrados en la imposibilidad de conocimiento total de los efectos de los nuevos tratamientos científicamente comprobados), bien por derivar el daño producido por una causa ajena al funcionamiento del servicio sanitario de carácter imprevisible e inevitable".

2. Valoración de la Sala.

Es pronunciamiento de la Audiencia el que sostiene: "Debe tenerse en cuenta que el fallecimiento del Sr. Eutimio el 4 de diciembre no se debió a una infección de la cavidad abdominal, sino por una neumonía nosocomial (adquirida en el centro hospitalario), dicha neumonía no puede imputarse a la deficiente asepsia en la dependencias de la UCI o UVI del hospital, ya que no consta que la esterilización del lugar fuera inadecuada, constando por el contrario que el Hospital había sido felicitado por el buen control del sistema de higiene o asepsia y que ningún otro paciente hubiera adquirido la neumonía en el tiempo que estuvo ingresado en el hospital". Para añadir, a continuación, que "[...] la neumonía nosocomial adquirida por los pacientes en un establecimiento sanitario no constituye por sí causa de responsabilidad susceptible de derivar una indemnización por parte de centro donde se adquiere o de las aseguradoras que cubren

la asistencia sanitaria".

Por su parte, la sentencia del Juzgado, confirmada en este aspecto por la Audiencia, cuyos argumentos ratifica, indica que: "En cuanto a la causa de fallecimiento, consideramos que la parte demandante no prueba que fuera una infección intestinal. Por el contrario, se desprende de la prueba practicada que el Sr. Eutimio falleció a causa de una bronconeumonía nosocomial (infección respiratoria contraída en el medio en el que se encuentra el paciente) cuyo exacto origen no ha podido determinarse. Tampoco resulta probado que los profesionales responsables del hospital San Carlos incurrieran en mala praxis o negligencia a la hora de adoptar las medidas necesarias para prevenir infecciones hospitalarias, ni que en las fechas en que fue tratado el Sr. Eutimio resultaran infectados otros pacientes. Las infecciones hospitalarias son imposibles de evitar en todo caso, y resultan particularmente peligrosas para pacientes intervenidos y de edad avanzada. No puede inferirse del mero hecho de que un paciente contraiga en un hospital una bronconeumonía que ello se deba a una defectuosa actuación profesional".

Pues bien, consideramos infringido el art. 148 del TRLGDCU.

En efecto, no se discute el carácter nosocomial de la infección padecida y la relación de causalidad con la muerte del marido y padre de los demandantes acaecida en la UCI donde fue ingresado, tras la intervención quirúrgica practicada.

Resulta de los hechos probados en la instancia que, el 4 de noviembre de 2010, el paciente acude al hospital con un cuadro clínico de dolor abdominal, tributario de su ingreso, practicándose un TAC al día siguiente, con carácter urgente, lo que implica la existencia de un cuadro clínico a estudio, de diagnóstico a precisar. No obstante, es dado de alta, el día 6 de noviembre, sin conocerse dichos resultados.

Tanto Juzgado como Audiencia declaran expresamente acreditado que dicha prueba diagnóstica no fue conocida, por los facultativos tratantes, hasta el día 9, fecha en la que vuelve a ingresar con deterioro de su estado general, y en la que se apreció una diverticulitis, que fue confirmada en un nuevo TAC efectuado el día 10. Tal circunstancia motivó la intervención quirúrgica, pasando a UVI, en donde falleció 23 días después.

Al margen de que ello constituyó, como señala el Juzgado, un fallo de coordinación o comunicación, incluíble como tal en el art. 148 del TRLGDCU, lo cierto es que la causa de la muerte, según los hechos probados, fue una infección nosocomial adquirida en UCI, en donde permaneció durante un largo periodo de tiempo, hasta su fallecimiento, siendo conocida que la estancia prolongada en dichos servicios incrementa la posibilidad de la infección nosocomial.

El enfermo es evidente que tenía una legítima expectativa de seguridad de no contraer en el centro hospitalario una patología adicional a la que sufría y que precisamente desencadenó su muerte, como también a no ser expuesto a un tratamiento inadecuado que aumentase los riesgos de contraer una complicación como la reseñada. La prestación de los servicios sanitarios, en las debidas y exigidas condiciones de garantía y seguridad, tienen como finalidad prevenir esta tipología de complicaciones.

No podemos compartir, con las sentencias de instancia, que las infecciones nosocomiales son en cualquier caso inevitables, como parece considerar el Juzgado, o que la falta de

constancia del origen o causa de la infección nosocomial perjudique la posición jurídica del paciente, pues el juego normativo del art. 148 del TRLGDCU opera a la inversa. Es el centro hospitalario al que, en todo caso, le corresponde justificar la culpa exclusiva de la víctima o el caso fortuito, como evento imprevisible o inevitable, interno a la propia asistencia o actividad hospitalaria, lo que permite distinguirlo de la fuerza mayor.

En principio, el caso fortuito, inherente a la propia actividad prestada, en cuyo ámbito se produce el daño, estaría comprendido dentro del fin de la protección de la norma y su formulación objetiva; no obstante, analicemos si la infección sufrida era imprevisible o inevitable en el contexto del presente pleito.

Pues bien, en cuanto a la culpa exclusiva de la víctima, no podemos achacar al paciente ningún comportamiento imputable a su persona generador de la infección nosocomial contraída, siempre respetó las indicaciones médicas pautadas sin mostrar oposición a las mismas. No figura en ningún momento la existencia de una patología clínica previa, que pudiera complicar su cuadro clínico asistencial.



Las infecciones nosocomiales en modo alguno son imprevisibles. La presencia de gérmenes patógenos en el ámbito hospitalario, su agresividad y resistencia al tratamiento antibiótico es perfectamente conocida. El grado de prevalencia de las mismas es un indicador del nivel de calidad asistencial y todos los hospitales cuentan con protocolos para prevenirlas. Constituyen una preocupación constante de la medicina preventiva. La minimización del riesgo deviene fundamental y conforma una elemental obligación del centro hospitalario, que se encuentra en una posición de dominio y exclusividad para instrumentar las medidas adecuadas para evitar la proliferación de agentes patógenos.

Cuando se produce una infección nosocomial no se puede anudar a la misma fatalmente la condición de inevitable. Es un riesgo que se puede prevenir y reducir. La experiencia demuestra que la instauración y escrupulosa observancia de protocolos preventivos rebaja considerablemente las infecciones de esta etiología, lo que cuestiona su inevitabilidad como criterio absoluto.

Ahora bien, lo que no basta es contar con protocolos de asepsia y profilaxis, sino se demuestran que son escrupulosamente observados, correspondiendo la carga de la prueba al centro hospitalario en virtud de los principios de disponibilidad o facilidad probatoria (art. 217.7 de la LEC). Difícilmente se puede dar por acreditado la inevitabilidad del daño si se desconoce el agente patógeno causante. O si se pretende deducir su inimputabilidad porque otros pacientes en esas mismas fechas no padecieron una infección de tal clase, pues tal razonamiento no excluye la incuestionable infección nosocomial sufrida. Tampoco es de recibo intentar demostrar la alegada ratio de seguridad del Hospital, a través de una revista de información general y, por lo tanto, no científica acreditada, prescindiendo de estudios o estadísticas oficiales, como sería lo procedente.

La sentencia del Juzgado reconoce que no se pudo determinar el exacto origen de dicha infección nosocomial, así como que tampoco resulta probado que los profesionales responsables del hospital San Carlos incurrieran en mala praxis o negligencia a la hora de adoptar las medidas necesarias para prevenir infecciones hospitalarias, también la Audiencia indica que no consta que la esterilización del lugar fuera inadecuada, pero su régimen de responsabilidad no es subjetivo bajo la carga

de la prueba del paciente, que sufre estas patologías.

La falta de constancia de la concurrencia de culpa o negligencia en la adopción de medidas preventivas no puede perjudicar al enfermo, que sufre una patología propiamente hospitalaria, que no padecía a su ingreso, y con respecto a la cual no corre con la carga de la prueba. Al revés es acreedor, como hemos indicado, de la recepción del tratamiento médico hospitalario con las debidas garantías de seguridad. No estamos tampoco enjuiciando la responsabilidad individual de los facultativos tratantes, ni del personal adscrito al servicio de medicina preventiva por infracción de la *lex artis ad hoc* .

Por otra parte, extraña también la prolongada permanencia en la UVI, si el resultado de la intervención abdominal no produjo especiales complicaciones en un diligente tratamiento de su patología, así como también la falta de coordinación entre servicios y la demora en la comunicación interna del resultado de un TAC, requerido tras ingreso por el servicio de urgencias, que desde luego no es caprichosamente indicado por ningún facultativo tratante si tan solo se padece un simple dolor abdominal con vómitos.

Por todo el conjunto argumental expuesto, consideramos que la sentencia debe ser casada.

TERCERO. - Sentencia de casación.

La indemnización postulada no ha sido cuestionada en su cuantía y se considera además proporcional, se reclaman 79.257,16 euros para la viuda y 8806,35 euros por cada uno de sus dos hijos. Se interesó la condena solidaria del USP HOSPITAL SAN CARLOS MURCIA S.L., posteriormente QUIRÓN HOSPITALES S.L.U., junto con las compañías aseguradoras MAPFRE SEGUROS DE EMPRESA CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, en el importe del 80% del daño sufrido, así como de ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL ESPAÑA, por el 20% del importe del daño, en virtud del régimen de coaseguro concertado, así como a SUPERCAIXA ADESLAS, pretensión esta última ulteriormente abandonada, que no es objeto de casación.

Ahora bien, se solicita la condena de las aseguradoras en virtud del contrato de seguro aportado con la demanda. La aseguradora MAPFRE, al contestar, sin excluir su cobertura, igualmente se remite a las condiciones del contrato de reaseguro suscrito. Pues bien,

de la literalidad del mismo se deduce que los siniestros que cubre dicha compañía comprenden el 75% del importe del daño, mientras que la aseguradora ZURICH, en rebeldía procesal, el 25% del mismo, por consiguiente hemos de respetar dichos porcentajes, sin poder ser incongruentes con respecto a la petición formulada contra esta aseguradora en cuantía de 15.851,43 euros y 1761,27 euros respectivamente, debiendo rebajar la cuantía de la postulada frente a MAPFRE, en los términos de los contratos suscritos.

De esta forma, se condena a QUIRÓN HOSPITALES S.L.U. de la forma postulada en demanda, de dicha cantidad responderá solidariamente la compañía MAPFRE en el 75% de su importe, y ZURICH por la suma reclamada, inferior a la que le correspondía, so pena de incurrirse en incongruencia ultra petita, y sin perjuicio de las relaciones internas entre hospital y aseguradora.

Procede a la condena de los intereses del art. 20 de la LCS contra las compañías aseguradoras, pues como ha destacado la STS 106/2019, de 19 de febrero, "[...] la mora del asegurador no desaparece automáticamente por el hecho de que exista un proceso o deba acudir al mismo, sino únicamente cuando se hace necesario acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar, esto es, cuando la resolución judicial es imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura (entre las más recientes, sentencias 562/2018, de 10 de octubre, 143/2018, de 14 de marzo, 26/2018, de 16 de enero y 73/2017, de 8 de febrero)", dudas que en el presente caso no se han suscitado, toda vez que la cobertura del siniestro no se discute, ni tampoco la realidad de los hechos, el historial clínico del paciente estaba a disposición de la parte demandada, que lo custodiaba en su centro, existiendo una consolidada doctrina jurisprudencial sobre las infecciones nosocomiales.

CUARTO.- Costas y depósito.

No se hace especial pronunciamiento con respecto a las costas de segunda instancia y casación, al estimarse dichos recursos (art. 398 LEC).

Las costas de primera instancia se imponen a la parte demandada al estimarse la demanda, sin que el error en la cuantificación de la cobertura de las aseguradoras impida tal

condena, tratándose además de un sustancial acogimiento de la pretensión actora frente a ellas. No se imponen las costas relativas a la absolución de ADESLAS, toda vez que dicha condena fue dejada sin efecto por la Audiencia, todo ello en aplicación del art. 394 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 D.ª María Teresa , D.ª Ana y D. Abilio , contra la sentencia dictada, el 20 de octubre de 2016, por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, en el recurso de apelación 729/2015 .

2.º- Casar y anular dicha sentencia, y, en su lugar, estimar el recurso de apelación interpuesto, condenando a QUIRÓN HOSPITALES S.L.U, a abonar a los actores las cantidades siguientes: a D.ª María Teresa , 79.257,16 €, a D.ª Ana y D. Abilio , la suma de 8.806,35 € a cada uno de ellos, con los intereses legales de tales sumas desde la interposición de la demanda, y los del art. 576 LEC desde la fecha de esta sentencia. De esta cantidad responderá solidariamente, en virtud del reaseguro concertado, la compañía MAPFRE, hasta la suma de 59442,87 €, fijada a favor de D.ª María Teresa , así como hasta la suma de 6604,76 € determinada a favor de D.ª Ana y D. Abilio . La compañía ZURICH responderá solidariamente hasta la suma de 15.851,43 € correspondiente a la indemnización fijada para D.ª María Teresa y 1761,27 €, para cada uno de los otros dos demandantes, D.ª Ana y D. Abilio . Se condena a dichas aseguradoras a hacerse cargo de los intereses del art. 20 de la LCS desde la fecha de siniestro (fallecimiento del paciente).

3.º- No imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos de casación y apelación, condenando a las demandadas, con exclusión de ADESLAS, a satisfacer las costas correspondientes a la primera instancia.

4.º- Devolver a la parte demandante los depósitos constituidos. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Por **Mariano Medina Crespo***Abogado*

Doctor en derecho

1. La sentencia objeto de estas notas está laboriosa y primorosamente redactada y recoge perfectamente la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad hospitalaria por infección nosocomial que se inserta en el régimen de la objetividad atributiva del TR de la LCU, en términos tales que me libera de reproducirla de modo resumido, recomendando vivamente su lectura.
2. Se declara así la responsabilidad civil del Centro Hospitalario de la que solo puede liberarse si el daño se produce por culpa de la víctima, por fuerza mayor (extraña al riesgo hospitalario) o por caso fortuito (fuerza mayor propia del riesgo hospitalario).
3. Claro que, tal como razona la sentencia, el caso fortuito es imposible demostrarlo; criterio que no comparto, pero sí su resultado, porque, en mi opinión, el caso fortuito debería carecer de fuerza liberadora por pertenecer al ámbito del específico riesgo nosocomial.

(...)Con la sola lectura de la sentencia, surge la curiosidad de por qué la sentencia de primer grado apreció la prescripción extintiva de los créditos resarcitorios hechos valer por la viuda e hijos del paciente fenecido y de por qué la AP rechazó tal excepción material, para, no obstante, confirmar la desestimación de la demanda. Posiblemente, el acceso a la sentencia apelatoria serviría para satisfacer esa curiosidad

4. Sentado ello, realizo algunas observaciones de diversa importancia.
5. Con la sola lectura de la sentencia, surge la curiosidad de por qué la sentencia de primer grado apreció la prescripción extintiva de los créditos resarcitorios hechos valer por la viuda e hijos del paciente fenecido y de por qué la AP rechazó tal excepción material, para, no obstante, confirmar la desestimación de la demanda. Posiblemente, el acceso a la sentencia apelatoria serviría para satisfacer esa curiosidad
6. Suscita también curiosidad saber cómo y por qué se atribuyó la muerte del paciente a una infección nosocomial respiratoria producida en la UVI donde quedó internado tras practicársele una intervención quirúrgica urgente en la cavidad abdominal, permaneciendo en ella hasta que falleció a los 23 días; y también saber quién efectuó esa atribución.
7. Otro dato llamativo -lamentablemente llamativo- es que los perjudicados reclamaron exactamente las cantidades previstas como indemnizaciones básicas en el Baremo de Tráfico de 1995, de acuerdo con la actualización publicada para 2010 en que se produjo el accidente; y se reclama con tanta fidelidad a él que se piden las cantidades establecidas en él hasta con sus céntimos (lo cual no deja de

COMENTARIO

parecer un poco ridículo), asumiéndose, además, la interpretación jurisprudencial de que no procede la actualización valorista propia de los créditos resarcitorios que son de suyo de valor.

8. Régimen nominalista en el caso de la muerte y seminominalista/semivalorista para el caso de las lesiones (pese a que no lo reconozca así el TS) que, felizmente, ha superado (con retorno al valorismo) el Baremo de 2015 a través del art. 40 de la LRC y SCVM, con unas insólitas y acertadas puntualizaciones de rigor.
9. Aceptado el Baremo como orientación inflexible, la comodidad de la regla se traduce en desconocer que dicha regulación estaba puesta, tal como se ha interpretado generalizadamente, al servicio de una reparación parcial con el que proteger la economía de las entidades aseguradoras.
10. Se reconocieron así a los perjudicados en 2019, de acuerdo con su propia petición, las cantidades que correspondían al valor baremado de los perjuicios en 2010.
11. Los perjudicados obtuvieron, por tanto, el resarcimiento de sus perjuicios personales por unas cuantías congeladas que, en cuanto a la condena del hospital,

(...) porque en dicho procedimiento se cuenta, primero, con una demanda provisional y, después, con una definitiva, tras la práctica de pruebas; lo que no cabe con el corsé del procedimiento civil. Y una pregunta: ¿no se pudieron rectificar los porcentajes de participación de las coaseguradoras en la audiencia previa, ante los términos en que se produjera la contestación a la demanda por parte de Mapfre, dado que Zurich quedó en situación de rebeldía?(...)

no se actualizaron a través de los intereses moratorios ordinarios que dejaron de solicitarse.

