

Año 53/Nº 9/octubre 2017

# rc

REVISTA DE RESPONSABILIDAD  
CIVIL, CIRCULACIÓN Y SEGURO

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



**Abel Veiga Copo**

*Profesor de Derecho Mercantil  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

## **FRANQUICIA Y SEGURO. DEL AUTOSEGURO A LA DISMINUCIÓN DE LA PRIMA**

■ Rastreando el daño patrimonial puro en la responsabilidad civil extracontractual ■ El cesionario del crédito derivado de un contrato de seguro está legitimado para reclamar el interés del artículo 20 de la LCS ■ ¿Tiene derecho a la indemnización una persona atropellada por su propio vehículo? ■ Connivencia del cliente en el fraude fiscal diseñado por el asesor. Inexistencia de responsabilidad civil de la aseguradora de éste.

CON MÁS DE 30 AÑOS  
DE EXPERIENCIA



**Líneas Financieras y D&O**

**Seguro de Daños**

**Accidentes de Trabajo**

**Responsabilidad Civil**

(R.C. Construcción, R.C. Sanitaria, R.C. Profesional)

**Responsabilidad Medioambiental**

**Responsabilidad Patrimonial**

**Servicios Externalizados  
a Operadores de Seguros**

**Otros Ámbitos del Aseguramiento**

CHAMBERS  
AND PARTNERS



THE HARMONIE GROUP  
HARMONIE Europe





José Antonio Badillo  
Director

## ¿TIENE DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN UNA PERSONA ATROPELLADA POR SU PROPIO VEHÍCULO?

A veces se producen accidentes de circulación, en los que una persona es atropellada por su propio vehículo. Estas situaciones se ocasionan, normalmente, cuando se detiene el vehículo sin poner adecuadamente sus elementos de seguridad –velocidad y freno de mano–, y el conductor, tras bajarse del mismo, es atropellado por el desplazamiento de su vehículo. Pensemos, por ejemplo, en los accidentes en los que el conductor detiene el vehículo o pone el freno de mano con el motor encendido y se baja para abrir la puerta del garaje y, por no haber accionado correctamente los mecanismos de seguridad del vehículo, éste se desliza y le atropella.

Normalmente, estos casos se resuelven alegando que ha habido culpa exclusiva de la víctima en la producción del hecho. A nuestro juicio, más que un supuesto de esta naturaleza, pensamos que no estamos ante una causa de exoneración de la responsabilidad civil, sino más bien ante la inexistencia de la misma. Así, si el conductor es responsable de su propio daño, no existe el requisito de la "alteridad", que es consustancial a la institución de la responsabilidad civil -no causar daños a otros- y, por tanto, no hay responsabilidad civil. El conductor, por su conducta imprudente -no haber accionado bien los mecanismos de seguridad del vehículo-, se causa un daño a sí mismo.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de septiembre de 2017, analiza un supuesto de esta naturaleza, planteado por un tribunal portugués. Los hechos tienen que ver con un atropello al tomador/asegurado por su propio vehículo. Si bien, dicho impacto lo causó un tercero, que había sustraído el vehículo de la esposa del lesionado. El conductor del vehículo sustraído golpeó al vehículo de la víctima y éste, a su vez, atropelló al lesionado, que previamente se había bajado de su vehículo.

Hay que recordar que el artículo 1 de la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, Tercera Directiva de Automóviles, establecía que «el seguro a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 3 de la [Primera Directiva] cubrirá la responsabilidad por daños corporales de todos los ocupantes, con excepción del conductor, derivados de la circulación de un vehículo».

En el caso español, cuando se adaptó esta Directiva por la Ley 30/1995, se hizo en esos términos y, a partir de su entrada en vigor, solo se excluía del SOA al conductor responsable del accidente. En la legislación portuguesa, el artículo 11, apartado 2, del Decreto-Ley N° 291/2007, que aprueba el seguro obligatorio de responsabilidad civil y traspone parcialmente la Tercera Directiva, dispone que: «El seguro de responsabilidad civil contemplado en el artículo 4 cubrirá los daños sufridos por peatones, ciclistas y otros usuarios de las vías públicas no motorizados cuando la ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del accidente de circulación prevea la reparación de esos daños y en la medida en que lo haga.»

Por su parte, el artículo 15.3 del citado Decreto-Ley, dispone que: "En los casos de robo, hurto o hurto de uso de vehículos automóviles y de accidentes de circulación provocados dolosamente, el seguro no garantizará la satisfacción de las indemnizaciones adeudadas por los respectivos autores y cómplices al propietario [...]".

En virtud de esta exclusión, que también se reproducía en la póliza, la aseguradora rechazó la indemnización al propietario del vehículo, alegando que los daños habían sido ocasionados por un vehículo sustraído y que no tenía la condición de tercero.

El TJUE, en la citada sentencia, entiende que el hecho de que un peatón atropellado en un accidente de circulación sea el tomador del seguro y el propietario del vehículo que causó ese accidente, no permite excluir a tal persona del concepto de «tercera víctima» en el sentido de los artículos 2, apartado 1, de la Segunda Directiva y 1 bis de la Tercera Directiva.

De este modo, precisa que la normativa portuguesa vulnera la garantía establecida por el Derecho de la Unión, de que la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, que ha de determinarse con arreglo al Derecho nacional aplicable, debe estar cubierta por un seguro conforme con las Directivas Primera, Segunda y Tercera.



# sumario

## 3 carta del director

¿Tiene derecho a la indemnización una persona atropellada por su propio vehículo?..... pp. 3

## 6 doctrina

Franquicia y Seguro. Del autoseguro a la disminución de la prima..... pp. 6  
**Abel Veiga Copo. Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas de Madrid**

## 28 estudio crítico

Rastreando el daño patrimonial puro en la responsabilidad civil extracontractual..... pp. 28  
**Javier Simón Marco. Abogado experto en Derecho de Seguros. Clyde & Co.**

## 40 jurisprudencia en materia de RC

### ■ RC Administración

*Dudas sobre inocencia de persona absuelta vertidas en sentencia sobre RC de la administración de justicia. STC 19/1/2017* ..... pp. 40

*Prisión preventiva y posterior absolución por aplicación de la regla "in dubio pro reo". STS 12/7/2017* ..... pp. 44

*Prisión preventiva y posterior archivo por prescripción del delito. SAN 22/6/2017* ..... pp. 45

*Prisión preventiva y posterior archivo por aplicación de la regla "in dubio pro reo". SAN 25/5/2017* ..... pp. 47

### ■ RC Riesgo

*Caída en vivienda particular durante una fiesta. Inexistencia de responsabilidad del propietario. SAP Madrid, 19/5/2017* ..... pp. 48

*Caída en centro de enseñanza. SAP Ourense, 15/5/2017* ..... pp. 49

### ■ RC Médica

*Retraso injustificado durante doce años en el diagnóstico de la enfermedad del Parkinson. Responsabilidad de la aseguradora de asistencia sanitaria. SAP 7/6/2017* ..... pp. 50

### ■ RC Profesional

*Connivencia del cliente en el fraude fiscal diseñado por el asesor. Inexistencia de responsabilidad civil de la aseguradora de éste. SAP Valladolid, 8/5/2017* ..... pp. 51

## 53 jurisprudencia en materia de seguros

*El cesionario del crédito derivado de un contrato de seguro está legitimado para reclamar el interés del artículo 20 de la LCS. STS 19/6/2017* ..... pp. 53

## 56 cuestiones prácticas de derecho de la circulación

### ■ Cuestiones prácticas sobre derecho de la circulación

*1. Un vehículo que circula por una autopista de peaje, colisiona contra un listón de madera, que se haya abandonado en la calzada, ocasionándole daños al vehículo.* ..... pp. 56

### ■ Crónica jurisprudencial de las Audiencias Provinciales, salas de lo contencioso de la AN y de los TSJ

*2. Aplicación Ley 35/2015 (Nuevo Baremo). Reclamación de 123 días de baja laboral, como perjuicio personal moderado. Se desestima. SAP de Zaragoza (Secc.6ª, penal) de 5 de julio de 2017* ..... pp. 57



3. Aplicación Ley 35/2015 (Nuevo Baremo). Indemnización por perjuicio excepcional a favor de la hija que convivía con la fallecida, la cual estaba divorciada. Se desestima. SAP de Vigo (Secc.5º, penal) de 31 de julio de 2017 .....	pp. 58
4. Delito de lesiones. No respetar la fase roja del semáforo que regula el cruce de calles, colisionado con otro vehículo, causando daños materiales y personales. Se desestima el recurso contra la sentencia condenatoria del acusado. SAP de Burgos (Secc. 1ª, penal) de 24 de julio de 2017.....	pp. 59
5. Víctima del accidente. Debate en cuanto a la posición que ocupaba en el vehículo en el momento del accidente, conductor u ocupante. Concurrencia de culpas, al salir despedida del vehículo, al no llevar el cinturón de seguridad. Tratamiento en la indemnización de la circunstancia, de que cónyuge de la víctima, sea desconocida. Se estima el recurso. Considerando perjudicados a los demandantes. SAP de Lugo (Secc. 1º) de 11 de julio de 2017..	pp. 60
6. Lucro cesante. Vehículo industrial. Reclamación de indemnización correspondiente a la cabeza tractora y al semirremolque. Se estima para el primer componente y se desestima para el segundo. SAP de Valladolid (Secc. 1º) de 5 de julio de 2017 .....	pp. 60
<b>■ Últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre derecho de la circulación</b>	
1. El Responsabilidad Civil derivada de accidente de circulación. Acción de reclamación de daños materiales. Prescripción de la acción. Inicio del cómputo. El recurso se estima. Sentencia de la STS (Sala 1ª), de 27 de junio de 2017 .....	pp. 61
2. La negativa a someterse a la segunda medición de la prueba de alcoholemia constituye el delito del art. 383 CP. El recurso se estima. Sentencia de la STS (Sala 1ª), de 27 de junio de 2017 .....	pp. 62

## 63 derecho de los consumidores

<b>■ Temas de actualidad: Arrendamientos de uso turístico</b>	
a) Introducción.....	pp. 63
b) Caso de vivienda turística en Barcelona.....	pp. 64
c) Normativa del arrendamiento de viviendas de uso turístico.....	pp. 64
d) Competencia en materia turística de las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos.....	pp. 65
e) Sentencias sobre la materia.....	pp. 66
<b>■ Sentencias sobre asuntos bancarios y consumidores</b>	
a) Nulidad cláusula préstamo hipotecario. Cláusula tipo de interés variable.....	pp. 68

## 70 consultas

■ 1. Perjuicio indirecto de las mutuas por accidentes de circulación. Tras un accidente de circulación, ¿puede la mutua de accidentes de trabajo del accidentado reclamar al causante el reembolso de lo pago en concepto de incapacidad temporal?.....	pp. 70
■ 2. Reclamación del empleador por accidentes del empleado. ¿Tiene acción el empleador del perjudicado directo contra el causante del accidente de circulación? .....	pp. 71

## 72 bibliografía



## FRANQUICIA Y SEGURO. DEL AUTOSEGURO A LA DISMINUCIÓN DE LA PRIMA

**Abel Veiga Copo**

*Profesor de Derecho Mercantil  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

### **Resumen:**

*El autor de este artículo hace un estudio doctrinal sobre la franquicia en el contrato de seguro. Se pregunta sobre la función que tiene la franquicia, tanto para el asegurador como para el asegurado y su incidencia en el devenir del contrato de seguro, así como su oponibilidad o no al tercero perjudicado.*

### **Abstract:**

*The author analyzes the deductibles in the insurance contract, their function for the insurer as well as for the insured and their importance in the insurance contract. It also analyzes if the damaged third party can object to their application.*

**Palabras clave:** franquicia; autoaseguramiento; bonus/malus; Seguro múltiple; cláusulas delimitadoras del riesgo; oponibilidad al tercero.

**Key words:** deductibles; autoinsurance; bonus/malus; multiple insurance; delimitative clauses; third-party objection.

## sumario

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA FRANQUICIA, ENTRE LA VOLUNTARIEDAD Y LA IMPOSICIÓN.
3. EL COSTE DE LA FRANQUICIA.
- 4.- FRANQUICIA Y BONUS/MALUS.
5. FRANQUICIA E INDEMNIDAD RESARCITORIA.
6. TIPOLOGÍA DE FRANQUICIAS.
7. LA OPONIBILIDAD O NO DE LA FRANQUICIA.

### 1. INTRODUCCIÓN

¿Qué papel juega la franquicia en el contrato de seguro?, ¿son susceptibles todas las modalidades de seguro de franquicia, o especialmente los seguros contra daños y los de responsabilidad civil?, ¿qué espacio juega la franquicia cuando estamos ante seguros obligatorios<sup>1</sup>, ¿cuál es su rol tanto en el *iter* perfectivo como en el transcurso y decurso del propio seguro? ¿franquiciar significa asumir riesgo de un modo directo, una suerte de autoaseguramiento o *self-insurance*, o, por el contrario, significa pechar proporcionalmente y, en todo caso, con una parte del siniestro?, ¿dónde está ese umbral de admisibilidad de la franquicia?, mas, ¿quién gana verdaderamente con la franquicia, asegurado o asegurador?, ¿juega en el escenario de la delimitación del riesgo cuantitativamente o en el plano exclusivamente del interés y coste del seguro, en su caso, y por extensión en la fase del siniestro y resarcimiento? No son pocos ni insignificantes los interrogantes que despierta una figura, la de la franquicia, que desempeña su funcionalidad en diversos momentos del contrato de seguro. Incide en la delimitación del riesgo, sacude el interés y su relación con el contrato y la aseguradora, habida cuenta que, en puridad, la franquicia significa también que el asegurado se asegura a sí mismo, hasta un límite, hasta un daño en caso de siniestrabilidad y ulterior resarcimiento, pero incide también en la dinámica del contrato y su constancia.

Sin embargo, la manifestación más plena se produce en el momento del daño y asunción del mismo por la aseguradora de forma que el asegurado no ve, no obtiene un resarcimiento completo. Mas, ¿desnaturaliza o por el contrario vigoriza una franquicia el contrato de seguro? Desde una óptica meramente economicista, la franquicia ¿facilita una mayor contratación de pólizas? Y en el fondo un nuevo interrogante, ¿es abusiva, o puede serlo, una franquicia y si es así, en qué supuestos o dónde están los límites? El seguro no lo cubre todo, pero tampoco lo indemniza todo. Ni todo riesgo real y objetivo ni resarcimiento íntegro a un cien por cien. Realidad y práctica son caprichosas, pero no se dan la espalda. Tampoco en el mundo del seguro. Pese a lo categórico del anunciado anterior, la realidad es que ni todo el riesgo está cubierto a un cien por cien ni todo resarcimiento se produce íntegramente. Y no nos referimos a los presupuestos clásicos de la inasegurabilidad del dolo, o, en su caso, de la culpa grave. Ahora bien, no existen casos químicamente puros. Al contrario. Y si de la parte del riesgo, la delimitación en cualquiera de las dimensiones y ámbitos se especifica el riesgo en sus aristas objetiva, subjetiva, cuantitativa, espacial, temporal, etc., de otro lado, del cuantitativo, pero también del interés, no siempre la aseguradora resarcirá la totalidad del daño. Cuestión distinta es que lo comparta a través de otros institutos como el coaseguro, con otras entidades. Nos referimos ahora a supuestos de franquicia, de autoaseguramiento, de descubierto obligatorio (figura ésta típica en otras experiencias comparadas más que en la nuestra) y que, de suyo, supone una implícita prohibición de contratar<sup>2</sup>.

Ahora bien, ¿hasta qué punto es plausible la existencia de un cierto “des-interés” en el contrato de seguro, cuando la práctica tolera y permite, cuando no obliga, a no cubrir la totalidad del riesgo asegurable contractualmente? ¿Cómo categorizamos y clasificamos esta “obligación”? Se obliga a que el asegurado no pueda cubrir con el seguro una fracción de riesgo sobre bienes o activos en los que tiene interés. ¿Gana o pierde el asegurado en esa hipotética ecuación costes/beneficios? Acaso la asunción parcial que no proporcional necesariamente de una eventual porción del riesgo y por tanto en caso de evento dañoso la autoasunción de las consecuencias lesivamente patrimoniales del mismo

¿se ve verdaderamente compensada por una disminución del coste, la prima, del seguro y el riesgo real asumido por la entidad aseguradora? Es decir, verdaderamente podemos hallar, hablar, de un hipotético equilibrio entre las partes, en realidad, las prestaciones, en la medida que la ecuación se compensa, ¿menor riesgo, menor prima, menor indemnización son justas? O dicho de otro modo, en la relación contractual con franquicia, y dejemos ahora al margen de un modo genérico las distintas modalidades de franquicia que se prodigan en la práctica, ¿se produce un equilibrio económico de intereses entre las partes eficiente y coherente con el riesgo realmente asumido por cada una?

No olvidemos además quién conoce el riesgo y quién la técnica aseguradora del riesgo. Pues una cuestión o un ámbito es lo técnico y la operativa del seguro con franquicia y otra el equilibrio contractual y el sinalagma<sup>3</sup>.

Superpongamos el riesgo como si fuera un cúmulo *in crescendo* de tantos por cientos hasta obtener la plenitud de su cobertura, o gráficamente como una sucesión de finas capas de cebolla desde el núcleo hasta la piel. Qué fracción, qué tanto por ciento no se asegura y qué consecuencias trae para el riesgo y para el interés, amén de para la prima o coste del seguro y, en su caso, el resarcimiento del daño sufrido?

El no aseguramiento, y su prohibición de seguro múltiple, -corolario este lógico a la primera situación, la de no seguro, obliga, además, a que el asegurado se convierte en una suerte de "asegurador" de sí mismo. ¿Qué función cumple en estos casos el seguro, y cuál la del auto seguro?, ¿genuinamente de garantía? Indudablemente estas situaciones, como las de franquicia, las de exigir forzosamente un tanto por ciento de des-

**No son pocos ni insignificantes los interrogantes que despierta una figura, la de la franquicia, que desempeña su funcionalidad en diversos momentos del contrato de seguro. Incide en la delimitación del riesgo, sacude el interés y su relación con el contrato y la aseguradora, habida cuenta que, en puridad, la franquicia significa también que el asegurado se asegura a sí mismo, hasta un límite, hasta un daño en caso de siniestralidad y ulterior resarcimiento, pero incide también en la dinámica del contrato y su constancia**

cubierto, o situaciones de infraseguro incide de plano en elementos axiales del contrato de seguro. Así, de un lado, el riesgo, en su entidad y amplitud se ve constreñido, como también lo hace el interés, y en un segundo plano, elementos como la prima, el daño, la indemnización, etc. Es evidente que asegurarse una parte así mismo, o dicho en modo más lineal, asumir propia y patrimonialmente parcialmente el asegurado las consecuencias del siniestro, tiene su efecto y reflejo en la prima, en el coste del seguro, pero también lo tienen en la función de prevención que el contrato de seguro cumple, o está llamado a cumplir. Que el asegurado bien tenga que asumir porcentualmente una parte del riesgo, bien de

una parte del daño incide en el contrato de seguro, pero también en la justificación misma del contrato y sus distintos caracteres, desde la aleatoriedad, a la onerosidad, pasando sin duda por la buena fe y el equilibrio ahora establecer la relación sinalagmática de un modo equitativo y justo sin que se desnaturalice el contrato<sup>4</sup>.

¿Responden estas figuras a una suerte de mecanismo alternativo a la selección inversa de los riesgos? ¿se busca por esta vía condicionar la actitud, la colaboración, el comportamiento del asegurado ante el siniestro y sobre todo, su prevención? Qué duda cabe que la pérdida parcial o total a un hipotético derecho a la indemnización es un mecanismo elocuente y en cierto modo, preventivo. El acicate más expeditivo de cara a un cumplimiento más riguroso de los deberes de diligencia, ahora bien, la pérdida de la indemnización nunca puede ser el fin que estas figuras conlleven<sup>5</sup>. Implica de suyo que la estipulación *versus* imposición de una franquicia aboque a un incentivo para pautar la conducta y diligencia o cuidado del propio asegurado

en aras a minimizar en la medida de lo posible, y siempre a su alcance, el riesgo, mas ¿puede llegar a catalogarse la franquicia en una suerte de cláusula abusiva?<sup>6</sup>. Primero de todo debemos despejar la dualidad imposición o estipulación voluntaria, es decir, la franquicia es una opción o por el contrario es una imposición o puede llegar a serlo?

## 2. LA FRANQUICIA, ENTRE LA VOLUNTARIEDAD Y LA IMPOSICIÓN

¿Cuál es la lógica, la razón de la franquicia?, indudablemente la misma genera un beneficio, una ventaja, ahora bien, para cuál de las dos partes se produce la misma, o estamos ante una situación de simetría económica que redundaría en un equilibrio prestacional para ambos? Realmente es negociable, es pactable la franquicia, o estamos ante una imposición de la misma, salvo que, el asegurado no la acepte y, por tanto, pague una prima más alta? La cuestión sin duda radica no tanto en la aceptación de la misma, cuanto en la operatividad, funcionalidad y generación de la franquicia. Y en este punto sí puede aducirse una suerte de cierto “oscurantismo” en la negociación y bilateralidad del contrato de seguro. ¿De dónde y por qué surge la franquicia y por qué parece, siempre y en todo caso, que beneficia al asegurado? ¿realmente es así? ¿un beneficio para el asegurado que asociamos a priori a una “suerte” de rebaja en el coste del seguro?

Como sabemos, es práctica habitual en la contratación del seguro, pero sobre todo, incidiendo en el coste del mismo, ecuación riesgo versus prima, la “imposición” de una franquicia que tiene como finalidad, técnica, la de adecuar el riesgo a la prima, ante todo, el riesgo real que asume la entidad aseguradora, y evitando en suma, que el tomador asegurado asuma una prima más elevada<sup>7</sup>. Pero ¿compensa la cuantificación de la franquicia, las bases de su cálculo, el ahorro hipotético de la prima si al mismo tiempo significa una asunción propia de una parte, por pequeña que sea, del daño? Piénsese además en daños de no significativa cuantía y que pueden estar perfectamente y de un modo continuo bajo el umbral cuantitativo de esa franquicia a lo largo del periodo de cobertura. Ahora bien, esa evitación de la prima o sobreprima es relativamente proporcional a la parte de no asunción del riesgo que la asegu-

radora no cubre o que, en caso de siniestro, no resarce o traslada patrimonialmente al propio asegurado. Cuestión distinta es cuantificar y calibrar hasta qué punto esa ecuación riesgo no asumido, prima más reducida es progresiva a la real situación del riesgo garantizado y por tanto, tarifado.

