

Año 54/Nº 10/noviembre 2018

# rc

REVISTA DE RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

[www.inese.es](http://www.inese.es)



**Abel B. Veiga Copo**  
*Profesor agregado de Derecho Mercantil. ICADE.*

# LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO (I)

■ ¿Cuándo existe la responsabilidad civil por actividades de riesgo? ■ RC de productos defectuosos: ¿Quién debe probar el defecto? ■ Lesiones al romperse una pared de cristal en cancha de pádel ■ Responsabilidad por caída de caballo.

Bufete

ALBANÉS & ASOCIADOS

Abogados

A & A

## Comprometidos con su defensa

- **Derecho de Seguros**
- **Responsabilidad Civil General**
- **Responsabilidad Profesional**
- **Derecho Medioambiental**
- **Arbitraje**

[www.bufete-albanes.com](http://www.bufete-albanes.com)





José Antonio Badillo  
Director

## RC DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS: ¿QUIÉN DEBE PROBAR EL DEFECTO?

La sentencia de la Sala 1ª del Supremo, de 14 de septiembre de 2018, resume de forma acertada determinadas reglas sobre la RC del fabricante, cuestión armonizada por la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, de productos defectuosos. Tal vez porque no se transpusieron con acierto algunos aspectos, el 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, tiene algunas lagunas, lo que provoca que muchos reclamantes opten por invocar los artículos 1.902 CC o, en su caso, el 1.101 CC, para fundamentar su acción, cuando, a priori, debería ser más favorable acudir al citado Texto Refundido de la LGDCU, que es la norma específica para reclamar daños por productos defectuosos y que establece, además, una responsabilidad objetiva.

En el supuesto analizado, el demandante, no sin cierto riesgo, invocó los artículos 128 y ss. del Texto Refundido, planteándose como cuestión jurídica principal la valoración del concepto de “defecto” con la finalidad de determinar la responsabilidad del fabricante por los daños ocasionados por un producto. Como ocurre en muchos casos, lo que se plantea es quién tiene la carga de probar el defecto del producto, interpretando los artículos 139 y 140 del Texto Refundido.

La parte actora alegó que en 2006 se construyó la vivienda de la que es propietario, para lo que adquirió una serie de materiales de fontanería y calefacción a Deusto Eskerduza S.L. Los materiales habían sido fabricados por la demandada Standard y fueron instalados en la vivienda por Izotz Fontanería y Calefacción S.L. Seis años después, en 2012, comenzaron a manifestarse humedades en la vivienda. Hechas las averiguaciones oportunas se descubrió que dos codos (de cobre) de la instalación de calefacción presentaban una fisura en su cara interna, lo que provocó la fuga de agua, origen de los daños que se reclaman.

El juzgado de instancia condena a la demandada a abonar 16.958,55 euros; si bien, la Audiencia Provincial de Vizcaya estima el recurso de apelación de la demandada, desestimando la demanda. En síntesis, el argumento esgrimido por la Audiencia es que no queda probado el defecto del producto por parte del demandante. Ante la sentencia de la Audiencia Provincial, el actor interpuso recurso extraordinario por infracción procesal fundado en dos motivos y recurso de casación fundado en un motivo.

En el recurso de casación, la parte recurrente, interpretando los artículos 139 y 140 del Texto Refundido, alega que, de acuerdo con la doctrina de la Sala, el perjudicado debe probar la existencia del daño (que no ha sido discutida) y el nexo causal (las fisuras de las piezas, tampoco discutido), correspondiendo al fabricante demostrar la idoneidad del producto y la concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidad. La parte demandada, en su escrito de oposición, se acoge a los argumentos de la sentencia de instancia, alegando que no se ha acreditado la causa de su aparición y no es posible imputar su existencia a un defecto de origen.

Cuando nos enfrentamos a daños causados por productos defectuosos, la cuestión central de este asunto es determinar quién debe probar el defecto del producto o, mejor dicho, qué alcance debe darse a la obligación del actor del probar el defecto del producto -art. 139- y qué actuación probatoria recae sobre el fabricante para exonerarse de responder por los productos puestos en circulación -art. 140-. En tal sentido, para la Sala, “... el perjudicado debe probar que el producto es defectuoso, pero no que ese defecto fue originado por el fabricante. Este puede liberarse de responsabilidad demostrando que hay una causa distinta de defectuosidad o probando, incluso mediante presunciones, que el defecto no era originario, sin necesidad de que individualice otra causa de defectuosidad”.



# sumario

<b>3</b>	<b>carta al director</b>	RC de productos defectuosos: ¿Quién debe probar el defecto?..... pp.3
<b>6</b>	<b>doctrina</b>	La prescripción en el contrato de seguro (I)..... pp.6 <b>Abel B.Veiga Copo. Profesor agregado de Derecho Mercantil. ICADE.</b>
<b>41</b>	<b>estudio crítico</b>	¿Cuándo existe la responsabilidad civil por actividades de riesgo? Análisis jurisprudencial. <b>Javier López y García de la Serrana. Abogado y Socio-Director de HispaColex Bufete Jurídico.</b> ..... pp.41
<b>46</b>	<b>jurisprudencia en materia de RC</b>	<b>■ RC Administración</b> ..... pp.46 Derecho de propiedad y RC de la Administración. STEDH de 6/8/2018. <b>■ Derecho de la personalidad</b> Intromisión ilegítima en la intimidad: publicación por un antiguo superior jerárquico de “tuits” sarcásticos sobre la baja por enfermedad de un empleado de una empresa pública. STS 20/7/2018..... pp.48 Inexistencia de responsabilidad por manifestaciones irónicas realizadas en Facebook relativas al incumplimiento por una empresa de sus obligaciones de pago. STS 28/9/2018..... pp.52 <b>■ RC Riesgo</b> Lesiones al romperse una pared de cristal en cancha de pádel. SAP Barcelona 28/6/2018..... pp.55 Responsabilidad por caída de caballo: ¿“culpa” del caballo productor de las lesiones? SAP Asturias 22/6/2018..... pp.56 <b>■ RC Profesional</b> Defectuoso asesoramiento en producto financiero que, no obstante, genera rendimientos: criterio de la “compensatio lucri cum damno”. STS 20/9/2018..... pp.57 Acciones entablas por un abogado que exceden de las contempladas en el acuerdo firmado con su cliente: inexistencia de responsabilidad profesional. STS 6/6/2018..... pp.58
<b>60</b>	<b>jurisprudencia en materia de seguros</b>	Condena a la aseguradora al abono de los intereses del artículo 20 de la LCS únicamente desde el conocimiento por parte de ésta del siniestro. STS 24/9/2018..... pp.60
<b>64</b>	<b>derecho de la circulación</b>	CRONICA JURISPRUDENCIAL DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES, SALAS DE LO CONTENCIOSO DE LA ANY DE LOS TSJ..... pp.64 1. No se condena a intereses a la entidad aseguradora al no haberse acreditado la reclamación conforme al artículo 7. I, párrafo 3º de la Ley 35/2015 con todos los requisitos que en el mismo se señalan SAP de Oviedo (Sec. Iª) de 30/6/2018..... pp.64 2. Según la entidad aseguradora, la perjudicada no ha logrado acreditar que haya sufrido una pérdida de calidad de vida, por lo que el perjuicio sufrido sería de carácter básico. SAP Madrid, 29/6/2018.... pp.64



3. Denuncia la entidad aseguradora que la perjudicada no ha aportado junto a la demanda, el informe médico ajustado a las reglas del sistema para la determinación y medición de las lesiones temporales. SAP Cáceres de 4/7/2018.....pp.65
4. El lucro cesante debe ser excluido de la indemnización, cuando a la persona lesionada no se le ha reconocido baja de tipo alguno por los hechos. SAP Madrid de 30/7/2018.....pp.66
5. El juzgado dictó un auto en el que declara que la consignación efectuada por la entidad aseguradora, en relación a las lesiones sufridas por una víctima de accidente de circulación, estaba mal hecha. SAP Oviedo 22/6/2018.....pp.66
6. La sentencia de primera instancia entiende que no hay "informe médico concluyente", como exige el art. 135.2 RDL 8/2004, desestimando la pretensión. SAP Oviedo de 4/7/2018 .....pp.67
7. El tribunal de primera instancia estima el lucro cesante ocasionado con motivo de la reparación del vehículo siniestrado, con base a la información aportada por la actora. SAP Barcelona de 6/7/2018.....pp.67

ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE.....pp.68

8. STJUE de 4/9/2018. Seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, Directiva 72/166/CEE, Artículo 3, apartado 1, Directiva 84/5/CEE, Artículo 1, apartado 4- Obligación de suscribir un contrato de seguro. Vehículo estacionado en un terreno privado. Derecho de recurso del organismo de indemnización contra el propietario del vehículo no asegurado. ....pp.68

## 70 **consultas**

- I. Concepto de "allegado" ¿Cómo debe ser delimitada la figura del allegado prevista en el art. 67 LRCSCVM? .....pp.70

## 72 **reseñas de jurisprudencia del Tribunal Supremo**.....pp. 72



## LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO (I)

**Abel B. Veiga Copo**

*Profesor agregado de Derecho Mercantil. ICADE*

### Resumen:

Paradójicamente, un instituto como el de la prescripción, per se destinado a otorgar certezas al Derecho, encierra en sí mismo múltiples interrogantes y a la vez incertidumbres sobre su fundamento, su naturaleza, su objeto. Perdido en ese inevitable mito de Ariadna particular, la figura de la prescripción, tan poliédrica en sí, como polivalente funcionalmente, presenta una riqueza dogmática y práctica inconmensurable. No por ello pierde complejidad pese a su elasticidad, como tampoco por ello deja de ofrecer diversas y a veces artificiosas explicaciones dogmáticas y particulares. Desde el estatismo de algunas visiones, sin duda, una comprensión analítica y crítica de la figura es esencial. El laconismo de la LCS, con un artículo 23 sumamente ambiguo y genérico, deja abiertas las puertas a innumerables dudas y problemáticas que la riqueza práctica dirime día tras día. No toda acción deriva del contrato de seguro y, sin embargo, se acciona contra la aseguradora o el asegurado.

**Palabras clave:** Prescripción; seguridad jurídica, reclamación; acreedor; deudor; acción; contrato de seguro; renuncia de acciones; plazos de prescripción; prescripción extintiva; prescripción adquisitiva; derecho subjetivo; derecho de crédito; dies a quo.

### Abstract:

Paradoxically, an institute such as the one of prescription, per se destined to grant certainties to the law, contains in itself multiple questions and, at the same time, uncertainties about its basis, nature and aim. Lost in the inevitable myth of Ariadna, the prescription figure, as polyhedral in itself as functionally versatile, presents a huge dogmatic and practice wealth. Nevertheless, it does not lose complexity despite its elasticity, nor does it fail to offer diverse and sometimes contrived dogmatic and particular explanations. From the immobility of some visions, undoubtedly, an analytical and critical understanding of this figure is essential. The laconism of the Insurance Contract Law, with a very ambiguous and generic article 23, leaves the doors open to innumerable questions and problems that the practical wealth resolves every day. Not every action derives from the insurance contract and, nevertheless, it is triggered against the insurer or the insured.

**Key words:** prescription; legal security; claim; creditor; debtor; action; insurance contract; abandonment of action; prescription periods; extinctive prescription; acquisitive prescription; subjective right; right of credit; dies a quo.

## sumario

### 1. PRESCRIPCIÓN Y SEGURO

### 2. LA DEROGABILIDAD O NO DE LA PRESCRIPCIÓN

### 3. FUNDAMENTO Y NATURALEZA.

### 4. ÁMBITO MATERIAL Y OBJETIVO DEL ARTÍCULO 23 LCS

#### 4.1. "LAS ACCIONES QUE SE DERIVEN"

#### 4.2. LOS FRENTES OBJETIVOS DE LA PRESCRIPCIÓN

### 5. ACCIONES QUE PRESCRIBEN CONFORME AL PLAZO DEL ARTÍCULO 23 LCS

### 6. ACCIONES QUE NO DERIVAN DEL CONTRATO DE SEGURO

### 7. PLAZOS Y CÓMPUTOS PARA LA PRESCRIPCIÓN

#### 7.1. EL INICIO DEL CÓMPUTO

#### 7.2. DIES A QUO PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN.

#### 7.3. DIES A QUO PAGO DE LA PRIMA.

#### 7.4. EL SINIESTRO Y LA PRESCRIPCIÓN.

### 8. EL JUEGO DE LA REGLA CONTRA NON VALENTEM AGERE NON CURRIT PRAESCRIPTIO

### 9. LA INCIDENCIA DE LA INTERRUPCIÓN EN LA PRESCRIPCIÓN

#### 9.1. LA INTERRUPCIÓN POR ACTOS PROCESALES

#### 9.2. EL RECONOMIENTO DEL DEUDOR

## 1.- PRESCRIPCIÓN Y SEGURO

La prescripción no solo extingue una obligación para el deudor, normalmente de claro contenido patrimonial, sino que, sobre todo y principalmente, proporciona certeza y seguridad a las relaciones jurídicas evitando la indefinición obligacional en el tiempo<sup>1</sup>. La prescripción libera, extingue, consolida las consecuencias de una inacción, sea ésta por las causas que sean<sup>2</sup>. Rompe la confrontación de intereses individuales entre dos partes de una relación jurídica, haciendo prevalecer los de uno, deudor, frente a las pretensiones no ejercitadas o defendidas del otro, acreedor<sup>3</sup>. Un derecho, el de liberarse, prevalece sobre otro anterior que es extinguido como consecuencia de su no ejercicio tempestivo ni tampoco por no haber planteado ninguna medida de conservación y de aquella pretensión.

Funcionalmente, más allá de los clásicos fundamentos y anclajes de la prescrip-

---

1 Sobre las razones que justifican este instituto vid., sobre todo STIGLITZ, Derecho de seguros, III, 4ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 364 las de seguridad de las relaciones jurídicas, el interés en liquidar situaciones inestables, impedir que determinadas situaciones de hecho puedan ser revisadas después de transcurrido cierto tiempo, la certeza de los derechos y la seguridad jurídica, etc.

2 Sobre el alcance del término liberación, y los interrogantes en torno a si efectivamente la prescripción es un modo de liberación o más bien una presunción de liberación, hace un siglo ALAS/DE BUEN/RAMOS, De la prescripción extintiva, Madrid, 1918, p. 42.

3 Este debate nos lleva al sustento de que el fundamento no es otro que la liberación del deudor. Así, MESSINEO, "Variazioni sul concetto di "rinunzia alla prescrizione"", Riv. trim. dir. proc. civ., 1957, p. 515, segundo quién "chi eccepisce la prescrizione esercita un diritto alla liberazione". In extenso, CAPONI, "Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione", Riv. Dir. Civ., 1996, I, pp. 721 y ss., pp. 726 y ss.

ción, se revaloriza la liberación de la contraparte ante el no hacer, ante la no reclamación del acreedor y la fuerza de la excepción del deudor. Hasta cierto punto puede afirmarse que, tras el transcurso de un umbral temporal determinado y la intencionalidad de la inactividad del acreedor, el legislador ha optado por proteger al deudor<sup>4</sup>. La actitud, la negligencia, la incuria o el relativo desinterés en la defensa de sus intereses o pretensiones del acreedor, forman, sin duda, parte de su libertad de decisión y actuación -manifestación legítima de libertad- que, al involucrar y atar a otros sujetos, encuentra un límite, la no subordinación perpetua o temporal desproporcional de quién debe. Ello no impide que, en realidad, lata en el fondo de la prescripción un cierto, cuando no mínimo, reproche moral a la desidia o desinterés del propio acreedor y un premio, la liberación, al deudor que no cumple motu proprio, sino que espera a que se le reclame la pretensión. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando

**La prescripción no solo extingue una obligación para el deudor, normalmente de claro contenido patrimonial, sino que, sobre todo y principalmente, proporciona certeza y seguridad a las relaciones jurídicas evitando la indefinición obligacional en el tiempo. La prescripción libera, extingue, consolida las consecuencias de una inacción, sea ésta por las causas que sean. Rompe la confrontación de intereses individuales entre dos partes de una relación jurídica, haciendo prevalecer los de uno, deudor, frente a las pretensiones no ejercitadas o defendidas del otro, acreedor.**

una pretensión?<sup>6</sup>

El instituto de la prescripción se hace patente y presente también en el derecho de los contratos de seguros, no exento de particularidades, incluso lagunas, pero

esta actitud es debida a causas que impiden esa tutela o ejercicio de sus derechos por el titular? Los actos impositivos de una acción, de una tutela o defensa, son el parámetro opuesto a la elección o a la negligencia de no actuar y hacer valer un derecho propio. Si no se interrumpe o no se suspende el transcurrir de la propia prescripción por quién titula el derecho o la pretensión, el reproche culpabilístico a priori se abre paso, por el contrario, si se plantea cualquier acto interruptivo de aquella, prima una impronta de autoresponsabilidad por parte del titular. Interrumpir la prescripción es el exponente más claro de la vitalidad del propio derecho<sup>5</sup>. Pero ¿es actuar autoresponsable y diligentemente en la preservación de

<sup>4</sup> Sobre este punto y explicando los motivos e irracionalidades del comportamiento del acreedor y su intencionalidad, AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, pp. 33 y ss. Por su parte, FALZEA, voce "Efficacia giuridica", Enc. del Dir., vol. XIV, Milano, 1965, pp. 432 y ss., p. 502 aboga por entender en la prescripción eficacia preclusiva en sentido sustancial.

<sup>5</sup> En este punto, viendo en los actos interruptivos índices de vitalidad del derecho del acreedor, GRAWEIN, *Verjährung und gesetzliche Befristung*, Leipzig, 1880, [reedición de 2013], p. 55; WEISS, *Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem bürgerlichen Rechte des deutschen Reichs*, München, 1905, p. 11 y ss.

<sup>6</sup> Niegan que el hecho de interrumpir la prescripción sea en realidad un acto de ejercicio, AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, pp. 93 y ss.; también ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, pp. 170 y ss.

tampoco de las múltiples y complejas aristas que presenta este instituto<sup>7</sup>. Lo hace acompañado de todo su embrujo, problemático sin duda, de todos sus cuestionamientos, de su presupuesto objetivo, de su funcionamiento, pero también de su concepto estricto sobre el que se erige el objeto mismo de la institución, amén de destilar unos fundamentos sólidos sobre los que anclar no solo teórica sino en la práctica la institución, habida cuenta de la altísima litigiosidad que la misma plantea, síntoma de la falta de claridad y rigor en su aplicación. Lo hace incluso ante el silencio que, en su momento, abrigaron tanto los Códigos de comercio como el civil respecto al seguro y donde a excepción de la prescripción para el seguro marítimo que sí regulaba el de comercio, había que acudir al plazo general de los quince años –hoy cinco– que deparaba el artículo 1964 civil o el de exiguo de un año para la responsabilidad civil aquiliana en su caso.

## 2.- LA DEROGABILIDAD O NO DE LA PRESCRIPCIÓN.

Las aseguradoras imponían en sus clausulados plazos de prescripción más exigüos, “negocios jurídicos de acortamien-

to de plazos de prescripción” a veces incluso, extraordinaria y quizás gravemente breves<sup>8</sup>. Adviértase que el debate no se centraba en la prescriptibilidad versus imprescriptibilidad de un derecho, sino en la disponibilidad por la autonomía privada de los plazos o cómputos prescriptivos, sobre todo en la prescripción a futuro y no tanto la ya consumada. Indudablemente, la prescripción es un medio idóneo, pero también latente en derecho, para adquirir o, para liberarse, transcurrido un determinado umbral temporal, un derecho ante la inacción o inercia pasiva de un acreedor, en nuestro caso, asegurador o asegurado<sup>9</sup>. Pero régimen legal por parco que fuera y autonomía privada entorno a una cuestión tan medular como la prescripción no casaban bien, habida cuenta de la imperatividad con que el ordenamiento regula la institución<sup>10</sup>. El debate hoy como ayer, se reconduce a una dualidad clara, a saber, una cuestión es la renuncia de la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de las acciones y otra, el cuestionamiento del comienzo de los plazos prescriptivos o su transcurso. No puede renunciarse a un derecho prescriptible, es decir, si la ley configura una acción, un negocio como prescriptible, las partes

---

7 Entre otras, obras clave, DÍEZ-PICAZO, *La prescripción extintiva: en el código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003; GARCÍA CANTERO, “El instituto de la prescripción y sus orientaciones en el derecho comparado”, AC, 1995, nº 4, pp. 907 a 923; PUIG BRUTAU, *Caducidad y prescripción extintiva*, Barcelona, 1986. JARAMILLO, *La prescripción en el contrato de seguro*. Tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal, Bogotá, 2012; id., “La prescripción en el contrato de seguro”, *Derecho de seguros*, tomo IV, Bogotá, 2013, pp. 3 a 248, incidiendo p. 3 en esta complejidad.

8 Nos recordaba DÍEZ-PICAZO, *La prescripción en el Código civil*, Barcelona, 1964, p. 64 como la práctica hizo que las aseguradoras en las pólizas de seguro estableciesen que “las acciones del asegurado para el cobro de las indemnizaciones prescribirán a los seis meses contados a partir del momento de la producción del siniestro”. Por su parte, traía a colación SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 23”, *Ley contrato de seguro*, 4ª ed., Pamplona, 2010 p. 552 la sentencia de 11 de junio de 1934 que admitió como lícita la cláusula que fijaba el plazo de prescripción en seis meses desde el fallecimiento del asegurado, pero contado desde que pudiera ejercitarse la acción, por lo que se interrumpía la prescripción durante la tramitación de la causa instruida para esclarecer la muerte del asegurado.

9 Asertivos, PAFUMI/SPAGNOLO, *La prescrizione assicurativa*, Milano, 2014, p. 3 cuando afirman: “La prescripción del derecho no existe para liberar a los deudores por sus obligaciones, sino que existe para dar certeza a las relaciones jurídicas. Esta es un instituto de derecho privado, pero su fundamento es el interés público”.

10 Aducía DÍEZ-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 62 que a pesar de existir razones de necesidad y de utilidad social que justifican y fundamenta la prescripción y de ahí la imperatividad de las normas legales y la no disposición de plazos por las partes sí podrían admitirse ciertos negocios.

no pueden inferir ni pactar la imprescriptibilidad del mismo. Y a sensu contrario, algo que es imprescriptible, las partes no pueden acordar la prescripción, al caer fuera de la autonomía negocial la capacidad de cuestionar o negar la imprescriptibilidad legal.

### 3.- FUNDAMENTO Y NATURALEZA.

El nervio de la institución prescriptiva no es otro que el inejercicio de una acción para hacer valer o exigir una pretensión, un derecho. Inejercicio al que hay que sumar otra variable circunstancial, la falta de reconocimiento del derecho por la otra parte, el sujeto pasivo del derecho o deudor. La consecuencia, transcurrido un determinado umbral temporal y no exenta de una dosis cierta de seguridad jurídica que rompa la latencia de una situación, es la extinción del derecho mismo. De ahí que el ejercicio de la acción rompa, interrumpa y, consecuentemente exija ese derecho<sup>11</sup>. **Actio utilis**. Solo el ejercicio tempestivo del derecho rompe la prescripción y hace valer en tiempo la pretensión. Cuestión distinta es enmarcar la prescripción en la acción o en el derecho, esto es, centrar el objeto mismo de la prescripción, pues ¿qué prescribe la acción para hacer valer la pretensión o prescribe por el contrario el derecho mis-

mo? O planteado de otro modo, ¿prescribe la acción para hacer valer un derecho o directamente el derecho mismo? O prescribe la facultad jurídica que conlleva y arrastra todo derecho subjetivo?<sup>12</sup>

Y ese medio idóneo extintivo y adquisitivo no ha sido, sin embargo, regulado con detalle o cierta minuciosidad en la normativa del contrato de seguro, pese a ser un derecho especial y configurar una prescripción a priori “propia”, con perfil propio aunque difuso<sup>13</sup>. Necesita del régimen legal de los códigos civil y de comercio, aunque la jurisprudencia ha enriquecido el contenido, los perfiles, así como las pautas y comportamientos mismos de la prescripción en el seguro<sup>14</sup>.

La prescripción extintiva, por su parte, “extingue” obligaciones y derechos ajenos ante la inactividad del acreedor toda vez que, temporalmente, no hace valer sus pretensiones<sup>15</sup>. Actuación y tempestividad se convierten en ejes de un derecho normalmente de crédito ante el incumplimiento de un hacer, de un dar, de un prestar por parte o bien del asegurador, o bien del asegurado.

Razones de orden público, de equidad, de equilibrio sinalagmático de las prestaciones, pero también de equilibrio financiero, abonan un ámbito propicio para la pres-

11 Señalaba DÍEZ-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 93 que esta es un “fenómeno jurídico en virtud del cual un derecho subjetivo queda extinguido en virtud del continuado inejercicio del mismo durante un determinado lapso de tiempo establecido por la ley”.

12 Tesis que apuntó DÍEZ-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 37 para superar la dualidad discursiva entre si lo que prescribe es la acción, el derecho subjetivo o, en este caso tal y como argumenta el autor, la facultad de exigir. Categórico afirmaba: “La prescripción no afecta de modo directo e inmediato al derecho subjetivo considerado como unidad de poder, sino únicamente a las facultades. La prescripción solo afecta al derecho subjetivo mediatamente en cuanto que lo modifica, lo limita o lo reduce”.

13 Es más, ni siquiera existe un régimen único y claro para todos los ramos de seguro. Así, ROSSETTI, // *diritto delle assicurazioni*, III, Padova, 2013, p. 991: “Los derechos que surgen del contrato de seguro no están sujetos todos al mismo termino prescripcional”.

14 Advierte COLINA GAREA, “Artículo 23”, *Ley de contrato de seguro*, [BADILLO (Coord.)], 2ª ed., cit., p. 559 como no hay regla legal alguna para el cómputo de los plazos o para la identificación de las situaciones y circunstancias que puedan dar lugar a su interrupción y dada su naturaleza prescriptiva, éstos son susceptibles de ser suspendidos para luego reanudarse, a diferencia de lo que acontece cuando el término es de caducidad. La clave radica en el parecer casuístico de la jurisprudencia.

15 Aducen LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14ª ed., París, 2017, p. 256 como ésta, la extintiva constituye un medio de liberarse de las propias obligaciones y “d’êteindre” de extinguir una deuda por el transcurso de un cierto lapso temporal, bajo las condiciones determinadas por la ley.

cripción<sup>16</sup>. Como también la liberación del deudor. Una extinción *ministerio legis*, pero que, por otra parte, supone la eliminación y tiene el efecto de desaparición de la acción judicial que atesora pretendidamente un acreedor en aras de exigir el cumplimiento de una prestación toda vez que transcurra un tiempo específico marcado en la ley<sup>17</sup>.

Lo que no significa que estemos ante una figura sencilla, y donde las diferencias con la usucapión, pero sobre todo con la caducidad, abonan un campo, el de la prescripción, de enorme riqueza dogmática y constructiva<sup>18</sup>. Y como en todo, el transcurso del tiempo [el silencio del derecho]<sup>19</sup>, puede frustrar expectativas y derechos patrimoniales, pero también condicionar reservas y tablas e índices de siniestralidad máxime para una entidad aseguradora<sup>20</sup>. Es el inercercicio de un derecho subjetivo, es la inactividad de quién titula una pretensión

patrimonial que puede ser efectiva, la que le permite accionar o no hacerlo, en cuyo caso, la aptitud indolente o pasiva, o decidida a no ejercer sus derechos, hace que los mismos decaigan por el mero transcurso del tiempo<sup>21</sup>. El legitimado decidirá actuar, o no hacerlo, por lo que el ejercicio de la acción prescribirá como fruto de la inactividad o desidia del titular de la misma.

Tampoco es en el derecho común, una noción ni institución sencilla, plagada de aristas, de dudas, de contornos nunca terminados de perfilar, al igual que en el contrato de seguro donde el calibre de la exigencia de obligaciones y deberes es dispar, disímil, como lo también es su exigibilidad<sup>22</sup>. Unas aristas que se agudizan sobre todo por un hecho temporal capital, a saber, la certeza del comienzo del plazo de prescripción de la acción. ¿Cuándo comienza el *dies a quo* ante el ejercicio de una acción de

---

16 Para OSSA, *Teoría general del seguro*, cit., p. 441 como las notas peculiares del contrato de seguro, su naturaleza, su función protectora, su explotación especializada, ... explica la especialidad del régimen de la prescripción en el contrato de seguros.

17 *In extenso*, JARAMILLO J., "La prescripción en el contrato de seguro", *Derecho de seguros*, tomo IV, cit., p. 24 con importantes referencias doctrinales.

18 Señalaba DÍEZ-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 32 como un concepto preciso y rigurosamente científico de la prescripción no puede darse, sin haber decidido antes: 1.º saber cuál es el objeto de la prescripción, es decir, saber si afecta directamente al derecho subjetivo considerado como unidad o únicamente a las acciones concedidas para hacerlo valer y defenderlo; 2.º determinar cuáles son los presupuestos de la prescripción; 3.º determinar sus efectos; 4.º determinar cuáles son las verdaderas relaciones existentes entre la llamada prescripción extintiva y la llamada usucapión; por último, 5.º determinar cuáles son las verdaderas relaciones existentes entre la prescripción extintiva y la caducidad, con el fin de establecer, con la mayor claridad posible cuál es la específica diferencia que separa a la primera de la segunda. Sobre las diferencias con la caducidad, entre otros, DE PABLO CONTRERAS, "De la prescripción de las acciones", *Código civil comentado*, IV, [CAÑIZARES, et.al.(Dirs.)], 2ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 1525 y ss.