12. No obstante, los perjudicados consiguieron la actualización valorista supermejorada a través de los intereses moratorios especiales impuestos a las coaseguradoras demandadas, con devengo desde la fecha del siniestro.
13. Gracias a ello, los perjudicados obtuvieron, en definitiva, una cantidad que casi triplicó el capital reclamado y reconocido.
14. Pero se sustrajo a esa actualización enriquecedora la cantidad que, excedente del total de las cantidades impuestas a las coaseguradoras, quedó exclusivamente a cargo del Centro Hospitalario.
15. Los perjudicados pidieron que se condenara a la coaseguradora Mapfre a abonar el 80% de la indemnización total, pero se les reconoció una cantidad equivalente al 75% que constituía el porcentaje de la responsabilidad a asumir por ella.
16. Los perjudicados pidieron que se condenara a la coaseguradora Zurich a abonar el



25% de la indemnización total, pero se la condenó a pagar el 20% que era la cuota participativa que le correspondía, de acuerdo con la póliza concertada en régimen de coaseguro.

17. Se condenó, pues, a Mapfre, a pagar menos de lo pedido con cargo a ella; y se condenó, en cambio, a Zurich -en aras a la congruencia de la sentencia- a pagar lo pedido que era menos de lo que le correspondía abonar de acuerdo con la póliza.
18. El efecto de ello es que se condenó al Hospital a abonar una cantidad que sobrepasaba el alcance de las condenas impuestas a las aseguradoras, pese a que la responsabilidad de éstas tendría que haber cubierto toda ella.
19. Si se hubiera sustanciado la reclamación de los demandantes en un juicio penal, acreditado el alcance de la cobertura respectiva de las coaseguradoras, se habría traducido en que los perjudicados habrían tenido la oportunidad de reclamar finalmente con cargo a ellas, como responsables civiles directas, las cantidades correctas, porque en dicho procedimiento se cuenta, primero, con una demanda provisional y, después, con una definitiva, tras la práctica de pruebas; lo que no cabe con el corsé del procedimiento civil. Y una pregunta: ¿no se pudieron rectificar los porcentajes de participación de las coaseguradoras en la audiencia previa, ante los términos en que se produjera la contestación a la demanda por parte de Mapfre, dado que Zurich quedó en situación de rebeldía?
20. El TS, después de decir que se estaba ante un coaseguro (fundamento tercero, primer párrafo) dice por errata que es un reaseguro (párrafo segundo); errata que se lleva al fallo de la sentencia casacional.
21. Llama la atención, por otra parte, que el TS no se resignara a dejar de reflejar *incidenter tantum* una cierta insinuación que el lector no puede calibrar, consistente en mostrar su extrañeza por la prolongación de la permanencia del paciente en la UVI, “si el resultado de la intervención abdominal no produjo especiales complicaciones en un diligente tratamiento de su patología”, así como “la falta de coordinación entre servicios y la demora en la comunicación interna del resultado de un TAC” que, “requerido por el Servicio de Urgencias (...), desde luego, no es caprichosamente indicado (...) si tan solo se padece un simple dolor abdominal con vómitos”.
22. Finalmente, es loable comprobar que se aborda con sentido común la cuestión de las costas causadas en la primera instancia, a través del criterio de la estimación sustancial de una demanda que no se acogió totalmente, traducándose ello en imponer las costas de esa instancia a las aseguradoras demandadas.
23. Y otra pregunta, para terminar, sobre el error en que incurrió la demanda sobre los porcentajes de participación de las aseguradoras en el régimen de coaseguro: ¿no sería que el abogado de los perjudicados fue informado al respecto de modo defectuoso?

Seguro de vida vinculado a préstamo hipotecario. Reclamación de los herederos del cumplimiento del contrato por parte de la aseguradora para que se haga cargo de la hipoteca. El impago de las fracciones de una prima de seguro de vida por parte del tomador, no supone la extinción del contrato según lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 15 de la LCS, sino la reducción de la garantía pactada en virtud de la aplicación del artículo 95 de la LCS.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 23 de Septiembre de 2019
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castan

PRIMERO.- Los presentes recursos, de casación y por infracción procesal, se interponen en un litigio promovido por los padres del tomador/asegurado fallecido contra la compañía con la que este último había suscrito un seguro de vida anual renovable vinculado a un préstamo hipotecario, en reclamación del capital pendiente de amortizar en el momento del fallecimiento. El siniestro se produjo cuando la cobertura se encontraba suspendida entre las partes conforme al art. 15.2 LCS, por el impago de algunas mensualidades de la prima anual, y la controversia en casación se centra en determinar si dicha suspensión era oponible a los demandantes, pues la sentencia recurrida lo descarta por su condición de terceros perjudicados a los que, según el art. 76 LCS, no sería oponible el impago de la prima. Son antecedentes relevantes para la decisión de los recursos los siguientes:

1.- Se han declarado probados o no se discuten estos hechos:

1.1. Con fecha de emisión 24 de julio de 2007, fecha de efecto desde las 0 h del mismo día, mes y año, y fecha de vencimiento 31 de julio de 2008, D. Roberto suscribió con Vida Caixa S.A. de Seguros y Reaseguros (en adelante Vida Caixa o la aseguradora), mediante la sucursal sita en C/ Virgen de Luján n.º 19 de Sevilla, un contrato denominado "Seviam Abierto-Póliza de seguro de vida" (póliza n.º NUM000 , anual renovable) que cubría el riesgo de fallecimiento con una suma asegurada inicial de 115.000 euros (copia de las condiciones particulares aportada como doc. 5 de la demanda).

1.2. Dicho seguro se vinculó al préstamo hipotecario que el demandante había concertado con "Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona" ("La Caixa", actualmente, Caixabank S.A.), y por esta razón se designó a la referida entidad de crédito como primera beneficiaria, en los siguientes términos:

"Beneficiario principal irrevocable por el 100% del débito del CRÉDITO NUM001 "CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA NIF: G58899998".

1.3. En la póliza se pactó una prima anual con pago fraccionado en mensualidades (7,04 euros la fracción inicial y 27,31 euros las sucesivas) mediante su domiciliación en una cuenta del tomador/asegurado.

1.4. La póliza se renovó anualmente a su vencimiento con fechas 1 de agosto de 2008, 1 de agosto de 2009 y 1 de agosto de 2010, sin que para esto fuera obstáculo el pago tardío de alguna fracción mensual de la prima anual (así sucedió con las mensualidades de enero a abril de 2010, que no fueron cargadas por falta de fondos y se abonaron el 13 de abril de ese año).

1.5. Al llegar el 1 de agosto de 2011 el seguro se renovó para la anualidad siguiente



mediante el abono de la mensualidad de ese mes. Por el contrario, las correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011 resultaron impagadas.

1.6. El asegurado falleció el 12 de diciembre de 2011.

1.7. En esa fecha el capital del préstamo hipotecario pendiente de amortizar ascendía a 99.171,92 euros.

1.8. El 27 de diciembre de 2011 el hermano del fallecido, como mandatario verbal de sus padres, intentó por conducto notarial abonar las referidas mensualidades impagadas, pero la entidad prestamista beneficiaria rehusó el pago (doc. 16 de la demanda).

1.9. El 1 de marzo de 2012 la aseguradora remitió al asegurado una carta comunicándole que había "finalizado el periodo de suspensión de garantías por el impago de las primas en el que se encontraba dicho seguro" y que "por este motivo, se ha procedido a su "cancelación" en fecha 01.03.2012" (doc. 17 de la demanda).

2.- Con fecha 4 de octubre de 2013 el padre del asegurado (actuando en su propio nombre y en el de su esposa, ambos como herederos ab intestato del fallecido) promovió el presente litigio contra la aseguradora, solicitando su condena al pago del importe del capital pendiente de amortizar (99.171,92 euros) en el momento del siniestro, más intereses del art. 20 LCS y costas. En apoyo de estas pretensiones se alegaba, en síntesis: (i) que el seguro estaba vigente en el momento de fallecer su hijo, pues había ido renovándose anualmente con la anuencia de la aseguradora, la última vez al iniciarse el mes de agosto de 2011; (ii) que el hecho admitido de que no se hubieran abonado las mensualidades correspondientes a los meses de septiembre a diciembre de 2011 no privaba de cobertura al siniestro, pues en años anteriores se habían consentido los atrasos; y (iii) que prueba de esto último era que hasta marzo de 2012 la aseguradora no hubiera comunicado que el seguro había sido cancelado y que, al hacerlo, incluso admitiera estar dispuesta a "regularizar la situación".

3.- La aseguradora demandada no compareció dentro del término del emplazamiento, por lo que fue declarada en rebeldía, aunque sí se personó en las actuaciones posteriormente.

4.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, aunque sin imponer las costas a ninguna de las partes. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la póliza se renovó para la anualidad 2011-2012 al pagarse la fracción de prima anual correspondiente al mes de agosto de 2011; (ii) al haberse aceptado el pago fraccionado de la prima, y constando satisfecha la primera fracción e impagadas las siguientes, resultaba aplicable al caso el párrafo segundo del art. 15 LCS al cumplirse todos los requisitos que la jurisprudencia exigía: impago culposo o imputable al asegurado -toda vez que su causa fue que no tenía fondos- y buena fe de la aseguradora; y (iii) en consecuencia, el fallecimiento del asegurado carecía de cobertura al acaecer durante el periodo en que esta se encontraba suspendida.

5.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de la parte demandante, estimó la demanda, y condenó a la aseguradora al pago de 99.171,92 euros más intereses del art. 20 LCS, sin imponer las costas del recurso a ninguna de las partes e imponiendo las de la primera instancia a la parte demandante.

Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) el litigio no lo promueve la entidad bancaria beneficiaria del seguro, en ejercicio de una acción derivada del contrato, sino que lo hacen los herederos del fallecido en ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS; (ii) lo anterior tiene consecuencias a la hora de aplicar al caso la jurisprudencia interpretativa del art. 15.2 LCS (se citan y extractan las sentencias esta sala de 30 de junio y 10 de septiembre de 2015), según la cual a partir del mes siguiente al impago de la prima sucesiva y durante los cinco siguientes la cobertura del seguro quedaría suspendida, pues conforme a la misma jurisprudencia la cobertura no desplegaría efectos entre las partes del contrato pero la suspensión de la cobertura del seguro no operaría frente al tercero que ejercitase la acción directa del art. 76 LCS, en la medida en que este prevé que "la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado"; y (iii) en consecuencia, como los demandantes reclamaron como perjudicados por no hacerlo el banco, y se ofrecieron a pagar las primas, para ellos el siniestro sí estaba cubierto.

6.- Contra esta sentencia la aseguradora demandada ha interpuesto recurso de casación por interés casacional y recurso extraordinario

por infracción procesal.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El recurso se compone de un solo motivo amparado en el ordinal 2.º del art. 469.1 LEC y fundado en infracción del art. 218.1 LEC, por incongruencia extra petita de la sentencia recurrida por alteración de la causa de pedir.

En su desarrollo se argumenta, en síntesis: (i) que la acción ejercitada es de cumplimiento contractual de un seguro de vida tras el fallecimiento del tomador/asegurado, para la que estaban legitimados activamente sus herederos (art. 10 LEC), habiéndose citado en la fundamentación jurídica de la demanda únicamente el art. 15.2 LCS y una doctrina jurisprudencial, ya superada, "que consideraba inaplicable dicha disposición cuando la prima tenía el carácter de anual fraccionada"; (ii) que, por tanto, ni del planteamiento de la demanda, ni de lo solicitado en la misma ni, en fin, de lo planteado y solicitado en apelación se desprende que la acción ejercitada por los demandantes fuera la directa contra el asegurador del art. 76 LCS, en el que se funda la sentencia recurrida, sino que actuaron en reclamación del cumplimiento del contrato de seguro por dejación del banco beneficiario; (iii) que, en consecuencia, la sentencia recurrida incurrió en incongruencia extra petita porque ni siquiera el principio iura novit curia amparaba que el tribunal sentenciador pudiera pronunciarse sobre una acción distinta de la verdaderamente ejercitada, alterando así la causa de pedir.

La parte recurrida se ha opuesto al recurso alegando, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida no se basa en hechos distintos de los alegados en la demanda y en el recurso de apelación, ni se aparta del petitum, consistente en la condena de la aseguradora demandada a pagar el capital pendiente de amortización en el momento del fallecimiento del asegurado, ni ignora su fundamentación jurídica, pues el art. 15 LCS no era el único fundamento de la demanda ("ya sea por la vía del art. 15 que no constituye el fundamento jurídico único de nuestra demanda inicial, ya sea por la del art. 76, ambos de la Ley de Contrato de Seguro, esta parte reclama a la aseguradora el cumplimiento de la póliza"); y (ii) que, por tanto, no hay incongruencia extra petita, pues esta solo tiene lugar cuando se resuelve sobre pretensiones no formuladas alterando la causa de pedir, fuera de

lo que permite el principio del iura novit curia que autoriza al órgano judicial a encontrar el Derecho aplicable a la solución aunque para ello se aparte de lo alegado, y en este caso no se ha alterado la causa de pedir porque lo solicitado ha sido el cumplimiento de la aseguradora.

TERCERO.- El motivo ha de ser desestimado porque la sentencia recurrida se pronuncia sobre lo pedido en la demanda sin apartarse de la causa de pedir, que según la jurisprudencia viene constituida por los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal (sentencias 364/2008, de 16 de mayo, y 1258/2002, de 20 de diciembre). Siendo innegable, como admite la propia parte recurrente, que el fallo de la sentencia recurrida acuerda lo pedido en la demanda, y no nada distinto, y comprobado por esta sala que lo hace en virtud de los hechos jurídicamente relevantes alegados en la propia demanda, ha de concluirse que lo denunciado en el motivo no es una incongruencia que pueda encuadrarse en el párrafo tercero del art. 218.1 LEC sino, si acaso, un error del tribunal sentenciador en la selección de la norma aplicable a los hechos jurídicamente relevantes de la demanda, error no constitutivo de incongruencia según esa misma norma ("El tribunal... resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes") pero que sí podrá hacerse valer como motivo de casación.

Recurso de casación

CUARTO.- El recurso de casación se compone también de un solo motivo y se funda en infracción, por aplicación indebida, del art. 76 LCS y en oposición a la doctrina de esta sala sobre la naturaleza y fundamentación de la acción directa (entre otras, cita las sentencias de 23 de abril de 2009 y 13 de marzo de 2008) como un derecho propio del tercero perjudicado frente al asegurador, reconocido en el seguro de responsabilidad civil.

En síntesis, se alega: (i) que la acción directa del art. 76 LCS supone reconocer al tercero perjudicado (que no es parte en el contrato de seguro) un derecho propio para reclamar del asegurador el pago de la indemnización, y esto en casos de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual; (ii) que dicha acción está prevista para el seguro de responsabilidad civil y no para el seguro de vida; y (iii) que el art. 76 LCS no es aplicable

al presente litigio, en el que, como en el caso de la sentencia de 10 de septiembre de 2015 , la acción ejercitada por los padres del hijo asegurado fallecido fue una acción de cumplimiento del contrato de seguro, como tampoco son aplicables al caso las sentencias citadas por el tribunal sentenciador al versar sobre los efectos del impago de las primas sucesivas en seguros de responsabilidad civil.

La parte recurrida se ha opuesto al recurso alegando, en síntesis: (i) que una vez acaecido el siniestro, consistente en el fallecimiento del asegurado, y ante la inacción de la entidad de crédito beneficiaria, los demandantes, padres del asegurado, estaban legitimados activamente para interesar de la aseguradora el pago de la indemnización, pues contaban con un interés legítimo derivado del propio contrato de seguro; (ii) que esto fue lo que pidieron en la demanda, es decir, el pago de la indemnización (cantidad pendiente de amortizar) con destino a la cancelación del préstamo vinculado; y (iii) que la respuesta de la sentencia recurrida no fue incongruente con esa pretensión, por más que se fundara jurídicamente en un artículo no invocado, ya que el principio *iura novit curia* posibilitaba que se diera respuesta a lo pedido "en base a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer".

QUINTO.- El motivo ha de ser estimado porque el art. 76 LCS es una norma específica del seguro de responsabilidad civil, regulado en la Sección 8.ª del Título II de la LCS ("Seguro contra daños") y, en cambio el seguro cuya efectividad se pide en la demanda es un seguro sobre la vida, regulado en la Sección 2.ª del Título III de la misma ley ("Seguro de personas").

Esto determina que, como argumenta la parte recurrente, los demandantes, padres del asegurado fallecido, no tuvieron la condición de terceros perjudicados del art. 76 LCS , sino la de directamente interesados en la efectividad del contrato de seguro en cuanto herederos del fallecido, pues aunque como primer beneficiario figurase el banco que le concedió el préstamo hipotecario, el seguro satisfacía un interés común o compartido entre el banco, el asegurado y los herederos de este como sucesores en sus derechos pero también en sus obligaciones (sentencias 222/2017, de 5 de abril , 528/2018, de 26 de septiembre , y 37/2019, de 21 de enero).