Que se aloje en el condicionado general, que lo haga en el particular, resulta indiferente, mas existe un denominador común, la franquicia se instala en el corazón mismo de la delimitación del riesgo, de las cláusulas delimitadoras, no de limitación alguna de derecho. Otro tema diverso sería el de verificar que, ese, es el cometido último de la franquicia, como también los costes, de transacción, que los mismos generan y para quién los generan sobre todo<sup>8</sup>. Un instituto, una cláusula del seguro que, sin embargo, apenas ha sido estudiada y desarrollada doctrinal y jurídicamente salvo escasísimas excepciones, menos aún legalmente<sup>9</sup>. Mas, ¿a quién beneficia verdaderamente una cláusula de franquicia, al asegurado, asegurador o a ambos?<sup>10</sup>. Acaso su finalidad es únicamente la de abaratar los costes del aseguramiento y, en teoría o *in potentia*, mitigar los índices de siniestralidad? O, por el contrario, ¿no acaba convirtiéndose el asegurado en una suerte de rehén *in causam propriam* al asumir siempre los “pequeños siniestros” que por entidad y frecuencia, pero sobre todo cuantía no llegan a activar la indemnización o reparación del asegurador? Y si el coste final de esa franquicia produce un desequilibrio en la relación contractual habida cuenta relación riesgo asumido, coste pagado al asegurado y descubierto –no en sentido técnico del término- a cargo del asegurado que se autoasegura?<sup>11</sup>. Pero ¿es que la única finalidad que ha de tener la franquicia o el descubierto es la de moralizar o activar un comportamiento diligente, prudente, equilibrado y razonable del asegurado en aras de evitar el siniestro?<sup>12</sup>. A fin de cuentas, en el comportamiento del asegurado, o máxime de aquellas otras personas que viven o conviven con el asegurado y que pueden llegar a situaciones de riesgo asegurable, piénsese en la conducción de un vehículo a motor por los familiares o amigos del asegurado, hablar de franquicia y de moralizar la diligencia y la actitud o conducta, no deja de ser un mero deseo, un oxímoron a la postre, demasiado desnaturalizado, diligencia y siniestro<sup>13</sup>.

### 3. EL COSTE DE LA FRANQUICIA

Sobre qué bases se calcula el coste de la franquicia, o dicho de otro modo, la franja de operatividad de la misma. ¿Cuándo la misma puede catalogarse de irrazonable?<sup>14</sup> ¿Las conoce el asegurado/tomador? ¿puede romper el sinalagma “económico y contra-prestacional” del contrato de seguro? O ¿hasta dónde es admisible y justificable el coste de la franquicia? El asegurado solo conoce el coste final de la prima con una franquicia dada por el asegurador o incluso una alternancia de costes de prima en función de diferentes franquicias. Ahora bien, esa evitación a las que nos referíamos tiene o debería tener, unos límites. Así, por un lado debemos cuestionarnos cuáles son esos umbrales o fijaciones de franquicia, así como su cálculo, respecto del coste total de la prima. Extremo que el asegurado y tomador, ignora. La práctica es simple en la contratación, llegándose a hablar de coste en bloque total del contrato de seguro, por lo que el asegurado acaba decidiendo el contrato en base al coste efectivo de la prima con la oportuna franquicia. Con más o menos franquicia, con más o menos prima pero sin saber las bases de ese cálculo oneroso. O si la misma es una suma fija, o tantas sumas fijas como siniestros hasta llegar a un límite de máximo, o si cabe, por el contrario fijar un tanto porcentual. Esto nos lleva a otro planteamiento, o a un pequeño circunloquio, a franquicia lineal más alta en su coste para el asegurado, menor coste de la prima, y a sensu contrario, a menor franquicia, mayor prima.

De otra parte debemos preguntarnos qué espacio ocupa la franquicia, esa asunción en su caso de resarcimiento al tercero en supuestos sobre todo de responsabilidad civil que es donde más arraigo y más se estilan las franquicias, respecto del seguro obligatorio. ¿Coexisten ambos mecanismos, franquicia y seguro obligatorio, pacíficamente de cara al resarcimiento de un daño a tercero sin que se conculque la obligatoriedad de aseguramiento, pese a que el asegurado asume una parte del riesgo con cargo a su patrimonio? Y otro interrogante, pueden coexistir en la misma póliza la franquicia, el seguro de responsabilidad civil y la cláusula bonus-malus? Y, finalmente, qué papel cumple la franquicia cuando el tercero víctima de un siniestro es inmune a cualquier oponibilidad de la misma, salvo que ese papel lo reconduzcamos exclusi-

vamente a las relaciones internas, y de coste de seguro, entre asegurado y aseguradora?, ¿es la finalidad de la franquicia y de figuras análogas en su función, la de evitar que el asegurado se des-interese del riesgo, de la probabilidad del siniestro, o simplemente una forma de asumir las consecuencias de un siniestro de un modo necesario pero parcial por parte del asegurado ante el no aseguramiento total del riesgo por parte del asegurador?<sup>15</sup>

Sin que, a priori la misma incida en el riesgo, con la franquicia, la parte del siniestro que el asegurado o tomador asume, se busca en principio una prima o premio menor. Ahora bien, de este desideratum a hacer status quaestiones racional de la franquicia sin ver un vaciamiento de la operación misma de seguro, la realidad debe ponderar si verdaderamente se produce un mayor o no equilibrio económico amén de técnico en el contrato, y si verdaderamente al compartir de un modo u otro el riesgo, asegurador y asegurado, o las consecuencias del daño, pues si éste no se produce, en no pocas modalidades de franquicia, el compartimiento del riesgo es efímero, se produce una mejor gestión del riesgo<sup>16</sup>.

### 4. FRANQUICIA Y BONUS/MALUS

Estamos sin duda ante una asunción propia del riesgo por parte del asegurado, un auto-aseguramiento o self-insurance que, sobre todo, encuentra su campo de actuación en seguros de responsabilidad civil de vehículos a motor, lo que no quiere decir que no se prodigue, además en otras ramas o tipologías de seguro<sup>17</sup>. Pero al margen de ello y en un plano conductual con claro reflejo económico, la franquicia, como las cláusulas bonus/malus buscan una actitud, una diligencia activa del asegurado en aras a la evitación del siniestro<sup>18,19</sup>.

Si esta es la finalidad de la franquicia, una actitud, una diligencia, un grado de prevención consciente y activo por parte del asegurado, la misma adolecería de tintes abusivos, salvo que se desnaturalizase o fuese excesivamente gravosa para el asegurado. Medir o no esa onerosidad es otra cuestión, compleja, pero proporcional a la prima tarifada y el riesgo realmente asumido. Por tanto la función de aquélla estaría en el marco de la eficiencia, como criterio económico plausible que justificase en todo caso y finalmente, la franquicia<sup>20</sup>.

○ qué decir de la tarificación «bonus-malus» que con tanta prodigalidad se ha utilizado en los seguros de automóviles, ¿cómo casa esta condición o cláusulas con la libertad tarifaria comunitaria? Un sistema de escalonamiento de las primas que fija la correspondiente a cada riesgo individual no sólo en función de la siniestralidad integral, sino teniendo sobre todo en cuenta la historia de siniestralidad del propio asegurado<sup>21</sup>. Adviértase además como conforme a la Directiva 92/49 está prohibido a cada estado miembro ejercer una influencia sobre las tarifas practicadas por las compañías aseguradoras, que tendrían por objeto o por efecto, limitar el acceso o el ejercicio de la profesión aseguradora sobre su territorio. De ahí, por ejemplo, que la Comisión europea considerase que el sistema francés de «bonus-malus» era contrario a este principio, dado que limitaba la libertad del asegurador en la fijación de sus tarifas<sup>22</sup>. Un mecanismo, en suma, que tenía como finalidad «bonus-malus» la de «majore» las primas en las que el conductor es noble o también aquellas en las que el riesgo se ha agravado<sup>23</sup>. Mecanismo que opera sobre la base de una prima de referencia, en efecto, aquella sobre la que se aplica el coeficiente de «réduction majoration». Una prima, la de referencia, que se establece para el asegurador sobre la base de elementos objetivos y que se proyecta sobre una globalidad de asegurados que parten o están en situaciones y presupuestos idénticos, tanto en sus características como en sus criterios de aplicabilidad<sup>24</sup>.

Este sistema *bonus-malus*, también ha sido objeto de conflictividad interpretativa en cuanto a la naturaleza incardinadora del mismo en la póliza. En efecto, se ha discutido y todavía se discute si la introducción en el clausulado de este sistema lo hace a través de cláusulas limitativas de derechos o por el contrario de delimitadoras del

**Estamos sin duda ante una asunción propia del riesgo por parte del asegurado, un autoaseguramiento o self-insurance que, sobre todo, encuentra su campo de actuación en seguros de responsabilidad civil de vehículos a motor, lo que no quiere decir que no se prodigue, además en otras ramas o tipologías de seguro<sup>17</sup>. Pero al margen de ello y en un plano conductual con claro reflejo económico, la franquicia, como las cláusulas bonus/malus buscan una actitud, una diligencia activa del asegurado en aras a la evitación del siniestro**

riesgo. Así, la sentencia de la Audiencia de Madrid de 29 de marzo de 2006 trata de diseccionar este extremo. La interpretación del juzgado abogaba por conferir una naturaleza delimitadora del riesgo a esta cláusula sistema, para lo cual se exoneraba de los requisitos de incorporación específicos de las cláusulas limitativas. Sin embargo la Audiencia declaró nulas por abusivas al considerar estas cláusulas como continentes de aspectos incompatibles con la igualdad que debe regir los contratos en tanto «impide o dificulta la comprensión del mismo o deja en manos de la aseguradora, la unilateral modificación del mismo, amén de presentar falta de información precisa

para que se forme la voluntad negociada por la otra parte contratante»<sup>25</sup>.

Una controversia que se focaliza sobre el ámbito concreto de la prima, o nuclear de la prima, sobre la que se tarifica reglamentariamente este bonus-malus, cuestión que hay que dirimir en función de si per se, la misma ejerce o no una influencia negativa sobre la oferta de productos de seguro en función del montante de la prima. Un montante que, o bien premia la buena conducción, en una suerte de bonus, de recompensa al buen conductor ante la ausencia de siniestros, o bien, penaliza la mala conducción<sup>26</sup>. Mecanismo el bonus-malus que acaba imponiendo al asegurador un cálculo sobre la evolución de la prima pagada por el asegurado, lo que provoca, de *facto*, una cierta reducción en la oferta de seguro dado que acaba atenuando las diferencias competitivas y en el mercado de las tarifas de las distintas aseguradoras. Ahora bien, ¿realmente este mecanismo tarifario supone una corrección ante un eventual error de valoración de la prima, al gozar de una información más certera y objetiva de las causas y de los índices de siniestralidad del asegurado? ¿o estamos ante una corrección a causa

de un desequilibrio estructural en la prima y el riesgo donde de una parte unos asegurado se benefician y de otra parte, a otros se les penaliza en función de la siniestralidad? Pensemos en el asegurado responsable de un siniestro como consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas, la prima siguiente, de seguir vigente la relación aseguraticia, incrementaría conforma a esta tarificación una revalorización multiplicadora sin duda de la abonada ex ante siniestro en el periodo anterior de cobertura, ¿significa por tanto que la cláusula bonus malus mejora siempre la prima del asegurado? Una cláusula que nada tiene que ver con el comportamiento conductual del asegurado, sino con la ausencia/presencia de siniestros en función de la aplicabilidad bonus o malus de factores y coeficientes de la prima, lo cual no quiere decir que el hecho generador del siniestro-daño sea consecuencia por ejemplo de conducciones límite o temerarias por parte del conductor-asegurado<sup>27</sup>.

Ahora bien, la contrapartida es que, en caso de siniestro, el asegurado pecha con una parte del daño sin resarcimiento. Si bien evita un encarecimiento de la prima, asume como contrapartida un tanto por ciento mínimo del daño<sup>28</sup>. De otra parte, y si a priori son los seguros de daños, y más en particular los de responsabilidad civil sobre todo de vehículos a motor, donde la siniestralidad es frecuente, tanto en siniestros pequeños que conducen a reparaciones de vehículos, como también en siniestros grandes y donde los daños personales son trágicos en no pocas ocasiones, cabe preguntarse por el espacio de juego que la franquicia, que el autoaseguramiento puede tener y desarrollar?<sup>29</sup>.

## 5. FRANQUICIA E INDEMNIDAD RESARCITORIA.

Sin duda la existencia de la franquicia incide en la indemnización en caso de producirse el siniestro y ser el mismo hecho desencadenante de éste asumible por el riesgo asegurado en la póliza. La pregunta principal no es otra que la de saber si existe o no, de haber franquicia, un derecho a la integridad o reparación íntegra de la pérdida sufrida por el siniestro en el contrato de seguro, ¿hasta qué punto la franquicia no supone un descubierto obligatorio, aun siendo ambos institutos diferentes, dado que en el último, es la aseguradora la que impone un no riesgo, un riesgo parcial con prohibición de cobertura por

otra entidad? ¿y una suerte de autoseguro?<sup>30</sup>. Y a *sensu contrario*, existe una obligación o derecho, dependiendo desde donde se mire, a un resarcimiento sin límites?<sup>31</sup>. Acaso ¿tiene un asegurador, máxime en seguros de responsabilidad civil, de responder sin límites? Es esa la filosofía que preside el seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor? Mas también debemos poner el foco en la convivencia entre la franquicia entendida como esa asunción parcial y económica de las consecuencias del siniestro, siempre que el mismo esté cubierto por el riesgo garantizado, de lo contrario, el daño es asumido en su integridad por el patrimonio del asegurado, y el ámbito de los seguros o aseguración obligatoria, típica de los seguros de responsabilidad civil<sup>32</sup>. Más allá de quien considera, no sin fundamento que tanto la franquicia como el descubierto obligatorio —figura ésta típica de las prácticas francesa e italiana— una finalidad de moralización en el comportamiento y actitud del asegurado, ambos institutos son presupuesto y exponente de una parte o fracción del riesgo que no está cubierto por la aseguradora. Abriéndose paso o bien a una situación de falta de seguro, no compatible con otro aseguramiento parcial, o bien a situaciones donde la franquicia supone un autoaseguramiento, el asegurado se convierte en su propio asegurador por esa fracción no cubierta del riesgo<sup>33</sup>.

Límite, el no vaciamiento o contorsión del propio riesgo, vaciándolo, desnaturalización, o estrangulando la esencia del mismo. No se olvide como el art. L- 121-1 del Code des Assurances reconoce que “se puede estipular que el asegurado quede obligatoriamente como su propio asegurador por una suma o una cantidad determinada, o que soporte una deducción fijada por adelantado sobre la indemnización del siniestro”.

La asunción de la franquicia por parte del asegurado, amén de traducirse en una variabilidad de la prima, supone que el asegurado pecha con una parte, mínima al menos, de la pérdida o daño sufrido. ¿Hasta qué límite y qué proporción respecto de la prima o coste final de la prima?<sup>34</sup> No obstante se ha blasonado que la misma, la franquicia, desde la óptica del asegurador implica un medio mejor de prevenir y reducir la frecuencia del siniestro e incitar a los aseguradores a la vigilancia y a la prudencia<sup>35</sup>. Sin embargo, dentro de estos canales o instrumentos que res-

ponsabilizan en definitiva, si quiera parcialmente, al asegurado de las consecuencias del daño, si bien en algunos seguros de responsabilidad de vehículos a motor, no se aplica para daños causados por incendios, por robo o por hurto, debemos preguntarnos por la coexistencia y convivencia entre la franquicia y las cláusulas bonus-malus. Ambas tienen cometidos diferentes, la una provoca la asunción parcial del daño en caso de siniestro y hasta unos límites, la otra es una bonificación o en su caso, penalización, en función del historial siniestral del asegurado, pero en caso de siniestro no implica per se una asunción del siniestro, cuestión distinta es si ambas categorías coexisten en una póliza o en un clausulado<sup>36</sup>.

No cabe duda que la franquicia juega en dos escenarios, en el de la asunción propia de una parte, por ínfima que sea, del riesgo, en realidad de las consecuencias del siniestro, de ahí que el asegurado active en teoría un mayor grado de diligencia, y otra, en la liquidación o reparación del daño verificado. Escenario que, se complica, en supuestos de responsabilidad civil y daño a tercero perjudicado. Se arguye en este ámbito que la misma contribuye a abaratar el coste del seguro porque su segundo efecto, no es otro que el de evitar o mitigar una mayor siniestralidad del daño y por ende del seguro. Se presume que en esta asunción de autoseguro de sí mismo por parte del asegurado, él es quién mayor interés tendrá o tienen en la no verificación de ciertos hechos, de ahí que la diligencia y el grado de prudencia, conservación etc., parece que se activan en mayor grado. De este modo existe o se impone una suerte de responsabilización del asegurado en el riesgo, y en consecuencia, en el siniestro. Responsabilización a través de la franquicia, que nada tiene que ver, sin embargo, con el descubierto. Aquellas persiguen un objetivo inverso al descubierto<sup>37</sup>. Así, no es menos cierto que la franquicia impone, salvando las distancias, una suerte de autoaseguramiento parcial del propio asegurado, es decir, existe una cantidad por la que el asegurado es propio asegurador de sus riesgos y en virtud de la cual, en caso de siniestro, soportará con su patrimonio la parte de los daños que le corresponda<sup>38</sup>. Una cláusula o condición, que impone normalmente la aseguradora bajo un prisma de abaratamiento de la prima o menor onerosidad, pero que, sin duda proyecta su dinamismo ante daños de pequeña

intensidad cuantitativa y que ha de asumir el titular del interés asegurado. Como bien afirma y es reiterado jurisprudencialmente, la sentencia de la Audiencia de Barcelona de 16 de septiembre de 2011, la franquicia es:

«... la franquicia constituye un espacio *inasegurado*, una porción de responsabilidad fuera del ámbito del *contrato* de seguro y que asume en exclusiva el *asegurado* ».

## 6. TIPOLOGÍA DE FRANQUICIAS

La práctica asegurativa conoce e impone una diversidad de figuras de franquicia. Desde las conocidas como relativas a absolutas, simples o condicionadas, agregadas, decrecientes, etc. Si bien como hemos señalado y se ha enfatizado, la asunción de esta repercusión patrimonial económica sobre el patrimonio del asegurado, provoca una mayor diligencia, al menos así es a priori tratando de evitar el siniestro<sup>39</sup>, evitando en definitiva, su ocurrencia o reducir sus efectos, esto, debe plasmarse en el contrato a través de un franquicia determinada. Ahora bien, ¿hasta dónde debe llegar esa diligencia, sólo hasta donde alcanza la franquicia? ¿y lo es aplicable a cualesquier modalidad de franquicia?

La praxis conoce diversas tipologías de franquicias. Las simples o condicionales. Absolutas o incondicionales. Las deducibles o deductibles y las no deducibles. Las deductibles imponen una cifra o cuantía cerrada o absoluta o un porcentaje especificado en las condiciones de la póliza, que se descuenta en cada siniestro. Por el contrario, la no deducible, o franquicia pura significa un importe hasta el cual, el asegurador queda libre de indemnizar; por tanto, el asegurado soportará esa parte del siniestro. Si el siniestro excede del citado importe, el asegurador indemnizará la totalidad del siniestro<sup>40</sup>. La franquicia condicional o simple libera al asegurador de pagar indemnización alguna ante aquellos siniestros cuya cuantía económica no alcance y supere unos concretos importes. Superado éste, el asegurador paga la totalidad del daño. Ahora bien, por pequeños que sean estos importes, o no lo sean tanto, se ha aducido el riesgo de fraude o de aumento del daño de un modo intencionado por el propio asegurado de cara a liberarse de la franquicia y superar el umbral o límite establecido. De ahí que el otro tipo de franquicia más frecuente sea la absoluta o incondicional la cual exime al asegurador de pagar ese umbral

mínimo, solo pagará a partir de ese límite que sí resarce aunque se supere la magnitud del daño, el asegurado<sup>42</sup>. El asegurador es inmune a priori a la baja y pequeña siniestralidad de escasa cuantía, máxime si no se alcanza el umbral. Y hasta tanto en cuanto eso suceda, no nace obligación de resarcimiento alguna. Dejemos al margen de momento, las posibles reclamaciones a la aseguradora por parte de terceros perjudicados.

La operatividad normal de la franquicia implica para aquellos siniestros cuyo daño cuantitativo no sobrepase el importe de la franquicia, que el asegurado asume las consecuencias económicas y patrimoniales del mismo, tantas veces como siniestros se produzcan en tanto subsistan los bienes y el interés. Si el daño excede la franquicia, el asegurador indemnizará a partir del daño económico que ya ha asumido el asegurado, o por mejor decir, a partir de la cifra que asume y autoasegura el propio asegurado (franquicia absoluta). Por tanto el asegurado no solo soportará la carga de aquellos siniestros que nunca sobrepase el umbral de la franquicia, sino que también participará y se corresponsabilizará de los siniestros que la excedan asumiendo el límite propio de la franquicia pactada<sup>43</sup>. Así y de un modo práctico la franquicia simple o relativa o condicional se entiende como aquella cifra fija que siempre que el daño ocasionado a tercero no sobrepase el umbral de la franquicia será a cargo del asegurado el resarcimiento. Ahora bien, si el daño sobrepasa la cifra de franquicia, imaginemos que la franquicia es por 700 euros y el daño por 3.500 euros, la aseguradora resarce la totalidad del daño, sin que el asegurado asuma y se autoimpute los 700 euros. Si ese daño no llegase

**La práctica asegurativa conoce e impone una diversidad de figuras de franquicia. Desde las conocidas como relativas a absolutas, simples o condicionadas, agregadas, decrecientes, etc. Si bien como hemos señalado y se ha enfatizado, la asunción de esta repercusión patrimonial económica sobre el patrimonio del asegurado, provoca una mayor diligencia, al menos así es a priori tratando de evitar el siniestro<sup>39</sup>, evitando en definitiva, su ocurrencia o reducir sus efectos, esto, debe plasmarse en el contrato a través de un franquicia determinada. Ahora bien, ¿hasta dónde debe llegar esa diligencia, sólo hasta donde alcanza la franquicia? ¿y lo es aplicable a cualesquier modalidad de franquicia?**

a 700 euros siempre lo “resarciría” el asegurado. Por el contrario, la franquicia absoluta, si el daño sobrepasase siempre los 700 euros, el asegurado sí abonaría esos 700 euros y el resto en la medida del riesgo cubierto, la entidad aseguradora. Igualmente debemos distinguir lo que es franquicia de descubierto. Gráficamente la distinción se hace de un modo abstracto en el segundo supuesto a través de tantos por cientos, en los que no hay riesgo cubierto parcialmente por el asegurador. Así, mientras la franquicia es una cifra fija, pactada o impuesta en el condicionado, más allá que esa franquicia sea relativa o sea absoluta, en el descubierto es el tanto por ciento de no cobertura en un riesgo que debe asumir el asegurado a través del autoaseguramiento o asunción propia y patrimonial

del daño<sup>44</sup>. El seguro cubre hasta el 70, el 80 o el 85 % del riesgo cuantitativamente establecido, por lo que, a priori el descubierto implica y es compatible con una situación de infraseguro conocida y pactada con la aseguradora, por lo que el asegurado o tomador o bien asume ese descubierto, o bien busca una segunda o tercera aseguradora con la que asumir asegurativamente el riesgo, siniestro.

La práctica conoce una de las franquicias que, a priori, es más técnica, la franquicia agregada<sup>45</sup>. En la misma, el asegurador no paga los siniestros hasta cuando el importe en su conjunto de varios siniestros no alcanza la cifra umbral marcada temporalmente en el clausulado. Superado éste, el resarcimiento es íntegro<sup>46</sup>. En otras modalidades en las que el asegurado anticipa el coste de la franquicia al asegurador; el resarcimiento es total al tercero o a quién

corresponda la suma indemnizatoria. Modalidad que se emplea cuando se asegura por ejemplo la totalidad del parque móvil de una empresa. Pero que además trae su causa de la antigua práctica y operatividad de las franquicias en las pólizas marítimas<sup>47</sup>. Franquicia que se emplea en el ámbito de la responsabilidad sanitaria para los contratos que estipulan las clínicas hospitalarias y médicas<sup>48</sup>.