19 Así, siguiendo a Naendrup se refería DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Cizur Menor, 2008, p. 145. Para DÍEZ-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 94, p. 39 el "silencio de una relación jurídica" como presupuesto de la prescripción era una idea que, sin ser inexacta, era demasiado vaga e imprecisa

20 Sobre lo pernicioso que puede resultar para el contrato de seguro el transcurso del tiempo, vid., PAFUMI/ SPAGNOLO, cit., p. 4 "Fugaces labuntur anni per l'assicurato e l'assicuratore, ed il decorso del tempo nel nostro contratto risulta pernicioso a tutte e due le parti".

21 Magistral DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., p. 145 afirmaba: "Con el término equívoco y poco expresivo de prescripción se conocen dos figuras ... en los que la continuada inactividad en el ejercicio del derecho subjetivo suponen amenaza de su extinción. Implican una grave limitación en el ámbito de libertad que confieren los derechos subjetivos patrimoniales. Pues, a diferencia de otros derechos, ..., entregan al arbitrio del sujeto la posibilidad de ejercitarlos o no ejercitarlos".

22 Cobran todo su sentido las palabras DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II, cit., p. 146 cuando aseveraba: "Parece como si los juristas tuvieran una cierta mala conciencia, al tratar de esta figura; tan grande es su preocupación por encontrarle una justificación fuera del mandato legal".

reclamación, de exigibilidad de un derecho, de un crédito? Menos aún en la jurisprudencia<sup>23</sup>. Al contrario, máxime cuando se ha optado sobre todo, en los seguros de daños, por un plazo breve y, en principio, con una impronta de brevedad, que si bien no extrema, pues en algunas legislaciones el plazo es de un año, sí condiciona el grado de diligencia en la defensa de las propias pretensiones patrimoniales de los sujetos partícipes del seguro. Plazo habitualmente criticado por su brevedad<sup>24</sup>.

La prescripción es la plasmación más eviden-

23 Ya en la doctrina vaivenes jurisprudencia-jurisprudentielle de la Cour prescription en droit des assu-

545 y ss., véanse especialmente los epígrafes donde el autor disecciona si estamos ante una prescripción extintiva o meramente liberatoria, así como si ante una prescripción de orden público, pero también de interés privado. KULLMANN, "La prescription", *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, tome 3, 2ª ed., Paris, 2014, pp. 1181 y ss., p. 1186.

24 Argüía REGLERO, *Accidentes de circulación: responsabilidad y seguro*, [BADILLO(Coord.)], 4ª ed., Cizur Menor, 2018 (capítulo VII actualizado por González Barrio), p. 1078 como esta brevedad dota a la materia de una relevancia particular, que se manifiesta en la frecuencia con que la prescripción es abordada por los tribunales y en el hecho de que, en no pocos casos, constituye el principal *thema debati* de no pocas sentencias. Era DONATI, *Trattato*, II, cit., p. 512 el más gráfico cuando afirmaba: "En la relación asegurativa, ciertamente no menos que en otras relaciones jurídicas, el tiempo "brucia": y la brevedad de los términos establecidos por la ley o por las pólizas para la observanza de las cargas de denuncia lo está demostrando".

25 Como bien recordaba ARGANARÁS, *La prescripción extintiva*, Buenos Aires, 1966, p. 7 "Un derecho que no se manifiesta ... por la inactividad del acreedor, es un derecho que falta a su finalidad y equivale para la humana justicia, a un derecho que no ha existido: **lo cubre el olvido y lo sepulta el silencio de los años**".

26 La prescripción se ha fundamentado en las más variopintas bases, pero sin duda son sobresalientes las palabras DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II, cit., p. 146: "Sea lo que fuere de esta búsqueda de un fundamento último para la prescripción, lo cierto es que actualmente se ha convertido en una figura aceptada por la sociedad, sin reservas y útil, posiblemente necesaria, **para la limpieza y purificación drástica del tráfico jurídico, eliminando situaciones residuales que obstaculizarían el bien juego de las instituciones patrimoniales; aunque eso sea costa de ciertos resultados concretos injustos**".

27 Se planteaba ALBALADEJO, *La prescripción extintiva*, Madrid, 2003, p. 16 si prescribía el derecho o lo

**El nervio de la institución prescriptiva no es otro que el inejercicio de una acción para hacer valer o exigir una pretensión, un derecho. Inejercicio al que hay que sumar otra variable circunstancial, la falta de reconocimiento del derecho por la otra parte, el sujeto pasivo del derecho o deudor. La consecuencia, transcurrido un determinado umbral temporal y no exenta de una dosis cierta de seguridad jurídica que rompa la latencia de una situación, es la extinción del derecho mismo. De ahí que el ejercicio de la acción rompa, interrumpa y, consecuentemente exija ese derecho.**

te que el mero transcurso del tiempo genera y provoca tanto para la adquisición como para la pérdida de derechos, según estemos ante plazos temporales de prescripción adquisitiva o, por el contrario, extintiva<sup>25</sup>; con la prescripción, en cierto sentido, se purifican y adquieren certidumbre situaciones o relaciones jurídicas que, hasta ese momento, pendían o latían en un limbo de indefinición<sup>26</sup>; la consolidación de una situación jurídica económica irreversible en aras de una estabilidad y seguridad jurídica necesaria<sup>27</sup>. ¿Quid con aquellas pretensiones

gala se hacían eco de los les. SARGOS, «La doctrine de Cassation relative à la rances», RGDA, 1996, n.º 3, pp.

cuyo ejercicio extemporáneo y distanciado en el tiempo y que dimanen de hechos y situaciones jurídicas que otros han consolidado, pudieran ejercitarse en todo tiempo y en cualquier momento?

Serán hechos, materiales, fácticos, sea por cumplimiento lo sea por incumplimiento de hacer, de dar, incluso de conductas y comportamientos colaborativos los que exigirán o impedirán a la postre la consumación de una pretensión, de un derecho patrimonial en la mayoría de los supuestos de seguro. Pretensión que también puede ser liberatoria, extintiva. Y como en el derecho privado general, también en el campo del seguro hemos de indagar y perimetrar el fundamento de la prescripción<sup>28</sup>. Una indagación que, como bien se ha señalado, goza, en realidad gozó, de una presunción de cumplimiento<sup>29</sup>. Presunción asentada sin duda, en el orden público. Un orden que, en cierto sentido, penaliza la inercia o la inactividad de una de las partes que no tutela sus propias pretensiones patrimoniales y que, latente en el tiempo, termina por purgar aunque la misma genere un perjuicio para una de las partes. Así, la necesaria inactividad del acreedor durante un específico interim temporal va unida a este requisito temporal clave para que se concrete la prescripción<sup>30</sup>. Ese transcurso temporal minora y relaja la propia percepción del contrato y sus obligaciones, extingue o dificulta cargas probatorias, aumenta deudas,

grava con intereses, etc. El tiempo consolida situaciones fácticas que no deben permanecer indefinidas sine die. Mas eso sí, siempre y cuando estemos ante obligaciones susceptibles de prescribir, o lo que es lo mismo a sensu contrario, que la mismas no se configuren legalmente como imprescriptibles. Y en el caso del seguro, aquellas situaciones que derivan, que dimanen, en definitiva, de la relación contractual que vincula a asegurador y tomador/asegurado y, en su caso, beneficiario que puede ser ajeno al contrato, o puede consolidar además su posición con la de asegurado o la de tomador. Cuestión distinta es la posición jurídica del tercero, víctima o perjudicado o causahabiente de éstos. Conviene no olvidar tal y como nos recuerda la sentencia de la Audiencia de Castellón de 20 de marzo de 2018: “La prescripción, a diferencia de otras instituciones, debe ser invocada por la parte a la que beneficia y no puede ser examinada de oficio. En este sentido, su apreciación obedece a causas subjetivas o individuales que, por sí mismo, no se expanden o afectan a otros sujetos en la medida en que la estimación o no de dicho instituto responde a circunstancias particularizadas de examen individual en cada caso, más allá de que una determinada apreciación fáctica concreta en el análisis de esta cuestión pudiera haberle favorecido en el supuesto de haber recurrido la sentencia”.

Más complejo al interiorizar en el dicta-

---

hacia la acción.

28 Certero JARAMILLO, “La prescripción en el contrato de seguro”, cit., p. 28 afirma: “La apodíctica temporalidad de las relaciones jurídicas y la genuina necesidad de salvaguardar la seguridad respecto de ellas, evitando su proyección perpetua en el tiempo, dan lugar a que la legislación que se ocupa del contrato de seguro, también discipline lo relativo a la prescripción de sus “acciones”, sin perjuicio de su especialidad que, como es natural, diferencia al régimen prescriptivo del seguro, del régimen general, toda vez que posee una disciplina autónoma ...”

29 Así, admite KULLMANN, “La prescription”, cit., p. 1187 como “la prescription est alors fondée sur une présomption d’exécution de l’obligation. Ensuite, on estime que la vie sociale serait perturbée si un créancier pouvait agir pendant une trop longue période: le recours à la notion d’ordre public est ici essentiel (*quieta non movere*)”.

30 JARAMILLO, “La prescripción”, cit., p. 26 esa inactividad se traduce en la prescripción no se haya interrumpido por ningún medio idóneo, esto es, que no haya mediado circunstancia que implique actividad por el acreedor (*opus*) y, en esa medida, renueve la contabilización o decurso del término correspondiente.

do del artículo 23 es el de indagar si toda acción, toda “demanda” que las partes pueden plantearse entre sí están o no sometidas no a los plazos, sino al propio instituto prescriptivo.

#### 4.- ÁMBITO MATERIAL Y OBJETIVO DEL ARTÍCULO 23 LCS

Sin duda una de las cuestiones centrales de la prescripción asegurativa no son tanto los umbrales temporales de la misma ni su *dies a quo*, -si bien ambos de suma importancia-, cuanto la concreción exacta de “*las acciones que derivan del contrato de seguro*” y que, como tales, están sujetas a esos plazos de prescripción<sup>31</sup>. ¿Cuáles son esas acciones y qué significa “derivar”? Así las cosas, el perímetro del artículo 23 infiere que su aplicabilidad no es absoluta, como tampoco la intensidad de su autonomía respecto a la prescripción del Código civil. La raya -nunca sin embargo nítida- viene marcada por una premisa clara, el contrato, no lo que antecede al mismo, tampoco lo que lo circunda. Tampoco lo que no es contrato porque el mismo es nulo, pero sí todo aquello que nace de ese nexo axial que vincula a las partes. Mas ¿qué sucede con una nulidad sobrevinida por ejemplo por carencia absoluta de un elemento esencial del contrato mismo? Parece que, lo que antecede a ésta era válido pero y lo ulterior? O de la misma manera, qué ocurre cuando tras un proceso

interpretativo ciertas cláusulas son consideradas nulas y no procede una heterointegración o ésta es limitada y parcial, ¿puede esgrimir una acción el asegurado con basamento a una cláusula luego declarada nula y si es así, qué plazo prescriptivo impera? O si todo es nulo, ¿alcanzan tales efectos a cualesquiera acción o pretensión jurídico patrimonial del actor?

Y no lo es porque existen acciones que nacen del contrato, derivan del mismo tras su perfección, y hay otras que anteceden y preceden al contrato mismo, e incluso están por encima del contrato de seguro o se yuxtaponen al mismo, como sería el supuesto de nulidad del contrato bien por vicios del consentimiento, bien por adolecer de alguno o algunos de sus elementos esenciales como es la causa, el riesgo en el contrato de seguro. Quid con el daño o lesión que puede suponer una ruptura injustificada de unos tratos preliminares, ¿acaso cabría por esta vía el plazo prescriptivo del artículo 23 cuando ni siquiera se ha perfeccionado el contrato de seguro? Acciones que, relacionadas tangencial o directamente con el contrato de seguro, sin embargo, nacen de otra fuente, de otro origen, de otra causa próxima o remota pero autónoma per se.

##### 4.1. “Las acciones que se deriven”

Mas ¿qué son y cuáles son estas acciones y cuáles derivan del contrato como fuente real y legal que las edifica? “Las acciones que se deriven” es una expresión hartamente ambigua, abierta, imprecisa y vaga<sup>32</sup>. Mas sin embargo deseada para perimetrar ese ámbito. Deliberadamente abierta. Pretendidamente holística, absoluta, pero engañosa o, si se prefiere, un simple eufe-

<sup>31</sup> Véase la clasificación que llevó a cabo, DONATI, Trattato, II, cit., pp. 513 a 516

<sup>32</sup> Señalaba GASPERONI, *Le assicurazioni*, Milano, 1966, p. 93 que por derechos derivados del contrato de seguro se debe entender únicamente aquellos derechos que “tienen el propio título inmediato y exclusivo en el contrato de seguro (derecho al premio, a la indemnidad o a la suma asegurada, al “rilascio” de la póliza, etc.).



mismo. No toda acción que tutela y protege un derecho para el asegurador o para el asegurado o beneficiario, causahabientes, etc., nace del contrato, existen otras fuentes u otros marcos relacionales, sean éstos contractuales o no<sup>33</sup>.

Quid con la víctima o perjudicado que no es parte del contrato de seguro? Piénsese igualmente en un supuesto susceptible de plantear dos aristas, a saber, en seguros múltiples o cumulativos y coaseguros. La acción que un asegurador puede tener frente a otro asegurador nace del contrato, pero también puede tener un origen o causación al margen del contrato de seguro que le une con el asegurado. En un coaseguro estamos ante un único contrato con la peculiaridad que, desde una de las partes subjetivas del contrato existe una pluralidad de sujetos, las entidades aseguradoras (cuestión distinta serán sus relaciones y pactos internos), en cambio en un seguro múltiple las aseguradoras no forman parte de un mismo y único contrato, sino que, a priori, existen tantos contratos como entidades aseguradoras, por lo que, la acción que una aseguradora tenga frente a otra no se rige por las plazos prescriptivos

del artículo 23 LCS, piénsese en una repetición o en un regreso, cuestión distinta es que la aseguradora o varias accionen contra el asegurado donde el nexo es el vínculo contractual y, por consiguiente los plazos de prescripción del seguro<sup>34</sup>.

Ahora bien, el legislador español ¿ha planteado y seguido la misma lógica en el instituto de la prescripción en el derecho del contrato de seguro que para el resto de contratos y acciones de derecho privado? ¿a qué ratio responde configurar una prescripción en cierto punto “autónoma”?<sup>35</sup>, ¿y a cuál la configuración de esos plazos, pero sobre todo, esa dualidad temporal en función de si estamos ante seguros de daños y seguros de personas?<sup>36</sup>

¿A qué razones obedece una pretendida ruptura de unidad de criterio o lógica en torno a la prescripción? Sin duda, respecto del derecho común, estamos ante un derecho especial, sumamente práctico y casuístico<sup>37</sup>. Amén de cuestionarnos abiertamente sobre todo, ante la irrupción de seguros con autonomía y perfil propio como serían los supuestos de seguros de asistencia, si esos plazos, bianual de daños, quinquenal de personas le son aplicables

---

33 Claro, COLINA GAREA, “Artículo 23”, Ley, cit., p. 569 diferencia: “conviene diferenciar, en este contexto de relaciones complejas, entre las acciones que efectivamente surgen de un contrato de seguro y entre aquellas otras acciones que, pese a tener lugar en ese mismo marco de complejidad, poseen un origen diverso”.

34 Señala KULLMANN, “La prescription”, cit., p. 1203 al analizar el seguro cumulativo, como para la “Cour de cassation, l’action ne dérive pas du contrat d’assurance, et échappe donc à l’article L. 114-1 du Code des assurances. À ses yeux, elle est fondée sur l’article L. 121-4 du Code des assurances, et l’action d’un assureur contre un autre relève donc de la prescription de droit commun”.

35 En Portugal la Ley del seguro prevé una prescripción propia para la prima, el derecho del asegurador al premio, dos años, y para los restantes derechos derivados del contrato de seguro, éstos prescriben a los cinco años a contar desde la fecha en que el titular tuvo conocimiento del derecho. Para las víctimas (lesados) y sus derechos frente al asegurador la prescripción se atiene a lo regulado en el Código civil (art. 145). Vid. MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, 2ª ed., Coimbra, 2017, p. 750.

36 A diferencia de la ley española, los PEICL han adoptado un plazo de un año para la acción de pago de la prima, y para el pago de la prestación del asegurador, el sistema opta por un doble plazo que considera: una prescripción de diez años, llamada absoluta, a contar desde el siniestro, y un periodo de tres años que empieza a contar desde el día en el que el asegurador ha comunicado su decisión final sobre la demanda del asegurado, bien sea la de garantía, bien la de rechazo de esa garantía y por ende de la indemnización. VEIGA COPO, *Los principios europeos del derecho de contrato de seguro*, Bogotá, 2011.

37 Incide en el particularismo del derecho de seguros y su cualidad de derecho especial sin ambigüedades respecto de la prescripción frente a la reforma de la misma en el Code civil en 2008, NICOLAS, *Droit*, cit., p. 351.

o son una suerte de *tertium genus*? Igualmente cabe cuestionarse la ratio última de que, hasta la entrada en vigor de la LNM el plazo de prescripción en seguros marítimos fuere de tres años [ex artículo 954 CDC], hoy en la regulación específica marítima [artículo 438] el plazo sí se igual al del artículo 23 en sede de daños, dos años.

#### 4.2.- Los frentes objetivos de la prescripción.

Pero esta plasmación de la prescripción en el contrato de seguro presenta frente diversos. Si bien una de las grandes premisas para el ejercicio de la acción parte de un presupuesto claro y sistemático en los ordenamientos civiles, a saber, el ejercicio de la acción desde la fecha en que el titular tiene conocimiento de su derecho, lo que implica postular el sistema subjetivo, frente al sistema objetivo, más típico éste de las prescripciones ordinarias. Prescripción que se interrumpe, que se suspende, es más, interrogémonos verdaderamente si se puede renunciar a la misma o esto excede la libre disposición y autarquía personal de las partes. Piénsese en las consecuencias que tiene el no pago de la prima, sea ésta única, sea continuada o periódica, sea incluso un fraccionamiento y los plazos taxativos para su exigibilidad. Colijase además en estos supuestos su propia idiosincrasia conforme a la LCS donde amén del

no pago acaece la suspensión de la eficacia, pero no la extinción del contrato de seguro durante al menos cinco meses desde el vencimiento de la prima. Así las cosas, el no pago de la prima y la acción para exigirla y reclamar al tomador, ¿debe versar siempre sobre la prima en curso o cabe todas aquellas anteriores impagadas? ¿juega el mecanismo suspensivo del no pago del artículo 15 LCS siempre y en todo caso?<sup>38</sup>

Acaso no cabría pensar que, la no actuación de la aseguradora ante el impago no es sino consecuencia de una presunción de que la prima sí había sido efectivamente pagada? O por qué no activó los remedios expeditivos, incluso la vía ejecutiva cuál título valor de la póliza, para la exigibilidad de la prima, incluso primas, no pagadas por el tomador o asegurado?<sup>39</sup>; pero, por otro lado, piénsese en los plazos pero sobre todo en las verificaciones de hechos y sucesos que, en función del ramo de seguro, tiene el siniestro y por ende, el pago de la indemnización.

El no pago de la prima activa una serie de consecuencias y actuaciones del asegurador que ve frustrado así sus ingresos y provisiones en aras de un equilibrio financiero<sup>40</sup>. Consecuencias que pasan también por una suspensión de la eficacia de la cobertura del contrato un mes después del día de su vencimiento en caso de impago de primas sucesivas ex art. 15.2 LCS<sup>41</sup>.

38 Difiere el caso KULLMANN, “La prescription”, cit., p. 1205 cuando el pago de la prima se lleva a cabo por un “agent général” que actúa contra el asegurado después de haber pagado el mismo la prima vencida con sus propios recursos al asegurador.

39 Acaso el no pago de la prima, y la prescripción bianual de los seguros de daños, implícitamente supone o releva ¿una presunción de pago? Este mismo interrogante lo plantea KULLMANN, “La prescription”, *Traité de droit des assurances*, cit., p. 1188. Relaciona SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 23”, Ley, 4ª ed., cit., p. 568 los artículos 15 y 23 LCS relativos al impago de la prima. Para el profesor Calero el no pago de la primera prima o única, si no se opta por la resolución, el asegurador tendrá una acción que prescribirá a los dos años del día del vencimiento de esas primas.

40 Señalan PAFUMI/SPAGNOLO, cit., p. 4 como la mera discusión de la existencia de un siniestro indemnizable, así como la medida de esta indemnización y si ha prescrito o no, dañaría la exactitud de las provisiones estadísticas que el asegurador debe cumplir, y consecuentemente, a su equilibrio financiero.

41 Afirma MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, cit., p. 750 si bien se fija una prescripción de dos años del derecho del asegurador a la prima a contar desde su vencimiento, esta regla debe ser “conjugada” con otras, como la que determinan la resolución automática del contrato en el caso de falta de pago de la prima inicial.

Pero la propia norma va más allá, buscando la resolución del contrato y no su latencia, a saber, si el asegurador en estos casos no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima, se entenderá que el contrato queda extinguido. Es la extinción del contrato la clave sobre la que giran las consecuencias más onerosas del contrato de seguro, lo que no empece para que, amén esa resolución, el asegurador sí pueda reclamar hasta que prescriba el plazo del artículo 23 LCS el pago de la prima. Y el cómputo empezaría, a nuestro juicio, una vez hubieren transcurridos esos seis meses que, ministerio legis, extinguen la rela-

ción contractual. Hay contrato, es una prima sucesiva, y el efecto es que la acción tutela la pretensión del asegurador. Cuestión distinta es la primera prima o la prima única donde el asegurador puede optar por una dualidad, o exige el pago de la prima en vía ejecutiva en base a la póliza, para lo que tendría como plazo para entablar la acción los expresados en función del ramo en el artículo 23, o resuelve el contrato.

A ello únase la interpretación, cuestionable, que hizo el Supremo en su sentencia de 9 de diciembre de 2015, y que, en el supuesto de reclamación del pago de

**Prescripción y acción son nociones entrelazadas, simbióticas, pero a la vez excluyentes mutuamente. Máxime si la filosofía que inspira y vertebra el contrato de seguro es el de la protección del asegurado. Así las cosas, señala el artículo 23 de la LCS que las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si se trata de seguro de personas. Dejemos ahora aparte la responsabilidad civil de vehículos a motor y el plazo de un año del artículo 7 de su norma en supuestos de responsabilidad extracontractual.**

la prima impagada queda el plazo a merced del artículo 23 LCS, por lo que la prescripción sería para impagos en seguros de daños, dos años, y en los de personas, el de cinco años, pero, ¿a qué lógica responde tamaño dislate o solo por ese seguidismo diferencial entre unos y otros ramos de seguro? Eso sí, sin obviar el régimen especial que pueden plantear los seguros de personas con la figura de la reducción del seguro tras el no pago de primas sucesivas. Pero el siniestro y la eventual activación del pago de la indemnización va a exigir ex ante la comprobación y verificación de ciertos extremos, una vez acaecido el daño, y que no

son sino la manifestación

del mismo, su existencia y consistencia, que ese daño está vinculado al riesgo asegurado y, por tanto, cubierto por el riesgo delimitado y, finalmente, que no se producen causas o elementos de exclusión y oponibilidad que enerven esa pretensión patrimonial<sup>42</sup>. Piénsese además que, el mero transcurso del tiempo, por su propia contingencia tiene un efecto dañino sobre pruebas y hechos que demuestren la existencia, pero también el alcance del perjuicio sufrido por el asegurado o por el beneficiario, máxime ante daños materiales en los bienes o patrimonio.

<sup>42</sup> Como bien señalan PAFUMI/SPAGNOLO, cit., p. 3 en el seguro de vida o contra accidentes mortales, en los cuáles la indemnización está predeterminada al momento de la perfección del contrato, se hace imprescindible verificar siempre si el evento (muerte o sobrevivencia) deducida en el contrato no sea “per avventura imputabile a cause rientranti tra quelle che comportano l’esclusione della copertura assicurativa”.

Pero ciérranse frentes aún abiertos en la doctrina y la jurisprudencia tanto en torno a la naturaleza jurídica del seguro de caución, como si, a éste, le es aplicable el artículo 23 LCS o por el contrario el genérico del código civil<sup>43</sup>. Clásica la entencia del Supremo de 5 de junio de 1992 (RJ 1992, 5002), cuando fundamenta: "... al no ser, según la recurrente, contrato de seguro de caución y así de fianza, el plazo de prescripción que la Sala *a quo* señala con base en el artículo 23 de la Ley 50/1980 supone infracción interpretativa de los artículos que en las motivaciones tercera y cuarta cita como infringidos en lugar de aplicar el art. 1964 CC"<sup>44</sup>.

Algunos ordenamientos explícitamente distinguen, en función de la interrupción, entre prescripción natural y prescripción civil. La premisa diferenciadora viene porque la interrupción se produzca como consecuencia natural del hecho de reconocer el deudor la obligación, sea de un modo expreso, sea de un modo tácito; por su parte, se interrumpe civilmente por la demanda judicial<sup>45</sup>. Las causas de un siniestro, la problemática de fijar el daño, pero sobre todo, la liquidación del mismo sin duda dificulta marcar y fijar un día, un término desde el cual iniciar con certeza y seguridad el

cómputo para la prescripción. Cauce que abroga la pretensión patrimonial transcurrido inactivamente el plazo para hacer valer el derecho o la acción.

Prescripción y acción son nociones entrelazadas, simbióticas, pero a la vez excluyentes mutuamente<sup>46</sup>. Máxime si la filosofía que inspira y vertebrata el contrato de seguro es el de la protección del asegurado. Así las cosas, señala el artículo 23 [RCL\1980\2295#A.23] de la LCS que las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si se trata de seguro de personas. Dejemos ahora aparte la responsabilidad civil de vehículos a motor y el plazo de un año del artículo 7 de su norma en supuestos de responsabilidad extracontractual<sup>47</sup>.

## 5.- ACCIONES QUE PRESCRIBEN CONFORME AL PLAZO DEL ARTÍCULO 23 LCS

Aún corriendo el riesgo en caer en un casuismo, nunca cerrado ni completo, no cabe duda que el artículo 23 debe interpretarse cum grano solis y diseccionando su aplicabilidad en base a ese vínculo clave, cual es, la existencia del contrato de seguro,

43 COLINA GAREA, "Artículo 23", Ley, cit., p. 564 y ss., dualiza esa vieja discusión sobre si la relación contractual que vincula a las partes ha de ser calificada como contrato de fianza o seguro de caución.

44 Más confusa la STS de 23 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2474) que a priori parecía que sí admitía el plazo prescriptivo del artículo 23 LCS ante una acción de reembolso del artículo 68 en un supuesto de avales que había sido concedidos como garantía dimanante de un contrato de caución, para concluir que no era aplicable la normativa de la LCS habida cuenta que la actora había negado expresamente que estuviese ejecutando una acción relacionada con el seguro de caución.

45 Así se pronuncia JARAMILLO, *La prescripción*, cit., p. 173 como deviene absolutamente meridiano que en el derecho colombiano la prescripción extintiva, de una parte, puede ser interrumpida y, de la otra, que el efecto consustancial a dicha interrupción es que el término que estaba corriendo o que se encontraba en estado de consolidación, se ve truncado y, por ende, deberá comenzarse a contar de nuevo como si no hubiese corrido ninguno. Gráficamente, habla de «borrón y cuenta nueva» HINESTROSA, *La prescripción extintiva*, Bogotá, 2006, p. 174.

46 Señala STIGLITZ, *Derecho de seguros*, 5.ª ed., cit., p. 334 como la prescripción es noción inseparable de la acción, de allí que quepa afirmar que el curso de la prescripción se inicia (dies a quo) desde que el crédito es exigible, en razón de que la correspondiente acción ha quedado expedita.

47 Nos recuerda SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 23. Prescripción", cit., pp. 553 y 554 los avatares prelegislativos que tuvo la redacción del precepto de prescripción en el seguro, así como las enmiendas entre ellas la de unificar los plazos para toda clase de seguros reduciéndolos a dos años, con la aclaración de que tal término debía servir para todas las acciones que deriven "directa o indirectamente del contrato de seguro".

por lo que toda pretensión que derive, nazca en función y origen del contrato, contará con el plazo prescriptivo de ese artículo. Quizás, la clave, no sea otra que indagar con rigor en el objeto mismo de la acción, de la pretensión que fundamenta el ejercicio del derecho y el plazo que la ley a fin de cuentas, le asigna o confiere. Dirimir cuándo y en base a qué y por qué la prescripción bianual o quinquenal recogida en el artículo 23 conforme al ramo oportuno de seguro y cuándo no es aplicable sólo es viable en base al análisis del derecho o la acción que lo esgrime en cuestión. Fuera de ese marco es absurdo el cuestionamiento. Es el derecho y su tutela lo que subyace en definitiva para optar por una u otra prescripción amén de destilar la esencia y nervalidad de lo que es contrato de seguro y lo que dimana directamente de ese contrato y atañe a las partes<sup>48</sup>.