De ahí que la jurisprudencia en que se funda la sentencia recurrida no sea aplicable al caso, pues la salvedad que representa el art. 76 LCS frente al impago de la prima no opera en el seguro de personas, como resulta de las sentencias de esta sala 357/2015, de 30 de junio , 472/2015, de 10 de septiembre , 374/2016, de 3 de junio , 58/2017, de 30 de enero , y 684/2017, de 19 de diciembre .

SEXTO.- Conforme al art. 487.2 LEC procede casar la sentencia recurrida y resolver, en funciones de instancia, el recurso de apelación de la parte demandante sin que a su favor quepa ya aplicar el art. 76 LCS en el que se basó la sentencia recurrida para estimar íntegramente la demanda. La solución debe fundarse en la jurisprudencia de esta sala sobre la interpretación sistemática del art. 15 LCS , artículo que la sentencia de primera instancia aplicó aisladamente para desestimar totalmente la demanda con base en que cuando se produjo el fallecimiento del asegurado se habían dejado de pagar cuatro fracciones mensuales de la prima anual tras haberse pagado la primera fracción.

Pues bien, la sentencia 684/2017, de 19 de diciembre , que interpreta el art. 15 LCS en relación con otros preceptos de la propia ley, declara que:

"Como el impago de la prima es posterior a la segunda anualidad, debía regir la norma especial contenida para el seguro de vida en el art. 95 LCS , conforme a la cual el impago más que suspender la vigencia de la cobertura lo que conllevaba era la reducción automática de la suma asegurada conforme a la tabla de valores inserta en la póliza:

"Una vez transcurrido el plazo previsto en la póliza, que no podrá ser superior a dos años desde la vigencia del contrato, no se aplicará el párrafo dos del artículo quince sobre falta de pago de la prima. A partir de dicho plazo, la falta de pago de la prima producirá la reducción del seguro conforme a la tabla de valores inserta en la póliza".

En aquel otro caso esta sala no aplicó el art. 95 LCS por impedirlo los términos del recurso de casación, pero en el presente caso sí es posible su aplicación por actuar la sala en funciones de instancia para resolver el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia que había desestimado íntegramente su demanda.

Y la decisión de esta sala no empeora la posición de la demandada recurrente en casación porque, frente a la estimación total de la demanda por la sentencia recurrida, se produce una estimación solamente parcial, consistente en la reducción del seguro conforme a la tabla de valores inserta en la póliza.

SÉPTIMO.- Conforme al art. 398 en relación con el art. 394, ambos de la LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso por infracción procesal y no imponer a ninguna de las partes las del recurso de casación ni las de las instancias, dada la estimación de ambos recursos -parcial en el caso del recurso de apelación- y la estimación solamente parcial de la demanda.

OCTAVO.- Conforme a la d. adicional 15.ª LOPJ , apdos. 9 y 8 respectivamente, la parte recurrente perderá el depósito constituido para recurrir por infracción procesal y habrá de devolverse el constituido para recurrir en casación.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandada Vida Caixa S.A. de Seguros y Reaseguros contra la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2015 por la sección 6.ª de la

Audiencia Provincial de Sevilla en el recurso de apelación n.º 549/2015 .

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por dicha parte contra la misma sentencia.

3.º- Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto en su día por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, estimar parcialmente la demanda y condenar a la aseguradora demandada a cumplir y hacer efectivo el seguro de vida aunque reduciéndolo conforme a la tabla de valores inserta en la póliza.

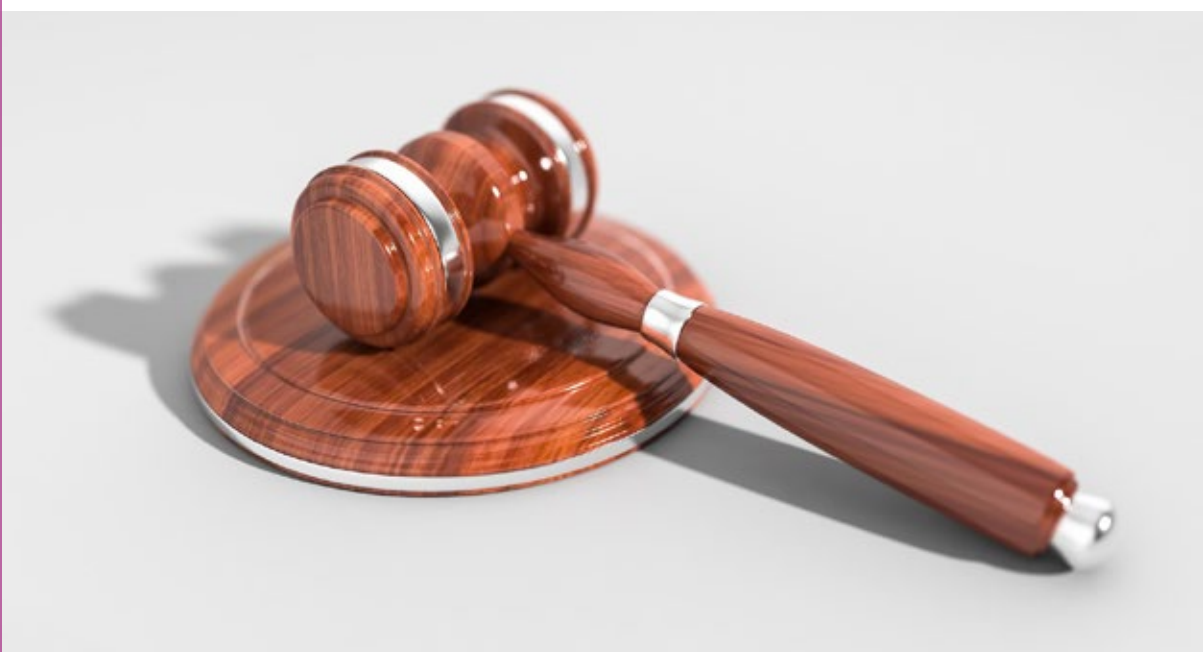
4.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no imponer a ninguna de las partes las del recurso de casación ni las de las instancias.

5.º- Y devolver el depósito constituido para recurrir en casación a la parte recurrente, que perderá el constituido para recurrir por infracción procesal.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Por **Jose Manuel Villar Calabuig**
Abogado

Vemos con cierta frecuencia resoluciones judiciales muy densas y repetitivas, para un resultado esperado desde los primeros argumentos. A la sentencia que vamos a comentar no le hace falta extenderse en argumentos complejos, y resuelve dos cuestiones relevantes de forma extremadamente sencilla, tanto que incluso permite poco análisis para desarrollar su doctrina, salvo si se estudian las sentencias precedentes en las que se basa para su conclusión. Alguna crítica podrá recibir, también, porque dando la solución no conocemos su aplicación práctica, pese a que actúa la sala en funciones de instancia.

La Sentencia trata la problemática del impago de prima fraccionada en el Seguro de Vida, y si debe seguirse lo establecido en el art. 15 de la Ley de Contrato de Seguro, así como la condición de los herederos respecto a un seguro de amortización hipotecaria. El tomador de la póliza había contratado un seguro de vida ligado a un préstamo hipotecario,

(...) En los seguros de vida con amortización hipotecaria hay que reconocer legitimación activa al asegurado (tomador o no), en el caso de invalidez, y a sus herederos, sean o no beneficiarios, en los casos de muerte del asegurado

por lo que los herederos verían liquidada la hipoteca del inmueble propiedad del fallecido que iban a recibir. Tras varios años asegurado, con sus impagos mensuales incluidos, aceptados y regularizados por la entidad bancaria con normalidad, en la última renovación abona la primera mensualidad, pero deja de pagar las siguientes mensualidades y fallece teniendo impagadas cuatro mensualidades. Los familiares intentaron regularizar los pagos el mismo mes del fallecimiento, pero fue rechazado por la entidad aseguradora, quién al cumplirse los seis meses del impago comunica la anulación de la póliza.

Dos son las cuestiones, como adelantamos, que va a resolver la sentencia. Primero, la figura de los padres del fallecido y si son terceros perjudicados que pudieran ejercer la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro. Segundo, si el impago de prima del seguro de vida se rige por las reglas del artículo 15.2 o la regla específica del artículo 95 de la LCS..

La acción directa y la figura de los padres del fallecido. Con cierta sorpresa vemos que la Audiencia Provincial de Sevilla resolvió favorablemente el recurso de los padres del fallecido, aplicando la teoría de la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, siendo "la acción directa inmune a las excepciones que le puedan corresponder al asegurador con su asegurado", pese a encontrarse el artículo 76 encuadrado en la



sección octava, Seguro de Responsabilidad Civil, del Título II, Seguro contra daños.

La sentencia que comentamos no tiene duda alguna, ni necesita mayores argumentos, para considerar que no es de aplicación el artículo 76 de la LCS y que los padres no son terceros perjudicados, sino interesados en la efectividad del contrato en cuanto herederos del fallecido. Así lo ha venido recogiendo históricamente al reconocer, en este tipo de reclamaciones, la legitimación activa del asegurado, o sus herederos en caso de fallecimiento, para justificar que no son terceros. Como ejemplo, la Sentencia 222/2017 de 5 de abril, ponente Sr. Marín Castan, indica: *“Esta sala se ha venido pronunciando a favor de reconocer legitimación activa al tomador, sin perjuicio de cumplir sus obligaciones con el beneficiario, particularmente en casos como este de seguros de vida e incapacidad vinculados con un préstamo hipotecario en los que el primer beneficiario es la entidad prestamista”*. También mencionar lo establecido en la Sentencia 37/2019, de 21 de enero, mismo ponente, que detalla: *“Según esta doctrina, en casos como este de seguros de vida (o de vida con cobertura también de incapacidad) vinculados con un préstamo hipotecario en los que el primer beneficiario es la entidad prestamista, hay que reconocer legitimación activa al asegurado (tomador o no), en el caso de invalidez, y a sus herederos, sean o no beneficiarios, en los casos de muerte del asegurado (sobre este segundo supuesto, sentencias 273/2018, de 10 de mayo, y 669/2014, de 2 de diciembre, la primera respecto*

(...) En los seguros de vida... si el impago de prima se produce tras la segunda anualidad, no se suspende la vigencia de la cobertura y debe aplicarse la reducción automática de la suma asegurada conforme a la tabla de valores de la póliza.

de la madre y una hermana de la asegurada fallecida, y la segunda respecto de un hijo), sin perjuicio de reconocer los derechos del primer beneficiario”.

Esto nos lleva a que los herederos, no siendo de aplicación el precepto mencionado, si deben asumir parte de las consecuencias del impago de la prima, pues no dejan de ser ellos los que se benefician de dicha póliza impagada parcialmente al adquirir por herencia un bien sin carga hipotecaria o, como en este caso, una parte proporcional.

El impago de prima en el Seguro de Vida. El seguro de vida tiene un tratamiento especial en la Ley de Contrato de Seguro, y en concreto se encuadra en el Título III, Seguro de Personas, Sección segunda, Seguro sobre la Vida, con regulación específica para el supuesto de impago de la prima. El artículo 95 señala: *“Una vez transcurrido el plazo previsto en la póliza, que no podrá ser superior a dos años desde la vigencia del contrato, no se aplicará el párrafo dos del artículo quince sobre falta de pago de la prima. A partir de dicho plazo, la falta de pago de la prima producirá la reducción del seguro conforme a la tabla de valores inserta en la póliza.”*

La doctrina actual general sobre el impago de prima viene de resoluciones como la Sentencia 357/2015, de 30 de junio, donde se señalaba que cuando se *“haya fraccionado el pago de la prima y se deja de pagar el primer fraccionamiento, a su vencimiento, desde ese momento opera la previsión contenida en el art. 15.2 LCS, sin que sea necesario*

esperar al vencimiento del último fraccionamiento (...). A los efectos del art. 15.2 LCS, la prima debe entenderse impagada, y por ello desde ese momento comienza el plazo de gracia de un mes, y a partir de entonces se suspende la cobertura del seguro, hasta la extinción del contrato a los seis meses del impago, siempre que en este tiempo no conste que la aseguradora ha optado por reclamar la prima”.

Para el seguro de vida, el Tribunal Supremo ya se había pronunciado en sentencia de 19 de diciembre de 2017 (STS 684/2017) donde, en un caso similar al estudiado, dejaba entrever que, si el impago de prima se produce tras la segunda anualidad, no se suspende la vigencia de la cobertura y debe aplicarse la reducción automática de la suma asegurada conforme a la tabla de valores de la póliza. En dicha sentencia si aplicó el artículo 15.2, aplicando el criterio de la sentencia 357/2015, porque en los recursos planteados no se mencionó la aplicación del artículo 95: *“La sala resuelve el recurso en los términos en los que ha sido planteado, esto es, en atención al concreto motivo de casación, sin que podamos tener en consideración otras razones que conllevarían la estimación parcial de la demanda, porque no se plantearon ni en la instancia, ni, lo que ahora importa, en casación.*

En concreto que, como el impago de la prima es posterior a la segunda anualidad, debía regir la norma especial contenida para el seguro de vida en el art. 95 LCS, conforme a la cual el impago más que suspender la vigencia de la cobertura lo que conllevaba era la reducción automática de la suma asegurada conforme a la tabla de valores inserta en la póliza”

En el caso estudiado, el Tribunal Supremo si considera su aplicación, es decir, entra en la solución del caso, primero porque actúa en funciones de instancia para resolver el recurso de apelación de la parte demandante, y en segundo lugar porque no empeora la posición de la demandada, que venía de una condena al 100% y se reduce su obligación con la estimación parcial de la reclamación inicial. Ni que decir tiene, que el recurrente en Casación (entidad aseguradora) no menciona el artículo 95 en su Recurso y se centra solo en desvirtuar la figura del tercero perjudicado y la aplicación del artículo 76 de la LCS.

Resultado del pleito. Lamentablemente desconocemos el resultado al no constar en la sentencia la tabla de valores inserta en la póliza, ni como se ha hecho la reducción al pagar solo un mes e impagar los cuatro siguientes, justo antes de fallecer, por lo que desconocemos el impacto económico para ambas partes.





jurisprudencia

Audiencia Provincial

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Oferta motivada donde se reconoce en el informe pericial que se incluye una secuela psicológica, que es omitida tanto en el informe pericial definitivo que se acompaña con la contestación a la demanda como en el informe del perito judicial. La Sala resuelve la validez de la oferta motivada como "acto de Ley" de la aseguradora y que la misma resulta vinculante respecto al informe médico definitivo.

Audiencia provincial de Málaga (Sección 4ª)
de 18 de Julio de 2019
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Sánchez Gálvez

PRIMERO.- El recurso de apelación interpuesto en nombre de D.Rafael Ortiz Cáliz, bajo la consideración de la vulneración de la doctrina de los actos propios e incongruencia de la sentencia apelada, plantea la cuestión jurídica de si la oferta motivada formulada extrajudicialmente por la aseguradora que da cobertura al siniestro vincula a la misma cuando adquiere la condición de demandada, así como, en su caso, el alcance de la misma.

Concretamente, sostiene la representación del apelante que en la oferta se incluyó la secuela de trastorno depresivo mayor crónico, con una valoración de cinco puntos y, sin embargo, se opone en la contestación a la demanda la inexistencia de la misma, que se acoge en la sentencia. Sostiene que debió considerarse hecho incontrovertido y que, incluso, parte de la indemnización recibida se computa en la sentencia como pago a cuenta, denunciando que sólo hubiese sido consecuente con la exclusión de la secuela que también se excluyera de la consideración de pago a cuenta,



puesto que de otra forma se estaría destinando lo recibido extrajudicialmente por esa secuela para cubrir otros conceptos.

Alega también como motivos de impugnación error en la aplicación de los artículos 107 y 108 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM) en lo que concierne al perjuicio moral, puesto que en atención a las secuelas que se le reconocen y a la valoración de las mismas debe considerarse que tienen repercusión en su actividad laboral como camarero, sin que sea necesario que recaiga una resolución reconociendo un grado u otro de incapacidad; así como del art. 143, al no reconocer como perjuicio patrimonial el lucro cesante sufrido por haber sido despedido de su trabajo a consecuencia del siniestro. Y, por último, también discrepa de la exclusión

del pago del interés moratorio desde la fecha del siniestro, denunciando la inaplicación del art. 9 de aquella Ley, siendo insuficiente que la aseguradora discrepe del cálculo y valoración de la indemnización para aplicar la regla octava del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS).

SEGUNDO.- Sobre el carácter vinculante de la oferta motivada.

Esta cuestión jurídica no ha obtenido una respuesta uniforme en las sentencias de las Audiencias Provinciales después de la reforma introducida en el art. 7º de la LRCSCVM por la Ley 35/2015, 22 de septiembre, porque de la misma forma que se han dictado resoluciones como la que invoca la representación del apelante, (sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona número

132/2017, de 23 de marzo y las que en ella se citan, a las que se añade, por ejemplo, la número 29/2018, de 31 de enero de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz) en cuya línea insiste la de la misma Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona número 265/2019 de 21 de junio de 2019, que sustentan el carácter vinculante de la oferta motivada en la doctrina jurisprudencial de los actos propios, en otras resoluciones, como es el caso de la sentencia número 24/2019, de fecha 1 de febrero, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, se dice que el carácter vinculante de la oferta motivada no puede considerarse indefinido, cesando en caso de disconformidad manifestada por el perjudicado, salvo, se dice, que la aseguradora consigne la cantidad ofrecida manteniendo así la oferta, situándose en la misma línea la sentencia de la Sección Octava de Madrid número 129/2019, de 25 de marzo.