La franquicia agregada presenta dos modalidades. Una primera, el asegurador no hará frente a siniestro alguno hasta tanto el importe total no alcance el límite de la franquicia siendo a partir de este momento un resarcimiento del siniestro integral (habida cuenta eso sí, el límite de la suma asegurada). Una segunda modalidad práctica o contractual es que las partes pacten que el asegurado o tomador anticipe al asegurador el importe de la franquicia, esto es, su hipotético eventual tanto por ciento que, como autoseguro asume el asegurado<sup>49</sup>.

Franquicias éstas las agregadas, que no puede desprenderse de una cierta conceptualización o caracterización de anómalas en realidad, pero que pueden tener su significado y sobre todo su lugar ante determinados tipos o categorías de asegurados. No debe desterrarse que, ante la operativa, y sobre todo, la elevada cifra de estas franquicias, late un trasfondo elusivo. Se trata de eludir, o poner ciertas barreras, optimizadas económicamente ante franquicias altas, y por tanto un auto aseguramiento importante por el asegurado, ante situaciones, riesgos especialmente proclives a la siniestralidad. Esta discronía entre lo estadístico o actuarial y el riesgo concreto que es objeto de cobertura o de descubierto amén de lo numérico y cuantitativo de la prima, es indicativo o sintomático cuando menos, de una práctica anómala y que puede llegar a desvirtuar el seguro en sí mismo. Piénsese en supuestos de una franquicia agregada elevada, y además en los que al margen de que el asegurado o tomador asuma un autoaseguramiento o participación en el riesgo importante, el seguro se ha perfeccionado por cuenta de otro. ¿En qué situación y qué herramientas de tutela tendría en ese caso este tercero por cuenta de quién se contrató el seguro y que sobrevenidamente se convierte en asegurado? Supuesto no descabellado y ajeno a la práctica. Piénsese en un seguro colectivo donde un tomador abre la póliza o en seguro de póliza-convención, donde se negocia

y se perfecciona en nombre de otros, o incluso se llega a gestionar la póliza pero en la que los asegurados, primigineos o sobrevenidos son los que pechan en definitiva con la franquicia y las consecuencias del auto-aseguramiento o asunción parcial del riesgo propio.

La Dirección General de Seguros contestó un planteamiento seguro, a saber, ¿es necesario o es obligatorio pagar franquicia en un siniestro del que no se es culpable?<sup>50</sup>. La respuesta ha sido ésta:

1. «El artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, establece que el asegurador se obliga a indemnizar dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato el daño causado al asegurado. Por tanto, con carácter general, la prestación del asegurador depende de la delimitación del riesgo contenida en el contrato, que a su vez es la base de cálculo de la prestación del tomador; es decir, de la prima. **En consecuencia, los contratos de seguro contienen cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asumido por el asegurador, como son las que establecen franquicias que supongan que una parte de la cobertura será a cargo del asegurado.**
2. **En el ámbito del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, el artículo 2.1 del texto refundido de la Ley que lo regula, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, establece la obligación de todo propietario de suscribir un contrato de seguro por cada vehículo de que sea titular, que cubra su responsabilidad civil, hasta los límites del aseguramiento obligatorio. Tales límites están fijados en el artículo 4.2 del citado texto refundido. Dado que la cobertura del seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos a motor no puede ser inferior a las cuantías que se prevén en la ley, el contrato no puede contener exclusiones o limitaciones en dichas cuantías, como el establecimiento de franquicias. El párrafo cuarto del artículo 6 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor dispone expresamente que el asegurador**

**no podrá** oponer frente al perjudicado la existencia de franquicias. Por tanto, todo perjudicado en un accidente de **circulación del que no es culpable, tiene derecho a ser indemnizado íntegramente por la aseguradora del causante del accidente en aplicación del artículo 1902 del Código Civil, según el cual «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», sin que en ningún caso le sea aplicable franquicia alguna.**

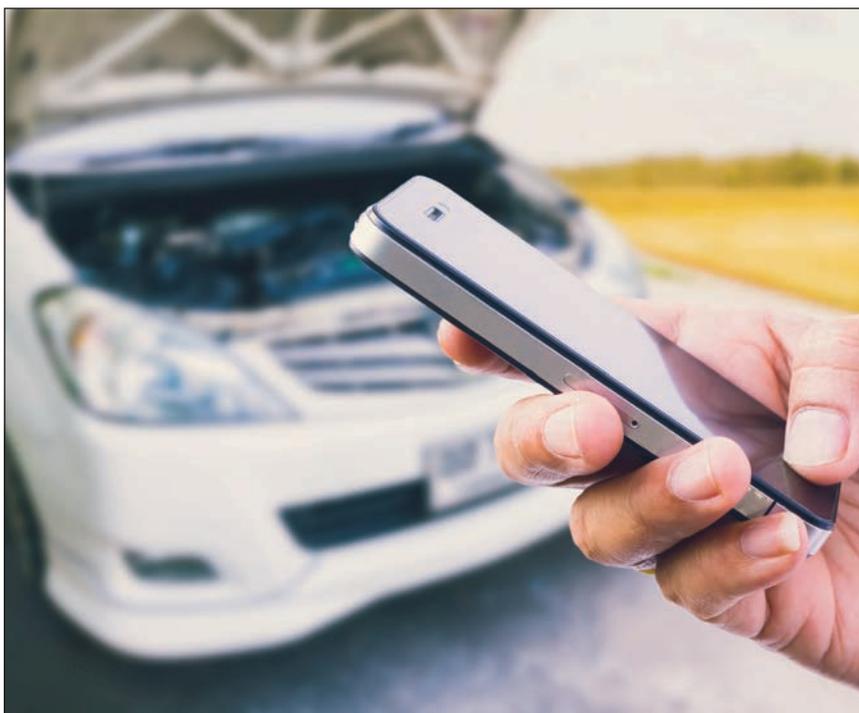
3. Para las **demás coberturas, distintas de las propias del seguro obligatorio**, que voluntariamente se pacten entre el tomador y la entidad aseguradora, la ley sí permite todos aquellos pactos, cláusulas y condiciones que impliquen delimitaciones o exclusiones de cobertura, como pudieran ser la inclusión de franquicias, siempre que se ajusten a la normativa reguladora del contrato de seguro».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2012, asevera:

«... PRIMERO: Es de comenzar señalando como a tenor de lo que prescribe el art. 465.5 LEC, la sentencia a dictar en el recurso de apelación se habrá de pronunciar exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su relación en el de oposición y en su caso en el de impugnación, desde lo precedente es de señalar como al preparar el recurso se señala como pronunciamientos que se impugnan el no acogimiento de exclusión de la franquicia contemplada en el contrato de seguro y el pronunciamiento relativo a intereses al fijar los de lo art. 20.4 de la Ley de Contrato de Seguro, de señalar que no es de tener en cuanto a la referencia que se hace al preparar de que se impugnan los pronunciamientos contenido en la fundamentos de derecho que indica, ya que en los mismos no se contienen pronunciamientos, pues tales sólo con los contenidos en el fallo o parte dispositiva de la sentencia, como así claramente resulta del contenido del art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento sobre la forma y contenido de las sentencias; en cualquier caso es de señalar que si bien al preparar el recurso se reflejan como pronunciamientos,

que sí lo son, objeto de recurso los más arriba indicados, al interponer no sea realiza alegación alguna, ni tan siquiera la más mínima referencia, al pronunciamiento relativo a intereses, por lo que en ese particular no se puede tener por formulado recurso, dado, reiteramos, que ninguna alegación se realiza en su relación, siendo que como señala el art. 458 LEC la interposición requiere formulación de alegaciones en las que se base la impugnación; desde lo precedente que este recurso quede reconducido a si de la reclamación frente a la entidad aseguradora, por daño causado por su asegurada, se debe excluir el importe de la franquicia; en relación es de señalar como por la representación procesal de la entidad Telefónica de España, en la demanda rectora del procedimiento se postula frente a la ahora apelante y la entidad Excavaciones Madrid, S.A, sentencia por la que se condene a éstas al pago, con carácter solidario, de la cantidad de 3.879,40 €, que se corresponde al importe de los daños causados por Excavaciones Madrid, S.A. u operarios a su servicio o empresas dependientes, en instalaciones de la demandante, estableciendo la legitimación de Zurich España, S.A. por su condición de aseguradora de la referida Excavaciones Madrid, S.A., ésta permanece en situación procesal de rebeldía y aquella reconociendo el aseguramiento a que se refiere la demanda, se allana parcialmente a las pretensiones en ésta contenidas y lo hace por la cuantía de 2.379,40 euros, aduciendo en cuanto al resto de lo reclamada que es de aplicación la franquicia contenida en el contrato de seguro en virtud del cual se la demanda, la sentencia recurrida no acoge este particular tomando como ratio decidendi que el contrato de seguro y sus condiciones particulares aportados a los autos por la ahora apelante, no aparece suscrito o firmado por el asegurado; lo precedente nos lleva a una primera consideración cual la de que el establecimiento de una franquicia no tiene el carácter de cláusula limitativa, sino de cláusula delimitadora, en cuanto al ámbito o cuantía de la indemnización en caso de producirse el siniestro, estableciéndose la prima en función de la cuantía indemnizatoria asegurada y en función de la franquicia, no siendo compartido el criterio del Juzgador de instancia en cuanto resta validez al contrato de seguro aportado por la demanda ahora

apelada por carecer de firmas, lo que llevaría a la inexistencia de aseguramiento, y si a ello se estuviera se excluiría la legitimación de la ahora apelante, que acepta expresamente ese aseguramiento, desde lo cual que la póliza aportada a los autos se haya de tener por cierta, siendo además que nada se aporta por la demandante en orden a que el contenido del contrato fuera otro que el que consta en autos, y, reiteramos, de él se extrae el aseguramiento en base al que se demanda a la ahora apelante; desde otra vertiente es de señalar en orden a la oponibilidad por la aseguradora de la franquicia frente a tercero que reclama al amparo del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, que ciertamente contempla la inoponibilidad de excepciones al perjudicado por la aseguradora, siendo que las contempla hay que entenderlas referidas a las excepciones personales que le asegurador albergue contra el asegurado, pero no aquellas eminentemente objetivas que dimanen de la ley o de la voluntad paccionada de las partes, afectando las situaciones objetivas a la realización de la cobertura (SSTS 21-9-87, 27-3-89); siendo que la acción directa que emana del citado art. 76 tiene su fundamento y su límite en el contrato mismo del que dicha acción dimana, porque su contenido si bien es fuente del derecho del asegurado y del perjudicado frente al asegurador, por otro lado permite aplicar a ambos, aquel contenido limitador (SSTS 26-10-84, 22-4-86, 24-3-88 y 26-5-89), de suerte que en correcta hermenéutica y siendo el contrato ley entre los contratantes (art. 1255 y 1256 CC), es evidente que no puede hacerse al perjudicado de mejor condición que la parte contratante en tuya posición jurídica se subroga, obteniendo mayores beneficios que éste (STS 4-5-89), pues como señala la STS 4-4-90 «el alcance de un contrato de seguro no es distinto para el asegurado que para el tercero o terceros perjudicados, o sus herederos, no pudiendo constituir letra muerta, cuando se pactó libremente y con sujeción a lo dispuesto en la ley, siendo los convenidos extensivos a dichos perjudicados, los cuales no pueden tener derechos de mayor amplitud que los, consecuentes a lo estipulado por asegurador y asegurado contratante», ha de afirmarse que en los supuestos que se haya concertado franquicia en virtud de la cual al asegurado tomase a su cargo el pago de un cantidad, dicha excepción podrá ser opuesta



por la aseguradora al perjudicado y, en consecuencia, la acción directa en reclamación de la indemnización por daños y perjuicios deberá circunscribirse al ámbito de la póliza, al pertenecer a la propia esencia de la obligación y del ámbito en el que se obliga, ya que como dispone el artículo 73 de la LLCS «por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley, en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los dados perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a derecho; desde las consideraciones hasta aquí expuestas y dando respuesta conforme a lo que señala el art. 465.5 LEC a las cuestiones en el recurso planteadas que estemos en el caso de acoger el mismo y de revocar parcialmente la sentencia a que se contrae reduciendo la condena a la entidad aseguradora ahora apelante en la cuantía que interesa, esto es, en 1.500 euros, franquicia establecida en la póliza».

## 7. LA OPONIBILIDAD O NO DE LA FRANQUICIA

Una de las cuestiones más debatidas sobre la franquicia es la de su oponibilidad o no al tercero perjudicado, o por el contrario, la inmunidad

de éste frente a la existencia de la misma y, por ende, la obligación de la aseguradora de proceder a un resarcimiento sin tener en cuenta los límites de la franquicia en caso de que la misma se hubiere estipulado. Indudablemente la franquicia, el pacto de la misma y la proyección que ésta tenga hacia fuera, terceros ajenos al vínculo contractual, entronca con el principio de relatividad de los contratos. En el marco de un negocio jurídico, el contrato despliega efectos en principio, en relación a las partes que lo han perfeccionado o emitido. Así las cosas, parece, a priori, que el contrato de seguro, como cualquier otro contrato, es eficaz y despliega sus efectos para las partes. Corolario de éstos es que los contrato no perjudican a terceros, no debieran hacerlo, como tampoco, no pueden oponerse a terceros ni invocarse por quién no es parte en los mismos. Abstracción hecha de la teoría, como es el caso. Son asegurado/tomador y asegurador quienes han pactado y traído al contrato una cláusula de franquicia. Y ésta, como parte integrante del contrato, con fuerza de ley, produce efectos a esas partes, no a terceros<sup>51</sup>. La existencia de la franquicia juega en un ámbito interno, a saber, entre asegurado y asegurador. Solo en este ámbito relacional despliega sus efectos, lo que implica que la misma no es oponible en la responsabilidad civil al dañado, al tercero perjudicado<sup>52</sup>.

Ahora bien, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 14 de abril de 2010 sin embargo señala, en el marco de una franquicia en un seguro de responsabilidad civil:

“ ... Por lo tanto, en los supuestos que se haya concertado franquicia en virtud de la cual el asegurado tomase a su cargo el pago de un cantidad, dicha excepción podrá ser opuesta por la aseguradora al perjudicado y, en consecuencia, la acción directa en reclamación de la indemnización por daños y perjuicios deberá circunscribirse al ámbito de la póliza, al pertenecer a la propia esencia de la obligación y del ámbito en el que se obliga, ya que, como dispone el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, “por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato

de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a derecho”.

La indemnidad del tercero perjudicado, o al menos el intento de alcanzarla, no puede verse mitigada por un pacto o cláusula entre tomador y asegurador que es del todo inoponible a aquél, como también lo son otras causas o conductas personales que, pese a la delimitación del riesgo, igualmente es inoponible<sup>53</sup>. Si hasta el momento hemos defendido que la franquicia, cual cláusula del contrato, incide en la delimitación del riesgo, amén del precio, nervio mismo del contrato, al igual que otras cláusulas, incluso en el ámbito de la circulación de vehículos, recuérdese aquellas cláusulas que marcaban una edad mínima para la conducción de ciertos familiares sanguíneos del conductor; tomador o no, o lo que sucedió con la oponibilidad o no de la conducción bajo determinadas sustancias, ambas, resultan hoy inoponibles al tercero damnificado<sup>54</sup>. El resarcimiento es el que tiene que ser conforme al siniestro, los límites de la suma asegurada, sean estos convencionales, lo sean legales como es el caso de la responsabilidad civil de vehículos a motor; al margen de que la aseguradora pueda, ulteriormente, regresar o repetir lo no incluido en el seguro ante el tomador asegurado<sup>55</sup>. No obstante, sí se ha juzgado en la doctrina que, en caso de seguro voluntario de responsabilidad civil, la cláusula de franquicia, sí es oponible al tercero perjudicado<sup>56</sup>.

Por su parte, una vez analizada la estructura y textura de la cláusula de franquicia, indudablemente cláusula delimitadora del riesgo, dado que marca elementos objetivos del riesgo y asunción del mismo con una parte específica en caso de verificación del hecho o evento dañoso por parte del asegurado, la doctrina sí ha discutido si la misma es o no oponible en función de si estamos ante una excepción personal, que no lo es, o una excepción objetiva<sup>57</sup>. No han faltado pronunciamientos jurisprudenciales que sí abogan por esa oponibilidad, como la Sentencia 142/2008, de 19 de junio, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Castellón considera que:

“ ... [E]l alcance de la responsabilidad de la entidad aseguradora frente al tercero perjudicado viene referido al contenido propio de contrato asegurativo en el que se estableció, no como cláusula limitativa, sino delimitadora del riesgo [y ello por cuanto]

lógicamente la existencia de importes franquiciados en la responsabilidad propia del contrato de seguro tiene el correspondiente reflejo en el pago de menor prima, situación conocida y asumida por el asegurado, y por ello trasladable al tercer perjudicado”.

A su vez, la Sentencia del Supremo de 4 de Abril de 1990 señala a favor de la oponibilidad del clausulado:

“... el alcance de un contrato de seguro no es distinto para el asegurado que para el tercero o terceros perjudicados, o sus herederos, no pudiendo constituir letra muerta, cuando se pactó libremente y con sujeción a lo dispuesto en la ley, siendo lo convenido extensivo a dichos perjudicados, los cuales no pueden tener derechos de mayor amplitud que los [...] consecuentes a lo estipulado por asegurador y asegurado contratante», ha de armarse que en los supuestos que se haya concertado una franquicia en virtud de la cual [e]l asegurado tomase a su cargo el pago de una cantidad, dicha excepción podrá ser opuesta por la aseguradora al perjudicado y, en consecuencia, la acción directa en reclamación de la indemnización por daños y perjuicios deberá circunscribirse al ámbito de la póliza, al pertenecer a la propia esencia de la obligación y del ámbito en él que es exigible, ya que como dispone el art. 73 de la LCS “por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la [Ley y] en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a derecho”. Tal cláusula forma parte de la propia delimitación del contrato de seguro y por tanto parece evidente que ha de ser aplicada, exonerándose a la aseguradora del abono del total de la cantidad indemnizatoria que corresponda”.

Si la franquicia es, en suma, una forma de autoaseguramiento indirecta por parte del asegu-

rado, implica de suyo un menor coste del seguro, al abaratar a priori la prima, pero no significa que el riesgo, en su dimensión objetiva ni tampoco subjetiva, temporal y espacial tenga que verse mermada. Sí, podría hacerlo en la dimensión cuantitativa. Pero no debería de tener efectos frente a la pérdida potencial de indemnización por parte del beneficiario. En efecto, más allá de la oponibilidad o no de la franquicia al tercero perjudicado, la existencia de la misma, debería permitir el doble accionamiento de éste tanto frente al asegurador como al asegurado en proporción a la parte de asunción del siniestro de cada uno. Indudablemente es un coste y un onere para el beneficiario, el cuál puede ignorar no solo la existencia del contrato, cuanto más de la franquicia misma. Y si bien es cierto que en la perimetración del riesgo éste, el precio y la franquicia es clave y afecta a ambos, sin duda lo más práctico sería el pago de la indemnización por la aseguradora en su totalidad al tercero víctima y el regreso frente al asegurado por el importe de la franquicia, si tal modalidad de franquicia, así lo permite. Pues no olvidemos la tipología de franquicias que existen, entre ellas las decrecientes y donde el asegurado puede verse liberado de la asunción de la misma.

Finalmente y pese al afán tuitivo de la Quinta Directiva, que excluye en su considerando 20 la oponibilidad de la franquicia al tercero víctima, la coherencia contractual y aun a pesar de la función teleológica y protectora que cumplen los seguros obligatorios, y más, los de responsabilidad civil de vehículos a motor, blindar la tutela del beneficiario y hacer inoponible la franquicia a éste, excede de una mínima congruencia. No se trata de la tipología o no de excepciones, se trata del riesgo verdaderamente asumido por la aseguradora, máxime en su dimensión cuantitativa, por mucho que con baremos o sin ellos, difícilmente se llegarán a los máximos legales indemnizatorios trazados por las normativas comunitarias y nacionales. Tampoco debemos soslayar que, en siniestros pequeños, sí tiene su relevancia la franquicia y la oponibilidad, pero no así en los siniestros grandes a efectos de quantum indemnizatorio.