Una indagación que debe aislar el nervio que fundamenta el derecho, la acción misma, unas veces vinculado sin duda a la ejecución defectuosa, incompleta o nula del contrato, y dónde será clave conocer y deslindar las causas de esa ejecución infructuosa o los motivos de la nulidad y, otras, asidas de un modo u otro, pero en todo caso colateral y no nerval al contrato de seguro y por el que se tutelan derechos y pretensiones de sujetos a los que el seguro, en cualesquiera de sus vertientes y manifestaciones, pero sobre todo en el daño, afecta, como es el caso del tercero víctima que acciona frente a la entidad aseguradora, pudiendo además hacerlo frente al causante del daño. Víctima cuya pretensión y su tutela escapa al corsé prescriptivo del artículo 23 LCS. Piénsese además en este supuesto último, en el que la víctima, inmune a las excepciones entre asegurador y asegurado dañante, acciona en vía directa frente al asegurador que resarce el daño y ulteriormente éste, acciona en regreso frente al ase-

gurado dañante, mas, ¿a qué plazos y bajo qué regímenes de prescripción están sometidas ambas acciones habida cuenta que, en la primera no hay vínculo contractual de seguro y en la segunda sí? O piénsese igualmente el régimen jurídico que le es aplicable al acreedor o persona que se subroga en los derechos de su causante, tradens, o vía mortis causa, ¿a qué régimen se acoge, al mismo que regía para quién antes acreditaba el derecho? Pues si el mismo nova, se subroga en la posición del anterior titular y corre la suerte jurídica de aquél, también supone que le son oponibles idénticas excepciones que al suscriptor o tomador o asegurado originario se le podían oponer.

Sabemos que el beneficiario no es parte subjetiva del contrato, pero su derecho nace de su designación en el contrato de seguro. Qué ocurre, pongamos por caso, con las pretensiones de los acreedores del beneficiario que se ve sometido a un concurso de acreedores necesario y en el que es desposeído y apartado de toda administración, ¿el ejercicio de las acciones correspondientes puede ser ejecutadas por la administración concursal en su caso y conforme a qué plazos prescriptivos? O el hecho de existir un concurso puede romper ese nexo del beneficiario con el contrato de seguro a efectos de prescripción?

El problema no es otro, sin duda, que la falta de rigor y claridad de la norma y sí su alambicado pero también genérica redacción. Desde la amplitud de “acciones que derivan” hasta no diseccionar y trazar una línea nítida de acciones y derechos que han de acogerse realmente a los plazos del 23 LCS y cuáles a otras prescripciones del derecho privado.

Ello no empece a que, en rigor, en este ámbito la heterogeneidad sea quizás el denominador común, pues son muchas las pretensiones, los derechos y las potenciales acciones que dimanar, nacen o son cola-

---

48 Afirma KULLMANN, “La prescription”, cit., p. 1200 como el criterio de distinción, o más bien de “ventilation”, entre prescripción bienal y otras prescripciones podría parecer encontrarse en el objeto mismo de la acción.

terales al seguro, a su contrato, a sus efectos, pero también al daño. Pero un interrogante es clave, en aras a buscar la comprensión total del precepto, ¿toda pretensión que derive, nazca del contrato de seguro queda sujeta a ese plazo prescripcional?<sup>49</sup> O dicho de otro modo, ¿cuál es el exacto ámbito aplicativo del artículo 23 LCS? Toda acción, todo derecho que dimanase legal o contractualmente del contrato de seguro vigente y perfeccionado ha de someterse ipso iure o por mandato legal a estos plazos de prescripción específicos del seguro, o, en su caso, ¿podrían gozar de los plazos entablados en otros cuerpos legales?<sup>50</sup>

A ello debería antes partir de una premisa cierta, ¿desde cuando existe contrato de seguro y desde cuando el mismo es eficaz o plenamente válido? Deslindada la fase precontractual de la genuina contractual, sabemos que la eficacia del contrato de seguro, al menos eficacia plena, suele y puede condicionarse, al pago de la prima por parte del asegurado o del tomador. Superadas los viejos corsés formalísticos del contrato de seguro que supeditaban la existencia misma del contrato a la emisión y entrega de la póliza, sabemos que la consensualidad informa y sustenta el contrato de seguro, lo que no es óbice para que, en tanto no se pague la prima, el contrato se inserte en una latencia o pendencia obligacional (ex. Art. 1121 CC). Y ello entronca también con la unilateralidad o por el contrario bilateralidad en la ejecución de las obli-

gaciones y la fuerza taumatúrgica para la perfección o por el contrario, para el desarrollo o ejecución puede tener el contrato. Es claro que, si no existe contrato, el plazo prescriptivo no es el del art. 23 LCS sino el del art. 1964.2 CC en su caso. Si lo existe, pero el mismo manifiesta una ruptura del sinalagma, del equilibrio contractual, de las bases esenciales de valoración del riesgo y su declaración, como sería una falsa declaración del mismo, o una cláusula de incontestabilidad ante la que se descubre el dolo del tomador, la acción prescribe conforme a la LCS.

Pongamos un ejemplo, ¿cuál es el plazo de prescripción para que el tomador o asegurado pueda solicitar la anulación del contrato por vicio de consentimiento, el del artículo 23 o el del código civil?<sup>51</sup> Adviértase además que el paradigma cambia en función de si se ha perfeccionado, consumado, el contrato de seguro. Como es sabido y a tenor del artículo 1301 CC en supuestos de intimidación y violencia el *dies a quo* a partir del cual comienza a correr el plazo de la acción de anulación arranca desde el día en que cesaron éstas después de que el contrato haya sido consumado. En supuestos de error, dolo o falsedad en la causa el *dies a quo* corre desde que el contrato se consumó.<sup>52</sup> ¿Y cuál el de la acción que trata de resolver el contrato de seguro ante el descubrimiento de una falsedad, reticencia u omisión en la declaración precontractual

49 Criticando la insuficiencia de los principios legislativos, y poniendo énfasis en la gravedad que puede suponer que toda acción que derive del contrato se somete a la prescripción bienal del seguro, KULLMANN, "La prescription", *cit.*, p. 1199.

50 No es solo el caso español un supuesto aislado a la hora de discernir ese ámbito objetivo de actuación. KULLMANN, "La prescription", *cit.*, p. 1191.

51 "*Temporis tractu non confirmatur, quod de jure ab initio non subsistit*". La acción de nulidad no se extingue ni por caducidad ni tampoco por prescripción. Vid., DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 480, quién advirtió que el negocio nulo no es sanable por prescripción y que, categórico aseveraba: "la llamada acción de nulidad, conforme a su peculiar naturaleza, no se extingue por caducidad (la del art. 1301) ni por prescripción (la del art. 1964)".

52 Para mayor profundidad, CARRASCO, *Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2010, pp. 676 y ss. Nos recuerda el profesor Carrasco, p. 679 como el art. 1301 CC es una norma explícitamente limitada en su tenor a unos determinados supuestos de vicios del consentimiento, donde no puede plantearse la cuestión de los terceros.

del riesgo y que fue esencial para la perfección del contrato de seguro mismo? Cuestión distinta es saber trazar con nitidez cual es el umbral temporal y el *dies a quo* para el inicio del plazo<sup>53</sup>. Pues en caso de reticencia, ¿cuál es ese *dies a quo*? ¿el de la manifestación de la reticencia en la contestación al cuestionario?, ¿el de la perfección del contrato?, ¿el de la entrega de la póliza?, ¿el del mes transcurrido desde la entrega de la póliza ex art. 8 *in fine* LCS?, o ¿por qué no el diez a quo se inicia desde el momento en que el asegurador conoció la reticencia, la falsedad de la declaración y que rompió el equilibrio contractual? Y, finalmente, ¿cómo definimos y anclamos el día en que efectivamente pudo ejercitar su derecho de resolución la aseguradora en caso de esta ruptura de la buena fe contractual como es omitir, mentir en la declaración del riesgo? No cabe duda que, lo único cierto es que esta acción sí deriva del contrato de seguro, no en cambio si hubiese daños por estas omisiones, deberes de información precontractuales, si nunca se hubiere perfeccionado el contrato, por lo que los plazos serían los del Código Civil.

Acaso el dictado y el vocablo “acción” del artículo 23 LCS no es lo suficientemente extensivo pero también borroso e impreciso para discernir y delimitar su concreto ámbito de aplicabilidad? Al supuesto de

nulidades radicales del contrato, para el que no actúa ni sirve este artículo que no puede sanar por el transcurso de esos plazos ni otros, pues el tiempo no sana la nulidad radical, se siguen otros supuestos que no encajan en el ámbito de aplicación material del artículo 23, como el derecho de subrogación del asegurador toda vez que ya ha pagado la indemnización y para los que los plazos de este artículo tampoco juegan<sup>54</sup>.

“*Quod ad initium vitiosum est non potest tractu tempore convalescere*”<sup>55</sup>. Dos años, cinco, ex artículo 23 LCS, o conforme al código civil, los cuatro años que por vicio de consentimiento prescribe el artículo 1301 del Código civil?<sup>56</sup> Nada dice el artículo 23 LCS sin embargo, a diferencia de otras normativas foráneas respecto a la prescripción en el pago de la prima y sus vencimientos, subsumiéndolo en un genérico “las acciones que se deriven del contrato de seguro”, cajón de sastre holístico<sup>57</sup>.

No cabe duda que, quizás en el momento prelegislativo de esta norma de seguros, los supuestos más recurrentes serían los relativos a la ejecución de las obligaciones del propio contrato y, particularmente, el de la prima y el de la indemnización. Es decir, los plazos prescriptivos que tendría el ejercicio de la acción ante el impago de las primas y el impago de la indemnización, sean éstos totales lo fueren parciales.

53 Tenía claro GASPERONI, *Le assicurazioni*, Milano, 1966, p. 93 que la acción de anulación del asegurador no procede vía art. 2952 y sí 1892.

54 Acierta SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 23. Prescripción”, *Ley*, 1ª ed., cit., p. 357 cuando asevera como el plazo de prescripción del asegurador dependerá de la naturaleza que tenga el derecho que tenía el asegurado frente al tercero responsable (art. 43 LCS).

55 Es la conocida como “regla catoniana”, D. 50, 17, 29.

56 Conforme también SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 23. Prescripción”, *Ley* cit., p. 357 para quién este supuesto refleja en forma negativa la no aplicación del artículo 23 LCS. Una acción, la de nulidad, que no deriva del contrato de seguro, que no es válido, sino de su nulidad. También PAFUMI/SPAGNOLO, cit., p. 121 que distingue este supuesto claro de nulidad, de la acción de anulación del contrato en caso de falsas declaraciones o reticencias dolosas.

57 Explícito en este punto el art. 2952 del Codice que, en su párrafo primero expresamente establece que el derecho al pago de la tasa/fracción de la prima prescribe al año del vencimiento. Así RUSSO, «Art. 2952. Della prescrizione e della decadenza», Commentario breve al diritto delle assicurazioni, [VOLPE PUTZOLU (Dir.), Padova, 2010, pp. 168 y ss., p. 168. El problema sin embargo estriba en dirimir cuál es el auténtico alcance de la noción “altri diritti” y cómo se interpreta la misma. PAFUMI/SPAGNOLO, *La prescrizione*, cit., pp. 121 y ss.

¿Es aplicable al impago de la prima, al impago de la indemnización, o al exceso de pago de ambas, los plazos prescriptivos del artículo 23 LCS o por el contrario han de cobijarse bajo los genéricos plazos del Código civil? ¿derivan ambas acciones o pretensiones del contrato de seguro siendo como son genuinas obligaciones más que deberes de las partes y cuya causa está en el sinalagma mismo del contrato?<sup>58</sup> Y al establecer estos plazos genéricos, aunque breves, lo hace para todas las partes y, por tanto, con independencia de quién actúe y los derechos que se exijan, tanto por el asegurador como por parte del asegurado y, en su caso, beneficiario<sup>59</sup>. Y si bien el ámbito de delimitación subjetiva es claro, a saber, afecta a las partes de ese contrato, no lo es tanto, el ámbito de delimitación objetiva, y no lo es por la generalidad advocativa del propio dictado del artículo 23 al tratar de englobar toda acción dimanante del contrato como canalizadora cuando no instrumental al plazo mismo de prescripción. Pues, es dable que, ante el pago de lo indebido, pensemos en la prima indebidamente pagada, o exceso de prima, o la indemnización indebidamente pagada, ¿habrían de jugar esos dos plazos, dos y cinco años, en función del ramo porque así lo prescribe el artículo 23 LCS o debemos ir al plazo general de los códigos?<sup>60</sup>

Piénsese por ejemplo que tras el acaecimiento de un siniestro y la delimitación exacta de una suma indemnizatoria acordada o transada con el asegurado, algo típico

en no pocos ramos de seguro, el acuerdo o pacto o suma propuesta por el asegurador y el asegurado, ¿mana o deriva del contrato de seguro? Sin duda trae causa del contrato, pues el siniestro no es sino la manifestación y realización del riesgo asegurado y por ende garantizado dentro de la cobertura del contrato. Delimitado y valorado el daño, la indemnización resarce y repara éste. La acción de ejecución de esta suma acordada (no siempre ante pólizas estimadas que son, a priori, incuestionadas aunque puedan ante situaciones de dolo o de infraseguro corregidas), entra de lleno en los plazos prescriptivos del artículo 23<sup>61</sup>.

A ello debe añadirse ahora que para el Tribunal Supremo (Sala Primera) en sentencia de 17 marzo 2016, Rec. 353/2014, 3.º declara como doctrina jurisprudencial que «el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de dos años, establecido en el art. 23 LCS para el seguro de daños respecto de la reclamación del asegurado a su aseguradora, en los casos en que haya existido reclamación judicial, es el de la notificación de la resolución que determina la firmeza de la sentencia condenatoria, pues desde ese momento puede ejercitarse la acción de modo efectivo y con pleno conocimiento del alcance de la obligación de indemnizar».


Un término exiguo y breve en el que perentoriamente habrán de hacerse valer las acciones derivadas del contrato de seguro para adquirir o definitivamente perder los derechos que las partes, y otros elementos subjetivos del contrato, beneficia-

58 Aduce la multitud de interpretaciones que la expresión “derivan” es decir todas las acciones que derivan del contrato de seguro, NICOLAS, Droit, cit., p. 353 y las focaliza precisamente en la ambigüedad de la misma, y las dificultades que genera su empleo.

59 Nos recordaba el profesor GARRIGUES, *Contrato de seguro*, cit., p. 117 como se cuestionaba, si el plazo prescriptivo se aplica sólo a las acciones del asegurado contra el asegurador o también a las de éste contra aquél.

60 Aducen PAFUMI/SPAGNOLO, *La prescrizione*, cit., pp. 121 y ss., p. 122 como el derecho del asegurado a repetir el premio o del asegurador a repetir la indemnización, cuando uno y otro resultan pagados indebidamente (sea porque no son debidos, porque ya han sido pagados o porque exceden de lo debido), el título para la restitución se encuentra en la condicio indebiti, y no en el contrato de seguro, con el consecuencia que opera la prescripción ordinaria decenal.

61 Advierte KULLMANN, “La prescription”, cit., p. 1206 a diferencia de este supuesto aquél en el que la demanda en utilidad del acuerdo se funda en dolo del asegurador.



**a**sjusa abogados

Despacho especializado en

**RESPONSABILIDAD CIVIL  
Y SEGUROS**

Expertos desde 1998:

Responsabilidad civil profesional · Pólizas de vida y salud

Responsabilidad patronal y prevención de riesgos

Daños materiales y personales

Nuevas tecnologías y protección de datos · D&O (pymes)

**20**  
ANIVERSARIO  
1998 - 2018

Alcalá, 85 · 28009 Madrid · 91 431 20 73

[www.asjusa.com](http://www.asjusa.com)

rio, causahabientes, etc., puedan o podrían esgrimir<sup>62</sup>.

Es obvio que el derecho a la indemnización nace del siniestro materializado sobre unos riesgos cubiertos y asegurados en el contrato. Cuestión distinta es cerrar una fecha cierta y definitiva del siniestro, concluido el *iter* siniestral y manifestado en toda su objetiva y magnitud el daño, pero ¿influye en ello la fecha en la que se decide el quantum resarcitorio, sea extrajudicialmente sea judicialmente en la relación de seguro? O dicho de otro modo en aras de la tutela del asegurado, qué prima, ¿la fecha del siniestro o la fecha en que se cuantifica y comunica el quantum indemnizatorio al asegurado?

Como también no es menos obvio que la prima de la que pende la obligación *-pendente obligatione-* del asegurador del contrato de seguro de asumir la cobertura es la genuina manifestación de la obligación esencial que tiene el asegurado o tomador, no naciendo la eficacia obligacional para el asegurador a priori en tanto ésta no esté abonada.

Otra cuestión es hablar de terceros y de perjudicados y si a los mismos les es o no aplicable el dictado del meritado artículo. Mas, quién es tercero de esa relación contractual de seguro, ¿debe pasar por los plazos del artículo 23 LCS al plantear una acción contra asegurador, asegurado o tomador?, dicho de otro modo, ¿su pretensión dimana cual “acción que se derive del contrato de seguro” ex artículo 23, del contrato, o es consecuencia de una acción u omisión del asegurado o quién titule el interés asegurado que causa un daño personal o material en su patrimonio? El tercero que tiene derecho a un resarcimiento por un

daño, en este caso extracontractual y que tiene acción directa frente al asegurador, amén de la posibilidad de entablar cualesquiera acciones que estime pertinente frente al causante dañante, debe encerrarse en este umbral temporal de la LCS, o estamos ante el plazo de un año aquiliano? El derecho de este tercero, víctima, no nace de un contrato de seguro, por lo que su acción no deriva de éste, sino de la acción u omisión que ha generado la obligación al asegurado de resarcir el daño que ha ocasionado a un tercero. Quién goza de un derecho propio ajeno a las excepciones, pero también encorsetamientos de un contrato ajeno a él<sup>63</sup>. Y en parecidos términos, pagada la indemnización por el asegurador al dañado, sea éste asegurado, lo sea un tercero, ¿cuál es el plazo que tiene la aseguradora para plantear la subrogación frente al tercero causante y responsable del daño?

Pero habrá terceros que entran o subentran en la relación jurídica por subrogación, novación subjetiva o por la mera o misma transmisión del objeto asegurado, el interés. O piénsese en aquellos supuestos de seguros donde la póliza está emitida a la orden o por cuenta de quién corresponda. El tercero adquirente, tenedor en definitiva del título valor, queda ligado al contrato, subentra en la relación jurídica de seguro, le son oponibles excepciones, el contenido contractual y clausulado, los límites, las exclusiones y, sin duda, la esencia misma del contrato. Casos también de sucesión de empresa ex art. 44 ET y en los que, la aseguradora puede consentir la transmisión de la póliza a ese nuevo asegurado.

Y, finalmente, en caso de reaseguro, ¿cuál es el plazo de prescripción?, ¿el del artículo 23 para seguros de daños o tiene

62 Plazos exigüos que son la tónica en los ordenamientos europeos. En Italia, el plazo es de un año, en Alemania, dos años para seguros de daños, cinco para los de personas; en Finlandia, tres años; en Bélgica se opta por tres años, en los Países Bajos tres años desde que el asegurado toma conocimiento de su derecho a la prestación. Un buen análisis KULLMANN, “La prescription”, cit., pp. 1183 y ss.

63 Como bien señalaba SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 23. Prescripción”, *Ley*, cit., p. 358 en este caso del derecho propio del tercero perjudicado, el plazo de prescripción dependerá de la naturaleza de la acción de responsabilidad de la que sea titular (contractual o extracontractual).

# ¿Qué le pedirías a un *bufete de abogados*?

*Seguridad* *Sensatez* *Dedicación* *Innovación*

*Proactividad* *Compromiso* *Confianza* *Implicación*

*Cercanía* *Transparencia*

*Familiaridad* *Capacidad*

*Visión* *Rigor* *Imaginación* *Vitalidad*

*Conocimiento* *Polivalencia* *Entrega* *Estrategia*

**hispa colēx**  
BUFETE JURÍDICO

Socios de HispaColex Bufete Jurídico

## hispacolēx

BUFETE JURÍDICO

### Más de 25 años dedicados al Derecho de Seguros

SOCIO DE

 **HISPAJURIS**



**Málaga**

Fiscal Luis Portero, 7 - 2ª Pl  
29010 Málaga  
Tel.: 952 070 793

**Granada**

Trajano, 8 - 1ª Pl  
18002 Granada  
Tel.: 958 200 335

**Jaén**

Paseo de la Estación, 13 - 3ª Pl  
23007 Jaén  
Tel.: 953 870 417

[hispacolēx.com](http://hispacolēx.com)

por contra un plazo propio?<sup>64</sup> Y es que un ámbito es el del tercero víctima del artículo 76 LCS y otro bien distintos el del tercero o terceras personas que adquiere derechos de un contrato de seguro del que nunca han sido parte subjetiva, pero cuya pretensión nace de ese vínculo contractual, piénsese en el beneficiario designado por el tomador del contrato de seguro, piénsese en los herederos –mortis causa– del asegurado, pero también en los casos de cedentes y cesionario en la transmisión del objeto asegurado ex arts. 34 y 35 de la LCS, desde una sucesión de empresa, a la venta del bien asegurado, al margen de los distintos intereses que, sobre el bien pudieren existir. Adquisiciones derivativas de bienes o intereses que estaban sometidos a un vínculo asegurativo y que, el tradens cede, salvo renuncia o resolución del contrato por la novación subjetiva, al accipiens que se subroga en la posición del tomador primigenio. A estos se les aplican los plazos prescriptivos del artículo 23 LCS<sup>65</sup>.

No todos los plazos que enarbola la LCS, y son muchos, son plazos de prescripción. Al contrario, también conviven con plazos de caducidad. La regulación del contrato de seguro está llena de estos plazos. Y no todas las acciones en las que la legitimación pueda ser del asegurador, o del asegurado, están sometidas a los criterios del artículo 23. En este sentido han de entenderse que no toda acción que pueda enta-

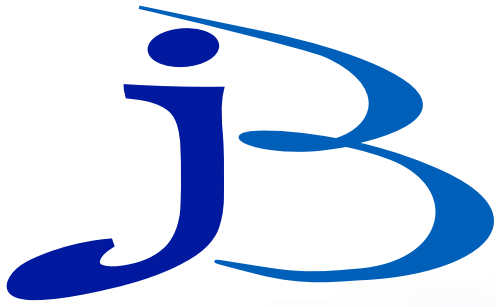
blar el asegurado o la aseguradora frente a la otra parte son casos o supuestos que han de someterse a una genuina prescripción, sino de caducidad, por lo que, sobre todo ante el no ejercicio de los deberes y facultades que la LCS establece, léanse artículo 10, 12, 13, 35, etc., estamos ante auténticos plazos de caducidad que no de prescripción y que por lo tanto no es aplicable el art. 23 a estos supuestos, que, como es sabido, regulan el deber de declaración del riesgo, la agravación, disminución o la transmisión misma del interés asegurado y su exigüidad temporal.

Sí lo está en cambio, la acción de reclamación por los daños y perjuicios que, ante el siniestro, puede suponer la inactividad o inacción del asegurado o del beneficiario en su caso, ante la no comunicación del siniestro, así como la negativa a dar toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro, agravando las consecuencias del siniestro y perjudicando las expectativas del asegurador a la hora del resarcimiento. Esa acción, la del artículo 16, siete días o en su caso, el plazo más amplio establecido en la póliza desde que el asegurado conoció el siniestro, y con las consecuencias negativas que tiene para la aseguradora, es un plazo de prescripción que entra de plano en el dictado del artículo 23 LCS.

Las pretensiones, de índole patrimonial, se someten a un plazo, transcurrido el

64 Sobre la prescripción en el reaseguro, fundamental acudir a CAPOTOSTI, *La riassicurazione*, Torino, 1991, pp. 154 y ss. SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 23. Prescripción", *Ley*, cit., p. 360 de que el riesgo en este contrato es el del nacimiento de la deuda asumida por el asegurador-reasegurado frente a su asegurado como consecuencia del contrato de seguro, el plazo de prescripción será, tanto en el supuesto de que éste sea de daños como de personas, de dos años, en cuanto que no puede confundirse el riesgo del contrato de reaseguro, con el riesgo del contrato de seguro que sirve de presupuesto.

65 Plantea COLINA GAREA, cit., p. 574 un caso extremo. A saber, se produce una reclamación siniestral ante unos daños, el Consorcio reconoció únicamente una indemnización parcial, firmando el asegurado un finiquito por las cantidades percibidas. El ejercicio ulterior de la acción por el resto de la indemnización hasta alcanzar la complitud de la misma ante la aseguradora no trae causa del recibo finiquito, sino del contrato de seguro, por lo que la prescripción es la del artículo 23 LCS. La STS de 3 de febrero de 1993 (RJ 1993, 799) dice: "... No resulta admisible decir que la acción ejercitada no tiene su amparo en el contrato de seguros, sino en el recibo finiquito; documento suscrito cuando el asegurado recibió parte de la indemnización en que había sido tasado el siniestro, reclamando el actor en esta litis el resto que entiende le corresponde. Afirmar que este recibo, justificativo del pago efectuado, puede suponer una novación de la obligación de indemnizar el resto pendiente, es prescindir del derecho obligacional".



asesores  
Gabinete Jurídico

# DEFENDEMOS PERSONAS

- CONTENCIOSO SEGUROS
- RESPONSABILIDAD CIVIL
- ORDENACIÓN SEGUROS
- MEDIADORES
- FIDELIZACIÓN
- COMPLIANCE

Calidad  
certificada

ISO 9001

BUREAU VERITAS  
Certification

Cert. N°. ES041208-1



[www.jbasesores.com](http://www.jbasesores.com)

cual se extinguirán y no podrán ser válidamente planteadas o ejercitadas. Prescripción y acción son las dos caras de una misma moneda entreveradas hasta el punto de que mientras no sea posible el ejercicio de la acción, la prescripción no inicia su curso, su decurso. Capacidad y posibilidad, conocimiento de los derechos, de las pretensiones, posibilidad o imposibilidad de su ejercicio<sup>66</sup>. Pero ¿acción y excepción juegan en planos distintos en el artículo 23 LCS? La acción prescribirá a los dos o a los cinco años conforme al ramo de seguro diseccionado por el legislador en este artículo, pero, ¿y la excepción, en tanto medio de defensa, podrá seguir esgrimiéndose pasados esos años prescriptivos para la acción? A caso prescriben las excepciones?<sup>67</sup> No olvidemos la vieja máxima *quod temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum* 68.

Pese a la confusión, de si verdaderamente debemos hablar de prescripción de derechos en vez de prescripción de acciones, lo cierto es que el artículo 23 del contrato de seguro regula por vez primera la prescripción en el contrato de seguro sin necesidad de remisión a la generalidad del art. 1964 CC, ni tampoco al inoperativo al tratarse de la prescripción de los seguros maríti-

mos del artículo 954 del Código de comercio vigente hasta 2015 que preceptuaba en tres años esta prescripción específica, y hoy bianual ex artículo 438 LNM<sup>69</sup>. Parquedad y brevedad, amén de ausencia de criterios y pautas y en donde las lagunas han sido resueltas fundamentalmente por la jurisprudencia, amén de interrogantes irresolubles que sólo la analogía y una interpretación extensiva han ido abrogando<sup>70</sup>.

¿Por qué dos años en los seguros contra daños y por qué cinco en los de personas?<sup>71</sup>, ¿por qué el régimen de responsabilidad civil goza de otra autonomía temporal? ¿por qué esta extensión genérica de cinco a todos los de personas y no sólo a los de vida, como si hace por ejemplo alguna otra regulación específica? Innegable es la marcada impronta de orden público a la vez que imperativo a la que responde el instituto de la prescripción, también en el contrato de seguro. Significativo en la regulación francesa el artículo L. 111-2 del Code assurances que establece «ne peuvent être modifiées par convention les prescriptions de titre I, II, III et IV ...», aunque sin duda la abrogada legislación de 1930 iba más lejos ex artículo 26 en su taxatividad cuando aseveraba «*la durée de la prescription ne peut être abrégée par una*

66 Afirma STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, cit., p. 335 el curso de la prescripción de la acción por cobro de una indemnización por incapacidad laboral incoada por el beneficiario de un seguro, debe considerarse exigible al tomar conocimiento de su incapacidad y no desde la fecha de otorgamiento de la jubilación por invalidez, pues su incapacidad no dependió del reconocimiento y declaración de un organismo previsional.

67 Traza el perímetro de las acciones que prescriben en el artículo L. 114 del Code des assurances, NICOLAS, *Droit*, cit., p. 355.

68 Como bien aduce ROSSETTI, *cit.*, p. 993 el incumplimiento de la obligación de descripción del riesgo, del aviso o de salvamento puede ser invocado por el asegurador para paralizar la pretensión del asegurado al pago de la indemnización y, por tanto, la relativa excepción podrá siempre ser levantada, en virtud del principio *quod temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*.

69 Vieja discusión doctrinal en torno a la prescripción de acciones y la prescripción de derechos, entre otros, DíEZ-PICAZO, *La prescripción*, cit., pp. 33 y ss.; e inclinándose por la prescripción de derechos, en tanto más fiel a la terminología de los Códigos, en vez de la prescripción de acciones, SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 23", *Ley*, 4ª ed., cit., p. 554. También ALBALADEJO, *La prescripción extintiva*, cit., p. 17.