A juicio de esta Sala la doctrina de los actos propios resulta inadecuada para sustentar el carácter vinculante de la oferta motiva en la medida en que se configura por el Tribunal Supremo para ámbitos en los que las partes actúan bajo el paraguas de la autonomía de la voluntad, tal y como se establece en el art. 1255 del Código Civil, de manera que se considera que una parte actúa antijurídicamente contra sus propios actos en aquellos casos que lo ha hecho en ejercicio de su libre y espontánea voluntad creando una situación objetiva de la que la parte contraria puede extraer la convicción o la expectativa de que será mantenida y no rectificadas. En este sentido el propio Tribunal Supremo decía en su sentencia de 13 de marzo de 2008, que no puede atribuirse a una oferta de acuerdo amistoso, no aceptada, ninguno de los caracteres que la jurisprudencia predica del acto propio, en tanto que no "causa estado" definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor; considerando que se trata de ofrecimientos efectuados en el marco de una negociación para alcanzar una transacción en evitación de un pleito, en la que, por definición, las partes dan, prometen o retienen cada una alguna cosa (art. 1809 CC), y que por tanto, su efecto se limita a la consecución de ésta.

El régimen de la oferta motivada que establece el art. 7º de la LRCSCVM extrae esa obligación formal de la aseguradora del ámbito de la autonomía de la voluntad, erigiendo su incumplimiento, ya desde la reforma introducida por la Ley 21/2007, en infracción administrativa sancionable y, a efectos indemnizatorios, comporta desde entonces que se devenguen

intereses de demora conforme a lo previsto en el art. 9 del propio texto legal, lo que responde a la obligación legalmente exigible, establecida en el mismo artículo de que el asegurador observe desde el momento en que conozca por cualquier medio la existencia del siniestro una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización; obligación que halla su correspondencia en que incumbe al perjudicado, conforme a lo establecido en el art. 37.2 después de la reforma introducida por la Ley 35/2015, ofrecer la colaboración necesaria para que los servicios médicos designados por el eventual responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones, de manera que se establecen deberes recíprocos de colaboración, fundamentalmente para la elaboración de los informes médicos que debe proporcionar la aseguradora en el plazo de formulación de la oferta o respuesta motivada, recalando dicho artículo que carecerá de validez la oferta motivada que no adjunte dicho informe, salvo que éste se hubiera entregado con anterioridad.

En consecuencia, cuando una aseguradora emite una oferta motivada lo hace por ministerio de la ley y si en la misma no se advierte de ningún reparo sobre la falta de colaboración del perjudicado, ya sea por la deficiencia de la información facilitada, por ocultación de datos o por negativa a someterse a examen, ha de considerarse vinculada por dicha oferta, puesto que legalmente se ha articulado un sistema que debe abocar a que las discrepancias, ya sean a efectos de mediación o de judicialización de la contienda, se centren exclusivamente en las pretensiones indemnizatorias que pueda albergar el perjudicado por encima de las que resulten de esa oferta motivada, puesto que puede aceptarla a cuenta de una deuda mayor y si fuese así la aseguradora deberá satisfacerle esta suma o consignarla en pago en el plazo de 5 días. Pretensiones que, como viene a establecerse en el propio art. 7º, han de apoyarse en un informe complementario que, o bien se traslada a la aseguradora para que se plantee reformular su oferta motivada, o se ha de presentar con la demanda con arreglo a lo establecido en los artículos 35 y 37.

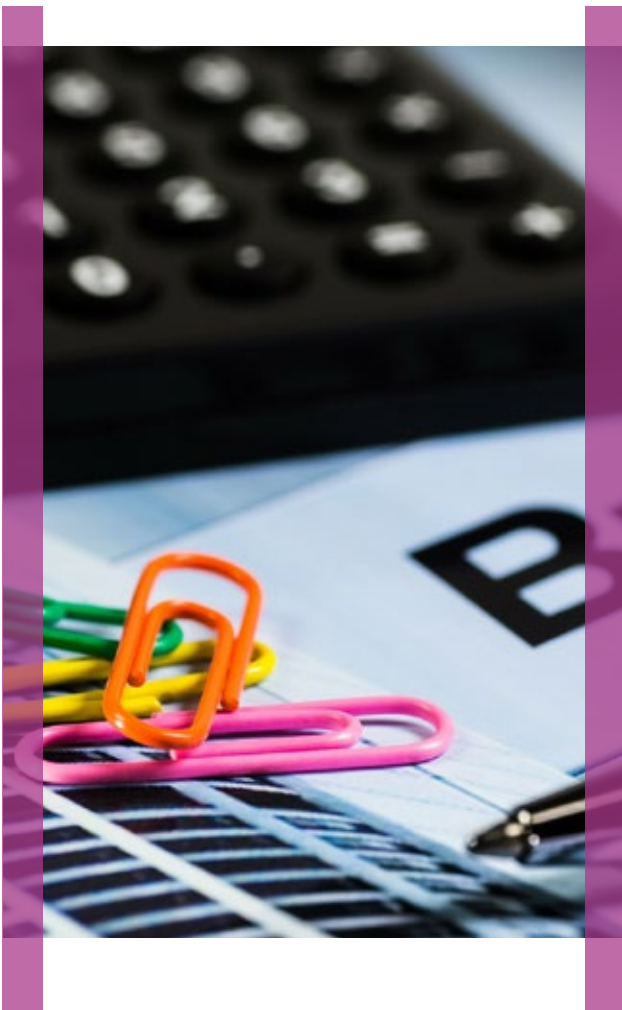
Carecería de significado, de otra forma, que la propia ley califique de "definitivo" al informe médico que ha de proporcionar la aseguradora al perjudicado con su oferta motivada, tanto en virtud de lo dispuesto en el art. 7º (letra c) del apartado tercero) como en el art. 37.3º, porque si a instancias de la misma aseguradora puede presentarse otro informe, necesariamente

posterior a la consolidación de las secuelas, contradictorio con el que ha trasladado al perjudicado, ningún sentido tiene considerar al primero como “informe definitivo”. Es clara, por tanto, la intención del legislador de evitar que las partes demoren la confección de sus informes médicos hasta el momento de presentar la demanda o la contestación o los oculten a la parte contraria hasta ese momento, y de ahí que ello se refuerce con lo dispuesto en el art. 9 a) del Texto Refundido, en el que se establece que no se impondrán intereses por mora cuando el asegurador acredite haber presentado al perjudicado la oferta motivada de indemnización a que se refieren los arts. 7.2 y 22.1 de esta Ley, siempre que la oferta se haga dentro del plazo previsto en los citados artículos y se ajuste a lo previsto en el art. 7.3.

El caso es que, como se aduce en el recurso, se ofreció la cantidad de 17916,61 € que, según la propia contestación a la demanda de la aseguradora fue cobrada a cuenta por el apelante, sin que se haga mención en dicho escrito a hecho alguno que pudiera haber

inducido a error a la aseguradora al formular la oferta motivada en la que, efectivamente, se incluye como secuela el síndrome depresivo mayor, sino que se aduce, textualmente que: “el informe ahora emitido por el Dr. Quintero es inferior al realizado en su día y que sirvió de base para la oferta y el pago a cuenta ya referido. No obstante por aplicación de la teoría de los actos propios damos por bueno aquel ofrecimiento y aquel pago a cuenta aun siendo superior al que ahora se establece, tras el estudio de la documentación, el Dr. Quintero, no siendo dable, por tanto, cantidad alguna mayor a la ya ofertada y cobrada”, concurriendo la circunstancia que el mismo médico valorador D. Enrique Quintero Navarro emite informe definitivo para la oferta motivada con fecha 20 de septiembre de 2016 en el que se reconoce la secuela, con el código 1162, de “trastorno depresivo mayor crónico” a la que se asignan 5 puntos sobre un total de 9 por secuelas, más 3 puntos por perjuicio estético ligero; y sin embargo en su informe presentado con la contestación a la demanda se dice que “la supuesta patología psiquiátrica no aparece mencionada en la clínica hasta mucho tiempo después del siniestro, a saber, pasados más de tres meses. No hay mención alguna previa ni en la documentación clínica ni expresada en consulta durante nuestro seguimiento”, pero en el “informe definitivo” se consigna como documentación aportada y examinada el informe del psiquiatra de fecha 7 de junio de 2016, en el que se diagnostica trastorno depresivo reactivo estabilizado y cronificado, y en el que, por ese motivo, se le confiere el alta con medicación. A su vez, en el dictamen pericial que emite el 3 de noviembre de 2017 D. Enrique Quintero Navarro concluye sobre esta misma documentación que llama la atención que la supuesta reacción depresiva no se manifieste hasta pasados varios meses, que se emita informe de cronificación pasados dos meses de la primera visita y añade que “nuestra exploración psiquiátrica no sugiere en ningún momento que presentase clínica en la esfera psíquica mientras no se demuestre de forma rigurosa con documentación acreditativa FIABLE”.

Pues bien, abundando en las consideraciones jurídicas que se efectuado sobre la trascendencia de la oferta vinculante realizada con base en el informe de este perito médico-valorador, no puede ser más significativo que exija rigor quien a la luz de la misma documentación y habiendo realizado exploración del lesionado concluya primero que concurre la secuela “trastorno depresivo mayor



crónico”, y después que le llama la atención que aparezca meses después del siniestro, lo que con un mínimo de rigor científico no puede considerarse sino consecuente con la naturaleza de este padecimiento, que no aparece de forma inmediata al siniestro; y aún más significativa es la evidente contradicción en la que incurre en el mismo párrafo diciendo, por un lado, que no existe relación causal con el siniestro porque la clínica que presenta el lesionado se relaciona causalmente con la pérdida del trabajo y no con el siniestro, para luego negar la existencia de esa clínica sobre la base de una exploración psiquiátrica del médico valorador que contradice no sólo la exploración del especialista en psiquiatría, sino su propia valoración inicial.

En definitiva, retomando el hilo de la argumentación estrictamente jurídica, está muy lejos de haberse alegado y acreditado que el “informe definitivo” emitido por D. Enrique Quintero Navarro adoleciese de error sobre la concurrencia de esta secuela inducido por ocultación, falsedad o mala fe del lesionado, por lo que procede la estimación del recurso en lo que concierne a esta cuestión, habida cuenta de que ha de considerarse improcedente la exclusión del trastorno depresivo y de la valoración que se le reconoce en dicho informe definitivo, por lo que ha de sumarse a la indemnización reconocida en la sentencia apelada, como se corresponde además con el hecho de que se deduzca en la misma el importe satisfecho por la aseguradora en concepto de indemnización por ese trastorno, y teniendo en cuenta que en el informe que se presenta con la demanda se asignan exactamente los mismos cinco puntos por dicha secuela y sobre esa base se formula la solicitud de indemnización.

A mayor abundamiento, el dictamen pericial de la médico valoradora designada judicialmente, en el que se apoya la sentencia apelada, tampoco pone en evidencia alguna de las circunstancias señaladas de ocultación o deficiencia de la información médica, sino que reproduce la argumentación del dictamen de D. Enrique Quintero Navarro, asumiendo, por tanto, un papel que no le corresponde, puesto que no se ciñe a valorar el alcance de las secuelas, sino que excluye la existencia de un padecimiento psiquiátrico contradiciendo, sin otro argumento que su propio criterio, el diagnóstico de un especialista.

TERCERO.- Distinta suerte merece el recurso en lo que concierne a las reclamaciones por pérdida de calidad de vida y lucro cesante,

ambas ligadas a la situación laboral del apelante, puesto que, como se dice en la sentencia apelada, no se acredita que el despido estuviese causalmente conectado con la situación de baja propiciada por las secuelas consecuentes al siniestro, ni puede inferirse de esa pérdida de calidad de vida de la mera naturaleza y alcance de las secuelas que constata la perito designada judicialmente, ya que no se especifican la actividades o tareas profesionales para las que ha de considerarse completa y definitivamente impedido al apelante en virtud de las secuelas físicas que describe el informe de la perito designada judicialmente y que, en definitiva, asume el propio apelante, puesto que no impugna la sentencia en lo que se refiere a esas secuelas físicas.

Por tanto, aplicando la fórmula de las secuelas concurrentes, ha de computarse la suma de 17 puntos por secuelas psicofísicas, equivalente a una indemnización de 20948,71 €, teniendo en cuenta la edad de 27 años del lesionado, por lo que la cuantía de la indemnización total establecida en la sentencia apelada se incrementa en 6675,12 €, puesto que se reconocían en este concepto 14273,59 €, por lo que el importe de la condena, deduciendo de los 29907,78 € los 17.916,61 recibidos a cuenta, ha de ascender a 12001,17 €.

CUARTO.- En lo que concierne a los intereses de demora el art. 9 a) del Texto Refundido, tras establecer con carácter general que no se impondrán intereses por mora cuando el asegurador acredite haber presentado al perjudicado una oferta motivada válida, añade en su segundo párrafo que “la falta de devengo de intereses de demora se limitará a la cantidad ofertada y satisfecha o consignada”; esta previsión se ratifica en el art. 16 del Reglamento que completa las previsiones del art. 9 a), al señalar que a los efectos de este precepto no se producirá el devengo de intereses “en cuanto a la cantidad ofrecida”, lo que significa que con la nueva regulación las meras diferencias cuantitativas en el cálculo de la indemnización no pueden considerarse justificativas a efectos de lo establecido en el art. 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro, y así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que se hace eco la sentencia del Tribunal Supremo 143/2018, de 14 de marzo, en la que se dice que «la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que

pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. 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» (sentencias 489/2016, de 14 de julio; 26/2018, de 18 de enero, entre otras muchas).

No se planteaba en este caso cuestión alguna que supusiese incertidumbre sobre la cobertura del seguro, sino sólo sobre las secuelas concurrentes y alcance de las mismas, ratificando la sentencia del Tribunal Supremo 6/2017, de 12 de enero que no basta con la mera incertidumbre de la cantidad a pagar por la aseguradora para excluir la demora de la aseguradora, por lo que el recurso de apelación ha de ser estimado en lo que concierne al recargo por mora.

QUINTO.- No se imponen las costas del recurso, en aplicación del art. 398.2 de la LEC y, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada por la Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre, procede acordar la devolución del depósito constituido por el apelante. Vistos los preceptos legales

citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre de D. Rafael Ortiz Cáliz, revocamos la sentencia de fecha 24 de abril de 2018 del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Málaga en lo que concierne a la cuantía de la indemnización e intereses, que se deja sin efecto y, en su lugar, condenamos a “ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.” a que indemnice al apelante con DOCE MIL UN EUROS Y DIECISIETE CÉNTIMOS (12001,17 €), incrementados con las demoras devengadas desde la fecha del siniestro, computados al tipo de interés legal incrementado en un cincuenta por ciento durante los dos primeros años y al 20% anual a partir de entonces.

No se imponen las costas del recurso y devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Notificada que sea la presente resolución remítase testimonio de la misma, en unión de los autos principales al Juzgado de Instancia, interesando acuse de recibo.

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



Por **Dalmacio Moseguí Gracia**
Abogado

La resolución comentada, más allá del rigor jurídico que la conforma, y a pesar de que podamos discrepar respetuosamente de alguno de los criterios expuestos en la misma, sirve para que prestemos si cabe, más atención al contenido del artículo 7 de la LSRCSVM en su actual redacción.

La norma citada, que seguramente tenía ya en el 2007 el deseo de facilitar el terreno para que no existiesen reclamaciones sorprendidas, acabó en el 2015 planteando un protocolo estricto que víctima y asegurador debían cumplir escrupulosamente para defender sus intereses y respetar los de la parte adversa.

La norma citada, que seguramente tenía ya en el 2007 el deseo de facilitar el terreno para que no existiesen reclamaciones sorprendidas, acabó en el 2015 planteando un protocolo estricto que víctima y asegurador debían cumplir escrupulosamente para defender sus intereses y respetar los de la parte adversa.

El legislador ha querido que la partida de naipes de la reclamación de reparación de perjuicios derivados de accidente de circulación “se juegue con las cartas boca arriba” y sin que las partes puedan hacer una aplicación “sui generis” de sus obligaciones legales.

La sentencia dictada por la Sec. 4ª de la A.P. de Málaga, resuelve un recurso de apelación interpuesto por una víctima de accidente de tráfico, recurso que plantea distintas cuestiones a resolver a raíz de la determinación de la indemnización por los conceptos resarcitorios reclamados en la demanda. Así el recurrente plantea que la indemnización a fijar como definitiva debía ser ampliada por secuelas, por pérdida de calidad de vida y lucro cesante, solicitando además el recurrente la imposición de intereses moratorios.

La discusión sobre secuelas consistía en que la sentencia de instancia no fijaba indemnización sobre una secuela reconocida por la aseguradora en el informe médico definitivo que sirvió para realizar la oferta motivada y después en la sentencia no se reconoció la existencia de tal secuela. En dicha resolución se conceptuó el pago cuantificado en la oferta motivada como pago a cuenta de mayor cantidad sin que se vinculara a los conceptos fijados en el informe médico definitivo.