- (1) Para la Audiencia de Huesca en sentencia de 18 de diciembre de 1996, no alberga duda que el Consorcio de Compensación de Seguros responde dentro de los límites y del seguro obligatorio y por ende, se aplica la franquicia, así, en su fundamento segundo se dice: "Que asimismo es de indudable aplicación a la indemnización fijada a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros la franquicia de 70.000 pesetas establecida en el art. 17. 3 del R. D. 2641/1986 de 30 de diciembre relativo al Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor cuyo apartado se halla publicado en la corrección de errores del referido R. D. (B.O.E. 21 enero de 1987), que se hallaba en vigor al tiempo de producirse el accidente de autos, y en cuyo párrafo tercero dispone que en el caso de un vehículo matriculado en España que careciera de seguro el Consorcio aplicará en el caso de daños materiales una franquicia de 70.000 pesetas, Real Decreto, por otro lado, que la Ley 30/1994 de 8 de noviembre de Ordenación de Seguros Privados modifica y aunque tal modificación sólo entra en vigor al día siguiente de su publicación, reconoce asimismo en la Disposición Adicional Octava, art. 8. 1 e) la pervivencia de la franquicia a favor del Consorcio de Compensación de Seguros, dejando la determinación de su cuantía a lo que reglamentariamente se determine".
- (2) Magistrado STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, 5ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 115 cuando afirma que la cláusula por la que se establece la prohibición consistente en asegurar el descubierto obligatorio importa una "prohibición de contratar" y, por tanto, una infracción a la libertad contractual en tanto presupone la libertad para contratar o no, así como un ejercicio abusivo de su libertad de predisponer el contenido contractual.
- (3) Sobre este punto nos ocupamos in extenso en otros trabajos, VEIGA, *Tratado de contrato de seguro*, 4ª ed., Cizur Menor, 2016, específicamente en los capítulos segundo y cuarto, atinentes a los caracteres del contrato de seguro y el elemento clave, el riesgo.
- (4) Sobre la función preventiva en el seguro tanto del descubierto obligatorio como de la franquicia se pronuncia RUSSO, "Osservazioni in tema di franchigia aggregata", *Ass.*, 2003, pp. 17 y ss., p. 22 cuando señala como la eficacia preventiva de las dos cláusulas, el descubierto y la franquicia, no es homogénea puesto que, aun siendo verdad que el descubierto y la franquicia tienen la función de garantizar un uso correcto por parte del asegurado del instrumento asegurativo, la primera cláusula realiza más plenamente tal fin por que implica la prohibición absoluta de asegurar la parte de riesgo reservada al asegurado. Vid. además ANTONUCCI, *L'assicurazione tra impresa e contratto*, Bari, 1997, p. 158.
- (5) En parecidos términos RUSSO, "Osservazioni in tema di franchigia aggregata", cit., p. 21 las cláusulas que subordinan la cobertura a la adopción de determinadas conductas que condicionan la asegurabilidad, son consideradas esenciales para la eficacia de la cobertura y persiguen tal fin algunas como la cláusula bonus/malus, el descubierto obligatorio, la franquicia.
- (6) No albergan duda alguna MARIOTTI/SERPETTI, *Le clausole vessatorie nei contratti di assicurazione*, Milano, 2011, p. 89 cuando catalogan de abusiva aquellas cláusulas que sancionan la prohibición de asegurador ante otra empresa aseguradora descubiertos o franquicias. Para los autores estaríamos ante evidentes "restricciones a la libertad contractual en las relaciones con los terceros". Cláusulas que, no obstante, ya están desterradas de la contratación de seguros, dado que restringían la libertad del asegurado de estipular un contrato con otra aseguradora al fin de garantizar con esta última el descubierto o la franquicia prevista en la póliza, perjudicando así el interés del asegurado a cubrir íntegramente las propias necesidades. Sin soslayar que la misma atenta con la concurrencia entre empresas.
- (7) Como bien señalaba VITTORELLI, *L'assicurazione trasporti*, Milano, 1962, p. 63 las franquicias no son sino unos porcentajes de irresarcibilidad derivada por la constante incidencia de determinados daños sobre determinados tipos de mercancías. Para el autor, p. 64 con la aplicación de la franquicia se previene y obtiene un mejor derecho en el «andamento» de los riesgos e, indirectamente, penalizando embalajes, métodos de transporte o manipulaciones en el porte, se obtiene, por la mayor y más continua sensibilidad hacia el riesgo, una ventaja recíproca tanto para el asegurador como para el asegurado. Autor que en la época nos ofrecía conforme a la póliza uniforme italiana de mercancías transportadas marítimamente las principales métodos y porcentajes de cálculo de las distintas franquicias con las que se operaba en ese tráfico.
- (8) STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, 5ª ed., cit., p. 112 fundamenta la franquicia, al igual que el descubierto, en estimular el interés del asegurado en la no realización del riesgo cubierto a través de la imposición de una mayor diligencia en evitar la verificación de siniestros pues, de lo contrario, deberá afrontar una parte del año, ya sea una primera fracción del mismo o una suma determinada por anticipado.
- (9) Contrasta por ejemplo con el ordenamiento portugués. Así, el Decreto Lei 72/2008, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, cuyo artículo 49, que lleva por rúbrica "capital asegurado" concluye en su número 3 que "las partes pueden fijar franquicias, escalas de indemnización y otras previsiones contractuales que condicionen el valor de la prestación a realizar por el asegurador".
- (10) Afirma STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, 5ª ed., cit., p. 113 como una ventaja específica que se atribuye a la franquicia (no así al descubierto obligatorio), se halla constituida por un menor costo del seguro, motivado en un aligeramiento del número de liquidaciones, las correspondientes a los resarcimientos por daños leves, los que, por cantidad, terminan por ser más gravosas para el asegurador. En parecidos términos, DONATI, *Trattato*, II, cit., p. 436. Para LARA GONZÁLEZ, cit., p. 110 y 111 el beneficio es mutuo, así, desde la perspectiva de la compañía aseguradora encuentra su justificación en que la fijación de una franquicia mejora el resultado del riesgo implicado, toda vez que el asegurado muestra mayor interés en la prevención del daño y en la reducción de sus consecuencias; un segundo razonamiento que se ha esgrimido es que su establecimiento evita tramitar pequeños siniestros cuyos costes de gestión interna superan el importe del daño que se debe indemnizar; y, por último, se ha afirmado también que es un modo indirecto de incrementar el precio del seguro, ciertamente a través de un menor pago de siniestros. Desde el punto de vista del asegurado se ha apuntado como principal beneficio el que la franquicia constituye un sistema fácil de abaratar el coste del seguro al reducirse la siniestralidad, lo cual conlleva a obtener una estabilidad en la prima puesto que un elevado número de indemnizaciones puede ocasionar una gran fluctuación de aquella.
- (11) Alerta precisamente NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance*, Paris, 2012, p. 301, del riesgo de gravar de manera sensible el patrimonio o presupuesto modesto de un asegurado por esta vía, y para quién la franquicia no buscan "à limiter la tentation du sinistre volontaire, ni à inciter à la prudence". La franquicia tienen por finalidad reducir los costes de gestión que los "pequeños siniestros", es decir de escaso montante, engendran para el asegurador. El asegurado se convierte en su propio asegurador.
- (12) Fundamenta STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, 5ª ed., cit., p. 112 tanto la franquicia como el descubierto obligatorio en el estímulo al asegurado en la no realización del riesgo cubierto a través de la imposición de una mayor diligencia en evitar la verificación de siniestros, pues de lo contrario, deberá afrontar una parte del daño, ya sea una primera fracción del mismo o una suma determinada por anticipado.
- (13) Mas, puede el arrendatario de un vehículo repercutir la acción y reclamar al conductor el total de la franquicia pagada por el arrendatario a la empresa de alquiler de vehículos? Esta es la pregunta que trata de responder el documento elaborado por o para la editorial tirant y donde se cuestiona el traslado del coste de la franquicia habida cuenta que entre el arrendatario y el conductor existía un contrato de servicios en virtud

del cual el conductor eximía de responsabilidad al arrendatario del vehículo por cualquier daño material o personal que causase y afirmaba que tenía su propia póliza de responsabilidad civil. <http://www.tirantonline.com/tol/documento/show/4793566?route=ser&general=franquicias+Y+seguro&searchtype=ol>

(14) Se ha planteado esta hipótesis STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, cit., pp. 159 y ss., en un supuesto además en el que se había declarado la nulidad de la franquicia, en realidad a la cláusula incorporada a un seguro de responsabilidad civil por la que se incluye una franquicia cuyo importe es irrazonable. Una póliza que instrumentaba un contrato de seguro celebrado en función de un requerimiento incluido en un contrato de concesión del servicio público de transporte de pasajeros por tren. Para el profesor argentino, p. 162 la franquicia amén de tener la finalidad –entre otras- de estimular el compromiso del asegurado en la prevención del siniestro, sin embargo, en este supuesto “CNCom., Sala B, 20/7/2006, “Barreiro J.A. c. Transportes Metropolitanos Belgrano”, La Ley, 2006-D; su cuantía es absolutamente irrazonable e ilícita en tal grado que violenta el servicio asegurativo y lo priva de utilidad práctica, lo que aparece la desnaturalización el objeto del seguro contratado y afecta indirectamente los derechos de los damnificados por los accidentes ferroviarios, para quienes el seguro contra la responsabilidad civil cumple una función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización del daño.

(15) Así, RUSSO, “Osservazioni in tema di franchigia aggregata”, cit., p. 24 señala como el descubierto y la franquicia, acompañados por la prohibición para el asegurado de cubrir la cuota de riesgo o de daño que permanece a su cargo frene a otras aseguradoras, puede ser vista en una primera lectura como una violación de la prohibición. Pero con tales cláusulas el asegurador no busca construir a beneficio propio una posición de exclusiva en las relaciones con el contratante, sino que quiere evitar que el seguro cree el desinterés que el siniestro se verifique o no, o mejor, un interés “debilitado” –affievolito- a que el siniestro no se verifique.

(16) Contundente STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, cit., pp. 159 y ss., p. 162 al comentar el supuesto de la franquicia en el transporte ferroviario, señala como la franquicia así estipulada, “irrazonable”, “crea un *desequilibrio significativo* toda vez que adolece de fundamento suficiente que lo justifique ya que aligera casi hasta la extinción la obligación del asegurador de afrontar el pago de la indemnización debida en casos de accidentes individuales de víctimas transportadas o no, salvo supuestos excepcionales de siniestros múltiples en tanto se suprime la obligación de resultado de mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en plazo convenido con el consiguiente agravamiento del pasivo patrimonial.

(17) El campo sanitario y la mala práctica médica también ha prodigado la utilización de esquemas de autoaseguramiento. Véanse los trabajos de FRENCH/JONES, “The effects of health insurance and self-insurance on retirement behavior”, *Econometrica*, 2011, n.º 79, pp. 693 y ss.; en otro sentido SHOGREN, “The impact of self-protection and self-insurance on individual response to risk”, *Journal of Risk and Uncertainty*, 1990, vol. 3, pp. 191 y ss.

(18) Así, RUSSO, “Osservazioni in tema di franchigia aggregata”, cit., p. 23 señala como las consecuencias sobre el plano económico de tales actitudes –riesgo moral- son notables, puesto que crean *deseconomías* al interior del contrato, perturbando las bases de cálculo de la prima, que para la masa de riesgos mutuales, incide negativamente sobre los resultados mismos de la gestión asegurativa.

(19) La Circular de ISVAP de 30 de noviembre de 1995, n.º 260, hoy abrogada por el art. 9 del Reglamento ISVAP de 4 de agosto de 2006 señalaba en la ecuación bonus/malus franquicia lo siguiente:

“...La formulazione delle clausole di “bonus/malus” e di “franchigia” da parte delle imprese deve seguire criteri di trasparenza. In particolare per la clausola di “bonus/malus” devono essere indicati in modo chiaro la tipologia dei sinistri che comportano l'applicazione del malus, i coefficienti di premio relativi a ciascuna classe di merito nonché le regole evolutive. Con il venir meno del mantenimento di una clausola “bonus/malus” uniforme per tutte le imprese si pone il problema di dare un significato alla disposizione di cui alla lettera d) del sopra richiamato nuovo testo dell'art. 2 là dove si prevede che l'attestazione deve indicare non solo la classe di merito di provenienza ma anche quella di assegnazione del contratto per l'annualità successiva. Pertanto, in presenza di possibili clausole “bonus/malus” che presentino un diverso numero complessivo di classi di merito, le imprese che eventualmente apportino dette modifiche alla previgente clausola bonus/malus, debbono prevedere regole di corrispondenza tra le nuove classi bonus/malus e quelle stabilite con delibera CIP del 5 maggio 1993 e fare espressa menzione sull'attestato di rischio anche della classe di assegnazione spettante secondo queste ultime classi. Saranno in tal modo preservate le ragioni di trasparenza che debbono guidare gli assicurati nella scelta delle tariffe r.c. auto nonché consentite più complete valutazioni in ordine alla convenienza delle differenti proposte assicurative offerte dal mercato.

Nel caso che un sinistro riservato, che abbia dato luogo alla applicazione del malus, venga successivamente eliminato come senza seguito e il rapporto assicurativo a tale momento risulti ancora in essere con il contraente originario le imprese dovranno prevedere le modalità per il rimborso del maggior premio pagato.

E' opportuno ricordare che la sanzione per il mancato rilascio da parte dell'impresa della predetta attestazione comporta l'irrogazione di una sanzione pecuniaria il cui importo viene aumentato dal citato art. 2 da Lire 50.000 a Lire 1.000.000 per ogni attestazione non rilasciata e che all'obbligo di rilascio di tale documentazione corrisponde analogo obbligo per l'assicuratore di tenere conto della sinistrosità derivante dall'attestato, obbligo che, se pur non espressamente sanzionato, è soggetto alle generali sanzioni previste dal T.U. - art. 115 così come richiamato dall'art. 141 del citato d. lgs. n. 175.

... 4. Tariffe che prevedono l'applicazione combinata della clausola bonus/malus e della franchigia

Si ritiene che l'applicazione combinata delle due formule bonus/malus e franchigia prese in considerazione dal nuovo testo dell'art. 12 della Legge 990 possa essere ammissibile, dandosi luogo in tal caso solo ad un utilizzo simultaneo di entrambe le due clausole previste dal citato art. 12.

Per quanto riguarda la **clausola di franchigia**, pur essendo venuto meno il potere di fissare importi minimi così come avveniva nel sistema previgente, si ritiene necessario sottolineare la necessità che la stessa sia fissata per importi tali che, da un lato, non snaturino la funzione giuridico-economica dell'assicurazione e, dall'altro, consentano di conseguire una effettiva e significativa partecipazione dell'assicurato all'andamento del suo rischio, di modo che possa escludersi al tempo stesso la possibilità che di fatto si adottino tariffe fisse.

5. Passaggio dalla tariffa con clausola di franchigia alla tariffa con clausola bonus-malus

Per quanto concerne il passaggio di contratti stipulati con formula di franchigia, a contratti stipulati con formula bonus-malus le imprese dovranno prevedere nelle proprie condizioni di contratto le relative regole e modalità in modo da dare certezza dell'inserimento del contratto in un'unica

classe di ingresso oppure in più classi di ingresso determinate, queste ultime, sulla base della sinistrosità risultante dall'attestato di rischio e dalle eventuali dichiarazioni dell'assicurato effettuate ai sensi degli [artt. 1892 e 1893 del codice civile](#)."

(20) Categóricamente RUSSO, "Osservazioni in tema di franchigia aggregata", cit., p. 23 es evidente que la franquicia no "snatura" en absoluto la operación asegurativa, al contrario, contribuye a elevar el grado de eficiencia.

(21) Véase en este sentido el tratamiento que al sistema bonus-malus dedica MORILLAS JARILLO, «La protección del cliente en el seguro del automóvil», *La protección del cliente en el mercado asegurador*, [BATALLER/VEIGA (Dir.), Cizur Menor, 2014, pp. 1205 y ss., p. 1244 para quien las ventajas de este sistema vienen confirmadas por la práctica, a saber: el hecho de que, normalmente, el malus tiene en cuenta el número de siniestros observado, sin considerar la cuantía de los mismos; que la agravación del malus o la supresión del bonus es mucho mayor en caso de siniestro que la bonificación obtenida en caso de ausencia de accidentes; la pérdida de bonificaciones por el juego de la mecánica de los convenios de indemnización directa a los que da pie la utilización de la declaración amistosa de accidente, máxime si tenemos en cuenta que el conductor debe titularla para declarar el siniestro a su aseguradora; la distorsión del principio de suficiencia de las primas; la posibilidad de que inciten a la huida del responsable; o la constrictión a dejar de declarar pequeños siniestros.

(22) Unos hechos que dieron lugar al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de septiembre de 2004, [Commission c/ France, Aff. C-347/02]. Véase al respecto y con profundidad el trabajo de MAITRE, «Doit-on en finir avec le Bonus-Malus?», *RGDA*, 2006, nº 1, pp. 35 y ss., p. 37 cuando asevera como en efecto, conforme al dictado de la cláusula prevista en el anexo al artículo A. 121-1 del Código de seguro, la prima del asegurado corresponde a la prima de referencia, libremente fijada por el asegurador, siendo aquella fijada y aplicada conforme a un coeficiente de mejora o de reducción, según el caso, donde el cálculo «est précisément» regulado por la autoridad reglamentaria, sin posibilidad de excepcionarlo. Sobre el origen de la práctica del bonus malus, p. 43 y ss., el autor habida cuenta de la liberalización de tarifas que se produjo en 1970, y ante la diversidad de cláusulas practicadas por las aseguradoras, los poderes públicos decidieron imponer una cláusula tipo en junio de 1976, y que acabó siendo anexada al art. A. 121-1, con el claro objetivo de mejorar la transparencia tarifaria de este mecanismo para el asegurado, si bien este objetivo ha sido «parfaitement atteint», por numerosos autores que lo han denunciado de ineficaz pero también de injusto. A propósito igualmente de este pronunciamiento véase el trabajo de MARCHAND, «Le bonus-malus validé par la justice européenne», *Lamy Assurances*, Bull. Act., 2004, oct., pp. 1 y ss.; Véase también la aportación de THIRY, «Bonus/Malus en automobile. Nouvelles dispositions», *RGAT*, 1992, pp. 54 y ss.

(23) Así lo ha definido BEIGNIER, *Droit des assurances*, París, 2011, p. 396, situación o técnica que ha llevado a la variabilidad de las primas, lo que por otra parte atenta contra la concurrencia y el escaso margen de libertad entre las partes para acordar el precio. Afirma, no sin razón, el autor francés como el contrato de seguro se ha institucionalizado en los seguros obligatorios y el régimen tarifario del seguro de automóviles «en témoignage».

(24) Así lo enfatiza BEIGNIER, *Droit des assurances*, cit., p. 397 que señala como esas características comunes tienen en cuenta extremos tales como los concernientes al vehículo, la zona geográfica de circulación o de garaje, el uso personal o profesional del vehículos, los kilómetros recorridos, la conducción exclusiva o no del vehículo, etc., aseverando: «Cette prime de référence ne comprend pas les majorations éventuellement prévues pour les circonstances aggravantes énumérées à l'article A. 335-9-2 du Code des assurances. En revanche, pour l'application des dispositions de la clause, cette prime de référence comprend la surprime éventuellement prévue pour les conducteurs novices à l'article A. 335-9-1 du Code des assurances ainsi que les réductions éventuelles mentionnées à l'article A. 335-9-3».

(25) Alude MORILLAS JARILLO, «La protección del cliente en el seguro del automóvil», *La protección del cliente en el mercado asegurador*, [BATALLER/VEIGA (Dir.), cit., p. 1245, como también sobre este sistema trata la reclamación 2/2007 tramitada y resuelta por el Servicio de Reclamaciones de la DGSFP en la que se impugnaba la pérdida de la bonificación en la prima por la incorrecta interpretación de la transmisión de los derechos y obligaciones de una póliza de seguro de automóviles. El reclamante, tomador de un seguro de automóvil, declaró que, después de transmitir la titularidad de su antiguo vehículo y realizar un suplemento de seguro motivado por un cambio de coche, la aseguradora le dedujo la bonificación que venía aplicándole en la prima como consecuencia de un siniestro ocurrido con posterioridad a la venta de su coche y del que fue responsable su nuevo propietario.

(26) Nos ofrece BONNARD, *Droit des assurances*, París, 2007, marginal o parágrafo 716 una tabla simplificada de la tarificación en función de los coeficientes del *bonus*, que, pueden llegar ante la ausencia de siniestro a una reducción del 50% de la prima. Así las cosas, y teniendo en cuenta el artículo 4 del anexo al artículo A. 121-1 del Code des assurances donde se definen las modalidades del *bonus*, éste o por mejor decir, el coeficiente a aplicar no puede ser inferior a 0.50, es decir, al 50% de la prima de referencia. Por su parte, como bien señala BEIGNIER, *Droit des assurances*, cit., p. 398 al contrario del *bonus*, el *malus* hace perder al asegurado los coeficientes acumulados cuando un siniestro sobreviene. En la regulación gala el artículo 5 del anexo al artículo 121-1 oriente el cálculo del malus. Así, el sobrevenimiento de un siniestro en el periodo de seguro en curso «majore» el coeficiente en un 25%; un segundo siniestro «majore» el coeficiente obtenido del 25% y así continuamente con el límite de que el coeficiente de empeoramiento no puede ser superior a 3.50, o al 250%, si bien existe un segundo límite que es, que tras dos años sin siniestros, el coeficiente aplicable no puede ser superior a 1, es decir, a un coeficiente de origen.

(27) Reconoce MAITRE, «Doit-on en finir avec le Bonus-Malus?», cit., p. 47 como las críticas a este sistema tarifario, las que censuran su justicia, no están totalmente infundadas, dado que en realidad la crítica de injusticia de la cláusula de reducción-elevación reside en la modulación insuficiente del *bonus* o del *malus* en función de la gravedad de los hechos imputados al asegurado. Lo que hace que la cláusula, en aras de un imperativo de simplicidad opere de un modo automático. Contrasta sin embargo como, en otros países, el mecanismo *bonus malus* nunca se articuló reglamentariamente y sí como acuerdo entre aseguradoras.

(28) Señala la Guía para la contratación de seguros [Guía Gaspar] de la Dirección General de Seguros por franquicia [[www.dgsfp.mineco.es/gaspar/SEsiniestroFranquicia.asp](http://www.dgsfp.mineco.es/gaspar/SEsiniestroFranquicia.asp)]: Importe que queda exento de cobertura por parte de la entidad aseguradora. Este importe se deducirá del valor de los daños para establecer la cantidad de la indemnización o prestación que corresponde satisfacer al asegurador en caso de siniestro. Si los daños no exceden del importe de la franquicia, el asegurador no indemnizará.

Las Características de la franquicia son:

Cuando en el contrato de seguro se fija una franquicia, la misma puede operar de dos modos distintos: El más habitual es el caso de la franquicia absoluta, en la que el asegurador sólo pagará la diferencia entre los daños sufridos y el importe de la franquicia. Si los daños fuesen de menor importe que la franquicia, la entidad aseguradora no indemnizará. En los seguros de salud, es habitual que el asegurado tenga una pequeña

participación fija sobre el coste de la asistencia médica, que deberá satisfacer cuando utilice estos servicios. Es aconsejable leer bien la póliza para conocer estos conceptos de gasto. Menos frecuente es el caso de la franquicia relativa, en la que, si el importe del siniestro no supera la cifra de la franquicia, la entidad aseguradora no lo indemnizará pero, si lo hace, la entidad aseguradora indemnizará la totalidad de los daños sufridos por el asegurado. Aunque la franquicia disminuye el importe de la indemnización a percibir en caso de siniestro, la prima a pagar es menor en un contrato con franquicia que en un contrato sin la misma. La franquicia, por tanto, tiene tanto ventajas como inconvenientes que el tomador deberá sopesar a la hora de contratar un seguro.

(29) Excelente la contribución de GALANTI, "Assicurazione obbligatoria e self-insurance possono coesistere? Alcuni spunti da giurisprudenza e prassi", *Sfide e novità nel diritto della assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica*, [LANDINI et.al. (a cura di)], Napoli, 2016, pp. 69 y ss., p. 71 que señala como mientras en los que respecta al seguro de vida la alternativa es entre póliza y producto financiero puro, verosíblemente más barato pero con menos garantías, en el seguro contra daños y la responsabilidad civil la elección individual es entre cubrir un riesgo desembolsando un premio, o bien asumirlo, haciendo frente al daño con su propio patrimonio.

(30) Afirma NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance*, cit., p. 301 como el asegurado "demeure" en su propio asegurador según una expresión utilizada.

(31) Al respecto véase la evolución en sistemas donde se basculó desde un sin límites a ciertos límites, en el ámbito de la responsabilidad civil, así, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, cit., p. 111.

(32) GALANTI, cit., p. 75 señala como esta modalidad de soportar el asegurado parcialmente las consecuencias de un evento dañoso, muta por la praxis contractual de los seguros de daños, como una eficaz técnica de corresponsabilización del asegurado y, por tanto, de las limitaciones del moral hazard.

(33) Respecto al descubierto obligatorio, señala PICARD/BESSON, *Les Assurances*, I, pp. 293 y ss., como este descubierto se puede fijar bien en un porcentaje, bien en una suma determinada, incluso combinando ambas a través de una suma de mínimos que alcanza virtualidad cuando el importe del daño sea inferior a aquélla. Afirma STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, cit., p. 112 que la cláusula de descubierto se caracteriza esencialmente por el hecho que el asegurado debe, en caso de siniestro, soportar necesariamente una parte del daño y la prohibición de cubrirlo mediante la celebración de un contrato de seguro.

(34) GALANTI, cit., p. 83, marca como en la práctica italiana se consideró abusiva que la franquicia, eso sí, franquicia agregada, superase la mitad del coste de la prima respecto a la anualidad inmediatamente anterior.