70 Afirma COLINA GAREA, «Art. 23», *Ley*, 2.ª ed., cit., p. 559 que el parecer casuístico de la jurisprudencia constituye una aportación de vital importancia para lograr identificar cuáles son los criterios que han de ser observados en esta materia.

71 Sobre la polémica entre prescripciones breves y largas, así como el por qué de la elección del legislador, NICOLAS, *Droit*, cit. p. 352. Prima la opción breve anclarla por razones de orden público, si bien advierte "le magistrat lui-même ne pouvait relever d'office la prescription".



# Superarse es exigirse siempre más.

**El grupo líder en servicios de valor añadido para empresas del sector asegurador ahora te da más.**

Descubre cómo a partir de la innovación creamos procesos a medida que mejoran la eficiencia, ahorrando tiempo y costes para tu compañía. Más de 54 grandes firmas del sector ya se benefician de nuestros servicios. ¿Y tú?



*clause de pólice* ». 72

Mas, ¿es renunciable para cualesquiera de las partes la prescripción de acciones, *recte*, de derechos? Pese a la alambrada dicción del artículo 23 LCS, la prescripción sí puede ser objeto de modificación, pero no de preterición, ni tampoco de perjuicio para el asegurado<sup>73</sup>. Con el límite del no perjuicio *ex lege* y conforme a los plazos legales para el asegurado<sup>74</sup>. Como observábamos *supra* debe distinguirse la no negociabilidad de la prescriptibilidad/imprescriptibilidad de lo que son los plazos de prescripción y la forma de transcurso de éstos. De este modo un derecho que es imprescriptible no puede hacerse o pactarse como prescriptible y viceversa y otra, bien distinta es plantearnos acortamiento o aplazamientos o dicho de otro modo “negocios jurídicos

de acortamientos de plazos de prescripción” por lo que la autonomía de la voluntad, hipotéticamente, irrumpiría en este plano. Así, será nula aquella cláusula contractual impuesta o incluso negociada que acorte el plazo de duración de la prescripción de los derechos del asegurado, tomador o beneficiario en sus acciones contra el asegurador<sup>75</sup>. No lo sería en cambio, a nuestro juicio una modificación extensiva del plazo, mas eso sí, con un límite claro, no cabe una ampliación de plazos que suponga de facto una imprescriptibilidad<sup>76</sup>. Juega en toda su magnitud el equilibrio dialéctico entre autonomía privada e imperatividad legal<sup>77</sup>.

Y esto lo hacemos extensivo tanto a los seguros de masa como los seguros de grandes riesgos donde pese a la absoluta autarquía personal que tienen las partes de con-

72 La reforma de la prescripción en derecho civil en Francia con la ley de 17 de junio de 2008 tuvo su incidencia en el ámbito del contrato de seguro. Reafirmó su carácter de orden público. Véase entre otros ASTEGIANO-LA RIZZA, «L'assurance et la réforme de la prescription en matière civile», RGDA, 2008, pp. 833 y ss.; también BEIGNIER, *Droit des assurances*, cit., pp. 552 y ss. Véase la sentencia de Casación civil de 13 de julio de 2016, n.º 14-27148 y el comentario a la misma de LAMBERT, «Action en nullité pour insanité d'esprit du contrat d'assurance-vie exercée par les héritiers du spuscriteur bénéficiaires: quelle prescription?», RGDA, 2016, n.º 11, 555 y ss.

73 Advierte, NICOLAS, *Droit*, cit., p. 353 quien en base al art. 114-3 del código de seguros, las partes del contrato de seguro no pueden, ni siquiera de común acuerdo modificar la duración de la prescripción “ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci”, la contradicción y lo erróneo del artículo respecto a la posición del Code artículo 2254 en el que caben acuerdos convencionales sobre la prescripción.

74 Señalaba GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., p. 117 como al no decir nada la ley sobre si era posible acortar los plazos a favor del asegurador y en perjuicio del asegurado “claro está que a favor de la libertad de las pólizas se puede aducir el argumento de que existe una laguna legal que deja en libertad a los contratantes para fijar el plazo de prescripción, y que ese plazo convencional ha sido objeto de examen por las autoridades de control, y lo han estimado aceptable”. Contundente DONATI, *Trattato*, II, cit., p. 521 señalaba: “... non può più riconoscersi validità alle clausole soprariordinate che modificano comunque la disciplina legale (termini, decorrenza, sospensione, interruzione) della prescrizione e opportunamente le polizze ormai le omettono”.

75 Conforme SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, 4ª ed., cit., p. 559 cuando afirma “me parece válida la cláusula que amplíe los plazos a favor de esas personas, de forma que el asegurador asuma el compromiso con ellas de no alegar la prescripción aun cuando se hayan superado los términos previstos en la Ley y no se hayan superado otros más amplios”.

76 El Supremo se pronunció en sentencia de 12 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7887) en un supuesto de una acción en la que la entidad aseguradora revestía la forma de mutualidad. Como bien señala COLLINA GAREA, cit., p. 568 lo dispuesto en el artículo 23 deberá prevalecer, lo legal por encima de lo estatutaria.

77 Distinguía DíEZ-PICAZO, *La prescripción*, cit., p. 65 respecto a la ampliación voluntaria de los plazos de prescripción y pese a que la doctrina de ese momento se inclinaba a la imposibilidad al significar “una renuncia anticipada a la prescripción en el plazo general”, como en la práctica sí podía llevarse de un modo indirecto, modificando negocialmente el momento inicial del cómputo de la prescripción o bien dejando convencionalmente en suspenso el término de prescripción.

figurar y modelar su negocio jurídico, razones de orden público, en los que, sin duda, se asienta el instituto de la prescripción, impiden incluso en estos casos la disponibilidad de la prescripción y la no aplicación en su caso, del artículo 23. Y, de otra parte, ¿existe un pretendido deber de información del asegurador al asegurado/tomador de los plazos prescriptivos en el contrato de seguro?

Así las cosas, no cabe duda que el art. 23 ha y debe ser aplicado restrictivamente, consciente como es la práctica del impacto de la dimensión temporal del contrato de seguro y del entreveramiento constante de distintos plazos, estos de caducidad, con los que la regulación del contrato de seguro adereza y edifica el contrato de seguro a lo largo de sus estipulaciones [categórica en este sentido la sentencia de la Audiencia de 23 de febrero de 2003]. También la sentencia de 29 de marzo de 2007 de la Audiencia de Madrid, que conjuga el juego del artículo 23 con la responsabilidad aquiliana y el carácter restrictivo de la prescripción, así, el fundamento cuarto establece: «... aun cuando no nos encontremos ante el ejercicio de una acción contractual que se haya de regir en cuanto a los plazos de prescripción por el art. 23 LCS sino ante una acción que si bien indirectamente deriva del contrato, tiene su razón de ser en la acción y omisión determinante del daño, es decir, en el propio hecho generador de la responsabilidad extracontractual cubierta, en principio, por el seguro, que, si bien, deriva a la obligación de reintegrar por la vía del artículo 43 de la LCS los apelados a la apelante, la indemnización adelantada por ésta, según consta a los folios 56 a 71 de autos, no siéndole de aplicación al conductor en cuanto al plazo para su ejercicio, el art. 1968.2.º del Código Civil EDL 1889/1, sino también el del artículo 23 de la LCS, (pero aunque no fuera así, la consecuencia sería la misma, atendidas las circunstancias del presente caso) por lo que no ha prescrito la acción entablada por la demandante. La SAP Valladolid, sec. 1.ª, de 27-3-2006, n.º 114/2006, rec.9/2006, explicó en un caso similar, porque expresamente

en la demanda se ejercita la acción contractual del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro (se trata de cubrir la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato y de cuyas consecuencias es civilmente responsable el conductor del vehículo asegurado). El desenvolvimiento del motivo del recurso de la parte demandada gira en torno a pretendidas aplicaciones de las normas relativas a la subrogación del asegurador en los supuestos de abono de indemnizaciones a un tercero y con referencia a la relación entre los dos últimos. Pero está claro que aquí no estamos en presencia de una subrogación del asegurado, ni del asegurador, sino en el abono por parte del conductor asegurado de una cantidad que de forma directa le correspondía realizar como consecuencia de la realización de un acto que da lugar a responsabilidad y que contractualmente asumía la entidad demandante. Además, no es posible la aplicación por vía indirecta de un precepto, como la prescripción que, sabido es, ha de aplicarse con criterio restrictivo».

## 6.- ACCIONES QUE NO DERIVAN DEL CONTRATO DE SEGURO

La acción de reclamación de una prima de seguro pagada por el tomador-asegurado una vez que el contrato de seguro es nulo o ha sido declarado nulo, ¿por qué plazos ha de regirse, artículo 23 LCS o los del Código civil en esa preservación del status quo anterior y la reparación del daño? Si éste es un interrogante que no esconde sino la restitución del pago de lo indebido pero que se realizó en un momento temporal donde sí era debido, la casuística es, en este ámbito de la prescripción, casi infinita. El silogismo es claro, o lo parece, si no hay contrato, porque el mismo ha sido anulado, nunca ha tenido efecto. Pero si en el momento de la ejecución del contrato, pago de la obligación principal, el abono de la prima, el contrato sí existía, ¿cómo protegemos mejor al asegurado?<sup>78</sup>

Si la clave pasa por la certidumbre de qué es y desde cuándo existe el contrato, más también, qué efectos y derechos

<sup>78</sup> Contundente y vinculando la recuperación al nexo contractual del seguro, KULLMANN, “La prescription”, cit., p. 1206.

nacen de la ejecución del contrato, parecería fácil trazar la línea divisoria de la aplicabilidad del artículo 23 LCS o por el contrario, su inaplicabilidad. Ello no impide que en realidad debamos trazar el correcto perímetro de acciones que prescriben conforme a los plazos del artículo 23 LCS y cuáles lo hacen conforme a los cánones del Código civil, es decir, el ámbito objetivo y material de la misma, habida cuenta que, entender en un sentido holístico el artículo 23 LCS no es lícito ni práctico.

La ley del seguro está plagada de plazos. Unos de caducidad, otros de prescripción con la ambivalencia de saber qué régimen y plazos concretos le son aplicables. Obligaciones y deberes para las partes jalonan la norma con consecuencias muy distintas, algunas de las cuales basculan entre la reducción proporcional de la indemnización, la imputación de los gastos a la otra parte (o su descuento de la suma final, como sucede en los deberes/gastos de salvamento ante el siniestro) así como la cronología temporal en que la aseguradora o el asegurado han de actuar y hacer valer sus pretensiones ante la otra parte. Así las cosas, no toda potencial acción que deriva del contrato está sometida a prescripción, sino a caducidad, y no toda acción que pueda surgir en la controversia entre las partes del seguro deriva del contrato y por tanto se rige por los plazos de la ley del segu-

ro. El hecho de que la controversia o litigio vincule a asegurador y asegurado, no significa que el cauce e instrumento por la que la acción se desenvuelva queda constreñida por los plazos prescriptivos de la LCS, sino por el nervio mismo de la prescripción del Código civil, artículos 1964 y 1902.

Piénsese en la acción que pueda tener el asegurado tomador frente al intermediario de su póliza de seguro, ¿estamos ante una acción que deriva del contrato, o en puridad, lo que existe entre asegurado y agente de seguros no es sino un contrato de corretaje o intermediación? Si exige responsabilidad por un daño causado por el agente, el intermediario, sea éste contractual lo sea extracontractual, ¿acaso no estamos ante los plazos prescriptivos del código civil? A nuestro juicio no cabe duda que la prescripción sería la regulada en el derecho común, no la del artículo 23 LCS<sup>79</sup>. O piénsese igualmente la acción que una de las partes esgrime o entabla frente a la otra, culpable de la no perfección del contrato de seguro, por lo que el derecho al resarcimiento por un daño precontractual prescribiría conforme a los plazos genéricos del Código civil, pero no del artículo 23 LCS.

Pero pensemos ahora en la acción ante pagos o cobros de lo indebido, sea por un exceso de pago de la prima, o primas sucesivas, sea por haber abonado un exceso de suma indemnizatoria. ¿Acaso estos dos últimos supuestos no deriva de una relación jurídica existente y continuada en el tiempo y que no solo permiten la ejecución del contrato sino que son manifestación de sus obligaciones principales, el pago de la prima, el pago de la indemnización en caso de siniestro y siempre que el mismo forme

<sup>79</sup> Para NICOLAS, Droit, cit., p. 355 “Cependant lorsque l’intermédiaire s’entend de l’agent général de l’assureur, le fondement juridique apparaît moins solide, bien qu’il soit donné sur le mandat, constituant donc la preuve de la représentation de l’assureur par l’agent général. Pour autant, la probabilité d’une évolution jurisprudentielle sur ce thème précis s’avère réduite car elle ne serait pas favorable aux assurés.”



parte del riesgo asegurado y cubierto?<sup>80</sup> Pero, qué sucede cuando una vez pagada la indemnización se descubre que el daño se debió a un hecho intencional y voluntario del propio asegurado, ¿es presupuesto para reclamar por parte de la aseguradora un pago de lo indebido? Y si es así, que lo es, en esa repetición o más bien restitución de lo indebidamente pagado, ¿cuál es el plazo prescriptivo, el del artículo 23 LCS o el del 1964 del Código civil?<sup>81</sup> No es difícil imaginar la complejidad que puede acarrear esta repetición, si la misma no solo se plantea frente al asegurado cuando a quién recibe la indemnización. Y si quién ha percibido la indemnización es una entidad de crédito que había concedido un préstamo hipotecario y la vivienda sufre un siniestro por un hecho intencional del asegurado en la cuál era cesionario de la póliza la entidad de crédito que, además, ha comercializado la póliza de seguro? Es cierto que, la prescripción debería ser la de derecho común no la del artículo 23 LCS, aunque cuestión bien distinta es que la aseguradora o entidad de crédito comercializadora del seguro de daños o de amortización de préstamos actúe contra otra entidad vinculada a su mismo grupo o consorcializada con ella en la venta de seguros<sup>82</sup>. Piénsese igualmente en la indemnización ya pagada pero que se descubre ulteriormente haber estado el

asegurado en una situación de infraseguro y, por ende, de conculcación del principio indemnizatorio, ¿hay pago de lo indebido? Y si lo hay, y parece que sí, de cara a su restitución como juega a) el infraseguro voluntario y por tanto el dolo o la mala fe del asegurado y las consecuencias que puede suponer para la pérdida de la indemnización y b) qué papel juega el infraseguro involuntario y el plazo para reclamar en ambas hipótesis. Quid con el pago de una deuda inexistente, en base a qué puede la aseguradora reclamar? Si el riesgo no está cubierto en la delimitación causal del contrato difícilmente la no asunción puede dar lugar a obligación alguna por parte de la entidad aseguradora. Si ésta hubiere pagado puede ante la inexistencia real de la deuda buscar la restitución de lo indebido. Pero el anclaje no es el contrato de seguro por lo que el plazo de prescripción no es el del artículo 23 al no derivar la acción ni su fundamento del contrato de seguro<sup>83</sup>.

Otra cuestión sería la pretensión de cualquiera de las partes del contrato que busca la nulidad del contrato porque el riesgo simplemente es imposible porque el mismo ya se verificó antes de la perfección del contrato de seguro. Las acciones que envuelven la tutela ante vicios del consentimiento, o incapacidades, etc.<sup>84</sup>. En estos casos los plazos que permiten el ejercicio

<sup>80</sup> No esconde NICOLAS, Droit, cit., p. 356 las dudas que esta acción ha suscitado para la Corte de Casación.

<sup>81</sup> Acierta KULLMANN, "La prescription", cit., p. 1207 al aseverar que se debe buscar el origen del carácter indebido del pago. Si lo indebido resulta de una estipulación del contrato de seguro, la acción de repetición deriva del mismo, por lo que está sujeto al plazo prescriptivo bienal, en cambio, si está fundada sobre una disposición imperativa de la ley, la acción deriva de ésta y no del contrato de seguro, por lo que la prescripción de derecho común debe ser aplicada.

<sup>82</sup> Plantea KULLMANN, "La prescription", cit., p. 1207 una hipótesis inversa: asegurador que paga la indemnización pero el carácter de lo indebido encuentra su fundamento en una exclusión de riesgo estipulada en virtud de la libertad contractual, el plazo de prescripción es la recogida en la norma de seguros, dos años.

<sup>83</sup> Así, la sentencia de Casación de 14 de junio de 2006 Sala 2ª, el tribunal asevera: "l'inexistence du contrat d'assurance, en l'espèce de l'emprunteur à la suite de la nullité du contrat de prêt, provoque une action de l'assuré en répétition des primes versées: elle ne dérive pas du contrat d'assurance, puisque celui-ci, dit l'arrêt, est inexistant"

<sup>84</sup> Para PAFUMI/SPAGNOLO, cit., p. 122 y 123 entrarían también en los supuestos de la prescripción general y no del contrato de seguro, casos como "l'azione promossa dal curatore fallimentare", encaminada a obtener la declaración de ineficacia del pago de la indemnización efectuado en favor del concursado

temporáneo de dichas acciones no son las de la Ley del seguro sino los prescriptivos del Código civil. Si no hay riesgo porque el mismo no existe o porque ya se verificó el siniestro, realmente ¿existe el contrato aunque sea nulo por esta causa? O lo que *quod nullum est nullum effectus producit*? El silogismo es fácil, si hay contrato pero se descubre que el riesgo ya se verificó, el contrato es nulo, pero ¿qué pretensiones se ejerce, la de nulidad o la de daños ante la declaración del riesgo si es que ha habido mala fe en la declaración de aquél? Si esto es así, y damos validez al contrato, el plazo para una pretensión –la de daños por la declaración falsa del riesgo– es la del artículo 23, dos o cinco años en función del seguro, si no lo es y no hay contrato porque este es nulo ab origine, el plazo es el del artículo 1964.2 CC, cinco años. Ahora bien, la consecuencia ante la ausencia de riesgo, inexistencia de un elemento esencial, es la nulidad absoluta conforme al artículo 1275 CC<sup>85</sup>. Si no hay contrato, huelga decir, que no hay ni se producen efectos negociales de algún tipo. Las partes han de restituirse las contraprestaciones realizadas. La nulidad es imprescriptible. Y la única acción que es factible sería la hipotética de unos daños y perjuicios que se hubieren podido irrogar a una de las partes, por lo que la vía sería de responsabilidad por daños y perjuicios y claramente lejana al artículo 23 LCS. Pero, ¿qué ocurre si la falta o ausencia de riesgo no es total y sí parcial?, es decir, dentro de la comprensión del riesgo, hay o habrá factores que forman parte del mismo que no existen y otros sí, ¿estamos ante una nulidad parcial y no absoluta por falta de causa en el contrato de seguro?<sup>86</sup>

Significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003 en un supuesto de plazos y acciones ante una entidad aseguradora sanitaria privada, así, la misma establece:«... Las dos sentencias de instancia desestiman por igual la excepción de *prescripción*, y parten ambas, del principio admitido por la jurisprudencia del principio restrictivo con que debe ser aplicado el instituto de la *prescripción*, haciendo, la del primer grado, fundamental hincapié, en que el precepto invocado para apoyar la excepción de prescripción por la parte demandada, no es aplicable para el caso de tratamientos con internamiento hospitalario, en el que las prestaciones son de carácter múltiple y complejo, supuesto que implicaría, a tenor de la sentencia de primer grado, una interpretación forzada de los términos Profesor y Maestro, a cuya prestación de servicios el precepto se refiere, por lo que había de aplicarse el de carácter general establecido para el cumplimiento de las obligaciones personales que no tengan señalado término especial de *prescripción* que será de acuerdo al art. 1964 CC, el de quince años. La sentencia de apelación abundando en la argumentación del Juzgado, sin embargo, entiende que para la desestimación de la excepción de *prescripción*, no ha de basarse solamente en una interpretación “literal” del art. 1967 CC, sosteniendo dando para ello al precepto una interpretación finalística o teleológica, que para los supuestos contemplados en el n.º 2.º del art. 1967 estableció un plazo corto para la *prescripción*, se hizo, en interés del particular, que recibe esos servicios de los profesionales a que se refiere, en este supuesto los servicios médicos de contenido complejo y de alto importe económico, para impedir, que en ocasiones, en que el pago no haya sido reclamado, quede pendiente el cobro durante largo período de tiempo, afecta un considerable retraso en la reclamación, negativamente a la economía modesta de los particulares usuarios de esos servicios médicos, con la consiguiente quiebra del principio de la *seguridad*

después de la declaración de insolvencia.

<sup>85</sup> Como bien señalaba SÁNCHEZ CALERO, *Ley*, 1ª ed., cit., p. 118 “al tratarse de una nulidad de este tipo, el negocio carece de todo efecto negocial, por consiguiente, no sólo el asegurador estará libre de toda obligación, sino que también lo estará el tomador del seguro que no debe la prima y que si la ha pagado tiene derecho a pedir su devolución”.

<sup>86</sup> Nos recuerda DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 493 como si la falta de riesgo no es total, ya que afecta simplemente a uno de los riesgos previstos en el contrato, o con relación a algún interés, no se producirá el efecto de la nulidad absoluta, sino que nos encontraremos ante un caso de nulidad parcial, y será posible admitir la validez parcial del negocio, excluyendo al parte tachada de nulidad”.

jurídica. La sentencia de la Audiencia entiende, que aquí no se trata de la reclamación contra el particular usuario, sino contra la entidad que estaba obligada a prestar esos servicios, por tanto le falta la “ratio” por la que se estableció ese plazo corto, lo que unido a la relación jurídica compleja que constituye el objeto de la prestación, excluiría la aplicación del plazo de tres años, para incluirlos en la general de quince años, por carecer de plazo especial».

La prescripción establecida en el artículo 23 tiene, desde un punto de vista subjetivo una clara intencionalidad holística, esto es, afecta a cualesquiera partes o elementos subjetivos del contrato de seguro, sean aseguradora o aseguradoras<sup>87</sup>; sean tomador, asegurado o beneficiario, fundándose ad maiorem en razones de orden público más que en presunciones de pago. No así las acciones que puedan esgrimir terceros víctimas o por ejemplo una aseguradora que ejercita la subrogación. Aquí los anclajes que fundamentan la acción no son los del art. 23, no derivan del contrato, sino de un derecho propio, de la víctima, o de la propia aseguradora frente al causante del daño resarcido por ella al asegurado, o de las personas subrogadas o causahabientes en los derechos de la víctima frente a la entidad aseguradora<sup>88</sup>.

Es evidente que el tercero víctima que acciona y ejercita sus pretensiones patrimoniales frente a la entidad aseguradora no lo hace en virtud de un contrato de seguro del que ni siquiera es parte, sino que su derecho nace *ope legis* como consecuencia del hecho dañoso, por lo que la prescripción y

sus plazos vienen tamizados en función de la naturaleza ejercitada por el tercero víctima, generalmente por vía de responsabilidad extracontractual o aquiliana. Plazo más exiguo, el del 1902 Código civil que el del artículo 23 de la ley de contrato de seguro. Cuestión diferente es que este tercero accionase frente al asegurado, causante del daño. Si sus pretensiones las esgrime frente al causante del daño, la naturaleza de la acción es fruto bien de supuestos de naturaleza contractual o de naturaleza extracontractual. Indudablemente en la relación entre asegurado y asegurador, vínculo contractual, al que es ajeno el tercero, la prescripción del asegurado frente a la entidad aseguradora comienza su cómputo el día en que el tercero solicita al asegurado el resarcimiento del daño. Y la acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que efectuó el pago al perjudicado.

Su ámbito de aplicación, por tanto, se circunscribe específicamente a aquellas acciones, ejercicio de acciones, que nacen y dimanar del contrato de seguro. Deslindar las mismas significa calibrar y destilar con nitidez cuales afectan y nacen de la esencia del contrato y cuáles son circunstanciales al mismo. Ahí radica la esencia y significado *ad hoc* de la prescripción prescrita y regulada para el contrato de seguro<sup>89</sup>. Así las cosas y como acabamos de afirmar, bajo el arquetipo de la prescripción del artículo 23 caben todos aquellos derechos que,

87 Así señala SÁNCHEZ CALERO, “Artículo 23”, Ley, 4ª ed., cit., p. 555 como igualmente afecta a todos los contratos de seguros sometidos a la Ley, sean los aseguradores sociedades anónimas, mutuas o mutualidades de previsión social.

88 Categórica NICOLAS, Droit, cit., p. 355 cuando afirma “En revanche, relèvent toujours du droit commun les actions des personnes subrogées dans les droits de la victime contre l’assureur, l’action récursoire de l’assureur contre un tiers responsable ou encore l’action du fonds de garantie automobile contre l’assureur, non sans une certaine logique qui n’est pas encore trop difficile à admettre”.

89 En parecidos términos RUSSO, «Art. 2952», *Commentario*, cit., p. 168 cuando afirma como los derechos que prescribe el art. 2952 apartado 2.º y que prescriben en dos años, son solamente aquellos que se «ricollegano direttamente ed unicamente» de la disciplina legal o pacticia del contrato de seguro, en el cual encuentran su título inmediato y exclusivo, pero no otros derechos que, bien sea en ocasión o en ejecución de la relación asegurativa, surgen o son hechos valer por el asegurado o por el asegurador sobre la base de otro título u otra legitimación.

de un lado, tenga o pueda esgrimir la entidad aseguradora frente al tomador o tomadores del seguro, pero también en su caso, frente al asegurado e incluso frente al beneficiario. Piénsese por ejemplo en la acción que la ley permite para la aseguradora ante la violación de ciertos deberes del asegurado una vez producido el siniestro y que dañan o pueden hacerlo a la entidad aseguradora a la hora de analizar, verificar y clarificar el siniestro. Pero, de otro lado, cobija todas aquellas pretensiones patrimoniales que el asegurado, el tomador, el beneficiario, incluso el accipiens en una transmisión del objeto asegurado puedan dirigir hacia la entidad aseguradora<sup>90</sup>.

A *sensu contrario* la prescripción del artículo 23 no rige ni es aplicable para aquellas pretensiones y acciones que no nacen intrínsecamente del contrato de seguro. Quedan al margen toda aquella acción que no trae su causa y dimana del contrato entre asegurador y asegurado<sup>91</sup>. Pensemos en la acción que emprenda la aseguradora frente al agente que ha actuado negligentemente o de mala fe a la hora de perfeccionar el contrato de seguro con el tomador del seguro, acción que exigirá la responsabilidad civil del mediador, del agen-

te, y que, a todas luces no dimana o deriva del contrato de seguro, cuanto de la relación que vincula al asegurador con el intermediario<sup>92</sup>. La propia acción de repetición del asegurador frente al asegurado causante del daño que prescribe por el transcurso del plazo de un año contado a partir de la fecha en que efectuó el pago al perjudicado. O la acción que el asegurado emprende frente al autor directo del daño causado y del que ha sido víctima, extraño a la relación contractual entre asegurador y asegurado, ¿se ve constreñido por ejemplo por la interrupción prescriptiva?<sup>93</sup> Se ha llegado a argüir que, la acción del asegurado por falta o insuficiencia de información del asegurador no juega en el ámbito del contrato de seguro, aunque sea una transgresión de la buena fe contractual y precontractual, por lo que la prescripción no sería la de la ley de seguros sino la ordinaria civil. A nuestro juicio esta transgresión de un derecho y a la vez obligación del asegurador de proveer de información, suficiente y completa, objetiva y necesaria, dentro de las relaciones precontractuales pero también en todo el desarrollo y eficacia del contrato de seguro se incardina en el ámbito del contrato<sup>94</sup>.

De igual modo, toda pretensión que

90 Acertaba SANCHEZ CALERO, «Art. 23. Prescripción», *Ley, cit.*, p. 406 cuando deslindaba este marco y ámbito de aplicación del específico de las facultades que derivan del contrato y que no se rigen por el artículo 23, en virtud de la máxima *in facultativis praescriptio non datur*, y como es aplicable para la facultad de denuncia del contrato que está sometida a los plazos de caducidad previstos por la ley ex arts. 10, 12, 13, 35, etc.

91 Concluyente y asertiva en este sentido la sentencia de Casación francesa, Cass. Civ. 2.º de 9 de abril de 2009, n.º 08-15617. Señala BEIGNIER, *Droit des assurances*, cit., p. 562 como la acción intentada por el asegurado contra un «courtier» –corredor– que no es más que un intermediario entre las dos partes co-contratantes, no está sometida al plazo de la prescripción bienal del contrato de seguro, dado que la misma no guarda relación con el contrato de seguro sino con el contrato de corretaje.

92 Sobre esta responsabilidad, clave el trabajo de ELGUERO MERINO, *El seguro de responsabilidad civil del agente de seguros*, Madrid, 2012. Contundente la sentencia de Casación civil francesa, 3.º, de 26 de noviembre de 2015, n.º 14-23863.

93 Este era el supuesto de hecho de la sentencia de la Corte de Apelación de Amiens, de 16 de noviembre de 1994, *Juris – Data*, n.º 1994-052042. O el supuesto de la sentencia de Casación Civil 1.º, de 10 de julio de 1996, *Resp. civ. et ass.*, 1996, comm. n.º 371 en un supuesto en el que concisa y concluyentemente se afirma como «la prescripción bienal no se aplica al propietario del vehículo que siendo pasajero, ejerce la acción directa contra el asegurador».