La víctima planteó como motivos del recurso, en relación con dicha discusión: vulneración de la doctrina sobre los actos propios y vinculación de la oferta motivada realizada a raíz de la reclamación preceptiva presentada ante la aseguradora en fase extrajudicial.

El contenido de la oferta motivada y también el contenido del informe médico definitivo, únicamente pueden ser modificados por la víctima, bien porque se acepten sus tesis bien porqué en el proceso judicial se acrediten cuestiones distintas a las sostenidas por el asegurador.

La sentencia de la Audiencia Provincial se decanta por no calificar de “acto propio” el reconocimiento de las secuelas que afectaban a la víctima reclamante, pero si admite la vinculación de la oferta derivada del cumplimiento de una obligación legal.

Aquí debemos fijar nuestra respetuosa discrepancia, ya que ambos motivos están íntimamente unidos. A la vista del contenido del artículo 7 de la LRCSCVM, la tríada: informe médico definitivo, conformación escrita de la oferta motivada y obligación de pago de su cuantificación, se corresponde con una obligación legal pero su fundamento jurídico tiene íntima relación con los elementos que conforman, según la Jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS, los actos propios:

- Existencia de una conducta jurídicamente relevante
- Que tal conducta tenga una significación inequívoca y sea susceptible de suscitar en terceros, expectativas razonables, y
- Que la conducta posterior sea incompatible con la anterior y defraude las legítimas expectativas creadas.

(Sentencia núm.124/2012 de 6 de marzo RJ 2012\5435), sin que podamos olvidar como esclarecedora la STS 230/2015 de 27 de abril RJ 2015\2392.

Dicho lo anterior, compartimos plenamente la motivación de la sentencia comentada en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones legales que establece el artículo 7 citado para la víctima y para el asegurador.

El contenido de la oferta motivada y también el contenido del informe médico definitivo, únicamente pueden ser modificados por la víctima, bien porque se acepten sus tesis bien porqué en el proceso judicial se acrediten cuestiones distintas a las sostenidas por el asegurador.

El informe médico definitivo debe ser controvertido en exclusiva por lo que discuta la víctima y no por lo que decida el asegurador.

Para la primera, deber de colaborar para cuantificar el daño: facilitar la información médica, ponerse a disposición del asegurador para ser reconocida por sus servicios médicos, en definitiva, ser leal en la reclamación y para la segunda, lo ya dicho, informar de sus conclusiones médicas, ofrecer el pago de su cuantificación y abonar el importe cuantificado. Resulta importante no perder de vista que la primera obligación que nace del artículo 7, para el asegurador de responsabilidad civil obligatoria, es cumplir diligentemente con el deber de abonar la indemnización.

De otra parte, la sentencia nos recuerda el debate entre Audiencias Provinciales, debate que ya existía a raíz de la redacción del precepto en cuestión dado por la ley 21/07. La mayoría de ellas seguían la estela de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de noviembre de 2015 (Girona, Badajoz, Córdoba) aceptando la aplicación de la doctrina de los actos propios y el cumplimiento de una obligación legal.

Frente a esta postura, otras Audiencias se decantaban por: negar el carácter indefinido de la oferta motivada cuando ésta no es aceptada y la aplicación con calzador de lo que el TS había dicho en relación al ofrecimiento en la negociación.

La primera de las opciones, limitación en el tiempo del ofrecimiento, no cumpliría con la totalidad de lo fijado en el artículo 7 ya que después de ofrecer el pago, el asegurador ha de formalizarlo, bien a la cuenta designada o consignando judicialmente.



Particularmente, debo mostrar mi satisfacción por lo significativo de la afirmación contenida en la sentencia en el primer párrafo de su página 6: “Es clara, por tanto, la intención del legislador de evitar que las partes demoren la confección de sus informes médicos hasta el momento de presentar la demanda o la contestación o los oculten a la parte contraria hasta ese momento...”.



La opción de no alinear ofrecimiento en la negociación con oferta motivada tampoco puede aceptarse por ser contrario a la norma escrita. Como hemos repetido el artículo 7 es el protocolo que debe seguirse en el proceso de reclamación extrajudicial y es de obligado cumplimiento.

Particularmente, debo mostrar mi satisfacción por lo significativo de la afirmación contenida en la sentencia en el primer párrafo de su página 6: **“Es clara, por tanto, la intención del legislador de evitar que las partes demoren la confección de sus informes médicos hasta el momento de presentar la demanda o la contestación o los oculten a la parte contraria hasta ese momento...”**. En este caso el juzgador insiste en el cumplimiento de la exigencia de la norma y se decanta con ello, hacia la postura de no admitir que las partes intenten un cumplimiento sui generis de la misma. Es posible que la Audiencia de Málaga pensase en los Acuerdos del Plenillo de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Granada tomados el 28 de mayo de 2019.

El asegurador si no ha querido que sus servicios médicos reconozcan a la víctima no puede pedir el reconocimiento en el proceso judicial con la excusa de “... no he podido visitar al lesionado y quiero hacerlo ahora para emitir dictamen”. Para que el Art. 337 de la LEC pueda ser aplicado debe acreditarse que se da el requisito previo previsto en el Art. 336: no haber podido presentarlo con anterioridad a la contestación de la demanda.

COMENTARIO

Seguramente éste, será un debate que continuará estando de actualidad.

Respecto a los otros motivos del recurso (perjuicio moral por pérdida de calidad de vida y lucro cesante), la sentencia comentada los resuelve en relación a la prueba practicada, por lo que poco o nada podemos decir sobre la solución adoptada.

En cuanto a los intereses del artículo 9 LRCSCVM, que son los del artículo 20 LCS, convenimos con la resolución en cuanto a la aplicación de la doctrina del TS, pero echamos en falta que los Juzgados y Tribunales, no vayan más allá en lo que respecta a la aplicación no sólo resarcitoria de los intereses sino también aborden su carácter sancionador y se tenga presente que el repetido artículo 7 contiene una sanción clara y contundente para la víctima que no cumple sus obligaciones y contiene también la imposición de intereses con carácter sancionador al asegurador que incumple o cumple deficientemente las obligaciones que el precepto delimita.





perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

Destacar, por cuanto expresa criterio de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre la aplicación o no - del “Baremo” en hechos originadores de responsabilidad civil no derivados causalmente de circulación vial, y en el primer caso, cuál sería la legislación aplicable en relación a la fecha de producción, su Sentencia N° 460/2019, de tres de septiembre -Ponente: Excmo Sr. Saraza Jimena- (“caso Spanair”):

“SÉPTIMO.- Decisión del tribunal: impropiedad de aplicar el sistema de valoración del daño vigente en 2015 para indemnizar los daños personales de un siniestro acaecido en 2008, ni siquiera como criterio orientativo

1.- En nuestra anterior sentencia 269/2019, de 17 de mayo, en que también resolvimos un recurso interpuesto en un litigio sobre la indemnización por un fallecimiento acaecido en el mismo siniestro, declaramos, con cita de una sentencia anterior, que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales solo tiene acceso a casación cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. Solo en estos términos y con ese alcance puede

examinarse la impugnación que afecta al importe de la indemnización.

2.- También afirmamos en esa sentencia que, desgraciadamente, no es posible reparar la pérdida de los seres queridos, fallecidos en unas circunstancias tan trágicas. No existen parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste. La indemnización del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva que la determinación de la cuantía de la indemnización se realice apreciando las circunstancias concurrentes.

Pero ese carácter irreparable de la pérdida del ser querido no justifica la fijación de cualquier indemnización. La cuantía de esta ha de fijarse tomando en consideración los criterios utilizados para este tipo de daños en nuestro ordenamiento jurídico.

3.- Ante la inexistencia de normas de valoración de los daños personales causados en accidentes de aviación, en esa sentencia afirmamos que era adecuada una indemnización en cuya fijación tenga una función orientativa el baremo legal existente para los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor.

4.- Sobre esta cuestión, hemos reiterado en la 776/2013, de 16 de diciembre: “El efecto expansivo del Baremo previsto en el Anexo a la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de

los Seguros Privados , a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido con reiteración por esta Sala con criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los arts. 1106 y 1902 del Código Civil “.

- Esta utilización orientativa del citado baremo para la cuantificación de la indemnización de los daños personales no impide que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad al que venga referida esta utilización. En el caso del fallecimiento de un pasajero en un accidente aéreo, su carácter catastrófico y las demás circunstancias que lo rodean (entre otras, la frustración de la confianza en la mayor seguridad del transporte aéreo de pasajeros por la exigencia de elevados estándares de seguridad) lo hace más propenso a provocar un duelo patológico por el fallecimiento del ser querido.

6.- La normativa que establece el baremo de indemnización de los daños personales causados en accidentes de vehículos de motor hace una referencia expresa a que, para la determinación de las cuantías de las indemnizaciones, toma en consideración las circunstancias concurrentes en la circulación de los vehículos de motor y en el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor. Esas circunstancias son diferentes de las que concurren en el transporte aéreo de pasajeros y en el aseguramiento de la responsabilidad civil de los transportistas aéreos.

7.- Por ello es razonable que la indemnización que resulte de la aplicación del

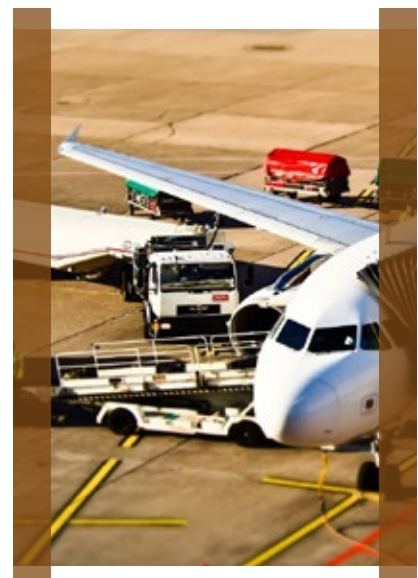
baremo sea incrementada con un porcentaje adicional, que el juzgado fijó en un 50%, y la Audiencia Provincial confirmó.

8.- Ahora bien, que el citado baremo se utilice con carácter orientativo y que puedan aplicarse criterios correctores en atención a las circunstancias concurrentes en el sector de actividad donde ha acaecido el siniestro, no significa que el margen de arbitrio del tribunal llegue al punto de poder elegir qué sistema de valoración de daños personales y qué cuantías elige, si los vigentes cuando se produjo el accidente (y, en el caso de lesiones, la cuantía del punto vigente cuando se produce el alta definitiva) o los vigentes en un momento posterior, como puede ser el de la sentencia. En este motivo, Mapfre impugna que se haya tomado como referencia el sistema de valoración del daño personal establecido en una ley publicada ocho años después del siniestro, y no el vigente cuando el mismo se produjo.

9.- La sentencia de esta sala 33/2015, de 18 de febrero , resume la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión. Afirma esta sentencia: “[...] procede cuantificar el daño mediante la aplicación del Baremo o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de aplicación orientativo a otros sectores distintos de la circulación, conforme doctrina reiterada de esta Sala (afirmada en SSTS de 9 de diciembre de 2008 ; 11 de septiembre 2009, entre otras), teniendo además en cuenta que, a partir de las SSTS de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (rec 429/2007 y rec 430/2007), constituye igualmente jurisprudencia reiterada, recogida en las más recientes de 9 de julio de 2008 , 10 de julio de 2008 , 18 de junio de 2009 y 9 de marzo y

5 de mayo de 2010 , que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona ese daño, sin perjuicio de que su valoración económica se haga, a efectos de concretar la indemnización correspondiente, con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta definitiva o estabilización de las lesiones sufridas por el perjudicado”. Para el caso de fallecimiento, en la sentencia 223/2013, de 12 de abril , declaramos: “en los casos de muerte instantánea el daño queda fijado en el mismo momento que los hechos que lo producen y, por tanto, es este momento o fecha el que determina la cuantía de la indemnización según la actualización entonces vigente”.

10.- Lo expuesto lleva a la estimación de este motivo. Por tanto, la cuantía de las indemnizaciones acordadas en favor de las demandantes debe determinarse mediante la adición del porcentaje corrector fijado en la instancia (50%) sobre las cuantías que resulten de la aplicación del baremo vigente cuando sucedió el siniestro, en el año 2008, no sobre las que resulten de la aplicación del baremo establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.”



En los 493 folios de la sentencia más influyente de los últimos tiempos, la N°459/2019, de 14 de octubre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo –conocida coloquialmente como “Sentencia del proces” -Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde- y aún cuando en los análisis efectuados se haya desmenuzado su contenido, se pasa por alto la Responsabilidad Civil, al folio 484 la hallamos:

“El Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado no ejercen la acción civil, pero si interesan -y la Sala así lo acuerda- la remisión de particulares y de la sentencia al Tribunal de Cuentas, de conformidad con el art. 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, art. 20 (sobre el Servicio Jurídico del Estado en el Tribunal de Cuentas) y 16, 17 y 49.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, Ley 7/1988, de 5 de abril, para el establecimiento y reclamación definitiva de las cantidades totales desviadas. Al ser los hechos desleales en la administración de fondos constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia.

La acusación popular si ejerce expresamente la acción civil derivada del delito y hace a los acusados « .. .responsables civilmente de forma solidaria del pago de la cantidad total de 4.279.985,03 euros, correspondiente a la suma malversada».

La falta de legitimación de la acción popular para instar un pronunciamiento de responsabilidad civil es consecuencia de su propio significado procesal. No vinculada al perjuicio ocasionado por el delito, la jurisprudencia le niega capacidad para promover

el ejercicio de la acción civil. Lo único que es público es el ejercicio de la acción penal, no el de la acción civil, que responde a principios rectores distintos de aquellos que disciplinan el proceso penal.

Así lo ha entendido esta Sala en numerosos precedentes (cfr. SSTS 12 marzo 1992; 21 marzo 1994 y 2 febrero 1996, entre otras muchas).”

Tiene trascendencia real la Sentencia 85/2019, de 19 de junio de 2019, del Tribunal Constitucional, Pleno, dictada en cuestión interna de inconstitucionalidad 4314-2018. Planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación el artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Sobre Principio de igualdad ante la ley y derecho a la presunción de inocencia: nulidad de los incisos del precepto legal que regulan la indemnización a quienes hayan sufrido prisión provisional limitándola a los supuestos de inexistencia del hecho imputado o sobreseimiento libre; mas aun ya ha sido aplicada por primera vez por la Sala 3ª de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Secc. 5ª Sentencia núm. 1.348/2019, de 10 de octubre: *“Para el Constitucional, no existe motivo para diferenciar entre absueltos por hechos que nunca existieron y absueltos por falta de pruebas con hechos que sí han existido. El sacrificio y el daño en ambos casos ha sido el mismo, por lo que no existen motivos para dar un tratamiento jurídico diferenciado en un caso y en otro.... A la cuestión que presenta interés casacional objetivo, debemos responder que, tras la STC 8/17 de 19 de enero, tomando en cuenta la nueva redacción del art. 294.1 LOPJ en la que desaparece la mención <>, en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización “*

“Todo ello conduce a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «por inexistencia el hecho imputado» y «por esta misma causa», lo que hace innecesario que nos pronunciemos acerca de si, además, conllevan una vulneración del derecho a la libertad. La redacción resultante del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, una vez excluidos los incisos declarados inconstitucionales y nulos, es la siguiente: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios». Una interpretación literal del precepto así



depurado de su tacha de inconstitucionalidad permitiría ciertamente sostener que la prisión provisional, cuando el proceso penal concluya con un pronunciamiento de absolución (o de sobreseimiento libre), daría lugar a indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos. Ha de advertirse que tal conclusión no se deriva de esta sentencia ni puede deducirse del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 por la sola circunstancia de que lo hayamos depurado de los incisos que lo hacían contrario a los arts. 14 y 24.2 CE. Antes bien debe entenderse que los presupuestos y el alcance de la indemnización previstos en el art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales. De modo que la doctrina de esta sentencia no solo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que afecta al quantum indemnizatorio, sino que tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto derecho a indemnización en virtud de la aplicación de criterios propios del Derecho

general de daños (como pueden ser la compensatio *lucri cum damno* o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima). Respecto del pronunciamiento de nulidad, procede aplicar la doctrina reiterada de este Tribunal en cuya virtud, «en supuestos como el que ahora nos ocupa y atendiendo a la pluralidad de valores constitucionales que concurren debemos traer a colación, a la hora de precisar el alcance en el tiempo de nuestra declaración de nulidad, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al que responde la previsión contenida en el art. 40.1 LOTC, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes “no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada” en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales». Más allá de ese mínimo dirigido a preservar la cosa juzgada, debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama que –en el asunto que nos ocupa– esta declaración de inconstitucionalidad solo sea eficaz en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme (en este sentido, SSTC 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8; 161/2012, de 20 de

septiembre, FJ 7; 104/2013, de 25 de abril, FJ 4; y 140/2016, de 21 de julio, FJ 14). En consecuencia, esta sentencia no permite revisar procesos fenecidos ni reabrir los plazos para formular reclamaciones indemnizatorias.