(35) En este sentido, BEIGNIER, *Droit des assurances*, cit., p. 496 que además asevera como la franquicia «n'a pas ce dessein moral, son but est purement gestionnaire». Postula además la ambivalencia y voluntariedad de la misma, permitiendo incluso la supresión de la misma a través del pago de una sobre prima especial.

(36) Señala RUSSO, "Osservazioni in tema di franchigia aggregata", cit., p. 22 como la cláusula bonus/malus constituye una modalidad tarifaria que, resultando un aumento o una disminución de la prima en relación a la verificación o no de siniestros en el curso de un cierto periodo de tiempo, constituye un sistema de personalización a posteriori del contrato que lleva a un doble resultado, primero, aproximar progresivamente la prima aplicada a la real situación del riesgo y, segundo, la de disuadir al asegurado de actitudes de conducción imprudentes, creando un ulterior incentivo para evitar incidentes.

(37) Afirma NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance*, cit., p. 300 como el descubierto obligatorio consiste en dejar a cargo del asegurado una parte del daño. Éste último, no siempre residual, es objeto de predeterminación a través de una cláusula contractual en el momento de la perfección. Para la autora francesa, el objetivo primero del descubierto reside en la moralización de actitudes y prácticas del asegurado a fin de reducir su "désinvolture voire leur cynisme lorsqu'ils se savent à l'abri de lourdes conséquences financières". Igualmente diferencia el descubierto obligatorio de la franquicia, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, cit., pp. 112 y 113, que habla de esa moralización del seguro, tanto a través del descubierto como de la franquicia.

(38) Para GALANTI, "Assicurazione obbligatoria e self-insurance possono coesistere?", cit., p. 74 no hay duda de este aseguramiento parcial. Autor además que conecta en los seguros r.c.a. la franquicia con la cláusula bonus-malus, como forma obligatoria de personalización del seguro r.c.a., en el sentido de que tales pólizas deben obligatoriamente contener una u otra de tales cláusulas o bien una combinación de las dos tipologías.

(39) Distingue LARA GONZÁLEZ, «Cláusulas de franquicia o deducible en seguros de responsabilidad en derecho español: naturaleza y efectos respecto de terceros perjudicados», *Derecho y Justicia*, 2013, nº 3, pp. 101 y ss., [[www.derecho-ucsh.cl/wp-content/uploads/2014/06/lara.pdf](http://www.derecho-ucsh.cl/wp-content/uploads/2014/06/lara.pdf)], como la praxis aseguradora ofrece una gama más amplia respecto de las franquicias de cantidad, añadiendo a las cláusulas antes referenciadas las siguientes: aquella por la que se fija una graduación decreciente del mínimo convenido en función de cual sea el importe del siniestro, de tal manera que cuando se alcanza un cierto límite, el asegurado no asume ninguna pérdida y la franquicia desaparece (franquicia variable); aquella cuyo mínimo convenido se fija en relación con un porcentaje de la indemnización, modalidad que asimismo puede establecerse con limitación de las cuantías mínimas y máximas a deducir (franquicia proporcional); y aquella por la que el asegurado asume durante el periodo de duración del seguro todas las pérdidas hasta que éstas alcanzan una cifra agregada, momento en el cual las pérdidas se indemnizan en su totalidad (franquicia agregada anual).

(40) Véase el trabajo del profesor LARA GONZÁLEZ, «Cláusulas de franquicia o deducible en seguros de responsabilidad en derecho español: naturaleza y efectos respecto de terceros perjudicados», *Derecho y Justicia*, 2013, nº 3, pp. 101 y ss., [[www.derecho-ucsh.cl/wp-content/uploads/2014/06/lara.pdf](http://www.derecho-ucsh.cl/wp-content/uploads/2014/06/lara.pdf)], quien en p. 110 señala como al hablar de cláusula de franquicia se alude a la «franquicia contractual», distinta, por consiguiente, del denominado «descubierto obligatorio», pues mientras la franquicia contractual se integra en el contrato de seguro por voluntad de las partes, el descubierto obligatorio surge de la voluntad legal de que el riesgo no se encuentre cubierto en su totalidad, provocando con ello la existencia de un autoseguro parcial del riesgo de que se trate.

(41) Así, BAZZANO, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1991, p. 294. Recuerda STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, cit., p. 114 como se ha criticado que esta franquicia se presta al comportamiento doloso del asegurado, quién se halla tentado de exagerar fraudulentamente el daño insignificante para que, superado el mínimo que opera como límite, logre verse resarcido de aquél.

(42) En función de si su ámbito afecta o no a daños directos, así como la exclusión de la franquicia si la misma afecta a daños sobre viviendas, así como la de pérdidas de beneficios, véase el clausulado que ofrece National Nederlanden en un pliego en el que el Consorcio de Compensación resarcirá. Así, la franquicia a cargo del asegurado será:

a) En el caso de daños directos, en los seguros contra daños en las cosas la franquicia a cargo del asegurado será de un siete por ciento de la cuantía de los daños indemnizables producidos por el siniestro. No obstante, no se efectuará deducción alguna por franquicia a los daños que afecten a viviendas, a comunidades de propietarios de viviendas, ni a vehículos que estén asegurados por póliza de seguro de automóviles.

b) En el caso de pérdida de beneficios, la franquicia a cargo del asegurado será la misma prevista en la póliza, en tiempo o en cuantía, para daños que sean consecuencia de siniestros ordinarios de pérdida de beneficios. De existir diversas franquicias para la cobertura de siniestros ordinarios de pérdida de beneficios, se aplicarán las previstas para la cobertura principal.

c) Cuando en una póliza se establezca una franquicia combinada para daños y pérdida de beneficios, por el Consorcio de Compensación de Seguros se liquidarán los daños materiales con deducción de la franquicia que corresponda por aplicación de lo previsto en el apartado a) anterior, y la pérdida de beneficios producida con deducción de la franquicia establecida en la póliza para la cobertura principal, minorada en la franquicia aplicada en la liquidación de los daños materiales.

(43) Para GALANTI, cit., p. 75 en este último supuesto la participación del asegurado en el riesgo es más amplia y opera en dos direcciones; exclusión del área de resarcimiento de los siniestros más pequeños y participación en la carga del resarcimiento de aquellos mayores (siempre hasta el importe establecido en franquicia). Niega el autor que estas cláusulas puedan considerarse “vessatoria” y por tanto sujeta a aprobación específica.

(44) Gráfico STIGLITZ, *Derecho de Seguros*, III, cit., p. 115 señala que el descubierto se distingue de la franquicia por el hecho de que aquél se prohíbe al asegurado, mediante cláusula inequívoca y expresa, asegurar contra otro asegurador la fracción del riesgo (el descubierto) – generalmente un porcentaje sobre el monto del daño a liquidar-, por lo que carece de garantía asegurativa.

(45) Para RUSSO, “Osservazioni in tema di franchigia aggregata”, cit., p. 25 la franquicia agregada constituye una cláusula demasiado difusa en la praxis internacional pero todavía poco practicada en el mercado interno.

(46) Franquicia que ha tratado en profundidad RUSSO, “Osservazioni in tema di franchigia aggregata”, Ass., 2003, I, pp. 17 y ss.; también GALANTI, cit., pp. 80 a 85, que señala como, en otra modalidad, las partes pueden establecer que el contratante anticipe al asegurador el importe de la franquicia, proporcionando en la práctica, su participación al correspondiente autoaseguramiento. De este modo los siniestros son resarcidos totalmente descontando ex ante la franquicia del asegurado.

(47) Cfr. GALANTI, cit., p. 80 que recuerda que esta anticipación nace de la praxis de la aseguración marítima y que llama convencionalmente “con anticipo”, y que se usa en pólizas “a libro matrícula” porque permite al asegurador, que no puede oponer al tercero la franquicia, hacer más simple la gestión de los siniestros y de los contratos complejos eliminando la posibilidad de contestación sobre la superación del límite. La franquicia agregada viene referida a un período asegurativo anual. Para RUSSO, cit., p. 26 la franquicia agregada permite un equilibrio de las propias exigencias de cobertura del riesgo permitiendo al asegurado apoyar una carga u *onere* compleja menor y al asegurador aplicar una prima correcta sobre el plano técnico.

(48) No obstante, alerta RUSSO, “Osservazioni in tema di franchigia aggregata”, cit., p. 28 que la franquicia agregada constituye, cuando menos, y en no pocos supuestos, una fracción, a veces relevante, de la prima. Pero también llega a constituir un modo para eludir el pago de los impuestos y de otras cargas contempladas por la ley, - la contribución al Servicio Sanitario Nacional y la contribución al Fondo de garantía para las víctimas de carretera- comportando un ahorro. De ahí que la agregada, presente la peculiaridad de operar no solo para sencillos siniestros sino para coberturas complejas conservando la función de mantener la co-participación del asegurado en el riesgo.

(49) Como bien señala en este punto RUSSO, “Osservazioni in tema di franchigia aggregata”, cit., p. 25 en este caso de agregada todos los siniestros vienen integralmente satisfechos porque la franquicia ya ha sido descontada. Modalidad esta segunda que simplifica la gestión del siniestro, eliminando ab origine la posibilidad de contestación por la superación del límite.

(50) “www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/documentos/SOVM%20-%20Franquicias%20en%20el%20SOVM..pdf

(51) Siguiendo muy de cerca la rica dogmática francés, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, cit., p. 118 indica que la regla “*res inter alios acta*” nunca quiso decir que las convenciones no ejerzan repercusión sobre los terceros, *sino solamente que no pueden hacer nacer un derecho en contra o a favor de un tercero*, esto es, que carecen de aptitud para convertir a una tercera persona en acreedora, deudora o propietaria; solución, perfectamente racional; si el contrato es una ley, es una ley entre las partes; los contratantes carecen de facultades para hablar en nombre de otros, no están investido de ninguna delegación.

(52) Contra STIGLITZ, *Derecho de seguros*, III, cit., p. 119 que mantiene su oponibilidad a los damnificados ya que constituye, a su juicio, una “defensa anterior al siniestro” y se halla prevista en el frente de póliza o en una cláusula de la misma que instrumenta el contrato, por lo que debe ser invocada con fundamento en los términos del art. 118-3 de la ley de seguros. Ya en otro trabajo, el maestro argentino, aboga por esta oponibilidad. Véase del mismo autor, STIGLITZ, “Oponibilidad de la franquicia al pasajero transportado”, JA, 2005, I, pp. 786 y ss.

(53) Ha de recordarse como el derecho comunitario, para los seguros de responsabilidad civil de vehículos a motor, expresamente reconoce en la Quinta Directiva sobre automóviles, [Directiva 2005/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 11 de mayo de 2005 (Ley 21/2007, de 11 de julio de 2007)], incluye en su artículo 4 modificaciones a la Tercera Directiva y, en concreto, añade un artículo 4 quater que establece que:

“Las compañías de seguros no podrán oponer franquicias a la parte perjudicada de un accidente en lo que respecta al seguro mencionado en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 72/166/CEE”.

La justificación de dicha inclusión se encuentra en el Considerando 20 de la Quinta Directiva que considera que: (20) Para garantizar la debida protección a las víctimas de accidentes de automóvil, los Estados miembros no deben permitir que los aseguradores opongan franquicias a la parte perjudicada.

(54) En Argentina, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de 7 de agosto de 2007, señala tras dar un giro copernicano a la inoponibilidad de la franquicia a terceros, “...no puede afirmarse que la franquicia es un instrumento que perjudica a terceros, ya que es el ejercicio razonable de

una limitación del riesgo de la actividad.- Si un tercero puede cobrar al asegurador una suma superior a la contratada, no sólo se viola la ley de seguros, sino que se consagra una obligación sin causa (art. 499 Código Civil). Si bien, el tercero damnificado puede llegar a ser acreedor de la aseguradora causante del daño, siempre deben respetarse las limitaciones de las cláusulas contractuales pactadas en dicha convención, que a su vez están subordinadas a la normativa vigente.- El reconocimiento de una acción directa para las víctimas está basada en el acceso a la justicia y no en la violación del principio de relatividad de los contratos. La regla es que un tercero debería ejercer una acción subrogatoria, y por esa razón, la evolución de la doctrina y legislación consagraron una acción denominada citación en garantía, que poco a poco fue interpretada como una especie de acción directa para favorecer el acceso de las víctimas a una satisfacción más rápida, pero siempre dentro del límite del seguro.- 7º) Que en el referido contexto, en tanto la condena contra el responsable civil será ejecutable en la medida del seguro (art. 118, apartado tercero, de la ley 17.418), y existiendo la cláusula de la franquicia pactada contractualmente entre la compañía y el asegurado por la cual pone un límite al riesgo cubierto de acuerdo a la normativa legal prevista, ello conduce a concluir que el descubierto obligatorio es oponible al tercero damnificado y que la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora sino en los límites de la contratación.- En tales condiciones, asiste razón a la recurrente toda vez que el a quo decidió incluirla en la condena y dejar sin efecto la franquicia acordada prescindiendo de la normativa legal en forma dogmática y sin fundamento idóneo y suficiente, con la mera aseveración de la supuesta violación de la Ley de Transito (Fallos: 313:988).- El a quo efectuó una interpretación parcial de la citada ley 24.449 (art. 68), pues es el régimen jurídico vigente el que deja a salvo que el seguro es obligatorio pero de acuerdo a las estipulaciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que es la que reglamentó la franquicia, también obligatoria.- 8º) Que en tales condiciones se advierte que el fallo impugnado desnaturalizó la normativa aplicable al asignarle un significado que excede inaceptablemente sus fines, y que por eso debe ser descartado. En función de lo expuesto, cabe concluir que lo resuelto guarda nexo directo e inmediato con las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas (art. 15 de la ley 48), por lo que corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la conocida doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad.- Por ello, y lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara procedente la presentación directa y el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado, y se deja sin efecto la sentencia apelada.

(55) Véase en el derecho belga, el artículo 87 de la Loi sur le contrat d'assurance terrestre modificada por la ley de 22 de agosto de 2002. Véase en este sentido, Fontaine, Droit, (2010), cit., pp. 470 y 471.

(56) En este sentido, LARA GONZÁLEZ, "Cláusula de franquicia", cit., p. 123. En la jurisprudencia, a favor de esta oponibilidad, SAP Barcelona (Secc. 12ª) de 13 de mayo de 2008 (JUR 2008, 195890)

(57) Una sucinta y clara exposición de las diversas opiniones teórico-prácticas de diversos autores, entre ellos magistrados y expertos de asesoría jurídica de compañías o asociaciones relacionadas con el seguro, en LARA GONZÁLEZ, "Cláusula de franquicia", cit., pp. 123 y a 138.

## RASTREANDO EL DAÑO PATRIMONIAL PURO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

**Javier Simón Marco**

*Abogado experto en derecho de seguros  
Clyde & Co*

### 1. INTRODUCCIÓN

Para alguien que esté familiarizado con el mundo del seguro, el término técnico «daño patrimonial puro» no sólo no le resultará extraño, sino que le será muy familiar y conocido. En terminología aseguradora, se entiende por daño patrimonial puro el perjuicio patrimonial no consecutivo a un daño personal o material. Es decir, se trata de una pérdida económica que no guarda relación directa con un daño material o personal previo.

La casuística en torno al tratamiento del daño patrimonial puro, los supuestos en los que se entiende que estamos en presencia de este tipo de daños, así como su cobertura o no en las distintas pólizas de seguro y en las concretas garantías no es cuestión pacífica. Un análisis exhaustivo de estas cuestiones sobrepasaría con creces el objeto de este artículo. Sí queremos no obstante resaltar que es un concepto muy utilizado en el derecho de seguros donde, al menos a nivel teórico, su definición, alcance y contenido se encuentran plenamente determinados.

El objeto de este artículo es analizar el concepto y contenido del daño patrimonial puro no en el derecho de seguros sino en el régimen general de la responsabilidad civil extracontractual. Para ello, se examinará en primer lugar si se trata de un término ajeno o no a nuestro sistema de responsabilidad civil. En segundo lugar, realizaremos un breve análisis del término en el derecho comparado, con especial énfasis en los ordenamientos jurídicos donde la figura se encuentra más desarrollada y tratada para, finalmente, ver la respuesta que el derecho español daría a este tipo de daños con independencia de que se encuentren o no expresamente reconocidos, esto es, si los mismos serían recobrables o no en una acción de responsabilidad civil extracontractual.

No obstante lo anterior, puesto que, como decimos, el concepto de daño patrimonial puro no es ajeno al ordenamiento jurídico español, al menos en la esfera del derecho de seguros, comenzaremos este estudio con un brevísimo análisis de la figura en esta rama del Derecho.

## sumario

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL CONCEPTO DE DAÑO PATRIMONIAL PURO EN EL DERECHO DE SEGUROS.
3. EL CONCEPTO DE DAÑO PATRIMONIAL PURO EN EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.
4. ANÁLISIS DEL DAÑO PATRIMONIAL PURO EN EL DERECHO COMPARADO.
5. ¿SON RECOBRABLES LOS DAÑOS PATRIMONIALES PUROS EN EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL ESPAÑOLA?

### 2. EL CONCEPTO DE DAÑO PATRIMONIAL PURO EN EL DERECHO DE SEGUROS

En términos generales, podemos afirmar que existen cuando menos, cuatro tipos de daños que suelen aparecer definidos y acotados en la mayoría de las pólizas de seguro de responsabilidad civil: (i) los daños personales, (ii) los daños materiales; (iii) los perjuicios consecutivos y (iv) los daños patrimoniales puros o primarios<sup>1</sup>. Su definición, contenido y alcance puede variar entre las distintas pólizas que ofertan las compañías de seguros. No obstante, aunque con variantes y matices, consideramos que las siguientes definiciones podrían aceptarse como válidas de modo general:

- Daños personales: la lesión corporal o la muerte causada a personas físicas.
- Daño material: el deterioro o destrucción de una cosa (incluyéndose frecuentemente también los daños causados a los animales).
- Perjuicio consecutivo: la pérdida económica que es consecuencia directa de un daño personal o material cubierto por la póliza y sufridos por el reclamante de dicha pérdida.

- Daños patrimoniales puros (perjuicios no consecutivos): los perjuicios económicos que no tienen como causa directa un daño material ni personal.

Por lo tanto, el daño patrimonial puro es configurado por las pólizas de seguro como un daño de naturaleza exclusivamente económica. Es una pérdida económica pero que no deriva de un daño material o personal. Lógicamente, la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil) permite su configuración contractual con el alcance que quieran darle las partes. Sin embargo, la escasa jurisprudencia en la materia, no siempre ha acertado a comprender su significado. Es ilustrativo en este sentido, el criterio de la Audiencia Provincial de Valencia al interpretar en varias de sus sentencias la siguiente exclusión:

*«Quedan excluidos los perjuicios económicos que no sean consecutivos a un daño cubierto, es decir, todo perjuicio en ausencia de daños corporales o materiales que no sean consecuencia directa de un daño corporal o material amparado por el contrato»<sup>3</sup>.*

La Audiencia Provincial de Valencia considera que, la literalidad de esta exclusión es clara y que con ella, entre otras, no cabe duda de que el daño moral se encuentra excluido. El Tribunal pone el énfasis en la frase *“todo perjuicio en ausencia de daños corporales y materiales o que no sea consecuencia directa de un daño corporal o material amparado por el contrato”*, para concluir que la literalidad de la póliza evidencia la intención de las partes de excluir el daño moral. Pues bien, aunque es cierto que el daño moral no derivaba en el caso de un daño corporal o material cubierto, lo cierto es que, el Tribunal no considera otra nota fundamental del perjuicio no consecutivo, a saber, su carácter de daño patrimonial. Es decir, un daño patrimonial puro es un daño no consecutivo pero de contenido económico. De hecho, la propia exclusión comienza diciendo que *“quedan excluidos los perjuicios económicos”*. Qué duda cabe que el daño moral no es un daño patrimonial<sup>3</sup>. Por eso, es cuando menos, discutible que la literalidad de la exclusión dejase fuera los daños morales, puesto que lo que está excluyendo es un daño



patrimonial, característica de la que no gozan los daños morales.

En otras ocasiones, como en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de marzo de 2013, la jurisprudencia sí ha alcanzado a comprender su significado y alcance. No obstante, la mayoría de las veces, es más frecuente el uso del término de “perjuicio no consecutivo” para denominar al daño patrimonial puro. Así por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de febrero de 2010 consideró aplicable la exclusión de perjuicios no consecutivos, dejando fuera de cobertura unos salarios dejados de percibir por no ser consecuencia directa de daños personales y materiales definidos en la póliza. También cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de junio de 2007 que otorgó el carácter de cláusula delimitadora del riesgo a la exclusión de perjuicios no consecutivos.

### 3. EL CONCEPTO DE DAÑO PATRIMONIAL PURO EN EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Acabamos de ver que el concepto de daño patrimonial puro en el ámbito contractual de las pólizas de responsabilidad civil no sólo no es extraño, sino que se encuentra perfectamente definido y acotado. Sin embargo, lo que en el ámbito del seguro de responsabilidad civil constituye una realidad, en la esfera de la responsabilidad civil extracontractual de nuestro Código Civil no goza ni tan siquiera de reconocimiento legal. El artículo 1902 del Código Civil, piedra angular del régimen de la responsabilidad civil extracontractual, de forma amplia declara que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”. De esta forma, como es bien sabido, nuestro Código Civil, heredando en parte la tradición del Código Napoleón adoptó la fórmula de Ulpiano del *neminem laedere* como deber general de “no dañar al otro”<sup>4</sup>. Guarda silencio este precepto en cuanto a qué tipo de daños son reclamables en la acción de responsabilidad civil extracontractual.

No obstante lo anterior, el principio general que inspira el Derecho de daños es el de la indemnidad, conocido también con el brocardo latino de *restitutio in integrum*<sup>5</sup>. Se pretende así el resarcimiento pleno del perjudicado, de tal manera que se restaure su patrimonio a la misma situación en la que se encontraba antes de sufrir la lesión<sup>6</sup>. Resulta por lo tanto plenamente aplicable a la responsabilidad civil extracontractual el artículo 1106 del Código Civil que establece, respecto de los daños indemnizables, que “la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”. Por lo tanto, junto con el daño emergente, también es objeto de resarcimiento el lucro cesante<sup>7</sup>. Dicho lo cual, nuestro derecho de daños considera que la *restitutio in integrum* del perjudicado se consigue plenamente con el resarcimiento tanto del daño emergente, como del lucro cesante<sup>8</sup>.

Tal y como señala nuestra mejor Doctrina, “en el llamado daño emergente se comprenden las pérdidas efectivamente sufridas que deben medirse en el valor común del mercado del bien sobre el que recaigan y las disminuciones de valor económico que por vía refleja se puedan producir”<sup>9</sup>. En cambio, el lucro cesante lo constituye “el lucro frustrado o las ganancias dejadas de obtener”<sup>10</sup>. La jurisprudencia por su parte, contrapone en ocasiones, el concepto de lucro cesante al de daño material o daño físico y exige una prueba rigurosa del mismo, sin que quepa incluir en él “hipotéticos beneficios o sueños de fortuna”<sup>11</sup>.