94 Así, NICOLAS, *Droit*, cit., p. 355 afirma como la Corte de casación que una acción emprendida contra el asegurador por “manquement” a sus obligaciones precontractuales de información no deriva del contrato de seguro por lo que no está sometido a prescripción bienal.

cualesquiera de las partes puedan exigir a la otra como consecuencia del daño causado u originado en la fase preliminar o precontractual de las tratativas y que no han conducido a la perfección del contrato de seguro, se regirán por los plazos generales del Código civil, pero quedarán a extramuros del prescriptivo del contrato de seguro, ex art. 23 LCS. Lo mismo debemos afirmar en todo supuesto de restitución, de pago de lo indebido, etc., que siendo colaterales a la propia situación de seguro, no nacen las acciones ni derechos ex del contrato en cuestión. Incluso en aquellos supuestos en los que el asegurador incumple su obligación precontractual de información, como fue el supuesto de la sentencia de la Cour de cassation, de 2 de junio de 2005, y en la que se exige esa responsabilidad al asegurador pero no ex contractu, sino extracontractualmente y ante el incumplimiento de una obligación precontractual<sup>95</sup>.

De este modo la acción de nulidad del contrato de seguro es obvio que ni nace del contrato, que no es, al no ser válido ni susceptible de convalidarse o sanarse por el mero transcurso del tiempo, *quod nullum est nullum habet effectum*, no se ve constreñida por esta prescripción. Una acción que, como afirmábamos supra, ni prescribe ni caduca. De igual modo tampoco la acción que puede esgrimir el tercero víctima en un daño extracontractual no está sometida al tempus del artículo 23, sino que se vincula al propio hecho que ha generado la obligación de resarcimiento e indemnidad. No estamos ante una acción del asegurado o del tomador frente a la entidad aseguradora, sino del perjudicado frente a la entidad aseguradora y que se rige por el instrumento previsto ex art. 1902 CC. No obstante, la sentencia del Supremo de 3 de septiembre

de 1996 (RJ 1996, 6500) si estimó en principio la prescripción del art. 23 LCS cuando el tercero víctima demandó en el mismo procedimiento tanto al asegurado y al asegurador, eso sí, con la salvedad de que aún no se había declarado por sentencia la responsabilidad, por lo que no había comenzado el *dies a quo* del cómputo. Tampoco se rige por la prescripción del artículo 23 toda acción y derecho en los que se subroga el asegurador ex art. 43 LCS una vez pagada la indemnización. La subrogación implica intrínsecamente que el asegurador verá como el plazo de prescripción se regirá en función de la naturaleza jurídica del derecho que poseía el asegurado antes de la subrogación.

Mención aparte viene por la subrogación de la aseguradora. Con un ejemplo podemos observar lo enrevesado que puede ser el supuesto prescriptivo ante algunas acciones. Aseguradora que indemniza al asegurado, que sufre una serie de lesiones que le provocan invalidez como consecuencia de la actuación negligente o dolosa del médico. La aseguradora se subroga en los derechos del asegurado y acciona contra el médico de cara a recuperar lo pagado<sup>96</sup>. ¿Rige el plazo de prescripción del artículo 23 LCS? Habida cuenta que el seguro de asistencia sanitaria es un seguro de personas, el plazo prescriptivo es de cinco años. La acción que podría esgrimir el asegurado ¿deriva del contrato de seguro o de una responsabilidad extracontractual con el sanitario?, ¿qué vínculo hay entre aseguradora, clínica y sanitario? Amén de si ese vínculo es o no oponible al asegurado en su caso. Pero por otra parte, si la aseguradora se subroga en el derecho del asegurado, y hay una responsabilidad aquiliana del sanitario, por daños a aquél, ¿acaso la prescrip-

<sup>95</sup> Señala BEIGNIER, *Droit des assurances*, cit., p. 564 el supuesto de una pluralidad de asegurados. En este caso, la obligación contratada por una compañía de seguros respecto de asegurados distintos y en la que los intereses no se confundían, estando implicados en un mismo siniestro, no era indivisible.

<sup>96</sup> Contundente ROSSETTI, cit., p. 993 cuando califica la subrogación de la aseguradora constitutiva de una "sucesión a título particular del asegurador en los derechos "vantati" por el asegurado frente al tercero responsable". Para el autor italiano el derecho que se transfiere al asegurador es el mismo derecho ostentado por el asegurado hacia el responsable del daño. Véase la casuística que propone el autor.

ción no sería la del 1902 CC? Así las cosas, el interrogante es claro, ¿queda la acción de subrogación de la aseguradora frente al causante del daño al asegurado sujeta a los dictados del artículo 23 LCS? O por el contrario estamos ante un derecho autónomo y con fisonomía propia? Es claro que, per se, el derecho de subrogación no deriva del contrato de seguro, dado que, subjetivamente, el responsable del daño no es parte del mismo.

Clara la sentencia de la Audiencia de Castellón de 20 de marzo de 2018 cuando asevera:

“Como la acción regulada en el art. 43 LCS es una acción de subrogación, no de repetición de lo pagado, debe cohonestarse esta naturaleza con lo que dispone el art. 1969 CC en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción comienza cuando la misma pudo ejercitarse. Y como la que era objeto de la subrogación ejercitada por la aseguradora era la de responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana regulada en el art. 1902 CC, su plazo de prescripción era el de un año previsto en el art. 1968.2 CC. Cuyo cómputo debía iniciarse, conforme marca la STS 7 diciembre 2006, el día en que el asegurado pudo ejercitar la acción sin quedar interrumpido por la subrogación del asegurador en el crédito del asegurado. Pues la acción subrogatoria no debe confundirse, por ejemplo, con la acción de repetición contemplada en el art. 10 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, ya que mientras el plazo de prescripción de ésta

comienza cuando la aseguradora efectuó el pago, el de la acción de subrogación se inicia cuando el asegurado conoció el siniestro o, en casos puntuales, la fecha posterior en que pudo ejercitar la acción (art. 1969 CC) en que se subroga la aseguradora”.

Ahora bien, ¿la subrogación es una suerte de sucesión específica y a título individual en el crédito que nada tiene que ver con la esencia del contrato de seguro que no es causa del mismo? ¿esta subrogación es una suerte de cesión de créditos ex artículos 1.526 y ss. del Código civil? No lo parece, pero ¿y una subrogación por pago?<sup>97</sup> Y finalmente, ¿Cuándo empieza a correr el plazo prescriptivo para la acción de la entidad subrogante? Si no hay cesión de créditos, que no la hay, el plazo no es el del asegurado, es otro. Pero ese otro plazo, ¿empieza una vez que el asegurador ha resarcido el daño al asegurado pagando la indemnización o en otro momento?<sup>98</sup> Es dable que, si el derecho aun siendo autónomo corre la suerte y sucesión del derecho que tenía el asegurado frente al dañante, los plazos prescriptivos y su cómputo se inician con identidad de causa y tiempo. Ahora bien, para el asegurador es justo que este cómputo se inicie el mismo día en el que el asegurado sufrió el daño, o debería empezar el día que pago la indemnización y ejercitó su pretensión subrogatoria frente al responsable del daño?<sup>99</sup> O conforme al tenor del artículo 1969 CC desde el momento en que pudo ejercitarse la acción, por lo que el plazo empezaría desde que tuvo conocimiento el agraviado. Capi-

97 Clave en este punto el trabajo de GENOVESE, “Il fondamento razionale della surroga dell’assicuratore”, *Studi in onere di Francesco Santoro Passarelli*, II, Napoli, 1972, pp. 549 y ss. Huye del encorsetamiento de esta prescripción en el art. 2952 Codice, TERZAGO, “La prescrizione estintiva del diritto di surrogazione dell’assicuratore”, *Foro Padano*, 1965, II, pp. 50 y ss.

98 Para PAFUMI/SPAGNOLO, *La prescrizione*, cit., p. 145 si nos decantamos por la autonomía propia y específica de esta acción en tanto sucesión a título particular, la acción se entabla y puede actuar desde el momento en que la aseguradora comunique al tercero responsable el pago efectuado y la voluntad de entablar la subrogación, en aras a evitar un doble enriquecimiento o un doble resarcimiento del dañado y del responsable civil.

99 Advierte otra consecuencia ROSSETTI, cit., p. 993 el asegurador que actúa en subrogación frente al tercero responsable “potrà opporre la prescrizione del diritto, ovviamente se maturata prima dell’esercizio dell’azione di surrogazione”.

tal sin duda la sentencia del Supremo de 7 de diciembre de 2006 en un supuesto de subrogación en la que la acción que la aseguradora ejercita es la de responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana regulada en el art. 1902, sentando el criterio de que la prescripción de la acción no se interrumpe por la subrogación del asegurador en el crédito del asegurado y que se inicia el plazo desde el día en que el asegurado pudo ejercitar la acción:

“Relevante doctrina científica, en la interpretación del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, entiende que el principio de la identidad del crédito frente al tercero, que es objeto de la subrogación, trae como consecuencia que el régimen de prescripción del crédito subrogado ha de someterse a la naturaleza del mismo, que no nació del contrato de seguro, sino del hecho que originó la responsabilidad del tercero frente al asegurado, de tal manera que el plazo de prescripción del crédito, el inicio de su cómputo y el régimen de la interrupción dependerán de esa naturaleza del crédito, que puede provenir de una responsabilidad extracontractual o del cumplimiento de un contrato de muy variada clase, y, también, que el plazo de prescripción esté regulado por el Código Civil; el crédito del asegurado frente al tercero, de conformidad con la Ley de Contrato de Seguro, no sufre variación alguna por el hecho de la sucesión del asegurador en la titularidad del mismo, sin que la subrogación suponga una interrupción en el plazo de prescripción, pues, en otro caso, la circunstancia de la subrogación podría perjudicar al tercero responsable, de modo que el cómputo del plazo de prescripción comienza desde el día en que el asegurado pudo ejercitar su acción contra ese responsable y no desde el día del pago

de la indemnización por el asegurador”<sup>100</sup>.

Es claro no obstante, que el asegurador podrá beneficiarse de la interrupción de la prescripción cumplida por el asegurado hacia el tercero responsable. Finalmente, ¿qué ocurre en aquellos casos en los que el asegurado perjudica la acción de subrogación de la entidad aseguradora? En estos casos la aseguradora ¿tendría derecho a un resarcimiento del daño causado por el asegurado? Y si es así, que lo es, ¿cuándo prescribiría su acción? No parece que el plazo sea el de dos años o cinco en función del ramo pergeñado en el artículo 23 LCS sino los ordinarios del código civil, otra cosa es dirimir nítidamente cuándo empieza el cómputo de esa prescripción, si en el momento del pago al asegurado, en el momento del acaecimiento del siniestro, o en el momento de verificación de la imposibilidad real de ir contra el tercero responsable por causa y culpa del asegurado.

Es evidente que, la acción subrogatoria no debe confundirse, por ejemplo, con la acción de repetición contemplada en el art. 10 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor. Mientras el plazo de prescripción de ésta comienza cuando la aseguradora efectuó el pago, el de la acción de subrogación se inicia cuando el asegurado conoció el siniestro o, en casos puntuales, la fecha posterior en que pudo ejercitar la acción (art. 1.969 CC) en que se subroga la aseguradora.

Piénsese igualmente en aquellas acciones que pueden tener las partes como consecuencia de la responsabilidad de una de ellas. Es decir, hechos que generan responsabilidad y que los mismos pueden ser anteriores a la conclusión del contrato de seguro, o acaecer constante éste. Una mala

---

100 Hasta esta sentencia del Supremo la pauta era como hizo la sentencia de 7 de noviembre de 2000 de la Audiencia de Castellón admitir que el plazo de prescripción es el de un año que, puesto que no puede tener lugar la subrogación antes del pago de la indemnización, previamente al cual no puede ejercitarse la acción de reclamación por parte de la aseguradora, el plazo prescriptivo no podía iniciar su cómputo antes del pago de la indemnización, que posibilita el ejercicio de la acción.

información que una de las partes haya dado a la contraparte y que ha distorsionado el conocimiento de los derechos que el asegurado por ejemplo tenía. Información errónea en torno al siniestro y quiénes hayan podido causarlo, ¿quid con esa responsabilidad que podría exigir la aseguradora al frustrarse la pertinente acción de repetición? O un error en la dirección de un proceso judicial en la defensa jurídica del seguro y que daña o lesiona no solo las expectativas jurídicas sino también el patrimonio del asegurado. Si éste actúa contra la aseguradora, no lo hará conforme a los plazos prescriptivos de la LCS sino del Código civil. O piénsese igualmente en hechos que, realizados prohibente domino, acaban causando un daño a un tercero, pero también a quién titulaba interés en el contrato de seguro. Con un ejemplo puede verse el supuesto que planteamos. Conductor ocasional o esporádico que toma las llaves del coche del padre o del empresario y lo conduce prohibente domino, con el infortunio de causar un accidente y con él lesiones a terceros. La aseguradora resarce el daño. Y acciona contra el asegurado. Por su parte, el asegurado acciona frente al conductor. Qué acciones y qué plazos de prescripción y desde cuando se

iniciaría el cómputo es un interrogante complejo. O el supuesto en el que quién conduce, es desconocido para el seguro. Quid ante estos casos, a qué plazos o qué términos de prescripción jugarían en las anteriores hipótesis? Es obvio que el asegurador que paga o se subroga o trata de recuperar lo pagado, o regresa frente a otros deudores solidarios si los hubiere<sup>101</sup>. La aseguradora regresa frente al conductor no asegurado si lo conoce, y si el vehículo no está asegurado, lo hará el Consorcio de Compensación.

Pero sin duda, la gran excepción al régimen del artículo 23 LCS viene por las acciones de reclamación de daños extracontractuales. Máxime por la acción directa que el tercero perjudicado puede esgrimir frente a la aseguradora al margen del asegurado. Una acción –genuina llave para hacer viable la exigencia de responsabilidad civil– que no nace del contrato, sino de la ley y lo hace con el suficiente fortalecimiento para resisitir ciertas excepciones que puedan ser opuestas por el asegurador y sus vínculos contractuales con el tomador asegurado, causante del daño. Otra cuestión que, además, complica el tema, es si este tercero que acciona, que reclama los daños, lo haga o no ante la jurisdicción penal y la civil y los plazos en que enerva tal pretensión en una u otra jurisdicción y qué sucede con el cómputo de la prescripción?

---

<sup>101</sup> Indica ROSSETTI, cit., p. 995 que la solución viene de la mano en función del modo en que se intente calificar la acción de recuperación correspondiente al asegurador. Así, si la misma se califica como subrogación, el derecho del asegurador estará sujeto a idéntica prescripción a la que estaba vinculada el derecho del asegurado, en casos de seguros de responsabilidad civil, por el dañado frente al responsable, habida cuenta que la subrogación es una sucesión a título particular del derecho controvertido.



## ¿CUÁNDO EXISTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTIVIDADES DE RIESGO?

**Javier López y García de la Serrana**

**Abogado y Socio-Director de HispaColex Bufete Jurídico**

**Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil (Acred.)**

### Análisis jurisprudencial

Como ocurre en muchas materias sobre responsabilidad civil, esta es otra en la que parece que nuestras Audiencias Provinciales no se ponen de acuerdo sobre cuándo debemos aceptar que existe responsabilidad civil del titular de la explotación de una actividad llamada de riesgo y cuando debemos entender que dicha responsabilidad no existe.

Y es que, ante situaciones similares y a veces casi idénticas, nos encontramos resoluciones en sentido totalmente distinto, siendo muchas veces difícil poder concluir cuáles son los requisitos a tener en cuenta para considerar que ante un determinado supuesto existe o no la responsabilidad civil del titular de la explotación. Así, tomemos como ejemplo las caídas en actividades deportivas con cierto riesgo o de ocio, donde precisamente la diversión consiste en la práctica de una actividad que por su propia naturaleza ya intrínsecamente supone la asunción de un posible riesgo en el usuario. La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 9 de junio de 2017, haciéndose eco de otra dictada por la misma Audiencia Provincial, de fecha 11 de septiembre de 2009, concluye que es cierto que este tipo de atracción conlleva por sus propias características un riesgo implícito que se manifiesta en

un deslizamiento veloz, caída de agua, etc, y que por tanto quien la us asume voluntariamente y aceptan ese riesgo implícito. Pero no obstante aun a pesar de estimar que en este supuesto no hubo incumplimiento alguno por el titular del negocio sí que determina la existencia de responsabilidad ante los daños que se reclaman ofreciendo la siguiente argumentación: “aunque la empresa no ha incumplido ninguna norma reglamentaria en lo que respecta a la explotación del Parque acuático, debe asumir el riesgo, atendiendo a la gravedad del daño causado con motivo de la caída, en relación con el riesgo que crea un tobogán en una piscina acuática. Solo cuando el daño no es desorbitado con el riesgo, no cabe imputar a una empresa una responsabilidad civil”. En el mismo sentido la antes citada sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 11 de septiembre de 2009, condenaba en un supuesto similar al titular del parque acuático ante los daños consistentes en fractura del tobillo sufridos por un usuario, y ello a pesar de reconocer que no existió ningún tipo de infracción por parte del citado establecimiento. Y también así lo consideran la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de noviembre de 2016 y la sentencia de la Audiencia Provincial de La



Coruña de 27 de febrero de 2007.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de mayo de 2018, analizando la caída de dos usuarios de un parque acuático que hacían uso de una atracción consistente en el deslizamiento con un flotador por un tobogán semiaabierto que termina en una piscina, y al volcar dicho flotador, considera que no ha existido ningún tipo de negligencia por parte del titular del establecimiento, precisamente tras apreciar que no ha existido incumplimiento por su parte de ninguna medida de seguridad de las que le son exigidas a este tipo de negocios; y en idénticos términos la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 de marzo 2012. En el mismo sentido, también la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de abril de 2018, y en este caso en un supuesto de accidente por pérdida de control de un Quad con salida de la pista forestal y caída por un desnivel, vehículo adaptado precisamente para circular por terrenos accidentados, estima también la inexistencia de responsabilidad civil por parte del organizador de la actividad. Se acoge aquí como fundamento de la falta de responsabilidad, la clara asunción del riesgo por parte de la víctima, así como la inexistencia de incumplimiento alguno por parte del titular de la actividad, recordando que sólo podremos apreciar la existencia de negligencia por parte de aquel cuando quede acreditado la creación de un riesgo atípico a la actividad desarrollada o el incumplimiento de las medias de seguridad exigidas para la práctica de la misma. Y también resuelve así la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 15 de noviembre de 2012.

Por tanto, a la vista de estas resoluciones, nos preguntamos cuál es el criterio que determina la existencia de la responsabilidad ante los daños producidos en el desarrollo de actividades de riesgo, ¿se trata de analizar si ha existido un daño desproporcionado? o ¿deberemos estar al incumplimiento o no de las normas de seguridad exigibles a cada

tipo de actividad?; y, una vez determinados tales parámetros, ¿cómo opera la asunción del riesgo por la propia víctima?, es decir ¿en qué grado deberá ser tenido en cuenta a efectos de imputación de responsabilidad?.

Realmente, es una complicada labor dar respuesta a estas cuestiones, si bien en mi humilde opinión y acogiendo los términos de nuestro Tribunal Supremo en sentencias como las de 11 de febrero de 2011, 16 de febrero de 2011 y 4 de marzo de 2009, a la hora de determinar la existencia o no de responsabilidad civil en este tipo de asuntos, deberíamos partir de la premisa de que el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, o de la existencia de un daño realmente desproporcionado. Lo que nos obliga a analizar siempre, por tanto, la existencia o no de incumplimiento por parte del titular del establecimiento y tener muy presente el significado de la asunción del riesgo por el propio usuario.

Pero el asunto se complica aún más cuando, creyendo tener más o menos claros los presupuestos de hecho y derecho sobre esta materia, nos encontramos sentencias como la reciente de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018, en la cual se desestima la reclamación formulada por una espectadora que resulta lesionada en un estadio de fútbol por un balonazo cuando estaba disfrutando del entrenamiento previo a un partido. Esta resolución, tan comentada por la doctrina en foros y debates jurídicos, entiende que en el presente supuesto no se puede entender que se produzca una causalidad jurídica y afirma que, aunque es cierto que un balón proyectado desde el campo a la grada está en el origen del daño, la relación de causalidad entre las lesiones producidas en un ojo a la espectadora demandante a causa de dicho balonazo "desaparece desde el momento en que asume un riesgo del propio juego o espectáculo

lo que conoce, como es que un balón pueda proyectarse con mayor o menor potencia hacia la grada que ocupa reglamentariamente detrás de la portería".

Esta sentencia de la Sala 1ª sostiene en sus fundamentos que la responsabilidad del organizador del evento deportivo no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por un lance ordinario del juego, al que es ajeno, señalando que "El riesgo que se crea no es algo inesperado o inusual, del que deba responder".

La Sala, además, considera y explica que al suceder la lesión durante el calentamiento previo al partido "es más frecuente los lanzamientos de balones a la grada, y se traslada al ámbito de la responsabilidad de la víctima, que controla y asume esta fuente potencial de peligro, con lo que el recurso causal se establece entre este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el balón, con la consiguiente obligación de soportar las consecuencias derivadas del mismo".

Por estos motivos, la sentencia resuelve que no existe ni causalidad real ni por tanto responsabilidad subjetiva y de ahí que en consecuencia no podamos hablar de existencia de responsabilidad por riesgo de la parte demandada.

Y añade, además, que "aun cuando es cierto que, como reitera este Tribunal, puede no resultar suficiente justificación para excluir la responsabilidad la aplicación de las medidas previstas administrativamente, ello no quiere decir que siempre que se produzca un resultado dañoso debe responderse porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los arts. 1.902 y 1.903 CC (sentencias 780/2008, de 23 de julio; 16 de octubre de 2007). La naturaleza del riesgo, las circunstancias personales, de lugar y tiempo concurrentes, y la diligencia socialmente adecuada en relación con el sector de la

vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso, serán elementos a tener en cuenta, como los tuvo la sentencia recurrida al analizar las consecuencias que resultan por la falta de redes en los fondos de la portería, y es que, además de tratarse de una situación conocida por los espectadores, su colocación en el campo no se hace en interés de estos, puesto que dificultará la visión, sino atendiendo a potenciales criterios de orden público que prevalecen sobre el de los espectadores."

Se trata ésta de una resolución más que polémica, la cual ha suscitado distintas opiniones en la Doctrina, como la de Medina Crespo, quien en un comentario publicado sobre la misma sostiene que "lo curioso de la sentencia comentada es que enmarca la posible responsabilidad del agente dañoso dentro del régimen de la subjetividad atributiva y, no obstante, funda la exoneración, tal como había hecho la sentencia recurrida, en que la lesionada asumía el riesgo de sufrir lesiones en un ojo como consecuencia del balonazo que, en los momentos previos al comienzo de un partido de fútbol profesional lanzara un jugador." Medina pone el énfasis de su crítica o comentario a esta sentencia en el hecho de que la asunción del riesgo por la lesionada se sitúe no en el propio riesgo de la actividad deportiva que va a contemplar la espectadora si no en el hecho, no previsible, de que el balón se lance fuera del campo de fútbol y llegue a las gradas lesionando a los espectadores; éste no es un riesgo asumido por quien acude a ver un partido normalmente

Continúa indicando en su comentario que: "A partir de esta sentencia, parece que, si, con ocasión de un partido de fútbol un espectador recibe un balonazo y queda lesionado, su lesión se debe exclusivamente a que no adoptó las precauciones para evitarlo, con lo que puede pensarse que su precaución consistiría en haberse quedado en casa y no ir al fútbol o situarse en el galline-



ro del Estadio; y así, con los campos vacíos en las partes inferiores de las gradas, donde llegan los balones lanzados por los jugadores, no podría producirse un accidente como aquél." Es decir, se hace responsable a la espectadora de haber acudido a ver un partido de fútbol por sí, asumiendo con ello el riesgo de que el balón alcance las gradas y le lesiones, imputándole el no haber adoptado las medidas de precaución necesarias, que en este caso no pueden ser otras que no acudir al partido.

Aclara, por último, que "la sentencia comentada viene afirmar que, aún en el caso de que el régimen atributivo fuera de tipo objetivo con base en el riesgo específico desplegado, tampoco podría condenarse al Club de Fútbol Zaragoza porque no se estaría ante un caso fortuito desde la perspectiva de la realización de su riesgo, que le llevaría a ser responsable, sino a una asunción del riesgo que reviste los caracteres de ser culposa por no haber tomado la víctima las medidas de precaución para evitar que, con ocasión de presenciar un partido de fútbol, un balonazo la lesione. Se afirma así que cualquiera que sea el régimen atributivo de la responsabilidad civil, en el caso enjuiciado hay que negar la presencia de la causalidad jurídica."

¿Debemos entender por tanto que la asunción del riesgo por la víctima debe interpretarse de manera extensiva y que abarca el riesgo propio de la actividad, pero también aquel que, en circunstancias normales, por la propia naturaleza de quien acude al espectáculo deportivo, en este caso, no es previsible?

Pues no podría dar respuesta ahora a esta pregunta, teniendo en cuenta la interpretación que poco después al dictado de la anterior sentencia nos ha dado la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de mayo de 2018, en la cual se nos ofrece un cambio sustancial y de gran relevancia en la aplicación del principio de responsabilidad por riesgo y del principio de facilidad pro-

batoria que en definitiva repercute de forma directa en la responsabilidad que pueda tener, en este caso, una empresa suministradora de gas frente al fatal y trágico accidente que causa el fallecimiento de 5 personas, como consecuencia de la explosión producida en una vivienda con motivo en la acumulación de gas en la misma.

La cuestión controvertida está en este caso en analizar si, ante el desconocimiento de la causa que originó el siniestro, los efectos dañosos del mismo podrían o no ser imputables a la empresa suministradora, si es posible por tanto realizar una imputación objetiva de responsabilidad, o si, por el contrario, se debe atribuir la responsabilidad al propietario de la vivienda donde se origina el siniestro por una supuesta falta de diligencia en el mismo, a pesar de no estar igualmente acreditado que haya existido una causa de negligencia en éste.

Partiendo de lo anterior, establece la sentencia que, aun cuando existen sentencias de la Sala que consideran que, en determinados supuestos de explosiones de gas, no se aplica la doctrina de la responsabilidad por creación de riesgo, no se trata de supuestos análogos al presente. Así, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2009 se refiere a la explosión de una bombona de gas y no de un suministro continuado de gas en una instalación, como es el presente caso; y declaró probado además que en la bombona suministrada no existía defecto, mientras que en este caso no se ha declarado que la instalación estuviera en buen estado, ni que la explosión se debiera a un acto intencionado del vecino del piso número 3, sino que ante la falta de prueba de la verdadera causa del siniestro se ha hecho recaer sobre los demandantes la carga de acreditar la responsabilidad. Igualmente, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2010 afirma que el nexo causal debe ser acreditado por la parte actora, pero en

aquel supuesto analizado se había declarado probada una negligencia en la instalación de las gomas de salida del gas desde la bombona a la cocina, instalación realizada por el demandado, por lo que existía una persona determinada a la que imputar la negligencia que era ajena a la empresa suministradora.

Vemos por tanto cómo en este caso la Sala Primera nos ofrece un cambio sustancial en materia de responsabilidad civil, y en concreto dentro del ámbito de las empresas de distribución, pues se considera que ante un siniestro de la magnitud como el enjuiciado, la incertidumbre sobre la causa o causas del mismo no puede conllevar la exoneración de responsabilidad de la empresa suministradora de gas y su aseguradora, y ello, por cuanto que es aquélla quien debe contar con los medios y conocimientos adecuados para dar certeza sobre tales causas y no el perjudicado o reclamante. Se considera así su posición privilegiada para conocer cuál era el estado de la instalación y si ésta pudiera tener algún defecto causante finalmente del siniestro, sin que la falta final de prueba sobre la causa del accidente se convierta en motivo de exclusión de la responsabilidad de la empresa suministradora.

En definitiva, esta sentencia supone un cambio en el régimen de atribución de la responsabilidad en supuestos como el que nos ocupa –acumulación de gas–, pues en virtud del principio de inversión de la carga de la prueba, se debe trasladar al prestador del servicio y generador del riesgo, la obligación de probar el origen del siniestro para poder exonerarse de responsabilidad.

Resulta de gran interés para el sector asegurador el análisis realizado en la sentencia que nos ocupa, pues repercute de forma directa en la responsabilidad que como en este caso, pueda tener la

empresa suministradora en un siniestro provocado por una acumulación de gas con un trágico y lamentable resultado y, en definitiva, viene a suponer un incremento significativo del riesgo asegurado en el seguro de responsabilidad suscrito con las entidades dedicadas a la distribución, muy a tener en cuenta a la hora de suscribir y redactar el contenido y clausulado de las distintas pólizas de responsabilidad civil.

Con todo ello vemos por tanto cómo responder a nuestras dudas es más que difícil en atención a los supuestos analizados, careciendo de una respuesta unánime frente a ellas. Y es que, en realidad, debemos concluir que nos encontramos ante una materia que, a la vista del tratamiento Jurisprudencial que recibe, como muchas otras, no parará de sorprendernos y obligarnos a estar atentos a las distintas sentencias que se vayan dictando por nuestros Juzgados y Tribunales ante casos similares, pues venimos comprobando que no existe una línea uniforme a la que acudir cuando nos encontramos ante un supuesto de este tipo. La responsabilidad civil por actividades de riesgo es amplísima y la teoría de la asunción del riesgo adopta una forma distinta en nuestra Jurisprudencia según las circunstancias del supuesto analizado, llegando a resoluciones muy distintas que pueden optar bien por la teoría de la asunción del riesgo por la propia víctima en términos más que extensos como veíamos antes en el caso del balonazo en la grada o por la teoría de la inversión de la carga de la prueba en supuestos donde ni tan siquiera resulta probado el motivo causante del siniestro. Una materia más que interesante, como la mayoría de las que integran la responsabilidad civil, y sobre la que sin duda podremos seguir estudiando, discutiendo y escribiendo.