Voto particular que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trías:

“Sin embargo, si, como resulta de repetida doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también cabe la opción de reconocer la indemnización solo en algunos casos de prisión provisional seguida de absolución y no de todos, esta sentencia descarta de hecho esta posibilidad intermedia y deja al legislador constreñido entre activar un sistema que reconozca el derecho en ser indemnizado en todo caso de prisión provisional seguida de absolución o que no la reconozca nunca. 7. En definitiva, un enjuiciamiento del precepto indicado, desde la perspectiva de legislador negativo, propia de esta jurisdicción constitucional, descartando todo riesgo de convertirnos en legisladores positivos, que es en la que, a nuestro entender, se ha instalado la sentencia de la que discrepamos, ha de concluir que no cabe hacer reproche alguno de constitucionalidad a ese precepto”

En el proceloso mundo del daño moral hallamos la sentencia Nº171/2019, del 9 de Mayo, de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid, -Ponente : Excmo Sr. Uceda Ojeda- relativa a un viaje combinado para realizar un crucero por el Rihn de 8 días de duración, y durante el segundo día de navegación el barco colisionó con un carguero, sucediéndose una serie de incidencias, que a decir de los actores provocaron que “dejó de ser un crucero para convertirse en un circuito con autocar con pernocta en un barco en condiciones lamentables”

“- Entendemos que dentro del daño moral se incluye la angustia, la zozobra e inseguridad que se produjo tras el accidente con el carguero y la frustración de no haber podido disfrutar del viaje en las condiciones programadas y esperadas.

No podemos ignorar que tras el accidente se produjo una lógica angustia, inseguridad, confusión e incertidumbre indicando los demandantes en el hecho tercero de la demanda que tras la colisión « nadie dio explicaciones a los pasajeros acerca de las consecuencias de la colisión creándose en ello una sensación de desconcierto e inseguridad, entre otras cosas porque nadie a bordo hablaba español ni siquiera inglés ». Ahorabiendebemos considerar que la atención fue adecuada y eficaz consiguiendo controlar la situación, ello se desprende del correo electrónico que

remitió uno de los viajeros, don Gregorio que trabaja en el sector turístico sin relación con 003 , a responsables de la sociedad demandada, donde expresa que el equipo de 003 estaba haciendo un «trabajo espectacular controlando la situación»(folio 249) y de la valoración que hizo una de las pasajeras que ha presentado la demanda, doña Zaida , en unos divertidos cuartetos que desmienten la falta de atención y la incomunicación por el lenguaje pues indica que « por la megafonía nos daban buenos consejos » y relata que la atención de los servicios de asistencia fue muy rápida y eficaz ya que « en poco tiempo vinieron bomberos y sanitarios, técnicos, especialistas iy hasta vino un comisario i «, lo que indudablemente daría seguridad y eliminaría la situación de angustia y zozobra que se pudo producir tras el accidente (folios 250 a 253).

Como hemos apuntado, a pesar de los medios que 003 puso a disposición de los viajeros no se pudieron cubrir las expectativas que tenían los mismos, sobre todo por pérdida de días de navegación por el Rin y la posibilidad de disfrutar de visitas más pausadas de las ciudades y parajes de mayor interés, por lo que es indudable que se causaría cierta frustración en los demandantes lo que repercute en el daño moral.

Sin olvidar la subjetividad que hay en esta materia y la dificultad que calibrar y valorar este daño, consideramos, atendiendo al precio pagado por el viaje y a la actuación de 003 tras el accidente, que con 500 euros se podría compensar el daño moral sufrido por los pasajeros.”

No siempre, ni en todo caso, para indemnizar daños personales derivados de un hecho causal no originado en el tráfico rodado se ha de tomar -y se toma- como brújula inexcusada la Ley 35/2015; En la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 5ª, Nº 1087/2019, de 13 de marzo- ponente Excmo Srª Sanchez Cordero-, el acto impugnado era una resolución del Secretario General Técnico del Ministerio del Interior sobre pretensión de indemnización por dos guardias civiles por lesiones sufridas en una embarcación . El juzgado central estima, que conforme al Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (RSSFA) RS 1726/2007, de 21 de Diciembre y Baremo de la Orden ESS/66/2013, de 28 de Enero, le corresponde a cada recurrente 384,12€ -estos que 499999€, y 48019,81€ respectivamente en aplicación del” Baremo “de tráfico-:

“Sobre las lesiones sufridas por militares en acto de servicio, la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en Sentencias de las que son ejemplo la de 1 de febrero de 2003 (recurso 706/01), 29 de octubre de 2010 (4330/06) y 21 de julio de 2011 (recurso 2036/2007), afirma que se trata de decidir si, al integrarse libremente el ciudadano en un servicio público, está amparado o no por el derecho que los particulares tienen a ser indemnizados por las Administraciones Públicas por toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes o derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que exista nexo causal entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, contemplado en los artículos 139 y 141 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común , o, por el contrario, al asumir voluntariamente los riesgos inherentes al concreto servicio público que presta, tiene el deber jurídico de soportar los daños o perjuicios connaturales a dicho servicio público, de modo que no se pueden calificar de antijurídicos, por lo que no generarían a su favor derecho a una indemnización por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sino sólo aquellas prestaciones que deriven de su relación estatutaria con ésta”

...En efecto, como ha recordado esta Sección en sentencias anteriores, la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura con un carácter complementario con respecto

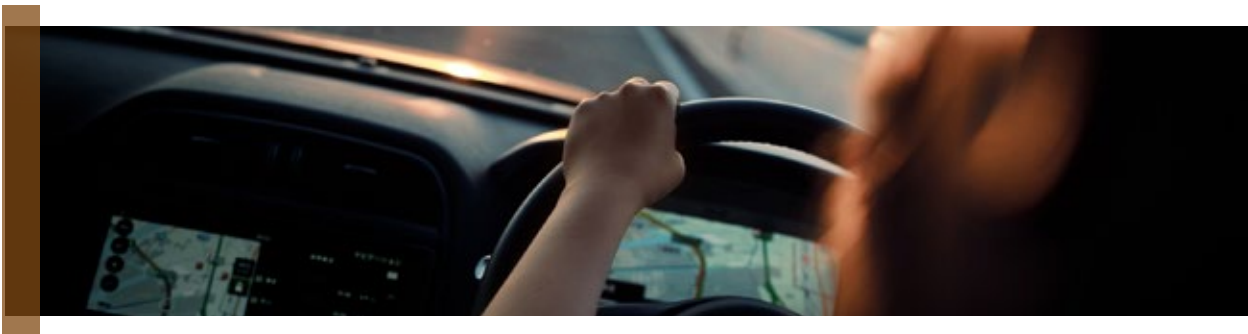
a los medios de reparación específicamente previstos para ello, en el sentido de que sólo si con los mecanismos específicos no se cubre todo el daño causado entrará en juego aquel otro previsto con carácter general y que sirve para obtener la reparación integral. Ello hace necesario que el demandante acredite, puesto que es quien lo alega, que el daño causado por el funcionamiento de los servicios públicos no ha sido totalmente reparado por el cauce específico, pues lo contrario, además de suponer un enriquecimiento injusto, hace que no se reúnan los requisitos establecidos normativamente para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial general y su consiguiente obligación reparadora.”:

En un supuesto de delito de conducción sin carnet de conducir, el recurrente se quejaba de que se le aplicó la pena privativa de libertad (Art 384 CP) en lugar de la otras penas. La sentencia N°363/2019, de 16 de julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo- Ponente Excmo. Sr Sanchez Melgar- confirma la de instancia :

“la individualización de la pena en 7 meses de prisión por constar que el acusado ha sido condenado hasta en 4 ocasiones desde el año 2011 por el mismo delito de conducir vehículos de motor sin poseer el correspondiente permiso habilitado, no teniendo intención alguna de proceder a realizar los trámites

pertinentes para un obtención, reiterando, sin embargo, una y otra vez la conducta delictiva”... “citando en apoyo de su posicionamiento una sentencia de la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Cataluña de 29 de febrero de 2012 en la que se declara « si la autorización administrativa para conducir española fue canjeada con

anterioridad a la comisión de las infracciones que dieron lugar a la pérdida de vigencia de la autorización administrativa para conducir, al haber perdido su validez con motivo del canje, resulta imposible que pueda declararse por la autoridad española la pérdida de vigencia de un permiso de conducir canjeado por otro andorrano «.



Sobre el propio delito precedente en la sentencia 385/2019 de 23 de Julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, -Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde- sostiene el recurrente "... la atipicidad de la conducta enjuiciada. Esgrime que la resolución de pérdida de vigencia del permiso español en que se sustenta la condena penal por el delito del art. 384.1 Código Penal recayó sobre un permiso de conducir inexistente, dado que el permiso español había sido previamente canjeado por otro permiso andorrano y aquel había sido devuelto a la autoridad administrativa española por expresa sujeción al Acuerdo entre Reino de España y el Principado de Andorra para el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, de 22 de febrero y 7 de julio de 1999.”:

Sobre el propio delito precedente ,en la sentencia 385/2019 de 23 de Julio, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, -Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde- sostiene el recurrente "... la atipicidad de la conducta enjuiciada. Esgrime que la resolución de pérdida de vigencia del permiso español en que se sustenta la condena penal por el delito del art. 384.1 Código Penal , recayó sobre un permiso de conducir inexistente, dado que el permiso español había sido previamente canjeado por otro permiso andorrano y aquel había sido devuelto a la autoridad administrativa española por expresa sujeción al Acuerdo entre Reino de España y el Principado de Andorra para el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, de 22 de febrero y 7 de julio de 1999.”:

“Como indicábamos en la STS 803/2013, de 31 de octubre , el tipo penal que contemplamos no se constituye como «un delito de desobediencia o de rebeldía frente a una resolución administrativa», sino como «un delito contra la seguridad vial construido sobre la presunción de que quien ha sido privado de la licencia de conducir carece de aptitud para pilotar un vehículo de motor y por tanto su presencia en las carreteras a los mandos de un

vehículo representa un peligro abstracto para la seguridad viaria», de suerte que «el bien tutelado primordialmente es la seguridad vial» y «sólo de una manera indirecta, condicionada o subsidiaria se protege el cumplimiento de la decisión administrativa», es decir, que sin negar que «indirectamente se quiere fortalecer el debido acatamiento a las decisiones de la Administración, no es ése el núcleo de la tutela penal ni el contenido sustancial de la antijuridicidad de esta infracción».

En las sentencias 612/2017 , 735/2017 y 670/2018 , anteriormente referidas, esta Sala proclamó que la protección penal de la seguridad vial establecida en el artículo 384 del Código resulta de aplicación a aquellos conductores que, pese a contar con un permiso de conducción emitido por otros países de la Unión Europea, conduzcan en España tras acordarse aquí la pérdida de vigencia por pérdida total de los puntos. El artículo 8.4 de la Directiva Europea 91/439/CEE de 29 de julio de 1991 sobre el permiso de conducción (actualmente refundida en la Directiva 2006/126/CE de 20 de diciembre), dispone que: « Un estado miembro podrá denegar el reconocimiento de la validez de cualquier permiso de conducción

elaborado por otro Estado miembro a una persona que, en su territorio, sea objeto de una de las medidas indicadas en el apartado 2 [restricción, suspensión, retirada o anulación del derecho a conducir]». En el mismo sentido, el artículo 15.3 del Reglamento General de Conductores (RD 818/2009, de 8 de mayo) indica, respecto de conductores que circulen en España con un permiso de conducir emitido por cualquier país de la Unión Europea o por un Estado Parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que: « Tampoco serán válidos los permisos expedidos en cualquiera de esos Estados a quien hubiera sido titular de otro permiso de conducción expedido en alguno de ellos que haya sido retirado, suspendido o declarada su nulidad, lesividad o pérdida de vigencia «; habiendo aclarado la STJUE de 23 de abril de 2015 antes indicada, que tal posibilidad denegatoria no solamente resulta aplicable en los casos en que la infracción y sus consecuencias sean anteriores a la obtención del permiso de conducir en el Estado Miembro correspondiente, sino que es extensible a infracciones posteriores.”

“Pretender que los permisos otorgados por terceros países e inicialmente válidos, conserven una inmutable validez en España mientras no

sobrevenga la caducidad que el país de emisión haya querido otorgarle, gozando además de una semi-inmunidad frente al régimen viario y de conducción vigente en España, es una conclusión jurídica carente de todo fundamento. Todo conductor en España queda sometido al sistema de pérdida de puntos respecto de las infracciones perpetradas o que se perpetren en nuestro país, si bien, como dijimos en la STS 612/2017 « La pérdida de vigencia afecta sólo y consecuentemente a la imposibilidad legal de conducir en territorio nacional para el infractor », justificándose así la Instrucción 10/S-119 de la DGT”

En la Sentencia Nº 408/2018 de 27 de septiembre, Audiencia Provincial Granada Sección: 1, Ponente: Excmo D. Jesús Lucena González se establece que aunque el copiloto fallecido tampoco hizo uso del cinturón de seguridad, no se castiga su actuación, sino la del conductor que, dolosamente condujo el vehículo bajo la influencia de bebidas alcohólicas y cannabis, causando la muerte de su amigo por su imprudencia grave.”Tampoco puede compartirse la categórica afirmación vertida en el escrito de interposición de recurso, referida a que de haber llevado el cinturón de seguridad puesto, «estaríamos ante un resultado de lesiones y no de homicidio»

“El artículo 114 del Código Penal se introduce ex novo en el actual Código y viene a ser la traducción en clave penal del artículo 1103 del Código Civil según el cual «... la responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.. ...». Es claro que en el momento actual el campo de la compensación/moderación opera solo en la materia de fijación de la responsabilidad civil ex delicto . El alcance del artículo 114 del Código Penal

, que dispone « Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización .», se refiere a aquellos casos -dolosos o culposos- en los que la contribución de la víctima al suceso, y por tanto a su propia victimización no es causal ni penalmente relevante, ni por tanto debe tener reflejo en los pronunciamientos penales, pero sin embargo puede haber facilitado la acción del autor de la infracción penal, y es en esa situación cuando

surge la facultad discrecional a que se refiere el artículo 114 CP para atemperar la cuantía indemnizatoria en atención a la contribución que la propia víctima haya tenido en el desarrollo de la acción punible, incluso vía dolosa. No se trata tanto de una cuestión de compensación de culpas que tendría difícil encaje en los supuestos de delito doloso. Habrá de establecerse la proporción en que cada una de las conductas concurrentes han contribuido a la realización del resultado, teniendo en cuenta, sobre todo, como señala la Sala

Segunda del Tribunal Supremo, la entidad de las respectivas imprudencias y la peligrosidad de cada acción u omisión, de modo que, se reparta la cifra indemnizatoria total conforme a dicha proporción, lo que en definitiva supone una rebaja de tal suma en relación con la participación que en los hechos debe atribuirse al perjudicado. Mas en el caso no existe pronunciamiento en materia de responsabilidad civil. Sí cabe plantearse en abstracto la posibilidad de que, junto a la imprudencia del sujeto activo, concurra una imprudencia propia e independiente del sujeto pasivo que por su gravedad y por contribuir causalmente, en relación de causalidad, con el resultado producido, atenúe la pena a imponer al sujeto activo pudiendo incluso degradar el tipo de imprudencia del mismo sujeto activo, y, excepcionalmente, excluir su responsabilidad penal. Para ello, habrán de examinarse y valorarse todas las conductas de manera independiente, para luego compararlas, fijando la importancia y relevancia de cada una de las imprudencias en cuanto a la concreta configuración del resultado producido. Cuando la importancia y relevancia de la imprudencia del sujeto activo, como próxima, directa y eficiente en relación con el resultado, creadora del riesgo desaprobado para el bien jurídico protegido, es notoriamente superior habiendo determinado de manera principal el resultado, carece de importancia, a efectos penales y sin perjuicio en su caso de lo dispuesto en el artículo 114 del Código Penal , la imprudencia meramente accesoria o favorecedora del sujeto pasivo o víctima, máxime en los supuestos en los que

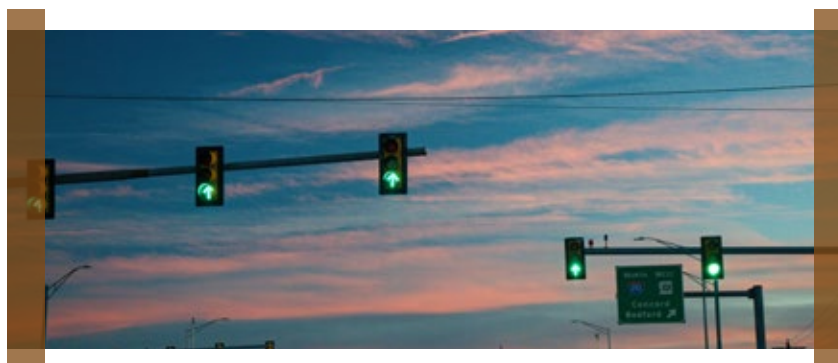
el sujeto activo pudo y debió conocer o prever, desde una situación «ex ante», la conducta imprudente de la víctima. Y es tal la imprudencia, grave, del sujeto activo recurrente, que ninguna relevancia en su calificación penal puede tener el hecho de tener o no puesto el cinturón de seguridad el copiloto luego fallecido, circunstancia que además pudo y debió ser advertida por el apelante, y dejando a salvo lo dicho respecto a la posible aplicación de las previsiones del artículo 114 del Código Penal. En paralelo, y en la jurisdicción civil, se viene afirmando que en los supuestos de proceder negligente del sujeto activo, condenado en la jurisdicción penal, cabe que a su vez concurra un proceder negligente de la propia víctima o perjudicado, «conurrencia de culpas», a modo de interferencia en el nexo causal entre la acción u omisión del sujeto activo, y el resultado producido, muerte en el caso, interferencia que sin llegar a romper la necesaria relación de causalidad entre la acción del agente y el resultado producido, sí dará lugar a la justa y necesaria moderación, y por aplicación también de lo prevenido en el artículo 1103 del Código Civil, de la responsabilidad civil exigible, en proporción a la importancia de la negligencia de la víctima perjudicada, con la consiguiente reducción en el mismo porcentaje del importe de la suma a fijar en concepto de responsabilidad civil, resultando en todo caso exigible que se determine con certeza que la culpa concurrente supone un verdadero incremento del riesgo, conectado con la materialización del resultado producido.- “

En orden a la competencia en litigios derivados de la circulación vial está siendo de notable interés la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, entre ella, el auto del Tribunal Supremo, Sala 1ª de 2 de julio de 2019 (procedimiento N.º 142/2019), -ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz- en procedimiento ejecutivo por acción de repetición:

“ Para la resolución del presente conflicto negativo de competencia debemos de partir de la consideración de que en el juicio verbal no es válida ni la sumisión expresa ni la tácita, según resulta de lo dispuesto en el art. 54.1 LEC. Cualquiera que sea la pretensión ejercitada en esta clase de juicio, la competencia territorial se determina siempre de forma imperativa con arreglo a los fueros legalmente establecidos para cada caso: en primer lugar, el fuero especial que corresponda conforme a las previsiones del art. 52 LEC; y, en su defecto, los fueros generales relativos al domicilio o residencia del demandado (art. 50 LEC para las personas físicas y art. 51 para las personas jurídicas y entes sin personalidad).