Pues bien, sin meternos a fondo en el análisis del concepto de daño emergente y lucro cesante, estas breves líneas generales sirven para evidenciar que, en la configuración de la responsabilidad civil del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla, el concepto de daño patrimonial puro es un término desconocido. Así, si se examina la jurisprudencia, muy pocas son las sentencias que se refieren a este tipo de daños, al menos con el contenido y alcance que le dan las pólizas de responsabilidad civil. Así por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de abril de 2011, se denominó así a los gastos de hotel en los que incurrió el demandante mientras duraron las obras que



JIMÉNEZ MUÑIZ  
ABOGADOS

## LAS CLAVES DE NUESTRO ÉXITO

Nuestra exclusividad y experiencia en materia de **Seguros y Responsabilidad Civil** es la base para asegurar la confianza y satisfacción de nuestros clientes.



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

Seguridad, Experiencia, Confianza y Profesionalidad

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

Pº de la Castellana, 121 • Esc./ Dcha. 2º C • 28046 Madrid • T: 915 047 706



impedían la ocupación de la vivienda, como contraposición al daño moral reclamado. Es decir, se utilizó el término “daño patrimonial puro” para contraponerlo al daño moral que no es un daño patrimonial. Y es que, en general, en el derecho de daños español la idea de “patrimonialidad” del daño viene referida a la idea de que el daño debe ser evaluable económicamente y, con este alcance, un daño material e incluso personal, podría gozar además de la nota de “patrimonialidad”.

En este sentido, es ilustrativa la clasificación de daños que hace la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de enero de 2001:

*“Con relación a las clases de daños tanto la doctrina como la jurisprudencia distinguen entre: a) los daños corporales que son aquellos que afectan a la integridad física del sujeto, b) los daños materiales y c) los daños morales. Con relación a los daños materiales se distingue entre los daños patrimoniales originales cuando el bien afectado es directamente el patrimonio y los daños consecuenciales cuando el daño material tiene su origen en una lesión corporal. Así mismo se distingue entre víctimas inmediatas cuando el daño material derivado de un atentado corporal lo sufre la propia víctima lesionada y las víctimas mediatas cuando el daño lo sufre directamente la víctima afectante a su acervo patrimonial derivado de un daño corporal afectante a un tercero víctima inmediata con el que mantiene una relación generadora de derechos y obligaciones o de vínculos de afectación. Finalmente el daño moral es el daño afectante al patrimonio espiritual del sujeto y presenta un concreto carácter extrapatrimonial, de ahí que se afirme de manera unánime que la indemnización de los mismos tiene un claro carácter compensatorio pues es manifiesto que no se puede reparar ni resarcir aquello que es inevaluable económicamente”.*

No obstante lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 2014 señala que *“no se puede calificar como patrimonial todo aquello que es evaluable económicamente o que puede ser indemnizado económicamente. En el resultado final (abono de cantidad) pueden asimilarse tanto la responsabilidad por daño patrimonial como la responsabilidad por daño moral. Sin embargo, en su origen o en su*

*concepto, el daño patrimonial tiene lugar sobre cosas o bienes materiales exteriores a la persona, mientras que el daño moral actúa sobre aspectos o dimensiones de la persona inmateriales o intangibles”.*

Por lo tanto, podemos afirmar que la jurisprudencia utiliza el concepto de daño patrimonial para contraponerlo al daño moral. Sin embargo, como puede fácilmente apreciarse de las citadas sentencias, este concepto de daño patrimonial (ya sea consecuencial o puro), nada tiene que ver con el concepto de “daño patrimonial puro” utilizado en el derecho de seguros.

Podemos concluir en consecuencia, que el concepto de daño patrimonial puro es ajeno a la configuración del régimen de responsabilidad civil extracontractual. ¿Quiere decir eso que el concepto de daño patrimonial puro es una creación contractual del mundo del seguro? ¿Son los redactores de las pólizas los creadores de este concepto? Para dar respuesta a este interrogante, creemos aconsejable un examen del derecho comparado, de otras jurisdicciones donde la figura goza de un expreso reconocimiento en el derecho de daños.

## 4. ANÁLISIS DEL DAÑO PATRIMONIAL PURO EN EL DERECHO COMPARADO

Si el concepto de daño patrimonial puro es ajeno a nuestro derecho civil de daños, lo cierto es que está plenamente reconocido y definido en otros ordenamientos jurídicos. En efecto, los daños patrimoniales puros se encuentran plenamente acotados, definidos y reconocidos en los sistemas de derecho anglosajón del *common law*<sup>12</sup>. En este artículo, nos fijaremos especialmente en el Derecho inglés, donde el concepto ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia, dentro del denominado *Tort of Negligence*, que, con algunas salvedades, sería equivalente a nuestra responsabilidad civil extracontractual<sup>13</sup>.

Quizás el caso más relevante en materia de daños patrimoniales puros es el de *Spartan Steel & alloys v Martin*<sup>14</sup>. Los hechos del caso son simples: (i) *Spartan Steel* era propietaria de una fábrica de acero inoxidable en Birmingham; (ii) *Martin & CO Ltd* estaba realizando unos trabajos en las inmediaciones con una excavadora y,

de forma negligente dañó el cable eléctrico que suministraba la fábrica de energía eléctrica; (iii) como consecuencia, la fábrica de acero sufrió una interrupción en el suministro eléctrico de 14 horas.

*Spartan Steel* interpuso una acción de responsabilidad civil extracontractual<sup>15</sup> frente a *Martin & CO*, reclamando los siguientes daños: (i) los daños materiales sufridos por un horno de fundición que se encontraba funcionando en ese momento (daños sufridos por el propio horno, así como los gastos de retirada del metal que se estaba fundiendo en ese momento; (ii) la pérdida de beneficios o lucro cesante del metal que se perdió en ese horno y que se habría vendido si no hubiera ocurrido el incidente<sup>16</sup> y; (iii) la pérdida de beneficios correspondiente a otros dos hornos que no sufrieron ningún daño material pero que, si no se hubiere producido la parada de 14 horas, habrían producido una cantidad determinada de metal.

El caso llegó a segunda instancia y el *Court of Appeal* determinó que *Spartan Steel* tenía derecho a la indemnización correspondiente a (i) los daños materiales que sufrió el horno que estaba en funcionamiento y (ii) la pérdida de beneficios por el metal estropeado y no vendido de este mismo horno. Es decir, concedió la indemnización por los daños materiales y los perjuicios consecuenciales. Sin embargo, denegó la indemnización por la pérdida de beneficios de los otros dos hornos, y ello por constituir “*pure economic loss*” (daño patrimonial puro) al no derivar de un daño material.

Aunque *Spartan Steel* es el caso más paradigmático sobre el concepto de daño patrimonial puro en el Derecho inglés, existen precedentes anteriores que ya trataron la misma problemática. Así por ejemplo en el caso de *Weller & Co v Foot and Mouth Disease Research Institute* [1966] 1 QB 569, las autoridades habían decretado el cierre del mercado de ganado como consecuencia de que el demandado había esparcido de forma negligente una enfermedad contagiosa. Uno de los granjeros reclamó la pérdida de beneficio correspondiente a la ganancia dejada de obtener por cierre del mercado. Sin embargo, sus animales no se habían contagiado por la enfermedad. Lo único que reclamaba era la

pérdida de beneficio sufrida por la decisión de la autoridad administrativa de cerrar el mercado de venta de ganado durante un tiempo determinado. La sentencia decidió que esa pérdida de beneficio era un daño patrimonial puro no indemnizable en vía extracontractual.

Estos casos ilustran como, la jurisprudencia inglesa –que al contrario de la española sí que es fuente del Derecho–, marcan una línea divisoria entre la pérdida de beneficio consecuencial (*consequential economic loss*), que es resarcible en una acción de responsabilidad civil extracontractual y los daños económicos puros (*pure economic loss*) que no serían recobrables. La distinción, como se evidencia de los casos que hemos puesto como ejemplo, es prácticamente idéntica a la que el mercado asegurador español recoge en las pólizas de responsabilidad civil. En efecto, mientras que los daños consecuenciales son la pérdida de beneficio que deriva de un daño material, los daños económicos puros son el lucro cesante que no deriva o no es consecuencia directa de un daño material.

Por lo tanto, en Derecho inglés, el daño patrimonial puro no es en principio indemnizable mediante una acción de responsabilidad civil extracontractual. Debe tenerse en cuenta que en Derecho inglés, para que prospere una acción de responsabilidad civil extracontractual, es necesario en primer lugar, probar que existe un “*duty of care*” o deber de cuidado general de evitar causar un daño a otro.

En un principio, la idea del “*duty of care*” estaba asociada al derecho de contratos. No obstante, a lo largo del siglo XIX se fue extendiendo a la responsabilidad extracontractual. No es sin embargo, hasta el importante caso de *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562 donde, con base en el “*neighbour principle*” o “principio del prójimo”, quedó plenamente reconocido. En ese caso, Lord Atkin transformó el mandato bíblico de “ama a tu prójimo” en el mandato jurídico de “no dañes al prójimo”. Lógicamente, la clave era determinar quién es “tu prójimo” sobre el que existe un deber de no causarle daño. La pregunta se responde con el criterio de la “previsibilidad” y “proximidad”. Para determinar si existe un “*duty of care*” frente a otro, el juez debe determinar si era previsible que el demandante

# estudios críticos



sufriera el daño con la conducta del demandado y, si entre el reclamante y la víctima había una relación de proximidad.

En el caso particular de *Donoghue v Stevenson* los hechos fueron simples: (i) Mrs. Donoghue bebió de una botella de *ginger beer* que le había comprado un amigo; (ii) la botella tenía restos de un caracol en descomposición que provocó que Mrs. Donoghue enfermara; (iii) no existía relación contractual entre el fabricante de la botella de *ginger beer* y Mrs. Donoghue por lo que ésta tuvo que ejercitar una acción de responsabilidad civil extracontractual. El caso llegó hasta el Supremo quien, concluyó que el fabricante estaba bajo el “*duty of care*” de no causar el daño a Mrs. Donoghue.

Dicho lo anterior, podemos concluir que la jurisprudencia inglesa considera que, como regla general, no existe un “*duty of care*” o deber de cuidado general de evitar causar un daño patrimonial puro<sup>17</sup>. No obstante, la propia jurisprudencia ha matizado este principio posteriormente, admitiendo casos excepcionales donde se permite recobrar el daño patrimonial puro. Así por ejemplo, en los casos de una declaración negligente, cuando hay una especial relación entre las partes, se ha llegado a permitir recobrar el daño patrimonial puro en una acción de responsabilidad civil extracontractual. El caso más conocido en este sentido es el de *Hedley Byrne v Heller* [1964] AC 465, que abrió la puerta por ejemplo, a casos de responsabilidad civil de empresas tasadoras, frente a compradores de viviendas, por un error negligente en el informe de due diligence técnica (*Smith v. Eric S Bush* [1990] 1 AC 831). Téngase en cuenta que estamos en todo momento en el terreno de la responsabilidad civil extracontractual ya que, en una acción de responsabilidad contractual el daño patrimonial puro si es plenamente recuperable, siempre que se satisfagan las exigencias establecidas en el importante caso de *Hadley v. Baxendale* [1854] EWHC J70<sup>18</sup>.

Lógicamente, este principio tiene también su reflejo en las pólizas de responsabilidad civil sometidas a Derecho inglés. Así, a diferencia de nuestras pólizas de responsabilidad civil, donde debe excluirse de manera clara y expresa<sup>19</sup>, en las llamadas *Public Liability Insurance policies* (PLI)<sup>20</sup>

previstas, entre otras, para cubrir la responsabilidad civil extracontractual, no es necesario excluir el “*pure economic loss*”. De hecho, cuando la póliza incluye también la responsabilidad civil contractual, la postura es justo la contraria a la del derecho español: será necesario incluir la cobertura por los perjuicios no consecutivos para que éstos se entiendan cubiertos.

Resulta ilustrativo en este sentido, el caso de *Tesco Stores Limited v. Constable and Others* [2008] EWCA Civ 363. *Tesco* estaba construyendo un supermercado sobre un túnel por encima de una vía de tren. En junio de 2005, parte del túnel se derrumbó dañando las vías de tren. Además, la línea estuvo cerrada 51 días. El operador de la línea (que tenía la licencia de explotación) reclamó la pérdida de beneficio llegando a un acuerdo con *Tesco*, quien, se había obligado contractualmente a compensarle. Una vez alcanzado el acuerdo, *Tesco* reclamó de su compañía de seguro de responsabilidad civil el reembolso.

Lo que *Tesco* reclamaba era un daño patrimonial puro (el operador de la línea no había sufrido daño material alguno, pues no era la empresa propietaria de la línea que es quien sufrió el daño material), por lo que, bajo derecho inglés, no habría podido recobrar con una acción de responsabilidad civil extracontractual. Su obligación era meramente contractual. La póliza contenía una extensión para cubrir la responsabilidad civil contractual pero sin incluir expresamente el daño patrimonial puro.

Pues bien, tanto el Tribunal de Primera Instancia (*High Court*) como el de Segunda Instancia (*Court of Appeal*) consideraron que, puesto que la extensión de la responsabilidad civil contractual no incluía expresamente los daños patrimoniales puros, éstos no eran objeto de cobertura y por tanto *Tesco* no tenía derecho a recobrarlos de su aseguradora de responsabilidad civil. No obstante, el Tribunal dejó abierta la puerta para incluir este tipo de daños, pero siempre que se haga de forma expresa y clara en la póliza.

Finalmente, queremos llamar la atención sobre el hecho de que, en las pólizas de responsabilidad civil inglesas es más frecuente el uso del término “*financial loss*” en lugar de “*pure*



**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?





*economic loss*". Se trata en realidad de lo mismo. No obstante, los términos "*economic loss*" y "*pure economic loss*" tienen un claro significado en Derecho inglés y es la expresión utilizada por los jueces y tribunales en la gran mayoría de las sentencias. Los jueces ingleses rara vez utilizan la expresión "*financial loss*" para referirse al daño patrimonial puro.

## 5. ¿SON RECOBRABLES LOS DAÑOS PATRIMONIALES PUROS EN EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL ESPAÑOLA?

Sentado ya por tanto que el concepto de daño patrimonial puro es un concepto extraño al régimen de responsabilidad civil extracontractual español, a diferencia de otros regímenes donde se encuentra perfectamente regulado, restaría por examinar si, al margen de la falta de reconocimiento expreso tanto en la ley como en la jurisprudencia, el daño patrimonial puro, sería o no resarcible con las reglas de nuestro sistema de derecho civil. ¿Si *Spartan Steel* hubiese sido decidido por un juez español, habría tenido el demandante derecho a cobrar la pérdida de beneficios de los dos hornos que no habían sufrido daño material alguno?

Pues bien, lo más probable es que un juez español no se hubiese detenido a analizar *a priori* la tipología de daños, para determinar si se trata o no de un daño patrimonial puro que, como decimos, es un concepto desconocido por nuestro Derecho Civil<sup>21</sup>. Lo que probablemente habría hecho el juez español es analizar si concurren los requisitos de la acción de responsabilidad civil extracontractual respecto de dichos daños, sin pararse a considerar su consideración fuera de la categoría de los dos grandes tipos de daños patrimoniales que admite nuestro derecho: el daño emergente y el lucro cesante<sup>22</sup>.

Como es bien sabido, estos requisitos son: (i) la existencia de una acción u omisión del agente responsable que pueda ser calificada como culpable<sup>23</sup>; (ii) la causación de un daño y; (iii) la constancia de una relación de causalidad entre la conducta inicial y el daño que se pretende resarcir. Además, al tratarse de un lucro cesante, se exigirían los requisitos de prueba estrictos que

ya hemos mencionado<sup>24</sup>. Por lo tanto, si *Spartan Steel* lograra probar la concurrencia de estos tres requisitos, un juez español le concedería el derecho a la indemnización por el daño patrimonial puro.

Evidentemente, en *Spartan Steel*, los dos primeros requisitos estarían de sobra acreditados (la acción negligente y la producción del daño). La duda estaría respecto de la relación causal. En efecto, aunque el daño patrimonial puro sería consecuencia "física" del acto negligente del demandado, habría que determinar si además, se dan los requisitos de la imputación objetiva, esto es, si es jurídicamente atribuible a la conducta negligente del demandado, la producción del daño patrimonial puro reclamado<sup>25</sup>. Para ello, el juez entraría a analizar los pormenores del caso, sin que exista una respuesta *a priori* que pudiera despejar este interrogante.

Sin embargo, tras analizar la jurisprudencia española en casos similares al de *Spartan Steel*, no sería temerario aventurar que, con gran probabilidad, un juez español habría concedido también la indemnización por el daño patrimonial puro sufrido por la demandante.

Así por ejemplo, en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 11 de febrero de 2005, el Tribunal concedió la indemnización por lucro cesante en un caso análogo al de *Spartan Steel*. Muy someramente, los hechos eran los siguientes: (i) los demandantes eran varios fabricantes de aluminio; (ii) una racha de viento provocó la caída de varios árboles sobre la red de tendido eléctrico propiedad de la demandada; (ii) como consecuencia de ello, se produjo un corte del fluido eléctrico durante más de 4 horas y con ello, la interrupción de la explotación mercantil llevada a cabo por las demandantes (fundición de aluminio como decimos); (iii) las actoras reclamaron el daño emergente (pérdida de material que estaba en proceso de fundición en ese momento) y el lucro cesante, consistente en las horas de trabajo por parte de los operarios y empleados de las mismas.

Pues bien, aunque la demanda fue desestimada en primera instancia, la Audiencia Provincial apreció negligencia de la demandada (por no adoptar las medidas de prevención adecuada)

y no dudó en extender la indemnización al lucro cesante, a pesar de que el mismo no derivaba de un daño material.

Es interesante también el análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 25 de abril de 2005. En este caso, la empresa demandada se encontraba realizando unos trabajos con una excavadora cerca del tendido eléctrico que suministraba la electricidad a la demandante, empresa dedicada a la fabricación de prendas de vestir. La demandada de forma negligente provocó el derribo de un poste de la luz y, como consecuencia, se produjo una paralización en la actividad de la demandante por falta de suministro eléctrico, y ésta reclamó, en concepto de daños y perjuicios, los sueldos y salarios de los empleados, gastos de cotización a la seguridad social y, otros gastos generales. Pues bien, en esta ocasión el Tribunal consideró que estos daños:

*“Sólo serían consecuencia directa de la conducta del demandado cuando se demostrase –lo que tampoco ha sucedido– que durante el tiempo en que estuvo interrumpida la energía y, por ende, la cadena de producción, los trabajadores no realizaron ninguna otra actividad distinta que redundara en beneficio de la empresa; lo único por tanto, que se puede derivar del corte de suministro es la disminución de producción que tuvo la fábrica, lo que se traduce bien en una disminución de las ganancias que obtendría ese día, o un incremento de los gastos al necesitar la actora abonar unos costes extraordinarios para obtener una productividad similar, lo que habría de ponderarse teniendo en cuenta lo ya indicado de que durante el periodo en que estuvo suspendida la actividad productiva los empleados no estuvieron realizando otro trabajo para la empresa, o si lo estuvieron en que medida se disminuyó la rentabilidad de aquellos”.*

Como puede observarse, la Audiencia Provincial, no consideró indemnizables los sueldos y salarios, por no haberse acreditado la relación causal. No obstante, dejó caer que la pérdida de producción, si se hubiera llegado a acreditar convenientemente, habría sido indemnizable.

Qué duda cabe que se trataría de un daño patrimonial puro.

Por último, también a modo de ejemplo, podría citarse el caso decidido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de diciembre de 2004. En esta ocasión, los daños se produjeron por la caída de un rayo en uno de los puentes de seccionador que suministraba corriente al restaurante propiedad de la actora. La caída del rayo provocó el corte del suministro eléctrico durante varias horas. La mercantil demandante interpuso una acción de responsabilidad extracontractual –junto con su aseguradora por subrogación– frente a la empresa encargada del suministro de energía eléctrica. Pues bien, la Sentencia, después de descartar la existencia de fuerza mayor y declarar la responsabilidad de la demandada, la condenó al abono de: (i) los daños materiales causados a dos aparatos eléctricos; (ii) los daños materiales por la mercancía deteriorada (principalmente marisco) y; finalmente, una indemnización, en concepto de lucro cesante, calculada con referencia a los gastos fijos de sueldos y Seguridad Social durante una noche de cierre del local (que sería daño patrimonial puro), señalando la sentencia que *“lo que no cabe dudar es que el cierre forzado del establecimiento provocado por el apagón la noche del sábado, que debe calificarse de jornada típica a efectos de un restaurante, tuvo necesariamente que producir pérdidas por ausencia de la clientela”.*

La jurisprudencia examinada evidencia que, en principio, nuestros Jueces y Tribunales no tendrían reparo alguno en extender la indemnización de daños y perjuicios a lo que, de acuerdo con el Derecho inglés, constituiría un perjuicio patrimonial puro, siempre y cuando concurren los requisitos generales (acción u omisión culposa, la producción de un daño y la relación causal) de la responsabilidad civil extracontractual.

## 6. CONCLUSIÓN

El concepto de daño patrimonial puro es ajeno al sistema de responsabilidad civil extracontractual español. Se trata de un término desconocido en nuestro derecho de daños. Como decíamos al principio, nuestro Derecho Civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no evalúa la responsabilidad civil desde el prisma

# estudios críticos



de la tipología de los daños. El principio de indemnidad o de la *restitutio in integrum* exige colocar al perjudicado en la misma situación que se encontraba antes de la lesión. La única clasificación de daños patrimoniales expresamente reconocida por nuestro sistema de derecho civil es la que distingue entre el daño emergente y el lucro cesante. Cualquier otro tipo de daño deberá encajar en alguna de estas dos categorías para que pueda ser indemnizable.

En definitiva, se podría decir que el Ordenamiento Jurídico español abordaría el problema del daño patrimonial puro dentro del requisito de la relación causal y la imputación objetiva. Para determinar la indemnización, el Derecho español, a diferencia del inglés o el americano, no hace clasificaciones apriorísticas de los daños. Se parte de la base de que en principio, todo daño patrimonial es potencialmente indemnizable siempre que se cumplan los requisitos para ello. Es en la relación causal donde un juez analizaría si el daño patrimonial puro es indemnizable o no y, la respuesta dependerá del caso concreto.

Sin embargo, el hecho de que el daño patrimonial puro sea un concepto extraño al régimen español de la responsabilidad civil extracontractual, no es óbice para que, las partes en un contrato puedan introducirlos y definirlos ya sea, para excluir la responsabilidad de alguna de las partes por dichos daños, ya sea, para darle el alcance y contenido que deseen. Eso es

precisamente lo que ocurre en el ámbito del derecho de seguros donde el concepto de daño patrimonial puro es frecuentemente utilizado. En efecto, como hemos visto, la distinción entre perjuicios consecutivos y daños patrimoniales puros se emplea en muchas ocasiones para definir el alcance del objeto del seguro.

Puesto que el concepto de daño patrimonial puro no goza de reconocimiento legal ni jurisprudencial expreso en general, en el ámbito del seguro, será especialmente importante definir en la póliza de forma clara y precisa que se entiende por daño patrimonial puro. Si por ejemplo, se pretende excluir de cobertura estos daños, deberá hacerse de modo indubitable, reflejando bien qué se quiere excluir. En este sentido, se debe tener en cuenta que el principio de *contra proferentem* está especialmente reforzado en la esfera del contrato de seguro. Puesto que los Jueces y Tribunales no están especialmente familiarizados con el término, en el caso de no definirse y delimitarse de forma correcta su alcance, se corre el riesgo de que el juzgador considere ineficaz una exclusión que pretenda privar de cobertura a este tipo de daños. Lo mismo ocurre si lo que se pretende es incluirlos en forma de garantía. Si la póliza no logra delimitar con precisión su alcance, se correrá el riesgo de que un Juez entienda comprendidos en él, supuestos distintos a los que, en el mundo del seguro, se entienden por daños patrimoniales puros.