## 1 ...en materia de RC

### a RC DE LA ADMINISTRACIÓN

#### DERECHO DE PROPIEDAD Y RC DE LA ADMINISTRACIÓN

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, DPY contra Bulgaria, de 6.09.2018

##### 1. Introducción

El caso demuestra que puede llegarse hasta Estrasburgo, solicitando RC de la Administración, cuando esta no cumple con los requisitos de la legislación de su país, en este caso sobre protección de la salud en zonas mineras, sin necesidad de mayor argumentación.

##### 2. Supuesto de hecho

En 1990 el Estado búlgaro decide crear una mina de carbón a cielo abierto cerca de Pernik. En mayo de ese año, el alcalde de esta loca-

lidad expropia unas noventa propiedades en el área, incluidos los terrenos y edificios de DPY. La decisión de expropiación declara que DPY debería recibir en compensación otra parcela de tierra en el pueblo y una suma de dinero. La mayoría de los propietarios restantes reciben una compensación monetaria o apartamentos en Pernik. El 21 de agosto de 1992, DPY solicita que se cancelara la expropiación, a lo que legalmente tenía derecho. El 2 de octubre de 1992, el gobernador

**Guillermo Escobar Roca**  
*Profesor Titular de Derecho  
Constitucional  
Universidad de Alcalá*

regional de Pernik cancela la expropiación, señalando que las parcelas de tierra debidas como compensación no se habían proporcionado “debido a la imposibilidad para el municipio de garantizar tales parcelas”. La decisión declara además que los propietarios tenían que devolver la compensación monetaria recibida. DPY permanece en su vivienda. En los años siguientes, la mina se acerca a su casa, debido a su ampliación gradual. El carbón se extrajo mediante detonaciones que, según DPY, sacudían la casa a diario. Aparecen grietas en las paredes de la casa y el granero se derrumbó. A comienzos de 1997, la familia de DPY se muda de la casa, por considerar que era demasiado peligroso quedar-

se. Posteriormente, DPY solicita a la mina una compensación, pero las negociaciones fracasan.

### 3. Argumentación jurídica

La Ley búlgara de Propiedad vigente en 1990 permitía la expropiación “por necesidades estatales especialmente importantes” y otorgaba a los expropiados una compensación a través de otra propiedad o en efectivo, previa a la apropiación administrativa de la propiedad. Si dicha compensación no se hacía efectiva en un año desde la decisión de expropiación, el propietario podía solicitar la cancelación de esta. Por su parte, la Orden del Ministro Salud de 25 de mayo de 1992, sobre requisitos de salud y seguridad en áreas residenciales, dispuso la creación de “zonas de saneamiento” alrededor de instalaciones industriales con riesgo ambiental. El ancho de dichas zonas sería de entre 50 y 3.000 metros, según las características específicas de cada instalación, prohibiéndose la construcción de edificios no industriales dentro de las zonas. Si ya existían tales edificios, los propietarios de las instalaciones incluidas en la zona de saneamiento estaban obligados a limitar cualquier actividad perjudicial “a los niveles reglamentarios” para fines de 1997; de lo contrario, debían cerrar la instalación respectiva o moverla a otra área. Además, se proporcionaban “zonas de seguridad” alrede-

dor de los sitios de detonación. La Ley de Salud Pública de 1973, vigente hasta 2005, regulaba el funcionamiento y competencias de las autoridades de protección de la salud, las cuales podían realizar controles e inspecciones y, en caso necesario, suspender el funcionamiento de las instalaciones industriales que incumplieran la normativa sanitaria e imponer sanciones.

El TEDH rechaza la violación del artículo 6.1 CEDH (derecho a un proceso equitativo) y declara la violación del art. 1 del Protocolo 1, sobre el derecho de propiedad. Parte del reconocimiento de que DPY era dueño de la mitad de la parcela de tierra y de dos edificios en Pernik, es decir, que tenía “posesiones”, en el sentido del artículo 1 del Protocolo 1. Considera que no se puede culpar al demandante por el fracaso del procedimiento de expropiación. También declara probado que la mina, donde se extrajo el carbón mediante detonaciones, representaba un riesgo ambiental, y que los requisitos reglamentarios de salud y seguridad se incumplieron, pues la “zona de saneamiento” requerida en el caso era de 500 metros de ancho y sin embargo, la mina se expandió gradualmente y operó a la distancia más cercana a 160-180 metros de la casa del demandante. En cuanto a la responsabilidad, el TEDH considera que la empresa era el medio para llevar a cabo

una actividad estatal y que, en consecuencia, el Estado debe ser responsable de sus actos u omisiones, y en concreto de que la propiedad del solicitante permaneciera en un área ambiental. Fue esta actividad estatal la causa del abandono de la vivienda del demandante en 1997, lo que equivale a una injerencia del Estado en sus posesiones.

La injerencia no puede considerarse como una privación de propiedad o un control de uso en el sentido de los párrafos primero y segundo del artículo 1 del Protocolo. Sin embargo, se encuadra bajo la primera frase de esa disposición, como una interferencia en el disfrute pacífico de las posesiones. El primer y más importante requisito del artículo 1 del Protocolo es que cualquier interferencia de una autoridad pública en el disfrute pacífico de las posesiones debe ser legal. Esto significa, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos de la legislación nacional. En el presente caso, la legislación nacional exigía el mantenimiento de “zonas de saneamiento” protectoras alrededor de instalaciones industriales que representan un peligro ambiental, en cuyo territorio no podría haber edificios residenciales.

En los procedimientos de RC iniciados por el solicitante, el Tribunal de Apelación declaró que la ejecución de detonaciones por la mina en las cercanías de los edificios residenciales implicó “indiscutiblemente

te” un incumplimiento de la legislación nacional, lo cual significa que la interferencia con el disfrute pacífico de las posesiones del solicitante tampoco fue lícita a los efectos del Protocolo. La claridad en el incumplimiento de la ley nacional convierte en innecesario verificar si se ha logrado un equilibrio justo entre las demandas del interés general de la comunidad y los requisitos de protección de los derechos del solicitante. Por tanto, Bulgaria vulneró el derecho de propiedad.

En cuanto a la indemnización, DPY solicita 4.600

euros, presentando informes periciales, más 9.000 por daños morales. El TEDH concede finalmente 8.000 euros, más 1.922 por los gastos.

## CONCLUSIONES

**Vulnera el derecho de propiedad del CEDH y origina derecho a indemnización en concepto de RC de la Administración la pérdida de la vivienda derivada del incumplimiento de la normativa de protección de la salud pública (en el caso, sobre distancias entre edificios y zonas mineras).**

## 4. Legislación y jurisprudencia citadas

CEDH, artículo 6.1. Protocolo 1 al CEDH, artículo 1.

## b DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

### INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LA INTIMIDAD: PUBLICACIÓN POR UN ANTIGUO SUPERIOR JERÁRQUICO DE “TUIITS” SARCÁSTICOS SOBRE LA BAJA POR ENFERMEDAD DE UN EMPLEADO DE UNA EMPRESA PÚBLICA.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 476/2018, de 20.7.18

*Ponente:* Sr. Sarazá Jimena

**Prof. Dr. Juan Alberto Díez Ballesteros**

*Titular de Derecho Civil  
Universidad de Alcalá*

Twitter que pudieran afectar a la intimidad e imagen de otra persona. Por otra parte, se plantea la cuestión de la difusión de datos privados de salud de un trabajador que se encontraba de baja laboral por enfermedad. Todo ello es analizado y expuesto por el TS con una claridad y orden que debe ser valorada positivamente.

### 1. Introducción.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre varias cuestiones de actualidad relacionadas con el uso de las redes so-

ciales. Por una parte, se analizan los límites del ejercicio de la libertad de expresión a través de la publicación de comentarios sarcásticos y fotografías ajenas en

### 2. Supuesto de hecho.

Un trabajador de una empresa municipal, que había estado de baja laboral por enfermedad

CON MÁS DE 30 AÑOS  
DE EXPERIENCIA



**Accidentes de Trabajo**

**Responsabilidad Patronal, Civil y Patrimonial**

**Riesgos Cibernéticos**

**Protección de Datos y Nuevas Tecnologías**

**Regulatorio**

**Líneas Financieras y D&O**

**Servicios Externalizados  
a Operadores de Seguros**

**Otros Ámbitos del Aseguramiento**





durante seis meses, demandó a quien había sido anteriormente su superior jerárquico por la publicación en la red social Twitter de numerosos “tuits” de contenido sarcástico sobre su baja por enfermedad. En estos “tuits”, la demandada ironizaba sobre la situación de baja laboral del demandante dada su asistencia a numerosos actos públicos y eventos del mundo de la moda en compañía de políticos, acompañando los “tuits” con fotografías del demandado en tales actos y lugares públicos y cuestionando la realidad de su enfermedad. Se trataba de fotografías captadas con la anuencia del demandante que ya se encontraban publicadas previamente en páginas de diversas redes sociales de Internet por personas cercanas a él (su partido político o amigos) sin que hiciera objeción alguna. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda. En cambio, el TS estima parcialmente el recurso al considerar vulnerado su derecho a la intimidad.

### 3. Argumentación jurídica.

El TS estructura esta sentencia en tres grupos de cuestiones. En primer lugar, se pronuncia sobre la legitimidad de la crítica sarcástica en las redes sociales. En segundo lugar, aborda las expresiones referidas a la situación de baja laboral del trabajador y su derecho a la intimidad. Por último, se manifiesta sobre la utilización de imágenes en las que aparece el demandante y que fueron captadas en Internet.

Respecto de la primera de las cuestiones, el TS considera que las expresiones sarcásticas ver-

tidas en los “tuits” en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no vulnera el derecho al honor del demandante/recurrente. La crítica sarcástica es legítima y en este caso se trataba de comentarios críticos respecto de hechos veraces como la asistencia a eventos públicos del mundo de la moda y de un partido político en un período de tiempo en el que el aludido se encontraba de baja laboral en la empresa municipal en la que prestaba servicios. Además, los mensajes tenían un cierto interés general, como un supuesto absentismo laboral injustificado, y no se emplearon términos insultantes o vejatorios.

En cambio, el TS, abordando ya la segunda cuestión, considera que la comunicación pública de comentarios sobre la situación de baja por enfermedad del demandante constituyó una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad.

La información relativa a la salud física o psíquica de una persona «está comprendida dentro del ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la Constitución, en la medida en que los datos que se refieren a la salud constituyen un elemento importante de su vida privada». No solo es una información íntima sino, además, «especialmente sensible desde este punto de vista y, por tanto, es digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad», tal y como han declarado el TC y el TEDH. En el caso enjuiciado, en el que la parte demandada había sido

la superior del demandante en la época en la que se inició la baja laboral (aunque posteriormente dejara de serlo), los datos de salud eran conocidos por la actividad profesional de quien los revelaba públicamente, lo que constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. Las comunicaciones sobre tales datos, añade el TS, pudieran haber estado justificadas para denunciar ante la empresa empleadora o la mutualidad correspondiente el carácter injustificado de la baja, pero el medio utilizado a través de “tuits” públicos resulta improcedente.

Por último, esta sentencia concluye rechazando que el uso efectuado de fotografías o imágenes del demandante ya publicadas en Internet vulnerase su derecho a la propia imagen. La captación de la imagen del demandado se realizó o bien en eventos de carácter público y con consentimiento del afectado, o bien se trataba de fotografías que habían sido previamente publicadas en Internet en cuentas de amigos o del propio partido político en el que estaba afiliado, sin que la demandada tuviera intervención alguna y sin que constase la oposición del demandante.

La prestación de consentimiento para la publicación de la propia imagen en Internet «conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet». Además, la inclusión de una imagen en un tuit «equi-



**JIMÉNEZ MUÑIZ**  
— ABOGADOS —

[www.jimenezmuniz.com](http://www.jimenezmuniz.com)

# NUESTRO EQUILIBRIO ES FIRME

**Fuerza, confianza,  
experiencia y seguridad** son  
los ingredientes perfectos para  
dar pasos más seguros.



**Especialistas en SEGUROS**  
**Especialistas en RESPONSABILIDAD CIVIL**

vale en buena medida a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en que tal imagen se halla, lo que puede considerarse como una consecuencia natural de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Los usos sociales legítimos de Internet, «como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien «retuiteando» el “tuit” en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un «link» o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la pro-

pia imagen, conforme al art. 2.1 LOPDH».

#### 4. Legislación y jurisprudencia citadas

Artículos 18.1 y 20.4 de la Constitución.

Artículos 2, 4 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de

mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

STC 14/2003, de 28 de enero.

SSTS 164/2014, de 12 de marzo y 91/2017, de 15 de febrero.

## INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR MANIFESTACIONES IRÓNICAS REALIZADAS EN FACEBOOK RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO POR UNA EMPRESA DE SUS OBLIGACIONES DE PAGO

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 540/2018, de 28.9.18

Ponente: Sr. Sarazá Jimena.

### 1. Introducción.

Nuevamente se tiene que pronunciar el TS sobre opiniones o mensajes publicados a través de la red social Facebook. En esta ocasión para considerar que determinadas expresiones, en las que se señala que una empresa no es de fiar o no

paga sus encargos, no suponen una vulneración del derecho al honor. En esta ocasión, con un criterio acertado a mi juicio, el TS considera que las afirmaciones realizadas no tenían la intensidad suficiente para suponer una vulneración del derecho al honor de los aludidos.

### 2. Supuesto de hecho.

En un contexto de desavenencias surgidas por el pago de unos trabajos profesionales realizados para una productora, tiene lugar un intercambio de mensajes de correo electrónico entre el administrador de la productora contratante y el profesional contratado para dichos trabajos. En respuesta a un correo previo del administrador de la

## CONCLUSIONES

**Si bien el derecho a la libertad de expresión ampara la realización de comentarios irónicos en las redes sociales sobre la conducta de otros sujetos, siempre que los hechos comentados sean veraces, tengan cierto interés público y no se empleen expresiones vejatorias, no autoriza dar a conocer públicamente datos relativos a la salud de otras personas, como una baja laboral por enfermedad, que han sido conocidos por razones profesionales y que pertenecen a la intimidad de las mismas.**



Servicios jurídicos especializados de máxima calidad en todas las áreas a las que se dedica, con especial atención a...



Responsabilidad Civil

...así como las siguientes:



Inmobiliario y Construcción



Administrativo



Marítimo



Fiscal



Procesal



Concursal



Protección de Datos



**BLECUA**

L E G A L



Transporte



Nuevas Tecnologías



Seguro



Civil



Societario y Contratación Mercantil



**BLECUA**

FORMACIÓN



**LEGAL**

CORPORATE ADVISORS

empresa, el prestador de los servicios realiza afirmaciones tales como que «es deleznable que un sujeto saque beneficio hasta de labores solidarias», que «actúa con ánimo embaucador» y califica a los administradores de la empresa contratante como «jetas manipuladores» o de «ignorantes que no se dan cuenta de la intrusión profesional que están llevando a cabo y la competencia desleal que resulta ser su modelo de producción para otras productoras que sí producen obras».

Posteriormente, el profesional descontento publicó en su cuenta de Facebook el siguiente mensaje: «Es mi deber informar a todos mis compañeros del audiovisual de que Tamagaz Films de Allariz y sus administradores solidarios Augusto y el “eminente” doctor Leoncio no son de fiar. No cumplen su parte de los compromisos y están poniendo muchísimas trabas para pagar una miserable factura». El administrador de la empresa aludida interpuso demanda por vulneración de su derecho al honor con motivo de estos correos y este mensaje reclamando una indemnización de 20.000 euros además de la publicación en el muro del demandado de la eventual sentencia condenatoria. El Juzgado, la Audiencia y el TS rechazan su pretensión.

### 3. Argumentación jurídica.

El TS estudia separadamente el contenido de los mensajes de correo electrónico y el texto publicado en Facebook.

Esta distinción resulta, en mi opinión, lógica dada la diferente difusión y publicidad de los medios de comunicación empleados.

En el caso de los correos electrónicos, intercambiados en el marco de las discrepancias surgidas por el pago de honorarios profesionales, ha existido una total ausencia de publicidad y se trata de una respuesta al correo remitido previamente por el demandante.

En cuanto al contenido de dicho mensaje, en un contexto de enfrentamiento como el existente entre el demandado y la empresa del demandante, las expresiones utilizadas, sin duda ofensivas por su significado aisladamente consideradas, pierden su carácter ofensivo y son proporcionadas con la crítica propia de contextos de conflicto y discusión, tratándose, según el TS, de un «lenguaje hiperbólico y efectista». No suponen, por tanto, ninguna vulneración del dere-

cho al honor del demandante. Las afirmaciones publicadas en la cuenta de Facebook del demandado tampoco son consideradas ilegales por el TS. El tono sarcástico e irónico de las mismas o la referencia a la condición profesional del demandante o tildarle de “eminente”, puede que resulte molesto para el aludido, pero no tienen intensidad suficiente para constituir una intromisión ilegítima en un derecho fundamental como el derecho al honor.

### 4. Legislación y jurisprudencia citadas

Artículos 18.1 y 20.1 a y d de la Constitución Española.

Artículos 2, 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Artículos 398.1, 394.1 y 477.2. 1º de la LEC.

## CONCLUSIONES

**No toda manifestación ofensiva publicada en Facebook supone una vulneración del derecho al honor de quien se considere aludido. Tales afirmaciones deben alcanzar una gravedad o intensidad suficiente como para ser consideradas ilícitas, superando la mera ofensa y debiendo tenerse en consideración el tono irónico con que se puedan realizar, cuando se enmarcan en una situación de controversia o conflicto profesional entre las partes implicadas.**

## C RC RIESGO

Iván González Barrios  
Doctor en Derecho. Abogado

### LESIONES AL ROMPERSE UNA PARED DE CRISTAL EN CANCHA DE PÁDEL

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28.06.18

Ponente: Sr. Gómez Canal

#### 1.- Introducción

En esta sentencia, la Audiencia Provincial desestima la demanda de un jugador aficionado de pádel que resultó lesionado tras el choque y rotura de una de las paredes de cristal que acotan la cancha. Como tendemos ocasión de exponer, la Sala considera que incumbía al demandante acreditar la existencia de algún defecto de instalación o fabricación del cristal. Se trata de un criterio ciertamente contrario al que mantuvo, por ejemplo, la SAP de Granada de 2 de marzo de 2016, que puso a cargo de la empresa explotadora la prueba de que las dichas instalaciones eran las adecuadas para la práctica del deporte y no presentaban defectos o deterioros.

#### 2.- Supuesto de hecho

Durante un partido de pádel, un jugador choca violentamente contra una de las paredes de cristal que delimitan la cancha, provocando su ruptura y sufriendo lesiones.

Al objeto de ser resarcido, formula demanda ejercitando

la acción de reclamación de indemnización por responsabilidad civil, resultando que el Juzgado de 1ª Instancia la desestima íntegramente.

#### 3.- Argumentación jurídica

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación del lesionado, al considerar que no

ha acreditado que la cancha ni, en particular el cristal, sufriera algún tipo de defecto de seguridad, por lo que la única causa plausible del accidente debería ser el choque del deportista con una fuerza inusitada, superior a la normal.

#### 4.- Legislación y jurisprudencia citados

SSAP de Oviedo de 2 de abril de 2014 y de Granada, de 2 de marzo de 2016

## CONCLUSIONES

**La sentencia resuelve el recurso entendiendo que la única causa del accidente ha sido la propia participación de la víctima, pues no consta acreditado que el cristal, ni ningún otro elemento configurador de la cancha de pádel, sufriera algún tipo de defecto. De hecho, la Audiencia reprocha al demandante que ni en la demanda, ni en algún momento posterior, proporcionara alguna explicación plausible que pusiera en evidencia la falta de adopción de medidas de seguridad exigibles por parte de la entidad demandada, explicación de la que no puede quedar relevado el demandante con la mera invocación de la doctrina del riesgo, la cual, además, no opera cuando, como considera la Sala, las lesiones sufridas se deben a su única culpa como consecuencia de una colisión contra el cristal a gran velocidad.**

## RESPONSABILIDAD POR CAÍDA DE CABALLO: ¿“CULPA” DEL CABALLO PRODUCTOR DE LAS LESIONES?

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 22.06.18

Ponente: Sra. Gutiérrez García

### 1.- Introducción

La sentencia resuelve la reclamación del perjudicado con una muy discutible técnica jurídica, al confundir la causa meramente material de un daño (la coza de un caballo) con la culpa o negligencia, hasta el punto de atribuirle al animal, y no a su dueño, una conducta imprudente, determinante a su juicio de la responsabilidad civil exigida.

### 2.- Supuesto de hecho

Durante una excursión a caballo, uno de los animales propina una coza a otro que le precedía, provocando la caída de quien lo montaba con las consiguientes lesiones.

El perjudicado formula demanda reclamando una indemnización contra la aseguradora de la propietaria del primer caballo, causante del accidente. El Juzgado de 1ª Ins-

tancia estima parcialmente la demanda y condena a la demandada al pago de una indemnización por importe de 9.507,31 euros.

### 3.- Argumentación jurídica

La Sala confirma el fallo indemnizatorio, con el argumento singular de que cabe “hacerle un reproche culpabilístico al caballo (...) que por su irregular comportamiento conllevó la caída del actor de su montura”.

### 4.- Legislación y jurisprudencia citados

SSTS de 17 de octubre de 2001 y 9 de marzo de 2006

## CONCLUSIONES

La Sala confirma la condena de la aseguradora demandada con la insólita afirmación de que es posible hacer un “reproche culpabilístico al caballo” productor del accidente, afirmación únicamente admisible si la expresión culpa es concebida desde una perspectiva alejada de cualquier criterio técnico, equivalente a aquella actuación sin el debido nivel de cuidado, que sólo sería predicable de las personas. Habrá que admitir entonces que la Sala se refiere a un concepto meramente causal y material en relación con las lesiones sufridas por la demandante.

Aun así, entiendo que la condena debería venir sustentada en algún obrar imprudente por parte del propietario o usuario del caballo que propina la coza. En otro caso, la condena estaría basada en una responsabilidad puramente objetiva, para la cual no existe fundamental legal alguno, pues no hay que olvidar que el art. 1.902 CC exige la intervención de algún grado de culpa o negligencia. De hecho, la propia sentencia comentada cita jurisprudencia según la cual, “las actividades de riesgo asumido exigen de responsabilidad al prestador del servicio, salvo que el actor acredite que se ha incrementado dicho riesgo por actos imputables al responsable de la actividad” (así, STS de 17 de octubre de 2001). Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado, deberíamos decir que la caída de un caballo es un riesgo típico que debe ser asumido por quien lo monta, salvo que se haya producido como consecuencia de una actuación imprudente del tercero a quien se reclama la indemnización. Como decimos, nada al respecto de una hipotética negligencia del tercero se dice en la sentencia, salvo la indicada alusión al “reproche culpabilístico” que merece el caballo productor de la coza. Por tanto, la sentencia, además de utilizar una terminología del todo inadecuada, incurre en un claro error de fundamentación al mantener la condena indemnizatoria, sin que se haya acreditado culpa alguna por parte de la asegurada de la entidad condenada.

## d RC PROFESIONAL

I. González

### DEFECTUOSO ASESORAMIENTO EN PRODUCTO FINANCIERO QUE, NO OBSTANTE, GENERA RENDIMIENTOS: CRITERIO DE LA “COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO”

Sentencia del Tribunal Supremo de 20.09.18

*Ponente:* Sr. Vela Torres

#### 1.- Introducción

Se analiza en esta sentencia los presupuestos que han de darse para aplicar el principio de la “compensatio lucri cum damno”, en particular, en la determinación de una indemnización debida por un banco a raíz de la venta de varios productos financieros sin informar adecuadamente al cliente, pero que no obstante habían generados rendimientos económicos.

#### 2.- Supuesto de hecho

Un banco vende a un matrimonio una serie de títulos de obligaciones subordinadas y participaciones preferentes por un importe global de 69.000 euros. Como consecuencia de una resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que impuso el canje obligatorio de los títulos por acciones y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD), se reintegró a los inversores 49.540,70 euros. No obstante, hasta ese momen-

to obtuvieron unos rendimientos por importe de 16.614,37 euros.

Por los hechos indicados, los inversores interponen demanda contra el banco solicitando su

responsabilidad contractual y la condena a abonarles la diferencia entre el valor de compra y el de canje forzoso, por importe de 19.459,30 euros.

El Juzgado de 1ª Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al banco a pagar la cantidad que resulte de descontar los 19.459,30 euros reclamados, los rendimientos obtenidos a determinar en fase de ejecución de sentencia.

La Audiencia Provincial esti-

### CONCLUSIONES

**La sentencia aplica el principio de la “compensatio lucris cum damno” para minorar la indemnización debida por el banco por su incumplimiento contractual, al vender unos productos financieros sin la debida información y transparencia, que debieron ser canjeados a un precio inferior al de compra, con los rendimientos económicos que los clientes habían obtenido por dichos productos. Para la aplicación de tal principio, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que, si bien la relación obligación generó un daño a los clientes, también les reportó un beneficio cifrado en los rendimientos obtenidos hasta dicho canje obligatorio. Esta conclusión se obtiene por la Sala a partir de lo establecido en el art. 1.106 CC, de manera que la determinación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual deberán computarse aquellos lucros o provechos dimanantes del incumplimiento, que signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por tal acreedor.**

ma parcialmente el recurso en el sentido de establecer que tanto en la devolución del dinero que se acuerda que ha de hacer el banco demandado como la que deben hacer los clientes demandantes, las partes habrán de pagar los intereses legales de las respectivas sumas a partir del momento en que se recibirán hasta que tenga lugar la devolución.

### 3.- Argumentación jurídica

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación del banco y desestima el de los clientes. Considera que la Audiencia Provincial, sin decirlo expresamente, aplica las consecuencias propias de una nulidad contractual, desatendiendo el principio de la “compensatio lucris cum damno”, que exige reducir la indemnización por los daños

derivados del incumplimiento contractual con los beneficios obtenidos por el perjudicado precisamente por el hecho generador de tal incumplimiento.

### 4.- Legislación y jurisprudencia citados

SSTS de 5 de mayo de 2008 y 14 de febrero de 2018.

## ACCIONES ENTABLADAS POR UN ABOGADO QUE EXCEDEN DE LAS CONTEMPLADAS EN EL ACUERDO FIRMADO CON SU CLIENTE: INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Sentencia del Tribunal Supremo de 06.06.18

*Ponente:* Sr. Arroyo Fiestas

### 1.- Introducción

En la presente sentencia, el Tribunal Supremo defiende el criterio de que un abogado no incurre en responsabilidad civil cuando se consigue acreditar que el encargo efectuado es más amplio que el contenido en el contrato suscrito con el cliente, habiéndose efectuado su labor con diligencia y en defensa de los intereses de éste.

Es un criterio similar al mantenido en otras sentencias, en las que el abogado había decidido motu proprio solicitar medidas cautelares que no le habían sido específicamente solicitadas. La jurisprudencia ha dicho en estos casos que la denegación de las medidas no significa que la actuación profesional desarrollada por el abogado haya sido negligente, ya que tal

denegación puede deberse a criterios de apreciación, siendo relevante a estos efectos valorar la labor profesional en su conjunto (SSTS de 23 de mayo de 2001 y 22 de octubre de 2008).

### 2.- Supuesto de hecho

El actor interpone demanda contra el abogado que le había defendido en procedimientos anteriores, solicitando que se declare que ha incumplido el contrato de arrendamientos de servicios concertado, el excederse en su actuación del encargo encomendado. En concreto, alegaba el demandante que había contratado al abogado para ejercitar en su nombre una acción de daños y perjuicios por incumplimiento de un contrato de permuta, mientras que el profesional,

además de ejercitar tal acción, promovió por propia iniciativa procedimientos de suspensión de obra nueva y reivindicatoria, procedimientos que fueron desestimados. Por todo, el cliente solicita una indemnización por daños y perjuicios sufridos y la declaración de que no adeudaba honorarios al profesional por tales servicios, al no habérselos encomendados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. El recurso de apelación es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Ciudad Real al considerar que existía una absoluta desconexión entre el encargo profesional y las acciones ejercitadas por el letrado, siendo por otra parte desahogada la opción procesal escogida para defender los intereses de su cliente.

### 3. Argumentación jurídica

El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por el profesional, en el entendimiento de

que el cliente conocía los procedimientos entablados por su letrado sin que opusiera objeción alguna. Consta igualmente acreditado para la Sala que el cliente entendió que se le habían usurpado metros cuadrados de una propiedad de su titularidad, lo que motivó la acción reivindicatoria y que se produjeron fisuras continuadas en la vivienda del demandante como consecuencia de obra nueva que se ejecutaba en la colindancia, lo que provocó la acción de suspensión de obra nueva. Por todo ello, debe declararse que el abogado no se excedió del encargo profesional ni actuó de forma negligente.

#### **4.- Legislación y jurisprudencia citados**

Arts. 1101, 1104, 1258 CC  
SSTS 12 de mayo de 2009, 23 de febrero de 2010 y 22 de abril de 2013.