Dicho lo cual, debemos tener en cuenta que la acción ejercitada no presenta especialidad alguna, ni por tanto tiene encaje en el fuero territorial especial imperativo del art. 52.1.9.º LEC, al constituir doctrina reiterada que este fuero, referente

«al tribunal del lugar en que se causaron los daños» se encuentra únicamente previsto para dirimir las acciones de responsabilidad civil contra el responsable del siniestro, en reclamación de los daños y perjuicios causados por el mismo, pero no es aplicable para las acciones de repetición, ya se trate de las fundadas en el art. 43 LCS (por ejemplo, autos de 16 de noviembre de 2016, conflicto n.º 1005/2016 y 4 de octubre de 2017, conflicto n.º 127/2017), en el art. 11 LRCSCVM (autos de 22 de abril de 2014, conflicto n.º 16/2014, y 24 de octubre de 2016, conflicto n.º 1043/2016) o en el actual art. 10 LRCSCVM, anterior art. 7 a) del texto precedente, que es lo que acontece en este caso. En este sentido, y entre los más recientes, autos de 24 de mayo de 2017, conflicto n.º 70/2017, 14 de enero de 2014, conflicto n.º 169/2013, y 29 de octubre de 2013, conflicto n.º 163/2013. En consecuencia, a falta de fuero especial, son aplicables las reglas generales de competencia territorial contenidas en los arts. 50 y 51 LEC”



Curiosa sentencia, la de 29 de mayo de 2019, de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que reconoce la existencia de funcionamiento anormal de la administración – dando en ello la razón al recurrente- en la intervención de la Guardia Civil que dio lugar a la muerte a consecuencia de los disparos de un Guardia Civil, sin extraer no obstante responsabilidad por interrupción del nexo causal en la acción del fallecido:

“Pero en el ámbito de la responsabilidad patrimonial no existe obstáculo legal para analizar la proporcionalidad de la actuación del Guardia Civil frente a la conducta del fallecido, sin que ello suponga enervar la declaración penal de su «no culpabilidad», como funcionario de la Administración. En este sentido, se puede apreciar que los antecedentes de comportamiento errático del fallecido en las vías públicas al mando del Renault Laguna N-....-BY, era una circunstancia conocida por la Administración, como se acredita con lo expuesto en la «Diligencia Informe», de fecha 8 de junio de 2009, emitida por el Equipo de Policía Judicial de la Guardia Civil, en la que se expresa: « 15.- Por otra parte se ha tenido en la instrucción de las presentes actuaciones de los siguientes hechos ocurridos durante la noche del día 13 y tarde/noche del día 14 del presente, en los cuales se encuentra implicado el vehículo Renault laguna con placas de matrícula N-....-BY : ...», recogiendo seis de las

denuncias realizadas contra el conductor del referido vehículo, (folios 1349-1351 del expediente), concluyendo: « Es de reseñar, que como consta, tanto en las denuncias presentadas por diversos ciudadanos, así como por las manifestaciones de los agentes intervinientes en la persecución del vehículo Renault Laguna, el conductor de el mismo conducía de forma manifiestamente temeraria, con total desprecio hacia la vida de los demás y la suya propia, circulando a gran velocidad, invadiendo constantemente el carril del sentido contrario, provocando múltiples colisiones con otros vehículos (llegando incluso en ocasiones a sacarlos de la vía) y poniendo constantemente en peligro no solo la vida de los agentes que efectuaron la citada persecución sino la del resto de usuarios de la vía, así como, en repetidas ocasiones intenta arrollar a Agentes de la Guardia Civil en los puntos que cada uno especifica en su declaración. « Lo que queda corroborado por

las actuaciones reflejadas en los documentos (folios 1358-1362) «actas de información de denuncia», así como lo declarado por el Agente con TIP NUM000, en sede del Tribunal del Jurado (folios 803 in fine a 805) que el día anterior a los hechos, sábado 14 de junio por la mañana, ya eran conscientes de que el Sr. Amadeo circulaba por las carreteras sin aparente control; así como en las manifestaciones de agentes de la Guardia Civil, recogidas en el expediente (folio 1402). De estos datos, efectivamente, se puede concluir que la Guardia Civil tenía conocimiento previo de la conducción errática del Sr. Amadeo, a través de las denuncias formuladas. Estas circunstancias ponen de manifiesto que, ante la conducta del Sr. Amadeo, se pudieron adoptar medidas preventivas contra el mismo, como consecuencia de su comportamiento en la vía pública, y así evitar la puesta en peligro de personas, como así se refleja en las denuncias formuladas por los afectados”



Desgrana con maestría la complejidad del caso, y del recurso la Sentencia nº 504/2019, de 30 de septiembre, -Ponente: Excmo Sr. Saraza Jimena ,que decide el caso como del conocido programa de TV “pasa palabra” , cuya emisión ha cesado, afirmando que la utilización del criterio indemnizatorio de los beneficios obtenidos por el infractor es procedente aunque el titular de los derechos infringidos no explote directamente el formato televisivo objeto de la infracción:

“En el presente caso, ITV optó en su reconvencción por utilizar, de entre los diversos criterios posibles, el de la restitución del beneficio obtenido por el infractor. Se trata de un criterio diferente al del lucro cesante, pues, como se ha dicho, responde a la lógica de la restitución propia de la conductio por intromisión, en la que es irrelevante el beneficio que pudiera haber obtenido el titular del derecho de exclusiva, pues lo relevante es el beneficio que obtuvo el infractor y que no le correspondía obtener, ya que cualquier rendimiento derivado de la explotación del derecho corresponde a su titular, por lo que el ordenamiento jurídico otorga a este una acción para obtener la restitución de ese rendimiento ilícitamente obtenido por quien usurpó su posición jurídica y evitar de este modo que tal beneficio se quede en el patrimonio del infractor. “

Respecto del daño moral , interesa analizar la Sentencia Nº 344/2019, de 4 de julio, Sala 2ª del Tribunal Supremo.- caso conocido como “la manada”- (Ponente: Excmo. Sra. D.ª Susana Polo García)-ponente que ya en 2002, rubrica la sentencia Nº348/2002, de 8 de noviembre, de la Secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid pues ya consideró aplicables los argumentos de la “famosa” sentencia Nº181/2000, de 29 de junio del pleno del Tribunal Constitucional para los factores de corrección por perjuicios económicos de las indemnizaciones básicas por la capacidad temporal (talla B-V), también a los factores de indemnización por muerte (tabla II) ,o por lesiones permanentes o secuelas (tabla IV) del anexo a la Ley 30/95 de 8 de noviembre, precursora del actual “Baremo”, estimando el lucro cesante- :

“ la Jurisprudencia entiende en cuanto a los daños morales, que no es preciso que tengan que concretarse en relación con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden incluir otros conceptos o bases, y en este caso es obvio que también resultan ser daños morales, derivados del delito cometido..... En casos muy mediáticos como el analizado se produce una victimización secundaria, por aparecer repetidamente la noticia en los medios de comunicación de masas, y además, en este supuesto se declara acreditado, no solo por las manifestaciones de «la denunciante», sino por el propio relato de hechos probados, que existían vídeos en los que se habían grabado los ataques sexuales a la víctima, y que incluso uno de los acusados llegó a mandar mensajes a dos grupos de WhatsApp « 005 « y « 006 », en los que no solo contaba al grupo «follándonos a una los cinco».. «puta pasada de viaje»..., sino que anunciaba que había vídeos, lo que le produjo a la víctima, una vez que se enteró, un gran desasosiego, ya que pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar. Pero es más, el propio proceso ha influido en el estado de ánimo de la víctima ya que fue objeto de seguimientos por detectives privados, lo que implica una intromisión en su intimidad que le tenía preocupada, incluso temía por su propia seguridad. Debemos partir de la doctrina de esta Sala que ha señalado de forma reiterada que el daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa de la víctima, por lo cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas. El daño moral tiene su dimensión en el ámbito propio de la víctima, sujeto pasivo de una acción grave que atentó contra

su indemnidad sexual, por lo que los citados conceptos no cuantificados por la Sala deben ser indemnizados, -además del 008 que reconoce el Tribunal y valora en 50.000€-, en concreto en la cantidad de 50.000€, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos en sí mismos considerados, la edad de la víctima, y la angustia que sin duda le ha provocado posteriormente a los hechos el atentado hacia su intimidad, la imposibilidad de valorar en este momento sus secuelas futuras, y la gran repulsa social de los hechos, junto con la revictimización a la que ha sido sometida durante la duración del proceso. El motivo se estima parcialmente"-Pasa de 50.000 a 100.000€-

y el uso exclusivo de sus plazas de aparcamiento le confieren una singularidad que hace difícil que puedan equipararse al régimen para las viviendas de un edificio, aunque tienen semejanza en la existencia de elementos comunes, todos aquellos derivados de la estructura del edificio, pero sobre ninguno de ellos inciden los cepos que como tal solamente están atornillados.

Además en la equiparación con el dueño de una vivienda no se olvida que aquél tiene un derecho de exclusión sobre los demás comuneros, terceros frente a su propiedad privativa (Art. 348 C.C. y 3 de la L.P.H), que es lo que se persigue con los cepos, proteger el derecho de uso exclusivo.

fijados en el estatuto, tampoco puede entrar a discutir la colocación de los cepos si no están prohibidos por ellos y persiguen garantizar el uso exclusivo de la plaza por su propietario (artículo 3 de la LPH).

En la medida que el cepo no invade la zona de rodadura y maniobra, no puede defenderse que perjudiquen al resto de los propietarios que como tales no tienen el derecho de utilizar ese espacio exclusivo del demandado, recuérdese conforme el artículo 7.2 de la LPH , que no afectan elementos de uso común, calles de circulación, ni están prohibidas por los estatutos, quedan fuera del límite de aquel. La Sala no obvia que la colocación de los cepos no es una conducta caprichosa del demandado en tanto que persigue exclusivizar el uso de las plazas de garaje, es decir persigue el uso expresamente previsto, garantizando el derecho de exclusividad del propietario que no trasciende a los elementos comunes.

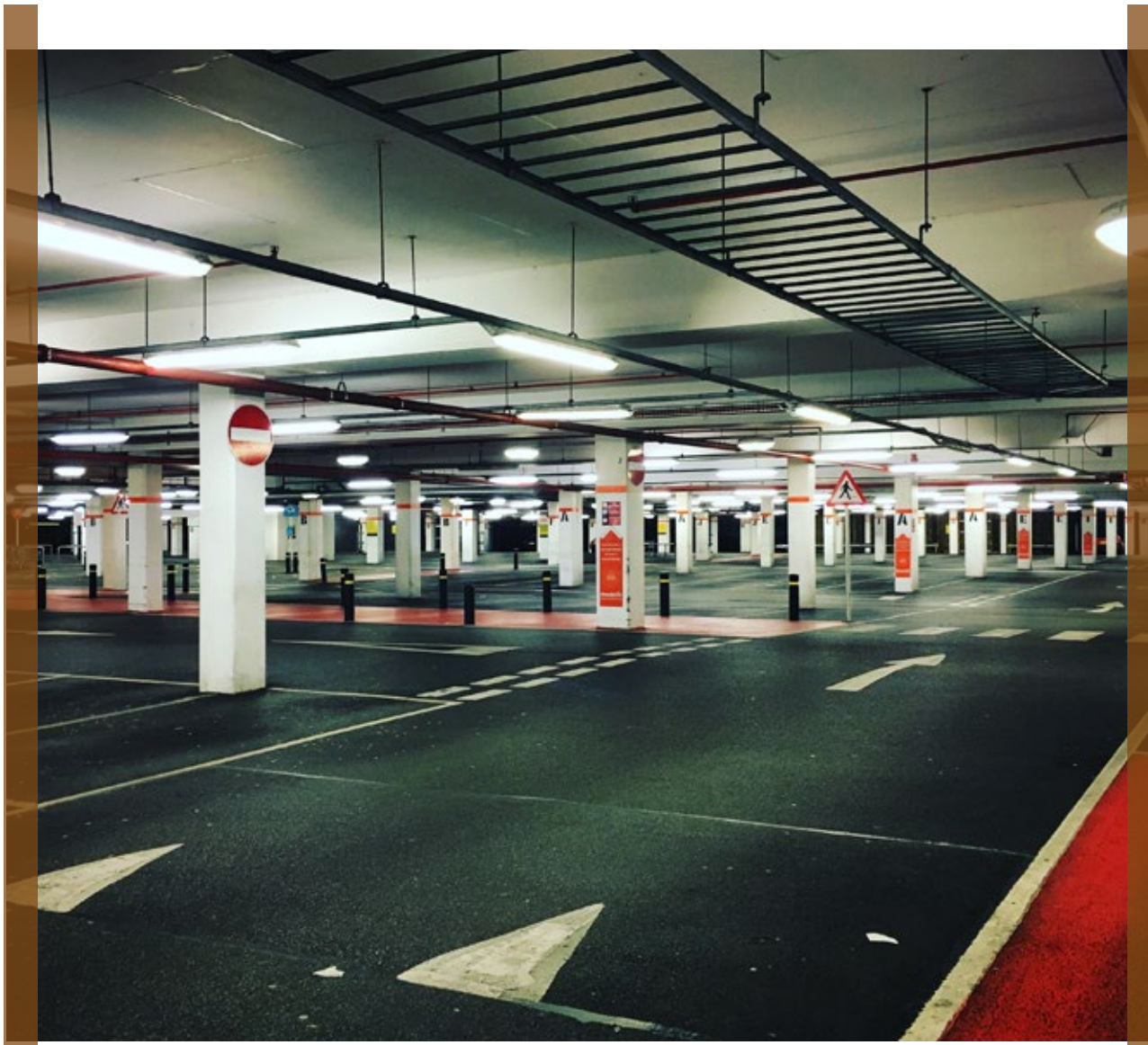
Es mas contrariamente a lo que sostiene la Juez «a quo» se entienden autorizados su colocación por el artículo 7.1 L.P.H ., en tanto que no altera la seguridad ni la estructura del edificio pues están atornillados al suelo. Ni siquiera su configuración, aunque se ha indicado que alteran el carácter diáfano del garaje, se olvidan las autorizaciones contenida en los estatutos y que la colocación de los cepos por su naturaleza no altera este carácter diáfano, que unicamente lo sería en caso de obras de cerramiento, como tampoco lo altera el aparcamiento de vehículos, pues el garage sigue siendo diáfano aun que estén colocados estos cepos."

Aunque no sea una materia frecuente, si es fuente de conflictos personales y profesionales no siempre correctamente resueltos, de ahí la singularidad de la Sentencia N°133/2019, de 25 de Marzo, de la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Valencia, -Ponente: Alejandro Francisco Gimenez Murria- en apoyo de la legalidad de la colocación de un cepo en una cochera privada, dentro de un garaje comunitario:

"La Sala no comparte la conclusión de la Juez «a quo» pues debe tenerse en cuenta que la colocación de cepos no está expresamente prohibida en los estatutos, ni en el régimen interior; y en segundo lugar, que aquellos se ubican en el espacio exclusivo de cada plaza de aparcamiento y tienden a cumplir el fin de aquellas, que en ese espacio solo aparque su titular y no terceras personas.