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



# BLECUA

L E G A L



Protección de Datos



Transporte



Nuevas Tecnologías



Seguro



Civil



Societario y Contratación Mercantil



BLECUA

FORMACIÓN



LEGAL

CORPORATE ADVISORS

(1) Lógicamente existen otros tipos de daños y el tratamiento puede diferir según el tipo de póliza y las garantías contratadas. No obstante, para el presente artículo hemos elegido referirnos a esta clasificación.

(2) Sentencias de 10 de octubre de 2011, 4 de abril de 2012, 31 de marzo de 2014 y de 3 de marzo de 2015.

(3) Es indiscutible que el daño moral no es un daño patrimonial. En este sentido, nuestra doctrina señala que *"como algo nítidamente diferente del daño en sentido estricto, que es el daño patrimonial o económicamente mensurable, aparece la borrosa figura del comúnmente denominado daño moral (...). En nuestro Derecho no existe ninguna norma de carácter general que pueda entenderse referida al daño moral o al daño no patrimonial, ya que el art. 1902 CC sigue las pautas del Código Civil francés y no se hace como el alemán o el italiano eco de la vieja polémica"* (DÍEZ-PICAZO, L; FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL, Vol., V; "La Responsabilidad Civil Extracontractual"; Ed. Aranzadi, S.A., Cizur Menor; 2011; pp. 346 y 348).

(4) Así, el artículo 1382 del Código Napoleón, de forma prácticamente idéntica a nuestro artículo 1902 dispone que *"cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo"*.

(5) Resulta ilustrativa en este sentido la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 15 de marzo de 2016 (AC 2016/661): *el régimen de responsabilidad civil tiene como finalidad la reparación del daño causado, de forma que el perjudicado quede en la situación patrimonial más parecida posible a la que tenía inmediatamente antes de producirse el resultado lesivo, es decir, el principio de la indemnidad o de "restitutio in integrum". Dicho principio ha sido recogido por numerosas resoluciones del Tribunal Supremo ( SSTS 28-4-1992 (RJ 1992, 9333) , 2-4-1997 , 19-12-2005 o 18-8-2012 , entre otras) indicando la última de las citadas ( 18-7-2012 (RJ 2012, 9333) ) que "el restablecimiento al estado inicial ("restitutio in integrum") como principio ideal acarrea que el perjudicado debe ser indemnizado "de forma total", tanto en el daño material como en el moral, tanto en lo que se refiere al daño emergente como al lucro cesante ( sentencia de 22 de febrero de 1982 ) es decir, el perjudicado debe ser restituido a la situación anterior a la producción del hecho que dio lugar al daño"*.

(6) Véase por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2008.

(7) La jurisprudencia es pacífica en este punto y considera que el lucro cesante es también objeto de resarcimiento en la responsabilidad aquiliana. Así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1993 señala que la finalidad de la acción de responsabilidad extracontractual es *"la de obtener la reparación íntegra de los perjuicios causados, comprensivos tanto del daño emergente, como del lucro cesante"*

(8) No obstante, en ocasiones, la jurisprudencia trata de equiparar estos dos conceptos a otros. Así, ha llegado a asemejar daño emergente y lucro cesante a daño material, en contraposición al daño personal (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1999). Otras veces, el daño emergente aparece como equivalente a daño material (Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 27 de octubre de 2016 y finalmente, no faltan ejemplos en los que se equipara el daño emergente al daño directo y el lucro cesante al daño indirecto (Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 14 de enero de 2001).

Por lo demás, debemos Dejar al margen de este trabajo la problemática de los daños morales, por no tratarse propiamente de un derecho patrimonial en sentido estricto. Éste tipo de daños aunque indemnizables entrarían dentro de la categoría de daños no patrimoniales tal y como ya hemos señalado.

(9) DÍEZ-PICAZO, L; *op. Cit.*, p.345.

(10) *Idem*.

(11) Resulta ilustrativa en este punto la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1998: *"El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo caben incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así ; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna . Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, Sentencia de 30 junio 1993 [ RJ 1993\5340]) o incluso el criterio restrictivo (así, Sentencia de 30 noviembre 1993 [ RJ 1993\9222]) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, Sentencias de 8 julio 1996 [ RJ 1996\5662] y 21 octubre 1996 [ RJ 1996\7235])"*.

(12) La figura ha sido especialmente desarrollada en el Derecho inglés y en el de los Estados Unidos de Norteamérica. En éste último, el "Restatement" segundo de responsabilidad civil extracontractual, los menciona para decir que no son indemnizables (téngase en cuenta que los Restatement de Derecho Federal americano no tienen valor normativo. Son "treatises" o tratados elaborados por juristas y publicados por el American Law Institute pero que son frecuentemente seguidos por los jueces y abogados y suelen ser el terreno donde se edifican las "Black letter rules", que no son cuestionadas ya por la jurisprudencia).

Además de en el Derecho inglés, el daño patrimonial puro se encuentra regulado también en muchos otros ordenamientos jurídicos como el canadiense o el australiano.

(13) Téngase en cuenta que el régimen de responsabilidad extracontractual en los sistemas de *common law* es principalmente de creación jurisprudencial. Por tanto, a diferencia de nuestro sistema donde la jurisprudencia no es fuente del Derecho sino mero complemento (art. 1.6 CC), en el Derecho inglés, la jurisprudencia crea Derecho. Por otro lado, aunque suele asimilarse el Tort con la responsabilidad civil extracontractual, lo cierto es que el concepto de Tort es más amplio que nuestra responsabilidad civil extracontractual, incluyendo algunas figuras que se mezclarían con los derechos reales o incluso el Derecho Penal. En realidad es el "Tort of negligence" (responsabilidad civil por negligencia), que es un tipo de Tort dentro de varios existentes, la figura equivalente a la responsabilidad civil extracontractual.

(14) *Spartan Steel & Alloys v. Martin [1973] QB 27*.

(15) Basada en *tort of negligence* para ser precisos.

(16) En Derecho inglés, la figura más semejante a nuestro lucro cesante es la del *loss of profits* que, aunque con matices sería el equivalente como decimos, a nuestro lucro cesante.

(17) Aunque son varios los motivos por los que la jurisprudencia inglesa ha decidido dejar fuera de la indemnización a los daños patrimoniales puros, quizás el más aceptado es el denominado como *"the floodgates"* (en inglés "compuerta"). Básicamente, se dice que permitir la indemnización del

daño patrimonial puro abriría la “compuerta” a una infinidad de procedimientos y reclamaciones incluso no razonables. Es parecida a la crítica que se ha hecho en nuestro Derecho a la teoría de la equivalencia de las condiciones, por el efecto del llamado *regresus ad infinitus* y que, a través del derecho penal y después, en la responsabilidad civil extracontractual, ha sido corregido en parte con teorías como la de la causalidad adecuada y la imputación objetiva.

(18) En este caso, la jurisprudencia señaló que en una acción de responsabilidad civil contractual son recobrables: (i) el “*normal loss*”, esto es, los daños que suceden naturalmente como resultado del incumplimiento del contrato; (ii) el “*abnormal loss*” o el daño que no deriva de forma natural y evidente del cumplimiento del contrato pero siempre que este daño hubiese sido contemplado por ambas partes al tiempo del perfeccionamiento del contrato (“*within the contemplation of both parties at the time they made the contract*”).

(19) Considerando alguna sentencia incluso que, la exclusión de los perjuicios no consecutivos es una cláusula limitativa, sujeta a los requisitos de especial aceptación regulados en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 29 de enero de 2009, condenó al asegurado al pago del lucro cesante que no derivaba de un daño material por considerar que la exclusión de los perjuicios no consecutivos es una cláusula limitativa.

(20) Similares a nuestras pólizas de responsabilidad civil, que cubren la responsabilidad civil extracontractual, aunque también pueden contener la garantía de la responsabilidad civil contractual.

(21) El análisis de la responsabilidad en función del tipo de daños no es exclusivo de los sistemas de derecho anglosajón. Así por ejemplo, en el derecho alemán, el artículo 823.1 BGB establece que “*quien dolosa o negligentemente lesiona de forma antijurídica la vida, la integridad física, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, queda obligado frente a ésta a indemnizar el daño causado que de ello resulte*”. La respuesta alemana por tanto, respecto de los daños económicos puros sería la de su no reconocimiento como daños indemnizables en una acción de responsabilidad civil extracontractual, por no incluirse dentro de los derechos absolutos lesionados.

(22) El juez inglés como vimos, analizaría si se trata de un daño patrimonial puro o no. Si llega a la conclusión de que está en presencia de un perjuicio no consecutivo ya no es necesario analizar el resto de requisitos del *Tort of Negligence* porque no concurre el primero de ellos, el *Duty of Care*. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no presta tanta atención a la tipología de los daños. El principio general es como decimos el de la *restitutio in integrum*.

(23) No podemos detenernos aquí a considerar la responsabilidad objetiva, ni la llamada responsabilidad por riesgo que, en materia de responsabilidad civil extracontractual han matizado y atenuado el criterio de la culpabilidad.

(24) Como ya hemos examinado, debe acreditarse que se trataba de “*beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debió haber percibido y no ha sido así, no los dudosos, hipotéticos o solo los fundados en meras expectativas*” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de mayo de 2013, recogiendo la doctrina del Supremo en la materia).

(25) Al igual que el Derecho inglés, donde se distingue entre “*causation in fact*” y “*causation in law*”, nuestro ordenamiento jurídico, corrige los problemas de la teoría de la equivalencia de las condiciones o *condictio sine qua non* mediante la prohibición de regreso. El mecanismo más extendido en nuestra jurisprudencia para paliar este problema es el de la imputación objetiva y dentro de ésta, la teoría más utilizada es la de la causalidad adecuada. De esta forma, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007: “*la presencia de la culpa de la víctima sitúa la cuestión de la atribución de la responsabilidad en el marco de la causalidad jurídica, presupuesto previo al de la imputación subjetiva, que exige la constatación de una actividad con relevancia causal en la producción del daño, apreciada con arreglo a criterios de adecuación o de eficiencia, e implica realizar un juicio de valor para determinar si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible al agente como consecuencia de su conducta o actividad, en función de las obligaciones correspondientes al mismo, contractuales o extracontractuales, y de la previsibilidad del resultado lesivo con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros criterios de imputabilidad admitidos, como los relacionados con el riesgo permitido, riesgos de la vida, competencia de la víctima, o ámbito de protección de la norma (Sentencia de 7 de junio de 2006 [ RJ 2006, 8204 ], que cita las de 21 de octubre de 2005 [ RJ 2005, 8547 ], 2 [ RJ 2006, 129 ] y 5 de enero [ RJ 2006, 131 ], y 9 de marzo de 2006 [ RJ 2006, 1882 ])*”.

Por su parte, la causalidad adecuada “*exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural adecuada y suficiente de la determinación de la responsabilidad, debiendo entenderse por consecuencia natural aquella propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de causalidad conforme a los conocimientos comúnmente aceptados, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos*” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de junio de 2003 [ JUR 2004/35174 ]).

## 1 ...en materia de RC

### a RC DE LA ADMINISTRACIÓN

#### DUDAS SOBRE INOCENCIA DE PERSONA ABSUELTA VERTIDAS EN SENTENCIA SOBRE RC DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2017, de 19.01.2017  
Ponente: Sr. González Rivas

##### 1. Introducción

En esta Sentencia el TC no entra en el fondo del derecho a la indemnización en concepto de RC de la Administración de Justicia (art. 121 CE), derecho que queda fuera del recurso de amparo. Se limita, por vez primera en su Historia, a analizar una curiosa y casi extravagante vertiente del derecho a la presunción de inocencia, derivada de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6.2 CEDH, y que ni siquiera citan los manuales: cuando un tribunal (normalmente será la AN o el TS) niegue la RC a favor de quien sufrió prisión provisional, pese a ser posteriormente absuelto, no puede introducir en su sentencia afirmaciones que permitan dudar (ni por asomo) de la inocencia del reclamante. La Sentencia, avocada al Pleno, tiene un voto particular

firmado por dos magistrados, que cuestionan o que el TS dijera lo que dijo o que el TEDH nos exija tanto. El debate nos parece casi patético: en vez de razonar sobre el fondo del asunto, los magistrados se enredan en discutir qué quisieron decir exactamente el TS y el TEDH, olvidando que en muchos otros casos no siguen a este y que el máximo intérprete de la CE son ellos, no el TEDH. Y luego inadmiten a trámite (y me consta) casos sobre problemas mucho más importantes que el honor (que es de lo que realmente trata la Sentencia) de una persona que estuvo en prisión hace diez años y cuya culpabilidad siempre estuvo fuera de toda duda. ¿Es que no tienen otra cosa que hacer?

##### 2. Supuesto de hecho

La STS de 28 de febrero de 2012, que deniega RC de la Admi-

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

nistración de Justicia en un caso de prisión preventiva seguida de absolución por aplicación de la regla “*in dubio pro reo*” (el supuesto de hecho originario se resume en la reseña siguiente), entre otras cosas afirma: “Una vez que la absolución es firme (aunque se trate de una absolución con el beneficio de la duda) conforme al artículo 6.2 del Convenio, la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia. En efecto, unas decisiones judiciales posteriores o unas declaraciones que emanen de Autoridades públicas pueden plantear un problema desde la perspectiva del artículo 6.2 anteriormente citado si equivalen a una declaración de culpabilidad que ignora, deliberadamente, la absolución previa del acusado. El TEDH apunta que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en una inexistencia de pruebas y una

# 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.

absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos aducidos por el Juez de lo penal. Muy al contrario, en el ámbito del artículo 6.2 del Convenio, la parte resolutive de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda Autoridad que se pronuncie de manera directa o incidente sobre la responsabilidad penal del interesado. Exigirle a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por detención provisional se presenta como irrazonable y revela un atentado contra la presunción de inocencia”.

### 3. Argumentación jurídica

Tras la exposición de antecedentes históricos y de Derecho comparado sobre la RC de la Administración de Justicia (y que a mi juicio no vienen a cuento: esta Sentencia podría haberse ventilado en una página: lean, magistrados del TC, a sus homólogos p. ej., italianos y franceses, que no tienen complejo en escribir poco), el TC realiza un pormenorizado estudio (se ve que le sobran letrados) de la doctrina del TEDH (como si de la Biblia se tratase), para después analizar con lupa lo que escribió el TS y que ya hemos transcrito en esta reseña. La conclusión de la lectura que el TC hace de la STS recurrida es la siguiente: “el análisis del contenido de la sentencia y especialmente la consideración que se efectúa sobre que “la absolución [está] sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)”, derivando de ahí que no concurre el supuesto de la inexistencia del hecho

delictivo, conducen a estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia. En suma, se aprecia la vulneración del principio de presunción de inocencia invocado pues, a la luz la doctrina del TEDH, el razonamiento de la sentencia pone en duda la inocencia del demandante. Así, la STS, por la motivación empleada o por el lenguaje utilizado en sus razonamientos, cuestiona la inocencia del demandante, y por ello en este caso, se menospreció la presunción de inocencia [...]. En suma, con arreglo a esta doctrina, la decisión judicial recurrida en este amparo constitucional refleja la sensación de que sí hubo conducta delictiva cometida por el recurrente” Y concluye el TC como sigue: “La consecuencia del reconocimiento de dicha vulneración constitucional nos conduce a

declarar la necesidad de la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia por el TS para que se resuelva nuevamente la cuestión planteada, sin introducir dudas sobre la culpabilidad del recurrente y su derecho a dicha presunción de inocencia”.

### 4. Legislación y jurisprudencia citadas

CE, artículos 9.3, 10.2, 24.2 y 121. CEDH, artículo 6.2. LOPJ, artículos 293 y 294.

SSTC 44/1983, 303/1993, 325/1994, 276/2000, 119/2001, 54/2003 y 272/2006. SSTEDH de 25 de marzo de 1983 (*Minelli c. Suiza*), 25 de agosto de 1987 (*Nölkenbockhoff c. Alemania*), 25 de agosto de 1987 (*Englert c. Alemania*), 25 de agosto de 1993 (*Sekaniina c. Austria*), 21 de marzo de 2000 (*Rushiti c. Austria*), 23 de marzo de 2000 (*Dinares Peñalver c. España*), 9 de noviembre de 2004 (*Del Latte c. Países Bajos*), 25 de abril de 2006 (*Puig Panella c. España*), 27 de septiembre de 2007 (*Vassilios Stavropoulos c. Grecia*), 13 de julio de 2010 (*Tendam c. España*) y 16 de febrero de 2016 (*Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*). SSTS de 23 de noviembre de 2010, 9 de abril de 2015, 23 de julio de 2015 y 23 de diciembre de 2015.

## CONCLUSIÓN

**Decir en una sentencia sobre RC de la Administración de Justicia que “la absolución [de una persona que sufrió prisión provisional] está sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)” equivale a arrojar dudas sobre la inocencia de esa persona, lo que vulnera el derecho fundamental de presunción de inocencia, obligando a rectificar al Tribunal que afirmó tal cosa.**

# Semana del seguro



25°



**TERMINAL**  
Centro de  
Convenciones  
Norte- IFEMA

**DEPARTURES**  
13 a 15 de febrero  
**2018**



EMBÁRCATE  
EN UNA NUEVA  
EDICIÓN

Y CELEBRA CON NOSOTROS  
SU 25 ANIVERSARIO

Madrid, del 13 al 15 de febrero 2018  
Centro de Convenciones Norte IFEMA

**inese**  
Wilmington Risk & Compliance

INFORMACIÓN:  
inese@inese.es - 91 3755800  
[www.semanadelseguro.es](http://www.semanadelseguro.es)

## PRISIÓN PREVENTIVA Y POSTERIOR ABSOLUCIÓN POR APLICACIÓN DE LA REGLA “IN DUBIO PRO REO”

Sentencia del Tribunal Supremo 1230/2017, de 12.07.2017

Ponente: Sra. Picó Lorenzo

### 1. Introducción

EITS, obligado por la STC 8/2017, que acabamos de reseñar, vuelve a dictar Sentencia, afirmando ahora con desgana (se nota que no le sentó bien este rapapolvo) que una persona era no culpable, pero reiterando que no tiene derecho a ser indemnizada por el período que sufrió prisión preventiva. Iniciamos con esta reseña una serie de tres sentencias sobre el mismo tema, por lo que conviene situarnos brevemente en él: inicialmente, el TS mantuvo una interpretación amplia del concepto de “inexistencia del hecho imputado” del artículo 294 LOPJ (uno de los tres supuestos de RC de la Administración de Justicia). Con la excusa de dos SSTEDH (de 2006 y 2010) sobre el artículo 6.2 CEDH (presunción de inocencia), el TS cambió de criterio (paradójicamente, pues se supone que la doctrina del tribunal europeo debería servir para ampliar derechos, no para reducirlos), manteniendo desde 2010 una posición muy restrictiva, aunque más conforme a la letra de la LOPJ: ahora no basta la absolución para obtener una indemnización sino que se exige algo muy raro de encontrar, que los hechos por los que se decretó la prisión provisional del acusado no hubieran existido.

### 2. Supuesto de hecho

La SAP de Almería de 3 de diciembre de 2007 absuelve a Santiago de un delito contra la salud pública, por no haber quedado acreditado (hubo dudas sobre la cadena

de custodia) que la sustancia que poseía era droga. Santiago solicita RC de la Administración de Justicia por los 445 días que permaneció en prisión preventiva, lo que es rechazado por la AN y después por el TS. Sin embargo, la STC 8/2017 anula la STS con retroacción de actuaciones para que el TS dicte nueva sentencia “sin introducir dudas sobre la culpabilidad del recurrente y su derecho a la presunción de inocencia”.

### 3. Argumentación jurídica

El TS presupone que el supuesto de error judicial del artículo 293 LOPJ y el supuesto de prisión preventiva con posterior absolución de artículo 294 deben seguir cauces distintos, y que se si se opta por el segundo, no puede alegarse error judicial. Esto es correcto (GE), pues los cauces procedimentales son diferentes.

Desde la STS de 23 de noviembre de 2010 la aplicación del artículo 294 se limita a los supuestos de inexistencia objetiva, y no a los casos de absolución o sobreseimiento por falta de prueba de la participación en los hechos, lo cual no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de aquel precepto, sino, más bien, que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el artículo 293, que no se ha utilizado en este pleito.

Seguidamente, el TS analiza si la AN vulneró los artículos 294 LOPJ y 6.2 CEDH.

Ante la inexistencia de sentencia de la Sala Segunda del TS que declare error judicial en la adopción de la medida de prisión preventiva de quien que luego resultó absuelto, la Sentencia que reseñamos afirma que debe atenerse a lo declarado por la SAP de Almería, que es firme. Al orden penal corresponde el enjuiciamiento de las causas criminales sin que el contencioso-administrativo pueda entrar en afirmaciones sobre las razones de una absolución que solo son competencia de aquel. No obstante, destaca que la SAP absuelve en virtud del principio “in dubio pro reo”, que no es exactamente lo mismo que la presunción de inocencia (este comentarista reconoce no entender la diferencia).

En cuanto al alegato de lesión del artículo 6.2 CEDH por no haber otorgado una indemnización tras una absolución por falta de pruebas, el TS se remite a la misma STC 8/2017, que le obliga a dictar nueva sentencia, la cual a su vez recuerda que para el TEDH el precitado artículo 6.2 no otorga derecho a una indemnización por razón de prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución, que el simple rechazo de una indemnización no es contrario en sí mismo a la presunción de inocencia y que la interpretación de la LOPJ corresponde a los tribunales internos; de ahí que el TS haya declarado en su doctrina previa que nuestro sistema normativo no avala la conclusión de una RC automática y objetiva, de tal manera que una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre se generara en quién hubiera sufrido prisión preventiva un derecho indemnizatorio.

Como el CEDH no genera una indemnización automática, debe volverse al artículo 294 LOPJ, cuya interpretación y aplicación ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador. El precepto no contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absoluta. Santiago mantiene que su caso ha de enmarcarse dentro de la "inexistencia objetiva del hecho imputado" asimilándolo a "inexistencia de hecho punible". Pues bien, en la relación de hechos probados (relato de la AP de Almería sobre lo acontecido el 4 de junio de 2003, en el que se aprehendió una sustancia) resulta que no existe inexistencia del hecho en su sentido objetivo. Tampoco se aprecia una atipicidad del mismo, dadas las valoraciones de la AP sobre la imposibilidad de acreditar la procedencia idéntica de las muestras aprehendidas y de las dudas que expresa sobre la eficacia de la cadena de custodia. Por todo ello, sin expresar ninguna duda sobre la culpabilidad de Santiago, no solo de conformidad a lo declarado en la STC 8/2017, sino también por los estrictos límites de la jurisdicción contencioso-adminis-

## CONCLUSIÓN

**Forzado por el TC, el TS cambia una expresión utilizada en una sentencia anterior, pero mantiene que el reclamante no tiene derecho a ser indemnizado. La presunción de inocencia consiste en este caso en un derecho a que los jueces, aunque no paguen, tengan mucho cuidado en lo que dicen.**

trativa, la Sentencia que reseñamos concluye que la sentencia absoluta de Santiago no se fundamenta en una inexistencia objetiva del hecho ni en una atipicidad del mismo. Santiago pidió reinterpretar los hechos declarados probados en la sentencia penal (dándoles un sentido distinto acorde con el supuesto de inexistencia objetiva del hecho) y mantuvo que el delito no existió, pero la AP declaró que fue absuelto por aplicación del principio "in dubio pro reo". Santiago pretende así que en la instancia extraordinaria del recurso de casación el TS asuma la tesis de inexistencia objetiva del hecho (único supuesto admitido por el art. 294), lo que no cabe con el redactado de la SAP, la cual no puede ser reinterpretada por el TS. Esta no es la función del recurso de casación y por ello el TS falla desestimando la pretensión indemnizatoria. Al final, Santiago ha obtenido cinco sentencias (AP, AN, TC y dos

del TS), que le habrán costado dinero en abogados, que dicen que no es culpable, pero se queda sin cobrar:

### 4. Legislación y jurisprudencia citados

CEDH, artículo 6.2. LOPJ, artículos 293 y 294.