## **CONCLUSIONES**

**El Tribunal Supremo rechaza que el letrado se haya extralimitado en el encargo encomendado por cuanto, si bien inicialmente se le había pedido mediante contrato escrito que ejercitara por cuenta del cliente una acción por incumplimiento de un contrato de permuta, las otras acciones también entabladas, suspensión de obra y reivindicatoria, guardaban una estrecha relación con aquella. Además, el cliente tuvo conocimiento de su tramitación, pues incluso abonó diversas provisiones de fondos que le fueron solicitada por diversos profesionales intervinientes. En suma, la sentencia considera que el profesional demandado no incumplió las obligaciones contratadas, dado que respetó el compromiso de defender a su cliente, a quien mantuvo informado de las acciones ejercitadas.**

## 2 ...en materia de seguros

**Javier López García de la Serrana**  
Abogado – Doctor en Derecho  
Director de HispaColex

**CONDENA A LA ASEGURADORA AL ABONO DE LOS INTERESES DEL ARTÍCULO 20 DE LA LCS ÚNICAMENTE DESDE EL CONOCIMIENTO POR PARTE DE ÉSTA DEL SINIESTRO.**

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2018.

Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.

### 1.- Introducción

Han sido muchas las sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo hasta llegar a la doctrina que actualmente rige en esta materia, y que en definitiva diferencia de forma cada vez más clara cuando deben imponerse los intereses especiales del artículo 20 de la LCS, y en definitiva se produce una situación de incertidumbre o duda racional suficiente que justifique la no imposición de dicha penalización. No obstante, muchas veces la discusión no es si procede o no la imposición del interés de dicho interés especial, sino desde cuál será el momento inicial del cómputo del mismo en relación con el deber del asegurado de comunicar el siniestro o bien, o sobre el conocimiento o no del siniestro respecto del tercer perjudicado, y la prueba encaminada a probar dicho

extremo.

Pues bien, esta última controversia es la que se discute en la sentencia analizada, que, además, cuenta con una particularidad importante, al haber existido un procedimiento judicial anterior al que no ocupa por los mismos hechos y el mismo siniestro, entre las partes que ahora resultan ser codemandadas.

### 2.- Supuesto de hecho

En el presente litigio el ahora recurrente, en fecha 21 de diciembre de 2012, reclamó al demandado y a su aseguradora AXA el pago de 27.203,74 euros en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados por los defectuosos trabajos de sustitución de piezas y de reparación llevados a cabo por el demandado, en el vehículo de su propiedad.

Asimismo, tal y como reco-

ge la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, hay que partir de un hecho relevante, y es que previamente a este pleito, el propietario del taller demandado presentó una demanda el 23 de marzo de 2011 frente a su aseguradora, AXA, reclamando el importe de 5.562,84 euros que había supuesto al mismo un intento de reparación del citado vehículo, lo que fue seguido en juicio verbal que concluyó mediante sentencia de 29 de noviembre de 2012, desestimatoria de la demanda por no haberse acreditado el daño reclamado, no obstante haber declarado probado que el siniestro estaba cubierto por la póliza. Respecto al asunto ahora enjuiciado, en fecha 18 de julio de 2014 se dictó la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda, acogiendo las pretensiones del demandante, salvo en la suma de 93,81 euros que estima corresponden a conceptos que no guardan relación con los trabajos en el motor, y en la suma de 2500 euros reclamada

en concepto de daño moral, que estima no acreditado. Si bien, tras la aclaración solicitada por el reclamante se dictó Auto por el que se recogía el siguiente fallo: “estimar la petición formulada por la actora de aclarar sentencia 18/07/14, dictada en el presente procedimiento. En el caso que nos ocupa procede la aclaración de la sentencia dictada en los presentes autos, complementándola en el sentido interesado por la parte demandante, al ser aplicable de oficio los intereses de demora del art 20.4 de la LCS y no contener la sentencia motivación que los excluya de aplicación. En consecuencia, se han de imponer los intereses del art 20 LCS sobre la cantidad de 20.109,93 euros, intereses a computar desde el día 3/05/2010”.

La aseguradora interpuso recurso de apelación alegando, por un lado, que no había existido contrato alguno de arrendamiento de obra entre su asegurado y el reclamante, pues aquel no le pagó a éste la mano de obra, facturando solamente las piezas sustituidas en el vehículo; que desde la entrega del vehículo en abril de 2010 hasta que el demandante lo vuelve a llevar al taller de don Félix en Otoño de 2010, transcurrieron cinco meses en los que no consta que ocurriera avería alguna, durante los que el demandante participó en circuitos de carreras, forzando el motor. Que, tras la reparación, y entrega nuevamente del vehículo en septiembre de 2011, el señor Cristóbal no llevó el vehículo al taller hasta marzo de 2012, es decir siete meses después, durante los

cuales el vehículo circula más de 22000 kilómetros.

Por otro lado, igualmente se recurre la referida sentencia respecto al pronunciamiento sobre los intereses del artículo 20 de la LCS, al entender que, en cualquier caso, los mismos deberían de imponerse –no desde la fecha del siniestro–, sino desde que la aseguradora tuvo conocimiento del mismo.

Tras lo cual, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que se estimaba parcialmente el recurso, dando la razón a la aseguradora únicamente respecto al pronunciamiento de los intereses, al considerar que había quedado acreditado que aunque el siniestro se produjo en el momento de la terminación de los defectuosos trabajos de reparación integral y sustitución de las piezas del motor del vehículo del demandante, fijando como fecha la de 3 de mayo de 2010, en la que se emite la factura por el taller, la aseguradora AXA no tuvo conocimiento del siniestro hasta la reclamación que realiza su asegurado el 23 de marzo de 2011 pero no fue hasta el dictado de la sentencia de 19 de noviembre de 2012, en la que se determinó que el siniestro sí estaba cubierto por la póliza, habiéndose tenido conocimiento de la existencia del siniestro el 4 de abril de 2011, cuando se realizó la pericial de la aseguradora.

Ahora bien, al declararse en dicho procedimiento que el siniestro no se había producido y desestimarse la demanda, habría de estarse, por tanto, a la fecha que efectivamente la aseguradora tuvo conocimiento del

mismo, que en definitiva no es otra que la de la interposición de la demanda respecto del tercero perjudicado. Es por ello, que se condena al pago de los intereses del art. 20 de la LCS desde el 21 de diciembre de 2012, en lugar de desde el 3 de mayo de 2010 fijado por el juez a quo.

En cuanto al primer motivo del recurso de apelación se desestima al considerar la Audiencia Provincial que no se puede apreciar ningún error ni arbitrariedad en el proceso valorativo de las pruebas, debiendo señalarse que el juez a quo ha calificado correctamente el contrato entre ambas partes de arrendamiento de obra con suministro de material, regulado en los arts. 1544 y ss del Código Civil.

Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Jose Ignacio con apoyo en el siguiente: Motivo Único: Al amparo del artículo 477.2. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que el recurso presenta interés casacional al oponerse la sentencia recurrida a los criterios establecidos en las dictadas en supuestos idénticos por la Sala primera del Tribunal Supremo: sentencias 146/2009, de 26 de febrero; 858/2019 de 15 de diciembre de 2010, rec. 1159/2007, con vulneración de lo dispuesto en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro en sus párrafos 3.º y 4.º.

### 3.- Argumentación Jurídica.

Se impugna por el recurrente el pronunciamiento de la sentencia que aplica los intereses del artículo 20 de la LCS desde el día



21 de diciembre de 2012, fecha de la presentación de la demanda que dio lugar a este procedimiento, coincidente con el conocimiento del siniestro por parte de la aseguradora, y no desde el día 3 de mayo de 2010, en que, a juicio de la recurrente tuvo lugar el siniestro, como así resolvió la sentencia del juzgado. El recurso se formula por vulneración del artículo 20, párrafos 3.º y 6.º de la LCS, en relación con la jurisprudencia de esta Sala expresada en las sentencias 146/2009, de 26 de febrero, y 858/2010, de 15 de diciembre. Considera la recurrente que la aseguradora no ha probado que desconociera el siniestro y que la sentencia recurrida da por acreditado que sí lo conocía, al menos desde el juicio verbal previo a estas actuaciones seguido a instancia de su asegurado, demandados ambos en este pleito.

Tras un análisis exhaustivo de los antecedentes considera la sentencia que el fundamento recurrido no contradice la jurisprudencia de esta Sala citada en el motivo. Lo que se dice es que la regla general en la que se fija el “dies a quo” del devengo de los intereses sufre dos excepciones: la primera de ellas, referida al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario, que implica que si no han cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o en la ley el término inicial del cómputo será el de la comunicación (y no la fecha del siniestro); la segunda excepción viene referida al tercero perjudicado o sus herederos, respecto a los cuales, siendo también

la regla general que los intereses habrán de devengarse desde la fecha del siniestro (artículo 20.6.ª I LCS), de forma excepcional, en el caso de que el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del ejercicio de la acción directa (art. 20.6.ª III LCS).

En cuanto al conocimiento del siniestro se indica que lo tendrá la aseguradora por medio de la comunicación efectuada por su asegurado, y no puede servir de excusa el que tal comunicación no se haya hecho por el perjudicado, al no ser entonces una carga exigible a este último, con la consecuencia de que la aseguradora no puede rehuir el pago de la indemnización al asegurado o al tercero perjudicado prescindiendo del conocimiento del siniestro que ha obtenido por aquella vía sin incurrir en mora, pues el establecimiento del recargo de intereses de demora para la aseguradora, aplicable de oficio, tiene como finalidad estimular la rapidez y eficacia en la cobertura del siniestro, independientemente de que el llamado a percibir la indemnización sea el tomador del seguro o asegurado, el beneficiario o el tercero perjudicado. En virtud de lo anterior, -y considerando que los hechos probados de la sentencia ningún dato ofrece sobre este previo conocimiento del siniestro por parte de la aseguradora antes del que señala, pues

la primera demanda se formula por el asegurado en su nombre y como perjudicado frente a su aseguradora AXA por una cantidad muy distinta a la que ha dado lugar a este segundo pleito-; se estima por tanto, que el conocimiento del siniestro se tuvo lugar el 19 de noviembre de 2012, fecha en que se dicta sentencia y se determina que el siniestro sí que estaba cubierto por la póliza. Pero, como dice la sentencia recurrida, dicha demanda formulada por el asegurado se desestima por falta de prueba de la realidad del siniestro, por lo que considera la Sala Primera que la aseguradora ignoró, hasta la interposición de la presente demanda el 21 de diciembre 2012, los daños ocasionados al recurrente, sin que pagara o consignara cantidad alguna hasta que fue dictada la sentencia de primera instancia; y por tanto, esa debe ser la fecha de inicio del cómputo de los intereses, considerando por tanto, que el razonamiento de la sentencia recurrida -a diferencia de lo considerado por el recurrente- no se aparta de la jurisprudencia de esta sala por ajustarse a los hechos que han sido valorados de una forma absolutamente razonable y ponderada en la sentencia.

#### 4.-Legislación y jurisprudencia citadas.

Artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro  
SSTS núm 146/2009, de 26 de febrero, y 858/2010, de 15 de diciembre.

## CONCLUSIONES

La sentencia transcrita desestima el recurso que por infracción procesal había deducido el demandante, confirmando que los intereses especiales impuestos a la aseguradora demandada se devengarán, no desde la fecha del siniestro (3 de mayo de 2010), en que concluyó la defectuosa reparación del vehículo del actor y en la que se había emitido una concreta factura, sino desde la fecha en que la aseguradora de la responsabilidad civil del taller reparador tuvo conocimiento del siniestro en virtud de la demanda deducida por aquél (21 de diciembre de 2012).

Sentado todo lo anterior, con sus puntualizaciones, el TS declara que, con base en los hechos reputados como probados, la aseguradora no tuvo conocimiento del siniestro hasta que el tercero (segundo) perjudicado formuló su reclamación judicial, por lo que desestimó el recurso, dado que la sentencia recurrida no ofrecía dato alguno sobre que la aseguradora conociera el siniestro antes de que el actor formulara su demanda. Se descarta igualmente que el conocimiento del siniestro podía haberse fijado en la fecha en que se dictó la sentencia del pleito precedente seguido por el asegurado (ahora demandado) con la aseguradora del citado taller (19 de noviembre de 2012), en la que se declaró que el siniestro (que deriva de los mismos hechos ahora enjuiciados) estaba cubierto por la póliza, sin que se estimara finalmente la demanda por declarar que el mismo no había quedado acreditado.

Todo ello, para finalmente declarar que la fecha que deberá de considerarse como inicio del cómputo es la de interposición de la demanda, por cuanto que una cosa es el conocimiento por parte de la aseguradora –a través de su asegurado– de que parecía haberse producido un siniestro y otra que, después de dicho conocimiento, se declare improbadamente su existencia –a pesar de que finalmente se haya declarado la certeza y realidad del mismo–.

Considero que la particularidad del caso es que a pesar de haber quedado finalmente acreditado o probada la existencia de un siniestro cubierto por la aseguradora –y que por tanto esa resolución del pleito anterior resultó errónea–, y en consecuencia, y del pleno conocimiento del mismo por parte de la aseguradora que parte demandada en el pleito anterior, el Tribunal Supremo situó el devengo del cómputo de los intereses en el momento de la interposición de la demanda por el tercero perjudicado, lo que hace muy complicado el asunto y muy acertada la aplicación de la doctrina expuesta al caso concreto.

Tal es así que se me plantea una cuestión, y es que si finalmente se entiende que la aseguradora no tuvo conocimiento de la realidad del siniestro hasta el inicio de la acción directa por parte del perjudicado mediante la demanda judicial interpuesta el 21 de diciembre de 2012, por cuanto que parece probado que la sentencia dictada en el procedimiento anterior había sido desestimada por no haberse acreditado la realidad del siniestro, ¿podría haberse planteado la exoneración del abono de dicho interés en virtud del apartado 8 del artículo 20 de la LCS? es decir, ¿podría considerarse como causa justificada o no imputable a la aseguradora, la existencia de una resolución judicial que hubiera declarado no probada la realidad del siniestro por el que ahora se le reclama?

# derecho de la circulación

## 1 jurisprudencia comentada

*Ismael Solera Calleja*  
Abogado

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES, SALAS DE LO CONTENCIOSO DE LA AN Y DE LOS TSJ.

1. No se condena a intereses a la entidad aseguradora al no haberse acreditado la reclamación conforme al artículo 7. 1, párrafo 3º de la Ley 35/2015 con todos los requisitos que en el mismo se señalan. En relación con la valoración de los daños personales, se concluye que es imposible seguir el informe del médico propuesto por la entidad aseguradora. SAP de Oviedo (Secc.1ª) de 30 de junio de 2018, resolución 180/2017.

a) No se condena a intereses a la entidad aseguradora.

Según la sentencia de primera instancia 'No consta que el accionante haya cursado reclamación extrajudicial alguna a la aseguradora, pidiendo la cantidad que ahora solicita y acompañándole documentación médica, de suerte que la compañía no pudo hacer oferta, pago o consignación'.

El defecto se produce al no quedar acreditado documentalmente los hechos indicados en

la demanda relativos a la realización de la reclamación a la aseguradora, así como respuesta de ésta.

La AP considera que '...es cierto que en estos momentos aparece como requisito para la admisión a trámite de estos procedimientos la previa reclamación indemnizatoria, ante esta ausencia no pueden concederse dichos intereses por no acreditarse la reclamación conforme al artículo 7. 1, párrafo 3º de la Ley 35/2015 con todos los requisitos que en el mismo se señalan, es cierto que en estos momentos aparece como requisito para la admisión a trámite de estos procedimientos la previa reclamación indemnizatoria, ante esta ausencia no pueden concederse dichos intereses por no acreditarse la reclamación conforme al artículo 7. 1, párrafo 3º de la Ley 35/2015 con todos los requisitos que en el mismo se señalan'.

b) Respecto del informe médico, considera la sentencia,

que 'no puede seguir el informe del médico propuesto por la entidad aseguradora, al venir condicionado con su relación a un informe técnico del Gabinete reseñado olvidando la especialización como médico del firmante y el hecho rotundo relativo a que, como señala con toda corrección la sentencia de instancia, por leve que haya sido el golpe de los vehículos, no es posible concluir que las consecuencias lesivas no pueden ser relevantes'.

2. Según la entidad aseguradora, la perjudicada no ha logrado acreditar que haya sufrido una pérdida de calidad de vida, por lo que el perjuicio sufrido sería de carácter básico. Según la sentencia, no se reputa necesaria una justificación específica cuando la limitación apreciada en los informes médicos afecte a actividades tan generalizadas y usuales como lo son, por ejemplo, las tareas domésticas. Se desestima el recurso de la entidad aseguradora.

dora. SAP de Madrid (Secc.14ª) de 29 de junio de 2018, sentencia 200/2018.

a) Como se ha indicado el título de esta reseña, la entidad aseguradora sostiene que no consta acreditado que la perjudicada desarrollara determinadas actividades con anterioridad al accidente.

‘...no consta acreditado que con anterioridad al accidente la perjudicada desarrollara ordinariamente prácticas deportivas, o de ocio, ni cuáles fueran éstas, ni tampoco la limitación que las afectó. Doña trabajaba como dependienta, y no habiendo impedido las lesiones el ejercicio de esa actividad, tampoco habrían de impedir otras actividades que exigen menos esfuerzos...’

‘...el perjuicio personal particular entraña, además, algún grado de impedimento o limitación que la misma lesión, o su tratamiento, produce en la autonomía o desarrollo personal del lesionado (art. 137), entendida la autonomía y el desarrollo personal en los términos definidos en los arts. 50, 53 y 54 del mismo texto legal’.

En los informes médicos, se destaca que en ellos se recomendara a la paciente ‘abstenerse de realizar tareas domésticas, actividades de ocio, o prácticas deportivas, formativas o profesionales que exijan esfuerzos moderados sobre el raquis’.

Para la AP, partiendo del argumento que ‘la parte actora no ha acreditado que con anterioridad al accidente se desa-

rollaran alguna de esas actividades. Sin embargo, así como resultaría necesario una justificación específica caso de alegarse la dedicación a alguna actividad singular, como podría serlo alguna actividad deportiva concreta, no se reputa necesaria esa prueba cuando la limitación apreciada en los informes médicos afecte a actividades tan generalizadas y usuales como lo son, por ejemplo, las tareas domésticas. En ese sentido, el art. 51 LRCSCVM incluye entre las actividades esenciales de la vida ordinaria las tareas domésticas, y su art. 54 reputa actividades específicas de desarrollo personal las relativas al disfrute del ocio, sin mayor concreción, que en el presente supuesto resulta igualmente limitado’.

b) En relación a la secuela de síndrome postraumático cervical, se considera infringido el apartado 1 y 2 del artículo 135 de la LRCSCVM. En relación a los criterios de causalidad, se considera que no se cumple el de intensidad respecto de la dinámica del accidente.

‘...Al respecto se destaca que la documentación clínica obrante en el procedimiento describe una cervicalgia postraumática, y muy especialmente una rectificación de la lordosis fisiológica que se detecta mediante una prueba de Rayos-X realizada en el Hospital Universitario de Fuenlabrada, y que se describe por el perito designado por la demandante, especialista en traumatología y cirugía ortopédica, como un mecanismo de defensa ante un

traumatismo’.

‘...la perjudicada en ningún momento admite esa baja intensidad, y por el contrario se pronuncia en el informe que aporta sobre la correspondencia entre el traumatismo sufrido y la relevancia de las lesiones diagnosticadas’.

En cuanto a la duda de si la cervicalgia es mecánica en vez de traumática, la AP considera que es el informe de la entidad aseguradora el que reconoce el carácter traumático de la misma, al indicar ‘existe nexo de causalidad’.

3. Denuncia la entidad aseguradora que la perjudicada no ha aportado junto a la demanda como le exige el Art. 37 de la LRCSCVM, el informe médico ajustado a las reglas del sistema para la determinación y medición de las lesiones temporales, incumpliendo por completo la carga de la prueba que le incumbe. SAP de Cáceres (Secc.1ª) de 4 de julio de 2018, sentencia 342/2018.

a) En relación a la valoración de los daños personales, la entidad aseguradora afirma que la parte actora se limita a aportar con la demanda unos informes médicos y de tratamiento rehabilitador. Una vez analizados todos los informes aportados, la AP considera que si son suficientes para acreditar las lesiones del actor.

‘...La parte actora se limita a aportar con la demanda unos informes médicos y de tratamiento fisioterapéutico con los que pretende fundamentar su

# derecho de la circulación



petición. Se trata pues, de informes clínicos o asistenciales de quienes han seguido el curso de la lesión, y sin que ninguno de ellos cumpla el requisito exigido por los preceptos antes señalados (Art. 35 y 37 de la Ley 35/2015), ya que en ellos no se alude a la consideración del perjuicio personal ni se especifican las razones médicas por las que ha de ser considerado moderado, o perjuicio personal básico, con total ausencia de justificación legal alguna que permita discriminar la distinta categoría de cada tipo de perjuicio. Por tanto, resulta evidente que por la actora no se aporta al procedimiento informe médico alguno, ajustado a las reglas del sistema, que permita la determinación y medición de las lesiones temporales, tal como exige el citado Art. 37, incumpliendo así, de forma flagrante, la carga de la prueba que le incumbe’.

‘...esta Sala considera que dichos informes médicos, aun cuando no se ajusten en su literalidad a las reglas del Art. 37 citado, sí son suficientes para acreditar las lesiones del actor, así como la determinación y medición de las lesiones temporales, cuya indemnización se pretende, pues lo importante es que, a través de los correspondientes informes médicos, se pueda calcular la naturaleza y alcance de las lesiones sufridas, a fin de calcular el quantum de la indemnización, pues insistimos, lo que exige dicho precepto es que exista la necesaria claridad a la hora de formular reclamaciones como consecuencia de las lesiones padecidas’.

b) En relación a la ausencia

de nexo causal entre el accidente y las lesiones reclamadas.

La entidad aseguradora afirma que ‘el contacto entre los vehículos fue tan sumamente débil y con tan nula violencia que el remolque el remolque no sufrió daño alguno. Menos aún el furgón que lo arrastraba y en el que viajaba como ocupante el hoy demandante’.

La conclusión que alcanzan tanto el Juzgado de primera instancia como la AP es que las lesiones del actor tienen su causa directa en el accidente, ello a pesar de lo indicado por el informe biomecánico.

‘...es lo cierto que existe una deformación en la puerta del remolque, visible en las fotografías incorporadas al informe pericial, añadiendo el testigo que presencié el accidente, que el remolque sufrió una abolladura, impidiendo el cierre de la puerta. Ello unido a los daños sufridos por el vehículo del demandado, consistentes en el descolgamiento del parachoques, debemos colegir que la colisión no fue tan leve como para que los ocupantes del primer vehículo no resultasen con lesiones derivadas del esguince cervical.

4. El lucro cesante debe ser excluido de la indemnización, cuando a la persona lesionada no se le ha reconocido baja de tipo alguno por los hechos. Se estima la posición de la entidad aseguradora. SAP de Madrid (Secc.8ª) de 30 de julio de 2018, sentencia 346/2018.

En relación a la reclamación del lucro cesante, la senten-

cia declara que ‘...respecto del lucro cesante incluido en la indemnización de la Sra. Isidora debe ser excluido, pues no se ha reconocido baja alguna por estos hechos y, en consecuencia, no puede considerarse perjuicio indemnizable a satisfacer por la parte demandada, la pérdida patrimonial que se dice producida’.

Respecto de la otra persona lesionada en el accidente si procede el reconocimiento del lucro cesante, ‘...respecto de Doña Josefina de las nóminas aportadas del periodo en el que estuvo de baja a consecuencia del accidente en comparación con el resto, se deduce la diferencia de ingresos que motiva la estimación de este concepto en la sentencia apelada y por tanto debe confirmarse el pronunciamiento realizado’.

5. El juzgado dictó un auto en el que declara que la consignación efectuada por la entidad aseguradora, en relación a las lesiones sufridas por una víctima de accidente de circulación, estaba mal hecha. Se estima el recurso de la entidad aseguradora. SAP de Oviedo (Secc.4ª) de 22 de junio de 2018, sentencia 68/2018.

La entidad aseguradora efectuó la consignación al amparo del artículo 99 de la Ley sobre jurisdicción voluntaria, para ello tuvo en cuenta que el accidente tuvo lugar el 25 de marzo de 2017, y que el 20 de junio de 2017 se remitió burofax al lesionado, con detalle de la oferta motivada. Ofreciendo la cantidad de 1.840,50 euros, antes de que hubieran transcurrido

tres meses desde el accidente, y ante la previsión de que las lesiones se iban a prolongar, sin poder determinar su alcance. Al no haber recibido contestación al burofax se instó el expediente de jurisdicción voluntaria.

En la comunicación se indicaba que todavía no era posible cuantificar ni determinar el alcance de los daños personales. Y se aportaba un informe pericial que valora las lesiones temporales en 100 días, siendo 60 de perjuicio moderado y 40 perjuicio grave. Sin recoger la existencia de secuelas. Además, introducía una reducción del 70% de la cantidad a ofrecer, sobre la base de la contribución del lesionado a la causación del accidente.

Para la AP el burofax remitido por la aseguradora se ajusta a lo establecido en el artículo 7.4 de la LRCSCVM, pues se alude a los requisitos que indica el artículo, en particular, comprometiéndose a realizar una valoración una vez cuantificados los daños.

También se afirma que no se le puede reprochar a la aseguradora el que no haya incluido las secuelas en la consignación porque aún no se ha producido la estabilización. De manera que no sería exigible el que se hiciera el ofrecimiento en relación a unas secuelas que están pendiente de concretar.

Concluye la sentencia 'Es el propio artículo 7.3 del Real Decreto citado el que establece la posibilidad de consignar la cantidad ofrecida al lesionado. Por ello, que atendidas las exigencias del artículo 7.4, deba entenderse bien hecha la con-

signación, como pago a cuenta de las posibles indemnizaciones a las que el lesionado pudiera tener derecho. Sin prejuzgar en modo alguno, la responsabilidad de los intervinientes, o si la consignación ahora realizada pueda servir en cuanto a la exoneración del pago de los intereses del artículo 20 de la Ley de contrato de Seguro. Vista la petición efectuada, lo relevante es que la consignación se ajusta tanto a los artículos del Código Civil sobre la consignación, como a los artículos 7.3 y 7.4 del RD-legislativo 8/2004 tras la redacción dada por la Ley 35/2015. Pues se trata únicamente de liberarse de la obligación en cuanto a la cantidad consignada, como a pago cuenta. Sin ahondar en la responsabilidad que pudiera resultar o en si lo consignado es suficiente a los efectos del devengo de intereses por mora del asegurador'.

6. La sentencia de primera instancia entiende que no hay "informe médico concluyente", como exige el art. 135.2 RDL 8/2004, desestimando la pretensión. Se estima el recurso del perjudicado. SAP de Oviedo (Secc. 5ª) de 4 de julio de 2018, sentencia 270/2018.

a) Se suscita nuevamente la cuestión relativa a la necesidad de aportar un informe médico, en los términos recogidos en el artículo 37 y 135.2. de la LRCSCVM.

Junto a la demanda se aportan dos informes médicos en los cuales se explica y se detallan las dolencias y tratamientos que permiten fijar el tiempo de

curación, así como la existencia de una leve secuela.

El recurrente sostiene que el informe médico concluyente no puede ser necesariamente un dictamen pericial. Ese parecer se comparte, porque en todo el texto del RDL 8/2004, reformado por la Ley 35/2015, no hay tal parangón. Entiende el recurrente que los informes que aporta del Fisioterapeuta y del Doctor Darío cumplen tal exigencia, y objetivan las secuelas en la que sustenta su reclamación.

La interpretación del artículo 135.2 consistiría en que '...para que cumpla los requisitos legales, es que del informe médico pueda constatarse sin lugar a duda la existencia de la secuela que se pretende. No bastan fórmulas evanescentes, o aseveraciones que nada afirman, o que refieren lo que relata el afectado. Tiene que ser una opinión médica "concluyente", que permita constatar claramente la existencia de la secuela cuya indemnización se pretende'.

'Vistas tales exigencias, y apartado que tal informe tenga que ser un dictamen pericial en el sentido que dispone la ley de enjuiciamiento, ...'. Por lo que se refiere a la valoración de la secuela de conceder un punto, se comparte los argumentos de la Juzgadora "a quo" que no han sido desvirtuados por las alegaciones de la parte apelante'.

7. En relación a una tesis valorativa acogida por un tribunal, no cabe razonar si es mejor o más oportuna otra hipótesis valorativa. El tribunal de primera instancia estima el lucro cesante oca-

# derecho de la circulación

cionado con motivo de la reparación del vehículo siniestrado, con base a la información aportada por la actora. SAP de Barcelona (Secc. 17ª) de 6 de julio de 2018, sentencia 578/2018.

La entidad aseguradora interpone el recurso de apelación, proponiendo en sus alegaciones

que la actora en vez de esperar a la finalización de la reparación de su vehículo 'podría haber alquilado otro vehículo que supiera al accidentado y manifiesta que hay un extenso mercado respecto de este tipo de vehículos.

En relación a esta afirmación, considera la sentencia que

el informe de la aseguradora no incluye documento alguno que justifique lo indicado, ni trata de convencer respecto de la misma.

Para oponerse a la valoración de la prueba pericial efectuada por una sentencia, la AP informa de la casuística jurisprudencial en la que podría sustentarse.

## CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

8. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de septiembre de 2018. Procedimiento prejudicial, Seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, Directiva 72/166/CEE, Artículo 3, apartado 1, Directiva 84/5/CEE, Artículo 1, apartado 4- Obligación de suscribir un contrato de seguro. Vehículo estacionado en un terreno privado. Derecho de recurso del organismo de indemnización contra el propietario del vehículo no asegurado. Asunto C-80/17.

a) 'La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 3 de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles'.

b) 'Dicha petición se ha presentado en el marco de un litigio

entre el Fondo de Garantía Automóvil y las Sras. Alina Antonia Destapado Pão Mole Juliana y Cristiana Micaela Caetano Juliana, en relación con el reembolso de las indemnizaciones que el Fondo abonó a las víctimas de un accidente en el que se vio implicado el vehículo propiedad de la Sra. Destapado Pão Mole Juliana y conducido por su hijo'

c) Litio principal.

'La Sra. Destapado Pão Mole Juliana, propietaria de un vehículo automóvil matriculado en Portugal, había dejado de conducir dicho vehículo debido a problemas de salud y lo había estacionado en el patio de su casa, sin iniciar los trámites para su retirada oficial de la circulación.

El 19 de noviembre de 2006, este vehículo, conducido por el hijo de la Sra. Destapado Pão Mole Juliana, quien había tomado posesión de él sin la autorización de su madre y sin su conocimiento, se salió de la carretera, lo que provocó el fallecimiento del conductor y de otras dos personas, que viajaban en dicho vehí-

culo como pasajeros.

La Sra. Destapado Pão Mole Juliana no tenía suscrito en esa fecha un seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación del vehículo.

Tras haber indemnizado a los derechohabientes de los pasajeros de dicho vehículo por los daños resultantes del accidente en cuestión, el Fondo demandó posteriormente a la Sra. Destapado Pão Mole Juliana y a la Sra. Caetano Juliana, hija del conductor, solicitando el reembolso de un importe de 437 345,85 euros.

En su defensa, la Sra. Destapado Pão Mole Juliana alegó en particular que no era responsable del siniestro y que, en la medida en que había estacionado su vehículo en el patio de su casa y no tenía intención de ponerlo en circulación, no estaba obligada a suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de dicho vehículo.

El tribunal de primera instancia estimó parcialmente el recur-

so interpuesto por el Fondo, al considerar que el hecho de que la propietaria del vehículo no deseara ponerlo en circulación y de que el accidente hubiera ocurrido sin que pudiera imputársele la responsabilidad del siniestro no excluía la obligación de suscribir un contrato de seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de dicho vehículo. Según dicho tribunal, este contrato garantiza el abono de indemnizaciones a las víctimas de un accidente de circulación incluso en caso de robo del vehículo.

La Sra. Destapado Pão Mole Juliana interpuso recurso de apelación contra la sentencia del tribunal de primera instancia ante el Tribunal da Relação (Audiencia, Portugal).

Este concluyó que no existía obligación de suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación del vehículo de que se trata y que la Sra. Destapado Pão Mole Juliana no era responsable, anuló la sentencia de primera instancia y desestimó el recurso interpuesto por el Fondo.

En apoyo del recurso de casación que interpuso ante el Supremo Tribunal de Justiça (Portugal), el Fondo sostiene que existen riesgos propios de los vehículos que implican la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil respecto de ellos, incluso aunque no estén en circulación. El Fondo también pide que se consulte al Tribunal de Justicia si el derecho de subrogación que le reconoce el artículo 25 del Decre-

to-ley n.º 522/85 es independiente del régimen nacional de imputación de la responsabilidad civil previsto en el artículo 503, apartado 1, del Código Civil.

El Supremo Tribunal de Justiça señala que el recurso de casación del que conoce suscita la cuestión de si la obligación del propietario de un vehículo de suscribir un contrato de seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de su vehículo se desprende del mero hecho de que es titular del derecho de propiedad sobre este vehículo o si dicha obligación no existe cuando el vehículo, por decisión del propietario, se inmoviliza fuera de la vía pública. El tribunal remitente, estima desproporcionado considerar que esa misma obligación se impone al propietario cuando ha decidido retirar el vehículo de la circulación y el accidente se produce como consecuencia del uso ilegal del vehículo sin el consentimiento del propietario<sup>1</sup>.

d) El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1). El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, en su versión modificada por la Directiva 2005/14/CE del Parla-

mento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, debe interpretarse en el sentido de que es obligatorio suscribir un contrato de seguro de la responsabilidad civil relativa a la circulación de un vehículo automóvil cuando el vehículo sigue estando matriculado en un Estado miembro y es apto para circular, pero se encuentra estacionado en un terreno privado por la mera decisión de su propietario, que ya no tiene intención de conducirlo.

2) El artículo 1, apartado 4, de la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles, en su versión modificada por la Directiva 2005/14, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional que establece que el organismo previsto en esa disposición tiene derecho a interponer recurso, además de contra el responsable o los responsables del accidente, contra la persona que estaba sujeta a la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación del vehículo que haya causado los daños indemnizados por este organismo, pero no había suscrito ningún contrato a tal efecto, aun cuando dicha persona no sea civilmente responsable del accidente en el que tales daños se produzcan<sup>1</sup>.



### 1. Concepto de “allegado”

#### ¿Cómo debe ser delimitada la figura del allegado prevista en el art. 67 LRCSCVM?



El legislador de 2015 introdujo en la LRCSCVM la figura del allegado, con el fin de permitir la indemnización de determinadas personas que, no estando incluidas en las categorías de perjudicados expresamente previstas, acrediten ser acreedoras de un daño resarcible por razón de la convivencia y afectividad mantenidas con la víctima. Cada uno de estos allegados son indemnizados por un importe fijo de 10.000 euros con independencia de la edad que tengan.

No era este un concepto desconocido en el ordenamiento jurídico español, pues ya aparecía recogido en el art. 160 CC, amén de en otros textos internacionales, como en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” y en el “Borrador del Marco Común de Referencia”.

En los países de nuestro entorno se ha planteado si la relación de parentesco es un requisito necesario para que surta el derecho a la indemnización o es posible admitir o es admisible otro tipo de vínculos. Lo decisivo para considerar a alguien con legitimación para dicha reclamación de daños, es la prueba del perjuicio moral, si bien este puede presumirse por el parentesco o la convivencia con la víctima. Dentro de este contexto, nuestro Tribunal Supremo ha venido estableciendo que cualquier persona que pueda verse afectada por la muerte de la víctima y tras la prueba pertinente del perjuicio moral o patrimonial padecido, puede revestir la condición de perjudicado indirecto, independientemente de su condición de heredero. (SSTS 12 mayo 1990, 30 junio 1993, 24 junio 2002 y 15 noviembre 2002, entre otras).

La LRCSCVM no ha llegado tan lejos porque delimita la condición de allegado en base al cumplimiento de determinados requisitos. Así lo hace al definir legalmente esta categoría de perjudicados estableciendo al respecto en su art. 67 que son “aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad”.

De esta definición legal se pueden extraer, al menos, tres requisitos, que son la convivencia familiar, el parentesco o afectividad y la no inclusión en cualquier otra categoría de perjudicados.

El primero de ello, la convivencia familiar con la víctima, presenta dos notas características, como son la temporalidad y la familiaridad. Respecto a la temporalidad, la norma exige que la convivencia se haya desarrollado durante un mínimo de cinco años de duración, inmediatamente anteriores al fallecimiento. Se evita con esto la posibilidad de indemnizar a personas que en el momento de la muerte ya no se encontraran conviviendo con la víctima, de lo que cabría presumir un daño moral inexistente o atenuado. Una interpretación literal del elemento normativo de la inmediatez podría, empero, dar lugar a situaciones injustas cuando la muerte acontezca en un momento en que la víctima y el allegado han cesado temporalmente la convivencia por circunstancias que nada tienen que ver con la pérdida del afecto recíproco, sino por otras bien distintas, tal que, por ejemplo, la necesidad de ocupar un nuevo trabajo en otra ciudad, cursar estudios en una universidad extranjera, auxiliar a otro familiar necesitado de cuidados permanentes, etc. Es razonable considerar que el legislador no estaba pensando en estas situaciones cuando quiso dejar sin indemnización al allega-

do, sino, más propiamente, en quien había puesto fin de manera definitiva la convivencia, supuesto en que por tal razón el dolor experimentado por el ex conviviente habría de ser menor o no existir. Consiguientemente, debería aceptarse bajo este supuesto los casos de interrupción coyuntural de la convivencia y excluir a efectos indemnizatorios los de ruptura definitiva. La segunda nota característica de este primer requisito de la convivencia es el de su familiaridad. La coexistencia diaria entre allegado y víctima ha de asemejarse a la que se espera de unos parientes que comparten un mismo hogar, con actuaciones conjuntas y fines e intereses recíprocos, lo que se aleja de una relación estratégica fundada en la satisfacción de intereses individuales, como sería el caso, por ejemplo, de un grupo de estudiantes que comparten piso.

El segundo requisito es el de la especial cercanía con la víctima por razón del parentesco o afectividad.

Tendrían cabida aquí tanto los parientes consanguíneos, como abuelos y nietos, sobrinos, etc., parientes por afinidad, ya sean suegros, cuñados, etc., o incluso, relaciones afectivas que, sin constituir parentesco, son asimilables a él, padrastro, madrastra, menores en situación de guarda o acogimiento, etc. Por no existir vínculos familiares o afectivos, quedarían en cambio excluidas las relaciones estrictamente laborales o profesionales, como la de cuidadores, enfermeros, personal de residencias para ancianos, etc.

El tercer requisito sirve para delimitar negativamente la figura analizada, porque incida que no será allegado en los términos del art. 67 LRCSCVM quien ya forma parte de alguno de las otras cuatro categorías de perjudicados. Se evita así que alguien pueda ser doblemente indemnizado en su condición de perjudicado incluido en algunas de las cuatro primeras categorías, por una parte, y de allegado, por otra.

**Directora de INESE:**

Susana Pérez  
([susana.perez@inese.es](mailto:susana.perez@inese.es))

**Responsable editorial de INESE:**

Juan Manuel Blanco  
([juanmanuelblanco@inese.es](mailto:juanmanuelblanco@inese.es))

**Director de la publicación:**

José Antonio Badillo Arias  
([badillo@icam.es](mailto:badillo@icam.es))

**Consejo de Redacción:**

Guillermo Escóbar Roca  
*Profesor Titular de Derecho Constitucional Univ. Alcalá*

Iván González Barrios  
*Abogado del ICA de S/C de Tenerife*

Juan A. Díez Ballesteros  
*Profesor Titular de Derecho Civil Univ. Alcalá*

Joaquín Ruíz Echauri  
*Socio de Hogan Lovells International LLP, Profesor de R.C. en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

Ismael Solera Calleja  
*Abogado*

Jenaro Maeso Caballero  
*Abogado. Ingeniero Técnico Industrial*

Javier López y García de la Serrana  
*Abogado. Director de HispaCalex*

**Consejo Editorial:**

Juan José Marín López  
*Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha*

M<sup>a</sup> Flavia Rodríguez-Ponga  
*Directora General del CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS*

Santiago Martín Gil  
*Director del "Boletín de Responsabilidad Civil y Seguro"*

Mañana Medina Crespo  
*Abogado. Profesor Asociado de Derecho Civil*

Gonzalo Iturmendi Morales  
*Abogado. Director del Bufete G. Iturmendi y Asociados*

M<sup>a</sup> Isabel Candelario Macías  
*Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III, Madrid*

José Ignacio Hebrero Álvarez  
*Doctor en Derecho y director de Hebrero y Asociados*

Alejandro Izuzquiza Ibáñez de Aldecoa  
*Director de Operaciones del CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS*

Eduardo Pavelek Zamora  
*Consultor experto en Responsabilidad Civil*

José Boada Bravo  
*Presidente de PELAYO*

Antonio Albanés Membrillo  
*Socio-Director del Bufete Albanés & Asociados*

Francisco Soto Nieto  
*Ex Magistrado del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho*

Abel Veiga Copo  
*Agregado de Derecho Mercantil y del Seguro de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE)*

Bárbara de la Vega Justribó  
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid*

Mariano Yzquierdo Tolsada  
*Catedrático de Derecho Civil*

Isabel Ramos Herranz  
*Profesora Titular de Derecho Mercantil Universidad Carlos III de Madrid*

**Coordinadora comercial:**

Laura Palao  
([laura.palao@inese.es](mailto:laura.palao@inese.es))

**Publicidad:**

Aída Rodríguez  
([aida.rodriguez@inese.es](mailto:aida.rodriguez@inese.es))  
Juan Berjillos  
([juan.berjillos@inese.es](mailto:juan.berjillos@inese.es))

**Documentación:**

Cristina García  
([cristina.garcia@inese.es](mailto:cristina.garcia@inese.es))

**Atención al suscriptor:**

([suscripciones@inese.es](mailto:suscripciones@inese.es))  
Tlf.: 913 755 820

**Imprime:** Graficas Aries

Depósito Legal: M-413-1964  
ISSN: 1133-6900

**Maquetación:** R.B. Servicios Editoriales

Editada por

**inese**  
Wilmington Risk & Compliance

WILMINGTON INESE. S.L.U.  
Avda. del General Perón, 27  
10<sup>a</sup> planta  
28020 Madrid  
Telf.: 913 755 800  
Fax: 915 352 955  
[www.inese.es](http://www.inese.es)

©Copyright Wilmington Inese. S.L.U.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los artículos incluidos en esta publicación, su tratamiento informático y la transmisión por cualquier forma o medio, sin el previo permiso por escrito del titular del Copyright.

La publicación no comparte necesariamente las opiniones vertidas en los artículos firmados o expresadas por terceros



# jurisprudencia del Tribunal Supremo

## Sentencia de la Sala 1ª del TS de 10/10/2018

*Ponente: Sr. Marín Castán*

### **SEGURO DE VIDA CON COBERTURA DE INVALIDEZ PERMANENTE ABSOLUTA.**

Deber de declaración del riesgo: el asegurador asume las consecuencias de la presentación de una declaración o cuestionario de salud excesivamente ambiguos o genéricos. Tomador/asegurado consumidor habitual de drogas, que no fue preguntado sobre esta circunstancia ni se ha acreditado que tuviera patología o sintomatología alguna relacionada con ese consumo.

## Sentencia de la Sala 1ª del TS de 10/10/2018

*Ponente: Sr. Marín Castán*

### **SEGURO DE VIDA CON COBERTURA DE INVALIDEZ PERMANENTE ABSOLUTA VINCULADO A PRÉSTAMO HIPOTECARIO, CON DESIGNACIÓN DE LA ENTIDAD PRESTAMISTA COMO PRIMER BENEFICIARIO POR EL CAPITAL PENDIENTE.**

Deber de declaración del riesgo: conducta dolosa del tomador por ocultar a sabiendas datos sobre su estado de salud que, por la naturaleza y coberturas del seguro contratado, debía conocer como objetivamente influyentes para valorar el riesgo.

## Sentencia de la Sala 1ª del TS de 9/10/2018

*Ponente: Sr. Orduña Moreno*

### **ADQUISICIÓN DE DEUDA SUBORDINADA Y PARTICIPACIONES PREFERENTES.**

Determinación del daño indemnizable por el incumplimiento contractual de los deberes de información en la comercialización de dichos productos financieros. Procedencia de descontar del daño indemnizable los rendimientos obtenidos por el cliente.

## Sentencia de la Sala 3ª del TS de 9/10/2018

*Ponente: Sr. Olea Godoy*

### **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE**

**LA ADMINISTRACIÓN.** Reclamación por los daños producidos por la aprobación del Real Decreto Ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero.

## Sentencia de la Sala 1ª del TS de 5/10/2018

*Ponente: Sr. Vela Torres*

### **INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.**

Incumplimiento contractual en la comercialización de producto financiero complejo. Reiteración de la jurisprudencia de la Sala sobre el alcance de dicha indemnización. Rendimientos.

## Sentencia de la Sala 1ª del TS de 26/9/2018

*Ponente: Sr. Arroyo Fiestas*

### **RESPONSABILIDAD DE COMUNIDAD POR DAÑOS PRIVATIVOS.**

Responsabilidad de la comunidad de propietarios por los daños causados en elementos privativos (grietas en suelo y techo de una vivienda) por un fallo de ejecución en los elementos comunes (falta de mallazo en los forjados). Obligación de repararlos.

## Sentencia de la Sala 1ª del TS de 24/9/2018

*Ponente: Sr. Seijas Quintana*

### **INTERESES DEL ART. 20 LCS. DIES A QUO DEL DEVENGO.**

Regla general (sinietro) y excepciones. Condena a la aseguradora al abono de los intereses del artículo 20 de la LCS únicamente desde el conocimiento por parte de ésta del siniestro.

## Sentencia de la Sala 3ª del TS de 24/9/2018

*Ponente: Sr. Trillo Alonso*

### **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA.**

Incongruencia omisiva. Inexistencia de pérdida de oportunidad. Mala praxis médica del pediatra, que no supo valorar adecuadamente los indicios existentes.

### Sentencia de la Sala 1ª del TS de 21/9/2018

*Ponente: Sr. Orduña Moreno*

**CONTRATO DE AUDITORÍA DE CUENTAS.** Responsabilidad de los auditores y extensión o alcance del daño producido. Incumplimientos reiterados de la *lex artis* por la empresa auditora. El deber legal de los administradores de formular las cuentas anuales no comporta, según las propias normas técnicas de auditoría, la exoneración del auditor de efectuar las verificaciones oportunas que permitan detectar la existencia de irregularidades.

### Sentencia de la Sala 1ª del TS de 20/9/2018

*Ponente: Sr. Seijas Quintana*

**ACCIÓN DE REPETICIÓN DE UNA ASEGURADORA MÉDICA FRENTE A DOS MÉDICOS DE SU CUADRO Y SUS RESPECTIVAS ASEGURADORAS DERIVADA DE LA CONDENA EN OTRO PLEITO POR MALA PRAXIS.** Relaciones internas entre los obligados solidarios.

### Sentencia de la Sala 1ª del TS de 14/9/2018

*Ponente: Sra. Parra Lucán*

**RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.** Prueba del defecto y del nexo causal entre este y el daño a cargo del consumidor. Para la Sala, el perjudicado debe probar que el producto es defectuoso, pero no que ese defecto fue originado por el fabricante. Este puede liberarse de responsabilidad demostrando que hay una causa distinta de defectuosidad o probando, incluso mediante presunciones, que el defecto no era originario, sin necesidad de que individualice otra causa de defectuosidad.

### Sentencia de la Sala 1ª del TS de 14/9/2018

*Ponente: Sr. Salas Carceller*

**PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** El plazo

para exigir un comunero indemnización frente a la comunidad de propietarios por daños derivados de la falta de conservación o mantenimiento de los elementos comunes

### Sentencia de la Sala 1ª del TS de 14/9/2018

*Ponente: Sr. Seijas Quintana*

**ARBITRAJE. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA LA CÁMARA DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA.** Laudo anulado judicialmente por las vinculaciones existentes entre uno de los árbitros y el despacho que defendía a una de las partes. Se desestima.

### Sentencia de la Sala 1ª del TS de 11/9/2018

*Ponente: Sr. Sancho Gargallo*

**SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL POR ACTOS REALIZADOS EN EL EJERCICIO DE SU CARGO.** La acción directa del art. 76 LCS contra la aseguradora requiere justificar y declarar la responsabilidad del asegurado.

### Sentencia de la Sala 3ª del TS de 10/7/2018

*Ponente: Sr. Fernández Valverde*

**RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.** Dies a quo del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por anulación por sentencia de acto administrativo, cuando la ejecución implica demolición de lo construido.

### Sentencia de la Sala 3ª del TS de 5/7/2018

*Ponente: Sr. Sieira Míguez*

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.** Daños sufridos en un accidente de circulación ocurrido en un camino de la Confederación Hidrográfica del Guadiana.

# rc

REVISTA DE RESPONSABILIDAD  
CIVIL, CIRCULACIÓN Y SEGURO

**Sí**, deseo suscribirme a la revista RC (11 números al año, versión papel y digital + acceso a base de datos jurídica on-line + boletín de RC quincenal por e-mail)

## CUADRO DE PRECIOS PARA EL AÑO 2018

	<b>ANUAL</b>	<b>BIENAL</b>
ESPAÑA	229,08 €	400 €
EXTRANJERO	300 €	528 €

Precios: IVA y gastos de envío incluidos

NOTA: La suscripción se considerará renovada tácitamente, salvo orden por escrito en contra. Una vez llegado el vencimiento y cargado el importe en cuenta, no se procederá a devolución alguna.

Empresa \_\_\_\_\_ Número de empleados \_\_\_\_\_

C.I.F./N.I.F. \* \_\_\_\_\_

Actividad \* \_\_\_\_\_

Nombre y apellidos \* \_\_\_\_\_

Cargo \_\_\_\_\_

Dirección \* \_\_\_\_\_ C.P.\* \_\_\_\_\_

Ciudad \_\_\_\_\_ Provincia \_\_\_\_\_

Tlf. \* \_\_\_\_\_ Móvil \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

E mail \_\_\_\_\_

\* Datos de obligada cumplimentación

Firmado: a \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018

IBAN

**Periodicidad:**  Anual  Bienal

--	--	--	--

**Forma de pago:**  Domiciliación Bancaria

Titular de la cuenta \_\_\_\_\_

Entidad Financiera \_\_\_\_\_

Domicilio Sucursal \_\_\_\_\_

Población \_\_\_\_\_

Transferencia a favor de Wilmington Inese (IBAN: ES92 0049 6701 1327 1615 6377)

Necesitamos que acepte la política de privacidad para poder gestionar su suscripción.

Los datos facilitados serán objeto de tratamiento por parte de Wilmington INESE, S.L.U. con domicilio en Avenida del General Perón, 27 10ª plta., 28020 Madrid con el objeto de gestionar el servicio que solicita. Basamos este tratamiento en la relación comercial establecida. Conservaremos estos datos mientras Vd. siga interesado en nuestros servicios y no nos comunique lo contrario.

Wilmington INESE tiene como misión facilitar información profesional y favorecer la comunicación entre empresas para lo que, de manera periódica, envía comunicados con contenidos que persiguen ayudarle en el desarrollo de su negocio. Marcando la primera casilla inferior usted nos autoriza a enviarle información tanto de los productos y servicios del Grupo Wilmington como de terceras compañías que puedan ser de interés para el desempeño de su actividad profesional. En ningún caso cederemos sus datos a dichas empresas sin solicitarle consentimiento antes. Siempre podrá darse de baja a través del enlace que aparece en los propios envíos o dirigiéndose a [protecciondedatos@inese.es](mailto:protecciondedatos@inese.es).

En cumplimiento de lo dispuesto en la legislación vigente (Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos, le informamos de que tiene derecho a presentar una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. No obstante, nuestra política pasa por el máximo respeto a sus datos personales por lo que, para cualquier cuestión relacionada con los mismos, estaremos encantados de atenderle en [protecciondedatos@inese.es](mailto:protecciondedatos@inese.es).

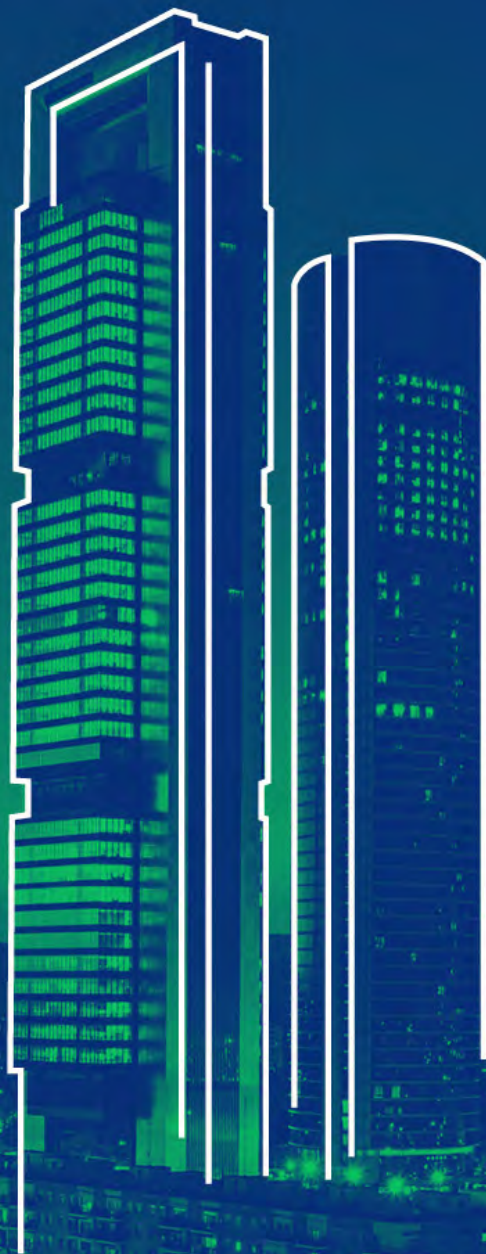
Sí deseo recibir información personalizada de productos y servicios de mi interés profesional a través de medios electrónicos, teléfono o correo postal.

Acepto la política de privacidad de INESE.

# La mayor agencia de suscripción del mundo

DUAL

Porque no hay 2 personas iguales nos adaptamos a las necesidades de cada cliente



## El mayor coverholder de LLOYD'S

NUEVOS PRODUCTOS: Caución, Afianzamiento, Decenal, Cancelación y responsabilidad civil de eventos

ADEMÁS SEGUIMOS POTENCIANDO: Administradores y Altos Directivos, R.C. Profesional, Juntas de Gobierno, Instituciones Financieras, Funcionarios Públicos, Sociedades de Capital Riesgo, Garantía Legal del Título de Propiedad, Comisiones de Control, Protección de Datos y Riesgos Cibernéticos.

# Gijón

## Convention Bureau

# XVIII

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

### Jueves día 15

- 13:00 h.** Asamblea: Salón de actos de la Biblioteca Municipal (antiguo Banco de España), calle Jovellanos 23, Gijón.
- 16:00 h.** Entrega de acreditaciones
- 16:30 h. Inauguración**  
Palacio de Congresos de Gijón. Asistirá la Excmo. Sra. Dña. Encarnación Vicente Suárez, Directora General de Justicia e Interior del Principado de Asturias
- 17:00 h. PRIMERA PONENCIA: "Supuestos de RC amparados por el seguro del hogar"**  
Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso García, Magistrado y presidente de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias
- 18:00 h. SEGUNDA PONENCIA: "Más allá del mal llamado baremo sanitario: por una ley de responsabilidad civil médica y sanitaria"**  
D. Miguel Martín Casals, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona
- 19:00 h. TERCERA PONENCIA: "La nueva jurisprudencia sobre la prescripción de la RC"**  
D. Santiago Cavanillas Múgica, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Baleares
- 20:30 h.** Recogida de los autobuses en el Palacio de Congresos
- 21:00 h.** Recepción "Espicha tradicional"  
Lugar: en Lugar El Trole, Ctra. del Trole, 80. 33394 Gijón

### Viernes día 16

- 09:30 h.** CUARTA PONENCIA: "Interrupción o no del nexo causal por inadecuada asistencia médica en accidentes de circulación"  
Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegerberg, Magistrado, Presidente de la Audiencia Provincial de A. Coruña
- 10:30 h.** QUINTA PONENCIA: "Reflexiones sobre un Baremo que no es el que tendría que haber sido: sus maleficios resarcitorios y las reformas necesarias"  
D. Mariano Medina Crespo, Presidente de AEAERCS
- 11:30 h.** Pausa Café
- 12:00 h.** Mesa Redonda (intervención de 30 min. cada ponente más 30 min de debate): "Reclamación previa, oferta motivada y cuestiones procesales en materia de RC automovilística. La Guía de Buenas Prácticas"  
• Ilmo. Sra. Dña. M<sup>o</sup> Cruz Aparicio Redondo, Magistrada del J<sup>o</sup> de 1<sup>o</sup> Inst. núm. 11 de Bilbao  
• Ilmo. Sra. Dña. M<sup>o</sup> José Rivas Velasco, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> 14 de Granada  
• Ilmo. Sr. D. Gonzalo Sancho Cerdá, Magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia de Torment
- 14:00 h.** Almuerzo de trabajo
- 16:30 h.** SEXTA PONENCIA: "Elenco de imprudencias dañosas con relevancia criminal"  
Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo
- 17:30 h.** SÉPTIMA PONENCIA: "Configuración actual de las acciones de responsabilidad civil contra administradores sociales"  
Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
- 18:30 h.** OCTAVA PONENCIA: "La RC en el ámbito del Derecho de Familia"  
Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
- 19:30 h.** Clausura del Congreso. Por la Excmo. Alcaldesa de Gijón Dña. Carmen Mariyón Enrízaga
- 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  
Lugar: Restaurante Somio Park Carretera Gijón - Alto del Infanzón, s/n (Somio), Gijón

### Sábado día 17

- 10:30 h.** Recogida en los hoteles por los autobuses
- 11:30 h.** Visita a Cangas de Onís (primera capital de Asturias) y Covadonga (Basílica y gruta)
- 15:00 h.** Comida asturiana en el restaurante Los Arcos de Cangas de Onís

### ORGANIZA



### PATROCINAN



### COLABORAN



Directores del congreso:  
Javier López y García de la Serrana  
José Luis Nava Meana

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

902 361 350