La propiedad común del garaje

Si aceptamos que dueño de la parte indivisa, individualizada en una plaza de garaje, puede venderla, arrendarla y usarla sin más límites que los legales tanto del derecho de propiedad como de la propiedad horizontal, parece que dentro del derecho del ese propietario debe incluirse el de prohibir su uso a terceros instalando cepos. Pues igual que la Comunidad no tiene facultades para oponerse que tipo de vehículo estaciona dentro de la plaza, si está dentro de los



Interesante el razonamiento contenido en la Sentencia Nº 423/2019, 26/06 Audiencia Provincial de Barcelona Sección: 1, -Ponente: Excmª Srª Maria Teresa Martin de la Sierra Garcia-Fogeda-, aplicado en este caso a un accidente luctuoso de un helicóptero pero extrapolable a todos aquellos en los que se ve implicado un mecanismo análogo con en atracciones de feria , parques recreativos , remotes, etc:

“Como avanzábamos más arriba, ninguna de las sentencias dictadas produce efectos de cosa juzgada pero sí deben ser valoradas como prueba documental cualificada en relación con los hechos analizados. Y lo cierto es que la sentencia del Tribunal

de Justicia de Catalunya de 22/12/11, anterior a las sentencias dictadas en sede penal en el año 2.013 y en el año 2.017, no ahonda en modo en que ocurrieron los hechos, en la causa del accidente, cosa que, como hemos visto más arriba, sí hacen las resoluciones

dictadas en la jurisdicción penal, en las que se detalla con total minuciosidad cómo y por qué ocurrió el fatal accidente. La causa del accidente fue, según resulta de las sentencias penales, el desprendimiento en vuelo de la rueda libre del helicóptero, que interrumpió la

aplicación de potencia al motor principal, siendo el motivo por el que se desprendió aquella el fallo por fatiga de los tornillos y de la pestaña que conforman la conexión de ésta al acoplamiento con el motor. Este fallo se produjo por la corrosión generalizada por contaminación de agua e impurezas del lubricante de la rueda libre. Esas anomalías no podían ser apreciadas en las revisiones que prevuelo y postvuelo se hacían periódicamente por el operador Helicasa, ni tampoco podían ser apreciadas en las inspecciones de las 25 horas que la empresa Aero Maintenance

Mediterranee había realizado desde que el avión había sido arrendado el 20 de marzo de 2006 a la operadora española, dado que en aquellas fechas el método de inspección a utilizar era el visual y para apreciar el deterioro en que se encontraba la rueda libre del helicóptero hubiera sido necesario el desmontaje de la misma o la verificación de la lubricación de ésta, operaciones estas que, según el Manual de Mantenimiento del Fabricante, correspondían a las revisiones de las 800, 400 o 100 horas, anteriores al arrendamiento de la aeronave. Así resulta también del informe de la

CIAIAC. Destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida que tampoco era aconsejable llevar a cabo otras labores no recogidas en el Manual del Fabricante. Siendo ésta la única prueba practicada en autos, de la misma no resulta negligencia de Helicasa ni de sus empleados, resultando, por el contrario, que el accidente no se debió a una conducta negligente o indebida del transportista, sus dependientes o agentes. La responsabilidad de REE no puede hacerse derivar de una supervisión de «la bondad» de los helicópteros”





Puesta al día internacional

El colapso de Thomas Cook

por **Alberto Pérez Cedillo**
Abogado y Solicitor

El pasado 23 de septiembre, el grupo empresarial Thomas Cook Group plc y sus compañías asociadas (en adelante, Thomas Cook) entraron en liquidación forzosa en Reino Unido después de 178 años operando como una de las empresas líderes en el mundo de los operadores turísticos. Tras un intento fallido de obtener financiación externa, la junta directiva de Thomas Cook solicitó directamente al Alto Tribunal de Inglaterra y Gales la orden judicial mediante la que se inició el procedimiento de liquidación forzosa, debido al alto nivel de deuda acumulada y al elevado coste que suponía mantener la operatividad de la compañía y especialmente el sector de las aerolíneas y sus respectivas licencias. Como consecuencia de esta liquidación, Thomas Cook cesa todas sus operaciones con efecto inmediato, se cancelan todas las reservas, incluyendo vuelos y vacaciones, y se cierran, asimismo, todos los establecimientos de ventas al por menor. Como resultado de todo ello, el Gobierno de Reino Unido junto con la autoridad competente de Aviación Civil han tenido que asumir la responsabilidad de la gestión del retorno de los pasajeros que se encontraban disfrutando de sus vacaciones en diversos puntos del planeta.

La liquidación forzosa produce las siguientes consecuencias en relación con las reclamaciones y procedimientos existentes hasta a la fecha contra Thomas Cook:

i) Todos aquellos interesados en iniciar un procedimiento deberán someterlo a la previa

aprobación del tribunal responsable de la liquidación.

ii) La suspensión automática de todos los procedimientos, existiendo la posibilidad de interesar su reanudación al Alto Tribunal de Inglaterra y Gales de forma que se autorice, con carácter excepcional, la continuación de ese procedimiento en concreto. Uno de los requisitos fundamentales para aplicar esta excepción es que el procedimiento se encuentre en un estado procesal muy avanzado. Una vez obtenida la sentencia, en el caso de que esta estime las pretensiones del demandante, la parte actora se convertirá en un acreedor más y tendrá que seguir el procedimiento concursal previsto.

iii) No se podrán iniciar ejecuciones de sentencias firmes sin autorización del tribunal responsable la liquidación.

iv) Los contratos de trabajo se rescindirán automáticamente y los trabajadores podrán reclamar la respectiva compensación al fondo de garantía que corresponda.

v) Todo potencial acreedor de Thomas Cook deberá registrarse como tal con los liquidadores, incluyendo todos aquellos que hayan:

- Abonado cantidad alguna a cualquiera de las compañías de Thomas Cook por bienes o servicios que no hayan recibido.
- Adquirido tarjetas regalo de Thomas Cook a su favor.
- Suministrado bienes o servicios a las compañías en liquidación de Thomas Cook que no han sido abonados, incluyendo autónomos. Comprende también a todos los proveedores de servicios españoles, tales como hoteles, empresas de transporte, de excusiones o actividades, etc. que tenían acuerdos con Thomas Cook en los que el precio de los mencionados servicios se abonaba *a posteriori* por el operador turístico.
- Por último, todas aquellas entidades o individuos que sean o pudieran ser demandantes en procedimientos contra Thomas Cook, dado que son potencialmente acreedores, pueden rellenar la documentación relativa a la deuda y registrarse también como acreedores, sin perjuicio de que,

posteriormente, se les requiera para aportar documentación probatoria a efectos de demostrar y cuantificar la deuda.

Para registrarse como acreedor es necesario completar un formulario denominado *proof of debt form* en el que se desglose la deuda, y remitirlo por correo electrónico al *Special Manager* correspondiente, siendo estos consultores designados por el tribunal para asistir al *Official Receiver* o liquidador judicial. Una vez recibido el formulario, el solicitante será añadido a la lista de acreedores reconocidos y será incluido en la futura correspondencia sobre el caso, recibiendo los informes anuales sobre el estado de la liquidación y distribución de bienes que elaboren los liquidadores.

Concretamente, los acreedores de la aerolínea Thomas Cook y de las compañías relacionadas con el operador turístico deberán enviar el formulario a AlixPartners, en cuya web se puede encontrar más información al respecto y que recoge la lista de compañías a su cargo. En cambio, los acreedores de las compañías de Thomas Cook relativas a la venta al por menor y al mantenimiento de aviones tendrán que enviar el formulario a KPMG, en cuya web se puede encontrar más información al respecto y que recoge la lista de compañías que gestionan.

Es conveniente puntualizar que aquellos afectados y, en principio, acreedores, que hayan adquirido paquetes vacacionales que estén protegidos por ATOL, podrían tener derecho a la devolución de cantidades. Para iniciar cualquier reclamación se tendrán que poner en contacto con la autoridad competente de Aviación Civil en Reino Unido, sin perjuicio de la existencia de otro tipo de coberturas como seguros de viaje o pagos realizados con tarjetas de crédito que estén protegidas por algún tipo de seguro.

Por otra parte, en todos aquellos procedimientos en los que Thomas Cook actúe como demandante, a partir de ahora será el liquidador judicial el que decida si continuará o no con la demanda y, en aquellos supuestos en los que se decida seguir con el procedimiento, es recomendable que la parte demandada solicite un depósito en garantía para cubrir las costas legales en el supuesto de que Thomas Cook sea condenado al pago de las mismas.

Asimismo, cabe destacar que para iniciar un procedimiento en Inglaterra por parte de

un tercero contra las aseguradoras de Thomas Cook existe una regulación específica, la Ley de derechos de terceros contra aseguradores de 2010¹, que recoge el deber de facilitar toda la información existente sobre aquellos seguros que tenga contratados la empresa en liquidación en un plazo de 28 días desde la fecha del requerimiento. Este derecho se hacer valer incluso ante *solicitors*, letrados ingleses registrados en la *Solicitor Regulation Authority*, y está por encima del deber de confidencialidad. En el caso de que no aporten la información, se podrá solicitar a través de una orden judicial. Además, en los procedimientos ya iniciados contra Thomas Cook es posible incluir a otra parte como codemandada en el procedimiento, por ejemplo, a una aseguradora de la empresa en liquidación, incluso después de haberse obtenido sentencia judicial, aunque para ello

será necesario obtener el permiso del tribunal².

En el caso específico de reclamaciones o demandas en materia de obligaciones por responsabilidad extracontractual, los afectados que hayan sufrido un accidente en España y que tengan su domicilio en Inglaterra podrán ejercitar ante los tribunales ingleses la acción directa contra la aseguradora de la parte responsable; incluyendo al hotel en el que se haya producido el mencionado accidente. Esta acción está prevista en el artículo 13 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Reglamento), y se puede ejercitar contra la aseguradora del individuo o compañía

¹ Third Parties (Rights against Insurers) Act 2010

² Part 19 - Parties and group litigation Civil Procedure Rules



responsable de un accidente siempre que la ley aplicable lo permita, tal y como ocurre en España o Francia a través de la acción directa.

Asimismo, debe considerarse que no existe bajo la Ley de Inglaterra y Gales un equivalente al artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro en lo referente a la inmunidad de la acción directa a las excepciones que correspondan al asegurador contra el asegurado, y, en consecuencia, todas las excepciones de la póliza serían oponibles bajo derecho inglés al demandante, sin perjuicio de que, en principio, esta cuestión se resolvería de acuerdo con el derecho español y, por tanto, solamente aquellas excepciones relativas a la cuantía cubierta por la póliza, al ámbito geográfico, etc., serían oponibles, dada su condición de cláusulas delimitadoras³ del riesgo.

En el supuesto de ejercitarse una acción directa contra la aseguradora del responsable, es necesario valorar si, una vez se comience el procedimiento en Inglaterra, existiría la posibilidad de incluir en este al hotel como codemandado o parte responsable para cubrir las cuantías que vayan más allá del límite máximo de la póliza, teniendo en cuenta las consecuencias económicas que supondría para este litigar fuera de España. En principio, en la sentencia *Lackey v (1) Mallorca Mega Resort SL y (2) Generali España Compañía de Seguros y Reaseguros* el Tribunal de Apelación inglés dictaminó que sí cabía añadir al hotel como codemandado cuando el demandante es un consumidor que ha contratado directamente sus servicios, por aplicación de los artículos

17 y 18 del Reglamento. Sin embargo, aún podría discutirse si es posible incluir en el procedimiento al hotel en aquellos casos en los que el consumidor contrató con un operador turístico como Thomas Cook y no existe por tanto relación contractual alguna entre el hotel y el consumidor.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe concluir que existe incertidumbre en relación con (i) la aplicación de los instrumentos europeos tras una posible salida del Reino Unido de la Unión Europea sin acuerdo, (ii) la previsible aplicación post-Brexit del *forum conveniens* por parte de los tribunales ingleses, cuyo problema radica, por un lado, en la tendencia que tiene Inglaterra a aceptar jurisdicción, y por otro, a la posible aplicación del Derecho Internacional Privado inglés existente antes de las regulaciones europeas que, entre otras cosas, preveía que aunque la ley aplicable a la determinación de la responsabilidad es la del país donde ocurrió el siniestro, la determinación de la cuantía es una cuestión procesal a la que se aplica la ley inglesa, y (iii) los problemas que plantearía la ejecución de las sentencias inglesas en los Estados miembros al no ser de aplicación las previsiones recogidas en el Reglamento en materia de ejecución y reconocimiento de sentencias. En consecuencia, y como resultado de todo ello, cabe especular que las demandas en España contra hoteles, aseguradoras y demás entidades por responsabilidad extracontractual se incrementarán como resultado de la quiebra de Thomas Cook, al encontrarse los perjudicados residentes en el Reino Unido con la imposibilidad de demandar en su país y bajo derecho inglés al operador turístico con el que contrataron los paquetes vacacionales.

³ Sentencia núm. 853/2006 de 11 de septiembre de la Sala de lo Civil, Sección 1, del Tribunal Supremo.





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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



MUTUALIDAD ABOGACÍA

EL APOYO NECESARIO EN LOS MOMENTOS DIFÍCILES

NUEVO SERVICIO

**Atención familiar
por defunción**

Con anticipo de gastos de sepelio,
para que tu familia no tenga
que preocuparse de nada.

Solicítalo*

www.mutualidadabogacia.com
sam@mutualidadabogacia.com | T. 914 35 24 86

*Para poder solicitar este servicio, es necesario disponer de un saldo o prestación por fallecimiento de 7.000 €. Así pues, el sepelio se cubre con las propias prestaciones que el mutualista ya tiene vinculadas, hasta un máximo de 6.000 €. Tan solo se cargará al saldo del mutualista 0,70 € al mes correspondientes a la garantía de traslado de restos mortales.

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

Jueves día 14

- 12:00 h. **Asamblea General de la Asociación:**
Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla.
Calle Chapineros, 6.
- 16:00 h. **Entrega de acreditaciones**
- 16:30 h. **Inauguración del congreso por el
Excmo. Sr. Juan Espadas Cejas,** Alcalde de Sevilla.
HOTEL NH COLLECTION SEVILLA
Avda Diego Martínez Barrio, 8, Sevilla
- 17:00 h. **PRIMERA PONENCIA:**
"La Responsabilidad Civil del participante a título lucrativo"
D. Mariano Yzquierdo Tolsada,
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.
- 18:00 h. **SEGUNDA PONENCIA:**
"El seguro de hogar: El gran desconocido y el gran aliado. Aspectos jurisprudenciales relevantes".
Ilma. Sra. D^a. Montserrat Peña Rodríguez, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Granada.
- 19:00 h. **TERCERA PONENCIA:**
"La RC en el ámbito de los derechos del consumidor por indebida inclusión en ficheros de solvencia patrimonial".
D. Eugenio Ribon Seisdedos,
Abogado, Presidente de la Asociación Española de Derecho de Consumo.
- 20:30 h. **Recogida de los autobuses**
en el hotel Nh Collection
- 21:00 h. **Recepción / Cóctel en Restaurante Muelle 21 -** Avda. Santiago Montoto s/n, Edificio Acuario de Sevilla.

Viernes día 15

- 9:30 h. **CUARTA PONENCIA:**
"Indemnización por muerte en accidente de circulación y nuevos tipos de familia: familias monoparentales y familias reconstituidas ante el baremo de tráfico".
Ilmo Sr. D. José Manuel de Paul Velasco,
Presidente de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- 10:30 h. **QUINTA PONENCIA:**
"Los problemas prácticos de la reforma del Código Penal en materia de accidentes de circulación".
Imo. Sr. D. Juan José Pereña Muñoz,
Fiscal Jefe de Salamanca.
- 11:30 h. **Pausa Café.**
- 12:00 h. **SEXTA PONENCIA:**
"El estricto lucro cesante causado por las lesiones temporales en el baremo de tráfico de 2015".
D. Mariano Medina Crespo,
Presidente de AEAERCS.
- 13:00 h. **MESA REDONDA.**
Cuestiones prácticas sobre procedimientos por accidentes de circulación:
-**Ilmo. Sr. D. Víctor Nieto Mata,** Presidente de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Sevilla.
-**Ilmo. Sr. D. José Luis López Fuentes,** Presidente de la Audiencia Provincial de Granada.
- 14:00 h. **Almuerzo / Cóctel de trabajo:**
Hotel NH Collection, Sevilla.

- 16:30 h. **SÉPTIMA PONENCIA:**
"Seguro de responsabilidad civil de explotación y de responsabilidad civil profesional".
Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.
- 17:30 h. **OCTAVA PONENCIA:**
"Patologías del aseguramiento en la reciente jurisprudencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo".
Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg,
Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.
- 18:30 h. **NOVENA PONENCIA:**
"Apuntes sobre la responsabilidad indemnizatoria al hilo de problemas laborales de orden civil".
Excmo. Sr. D. Antonio Vicente Sempere Navarro,
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.
- 19:30 h. **Clausura del Congreso. Excmo. Sr. Óscar Cisneros Marco,** Decano del Ilustrísimo Colegio de Abogados de Sevilla.
- 21:00 h. **Recogida por los autobuses**
en los hoteles recomendados para traslado a la Cena de Gala.
- 21:30 h. **Cena de Gala con barra libre: Robles Aljarafé. Amenizan los grupos: SON DE CUBA & CIA y LOS BINGUEROS**
Ctra. Castilleja a Bormujos, nº2-3, 41950 Castilleja de la Cuesta (Sevilla).

Sábado día 16

- 10:30 h. **Recogida en el Hotel NH Collection, Sevilla,** por los autobuses.
- 11:00 h. **Visita a los Reales Alcázares de Sevilla.**
- 14:00 h. **Paseo en barco por el Guadalquivir y almuerzo / cóctel a bordo.**

ORGANIZAN

PATROCINAN

COLABORAN



902 361 350