SSTEDH de 25 de marzo de 1983 (Minelli c. Suiza), 25 de agosto de 1987 (Nölkenbockhoff c. Alemania), 25 de agosto de 1987 (Englert c. Alemania), 23 de marzo de 2000 (Dinares Peñalver c. España), 25 de abril de 2006 (Puig Panella c. España), 13 de julio de 2010 (Tendam c. España) y 16 de febrero de 2016 (Boddy y Lannic c. España). SSTs de 3 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 2010, 13 de febrero de 2013 (Sala 2ª), 9 de abril de 2015, 10 de abril de 2015, 23 de julio de 2015, 23 de septiembre de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 8 de mayo de 2017.

## PRISIÓN PREVENTIVA Y POSTERIOR ARCHIVO POR PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

Sentencia de la Audiencia Nacional de 22.06.2017  
Ponente: Sra. García García-Blanco

### 1. Introducción

En este caso la AN recuerda la importancia de elegir correctamente la vía procedimental para reclamar la RC de la Administración de Justicia.

### 2. Supuesto de hecho

El 27 de junio de 2005 el Juzgado Central de Instrucción nº 3 decreta la detención de Ángel Jesús, atendiendo a que la querrela presentada contra él "expone hechos

plenamente verosímiles, susceptibles de constituir un delito continuado de estafa". Al día siguiente se libra Orden Europea de Detención y Entrega. El 30 de marzo de 2011 el Juzgado Central recibe comunicación de Interpol, indicando que Interpol Brasil le había localizado. El 6 de junio de 2011 se solicita extradición a Brasil, en la que se recoge

que los delitos por los que se le reclama no han prescrito. Por orden del TS de Brasil, Ángel Jesús ingresa en prisión el 10 de noviembre de 2011. El 14 de diciembre de 2012 aterriza en el aeropuerto de Barajas. Puesto a disposición judicial, el Juzgado Central decide mantenerle en prisión preventiva incondicional. No obstante, tres días después, dicta auto de libertad provisional y extinción de la responsabilidad penal, por prescripción del delito de estafa. Ángel Jesús reclama 250.000 euros por RC de la Administración de Justicia, por los 403 días que permaneció en prisión preventiva.

### 3. Argumentación jurídica

Tras recordar la doctrina del TS sobre los casos que pueden encararse en el supuesto de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento, la AN encara el supuesto de hecho como sigue: Ángel Jesús asume que el auto de archivo se funda en la extinción de la responsabilidad penal por prescripción del delito, ya que la causa había estado paralizada por más de cinco años y, lo había estado dada su situación procesal por su no localización. En ningún momento se viene a defender que el inculpado hubiera comunicado a la autoridad judicial española el cambio de domicilio. Es evidente que el auto de libertad provisional no remite a una inexistencia objetiva del hecho ni a una falta de tipicidad del mismo.

Por otro lado nada se ha acreditado acerca de la existencia de dilaciones indebidas en su estricto

sentido ya que la paralización del procedimiento penal abierto en su contra tuvo base en la sustracción de la acción de la justicia por parte del querellado (no es cierto que desde 2003 estuviera localizado residiendo en Brasil pues de 2003 a 2005 pasó, como mínimo, por Alemania y por España) y fue precisamente esta paralización la que le benefició determinando la prescripción del delito evitando que fuera juzgado. En cuanto a las alegadas dilaciones en decretar el archivo por prescripción tan pronto como la misma se hubiera producido, en la medida en que la extinción de la RC por prescripción del delito parte de una resolución judicial que así la declare, se está imputando una omisión de actuación resolutoria debida por parte del órgano jurisdiccional en sí mismo considerado y tales dilaciones han de enjuiciarse en el contexto de las resoluciones que, en lugar de declarar dicha prescripción, determinaron la reapertura de la causa y la tramitación de la extradición pese a que el delito había prescrito conforme lo preceptuado por

el CP y lo que resultaba de las actuaciones previas dentro del procedimiento judicial, y todo ello nos remite al error judicial que debería haberse hecho valer por la vía del artículo 293 LOPJ.

### 4. Legislación y jurisprudencia citados

Artículo 294 LOPJ.

SSTEDH de 25 de abril de 2006 (Puig Panella c. España) y 13 de julio de 2010 (Tendam c. España). SSTC 98/1992, 8/2017 y 10/2017. SSTS de 23 de noviembre de 2010, 4 de mayo de 2011, 20 de junio de 2011, 27 de junio de 2011, 7 de julio de 2011, 11 de julio de 2011, 19 de julio de 2011, 21 de julio de 2011, 30 de septiembre de 2011, 10 de octubre de 2011, 14 de octubre de 2011, 8 de noviembre de 2011, 23 de diciembre de 2011, 3 de enero de 2012, 17 de enero de 2012, 24 de enero de 2012, 14 de febrero de 2012, 21 de febrero de 2012, 28 de febrero de 2012, 21 de mayo de 2012, 25 de septiembre de 2012, 9 de abril de 2015, 23 de julio de 2015 y 23 de diciembre de 2015.

## CONCLUSIÓN

**El archivo de causa penal por prescripción del delito no tiene cabida en el artículo 294 LOPJ. Debió en su caso haberse utilizado el cauce del artículo 293, sobre el error judicial, que exige “una decisión judicial que expresamente lo reconozca”. Como se siguió un cauce incorrecto, no hay RC de la Administración de Justicia.**

## PRISIÓN PREVENTIVA Y POSTERIOR ARCHIVO POR APLICACIÓN DE LA REGLA "IN DUBIO PRO REO"

Sentencia de la Audiencia Nacional de 25.05.2017

Ponente: Sra. Sangüesa Cabezudo

### 1. Introducción

Este caso es similar al anterior (antes prescripción, ahora "in dubio pro reo"), si bien en esta ocasión se nota que la AN ha leído la STC 8/2017 y pone especial cuidado en decir nada inconveniente sobre la culpabilidad del reclamante.

### 2. Supuesto de hecho

Baltasar es encargado de mantenimiento en la empresa OCILUX SL y espera su primer hijo. El 27 de septiembre del 2011, cuando acude a su puesto de trabajo, recibe la llamada de un compañero quien le dice que le iban a enviar un paquete a su nombre y que le hiciera el favor de recogerlo. En efecto, seguidamente llega un paquete a nombre de Bernardo; al ir a recogerlo Baltasar manifiesta que él no es el destinatario del mismo pero sin embargo un compañero le había indicado que lo recogiera en su nombre. Tras realizar esa declaración firma la recepción del paquete, y en ese momento es detenido, habida cuenta que en dicho paquete había sustancias estupefacientes. Baltasar es puesto a disposición del Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid el 27 de septiembre del 2011, que acuerda la prisión provisional sin fianza, permaneciendo privado de libertad hasta el 8 de noviembre. Por auto de 8 de noviembre del 2011 se acuerda la libertad de Baltasar y el 4 de julio de 2012 el sobreseimiento de la causa. Baltasar reclama 50.500 euros en concepto de RC de la Administración de Justicia por los 42 días que

estuvo en prisión. ¡Como para fiarse de los compañeros de trabajo!

### 3. Argumentación jurídica

El artículo 294 LOPJ se refiere, de acuerdo con la interpretación restrictiva imperante, a los supuestos de inexistencia objetiva del hecho imputado (no existe tal hecho) o bien los supuestos de atipicidad. En este caso, el auto de sobreseimiento se dictó al amparo del artículo 641.2 LECr: ("cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores"). El Instructor razona que el Ministerio Fiscal ha interesado el archivo provisional de las actuaciones respecto de Baltasar y Bernardo, solicitando que se centre la investigación sobre Cándido, por considerar que los hechos investigados son constitutivos de delito pero "no existen motivos suficientes para atribuir su perpetración a los imputados Baltasar y Bernardo". Por lo tanto, el fundamento del sobreseimiento no es que no hayan existido los hechos sino que las pruebas no arrojan indicios con suficiente contundencia como para mantener la acusación contra quien venía siendo imputado. El archivo de la causa se plantea en términos de suficiencia probatoria, no de ausencia o atipicidad de los hechos.

Baltasar expresa su desacuerdo con la investigación y las diligencias practicadas, sugiriendo un error; que

al entender de la AN no puede ser examinado por esta vía. Fuera de los estrictos términos del artículo 294, las situaciones no amparadas por el precepto, como la planteada por Baltasar, exigen una previa declaración de error judicial a través de la demanda de error o bien a través del cauce del recurso extraordinario de revisión. Es por medio de estos trámites como puede verificarse que una resolución judicial firme ha incurrido en error, y una vez obtenida tal declaración es necesaria una reclamación ante el Ministerio de Justicia, en tanto que órgano competente para el reconocimiento de la indemnización. Quiere ello decir que los casos en los que tras la prisión preventiva se produce un sobreseimiento provisional no quedan desprotegidos, en el sentido de que cabe la reclamación por vía del error prevista y regulada en el artículo 293, pero lo que no cabe es desnaturalizar los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico, utilizando vías no adecuadas, para obviar unos requisitos legales que deben darse indefectiblemente para lograr el éxito de la acción de reclamación.

En definitiva, el cauce elegido por Baltasar no fue el idóneo. La AN no desconoce que la medida cautelar que está en el origen de la reclamación se fundamentó en el Auto de prisión de 27 de septiembre de 2011, en el que se afirma que consta la existencia de un delito contra la salud pública y que hay indicios racionales de la participación del reclamante al haber recibido voluntariamente un paquete procedente de Colombia que contenía cocaína. Esta decisión firme solo podría cuestionarse y dar lugar

a la indemnización por el cauce del artículo 293.

De otro lado, La AN recuerda la doctrina del TEDH de acuerdo con la cual la absolución pronunciada en vía penal debe ser respetada en el marco de un procedimiento indemnizatorio, sin que sea procedente arrojar sombras de culpabilidad, o sobre la inocencia, del procesado absuelto con carácter firme, pues ello comporta una violación del derecho consagrado en el artículo 6.2 CEDH. Subraya que cualquiera que sea el motivo de la absolución (ya el beneficio de la duda, ya la constatación incontestable de la inocencia del acusado) la absolución firme no puede cuestionarse, en función de sus motivos, o propiciando una nueva carga para el procesado absuelto, obligándole a justificar su inocencia. Tal forma de proceder vulneraría la presunción de inocencia, ya que la absolución en vía penal debe ser respetada en el marco del procedimiento indemnizatorio, sin que quepa exigir al demandante que demuestre su inocencia.

## CONCLUSIÓN

**El archivo de causa penal por aplicación de la regla “in dubio pro reo” no tiene cabida en el artículo 294 LOPJ. Debió en su caso haberse utilizado el cauce del artículo 293, sobre el error judicial, que exige “una decisión judicial que expresamente lo reconozca”. Como se siguió un cauce incorrecto, no hay RC de la Administración de Justicia.**

Ahora bien, lo que ahora sucede nada tiene que ver con una eventual distinción o valoración acerca de la absolución del investigado o procesado en el marco del procedimiento penal. En efecto, al apreciar que el caso no encaja en el artículo 294 (no se trata de inexistencia del hecho, que realmente acaeció), no se cuestiona la culpabilidad del demandante en la vía penal o la eficacia absolutoria del auto de sobreseimiento provisional. Aunque este auto permite la reapertura del procedimiento penal, con las limitaciones y en los casos previstos legalmente, no se hace cuestión de lo expresado en dicho auto. Por el contrario, se

afirma que dicho auto relata que los hechos han existido y que no aparecen pruebas para dirigir el procedimiento (o su prosecución mediante la imputación formal) contra Baltasar.

## 4. Legislación y jurisprudencia citados

LOPJ, artículos 293 y 294.

SSTEDH de 25 de abril de 2006 (Panella c. España), 13 de julio de 2010 (Tendam c. España) y 16 de febrero de 2016 (Boddy y Lanni c. España). SSTs de 23 de noviembre de 2010, 11 de julio de 2011, 21 de mayo de 2012, 29 de abril de 2014, 13 de abril de 2015 y 21 de julio de 2015.

*Iván González Barrios  
Abogado. Doctor en Derecho*

b

## RC RIESGO

### CAÍDA EN VIVIENDA PARTICULAR DURANTE UNA FIESTA. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 19/5/2017  
Ponente: Sra. Delgado Tortosa

#### 1. Introducción

En esta revista nos hemos hecho eco de la abundante jurisprudencia sobre responsabilidad por

caídas en establecimientos comerciales o de ocio, así como en edificios sometidos a la ley de propiedad horizontal. El régimen jurídico

aplicable a unos y otros supuestos no difiere en lo sustancial. Por lo general, la jurisprudencia rechaza la aplicación de la doctrina del riesgo y consiguiente inversión de la carga probatoria, lo que comporta la obligación del perjudicado de acreditar la negligencia del demandado, que no se dará cuando por distracción

del perjudicado éste tropiece con un obstáculo o resbale en situaciones que cabe ser calificadas como normales.

En este comentario, nos ocuparemos de una caída que acontece en una fiesta celebrada en un domicilio particular:

## 2. Supuesto de hecho

Durante una fiesta en nochevieja, un invitado, amigo de la propietaria, se cae en el momento en que estaba bailando junto con los demás invitados, tras terminar la cena. A resultas de la caída, se fracturó la muñeca. Tras el alta médica, el lesionado formula demanda contra la propietaria y su aseguradora, en reclamación de indemnización, por entender que los daños sufridos se produjeron como consecuencia de una negligencia de aquélla, al permitir que el suelo de la vivienda se encontrara en un estado resbaladizo como consecuencia de la bebida derramada por los asistentes al convite.

El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda, al no apreciar

negligencia alguna a cargo de la demandada.

## 3. Argumentación jurídica

La Audiencia Provincial confirma el fallo desestimatorio de la instancia. Tampoco aprecia imprudencia por parte de la propietaria de la

vivienda, considerando que la caída fue un hecho casual derivado de una actividad ordinaria.

## 4. Legislación y jurisprudencia citados

Art. 1902 CC.

STS de 17 de julio de 2007.

## CAÍDA EN CENTRO DE ENSEÑANZA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 15.05.17  
Ponente Sra. Otero Seivane

## 1. Introducción

También esta sentencia se ocupa de una posible responsabilidad por caída, si bien, el hecho de que se produzca en un centro escolar y el lesionado sea un menor, obliga a realizar algunas precisiones. En particular, que existe un deber reforzado de vigilancia por parte del personal del centro, así como

de adopción de medidas de seguridad que tengan en cuenta la menor capacidad de discernimiento y cuidado de los colegiales. Como veremos, este deber reforzado no comporta, empero, que el demandante se vea relevado de acreditar la relación causal entre la pretendida insuficiencia en las medidas de seguridad y las lesiones padecidas.

## 2. Supuesto de hecho

La madre de un menor de siete años formula demanda en ejercicio de la acción de reclamación de indemnización por responsabilidad civil contra el colegio del que éste es alumno y su aseguradora, tras caerse el menor y golpearse contra una portería de fútbol que se encontraba en el patio.

El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda al no apreciar negligencia del personal del centro escolar demandado.

### 3. Argumentación jurídica

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación de la madre del menor perjudicado, no sólo por no apreciar negligencia, sino porque considera prescrita la acción, al haber transcurrido más de un año desde la celebración de un primer acto de conciliación y la interposición de la demanda iniciadora de un segundo proceso, también de conciliación.

### 4. Legislación y jurisprudencia citados

SSTS de 10 de octubre de 1995 y 8 de marzo de 1999.

## CONCLUSIÓN

**Al igual que en el caso de la sentencia anteriormente comentada, la Audiencia Provincial niega que la actividad generadora de las lesiones del menor pueda ser calificada de especialmente peligrosa, lo que comporta que deba ser éste o sus padres quienes acrediten la negligencia del centro escolar demandado. La existencia de un informe médico que revela una herida punzante no es suficiente, a juicio de la Audiencia, para dar por acreditado que el accidente se produjo como consecuencia de un defectuoso estado de la portería contra la que chocó el menor, a falta de otras pruebas directas sobre tal estado.**

## C

## RC MÉDICA

I. González

### RETRASO INJUSTIFICADO DURANTE DOCE AÑOS EN EL DIAGNÓSTICO DE LA ENFERMEDAD DEL PARKINSON. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA DE ASISTENCIA SANITARIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7.06.17  
Ponente Sra. García de Leaniz Cavalle

### 1. Introducción

A la hora de sustentar una condena por responsabilidad civil, el error de diagnóstico suele ser apreciado por los tribunales de una manera restrictiva, en atención al hecho.

### 2. Supuesto de hecho

Un paciente formula demanda en reclamación de 300.000 euros por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de un retraso en el diagnóstico de la enfermedad de Parkinson, a pesar de haber acudido a los servicios médicos de la demandada SANITAS y seguir el

tratamiento erróneamente pautado durante doce años.

El Juzgado de 1º Instancia estimó parcialmente la demanda, y

condenó a la demandada al pago de 260.000 euros.

### 3. Argumentación jurídica

La Audiencia Provincial desestima el recurso de la aseguradora, al tener por acreditado el error de diagnóstico, los daños padecidos por el demandante, la inexistencia de prescripción al haber estado interrumpido el plazo por un procedimiento penal, y la responsabilidad

## CONCLUSIÓN

**El tratamiento erróneo al que fue sometido el paciente durante doce años, tiempo en el que se le trató para una patología que realmente no presentaba, pues lo que tenía era Parkinson, evidencia a juicio de la Audiencia Provincial un error de diagnóstico, que le hacen acreedor de la indemnización reclamada. Indemnización de la que es responsable la aseguradora de**

de la aseguradora, al garantizar la calidad de un servicio médico prestado por el cuadro de profesionales y centros ofertado por ésta.

#### 4. Legislación y jurisprudencia citados

SSTS de 4 de diciembre de 2007 y 4 de junio de 2009.

**asistencia sanitaria demandada, toda vez que se convierte en auxiliar de las prestaciones sanitarias, dado que por medio de la publicidad y contrato garantiza la calidad del servicio mediante sus cuadros médicos.**

d

## RC PROFESIONAL

*Belén María Alonso Montañez*  
Abogada

### CONNIVENCIA DEL CLIENTE EN EL FRAUDE FISCAL DISEÑADO POR EL ASESOR. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ASEGURADORA DE ÉSTE

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 8.05.2017.

*Ponente Sr. Muñiz Delgado.*

#### 1. Introducción

La sentencia analiza si la aseguradora de responsabilidad civil profesional debe responder frente a un asesoramiento fiscal fraudulento realizado por su asegurado, que le ha causado un perjuicio a su cliente. Si bien, a priori, podemos considerar que se trata de una actuación negligente del asesor, habrá que tener presente la vinculación e implicación del cliente para valorar quién debe responder frente al evento dañoso.

#### 2. Supuesto de hecho

Un cliente presenta demanda contra la asesoría fiscal que le prestó asesoramiento en la gestión y pago de los tributos y contra su aseguradora por la sanción impuesta por la Agencia Tributaria como consecuencia de un fraude en el sistema de tributación. El asesora-

miento prestado consistió en que, ante el riesgo de que el demandante superase unos límites del epígrafe de tributación por el método de estimación objetiva y tener que tributar por una modalidad menos ventajosa, se le aconsejó al cliente que procediera a dar de alta en la misma actividad económica a su esposa, peluquera de profesión que jamás había desarrollado este tipo de actividad, ni iba a prestarla. De este modo, podrían acogerse los dos al régimen de estimación objetiva con unas condiciones tributarias más ventajosas.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, desestima las excepciones procesales de falta de cobertura temporal y material del siniestro, y desestima también la responsabilidad del propio demandante perjudicado en la

causación del siniestro. Igualmente rechaza la concurrencia de culpas invocada por la aseguradora en el entendimiento de que la estrategia fiscal aplicada no fue diseñada por el demandante sino por la asesoría fiscal, que se la recomendó al cliente como ajustada a la normativa y fue por ello que obtuvo de éste la aceptación de la estrategia.

La sentencia es recurrida por la aseguradora, que vuelve a reproducir en segunda instancia los mismos motivos invocados en primera instancia y el recurso es estimado parcialmente.

#### 3. Argumentación jurídica

La Audiencia Provincial valora que, en lo referente a la falta de cobertura temporal del siniestro, no debe ser estimada ya que la aseguradora invocaba como causa prevista en la póliza que el asegurado conocía previamente el siniestro con anterioridad a la fecha de efectividad de la póliza. En cambio, en lo relativo a la falta de cobertura por tratarse de un hecho doloso o fraudulento, si bien se discute si nos encontramos ante una causa

# jurisprudencia

oponible o no a tercero, considera la Audiencia que, como la aseguradora puede oponerse invocando culpa exclusiva del perjudicado y excepciones personales, se incardina en tales supuestos oponibles que el reclamante haya sido cómplice en la conducta fraudulenta o dolosa que ha causado el daño.

## 4. Legislación y jurisprudencia citados

Art. 76 LCS y 148 apartado 3 LGT.

## CONCLUSIÓN

**La Audiencia Provincial considera que el actor tuvo perfecto conocimiento de la estrategia fiscal diseñada por su asesoría y la ilegalidad de esa estrategia, pues se trataba de una simulación del desarrollo de parte de su actividad y que actuó de manera proactiva en esa estrategia participación. En efecto, la mujer del demandante se dio de baja de la actividad profesional de peluquería, que es la que venía desarrollando desde siempre, y se dio de alta en otra actividad diferente sin llegar a desempeñarla de manera efectiva. Además, fijó un establecimiento en un determinado domicilio, se ponía a su nombre facturas por bienes y servicios que se prestaban a su esposo, etc. De estos datos concluye la sentencia que el actor era cómplice en el fraude y por ello, como bien señala la Audiencia, hace que prospere la causa de exoneración invocada por la aseguradora, en cumplimiento de lo previsto en el art. 76 LCS.**

## ...en materia de seguros

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

### EL CESIONARIO DEL CRÉDITO DERIVADO DE UN CONTRATO DE SEGURO ESTÁ LEGITIMADO PARA RECLAMAR EL INTERÉS DEL ARTÍCULO 20 DE LA LCS

Sentencia de la Sala Primera de Tribunal Supremo de 19 de junio de 2017

Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno.

#### 1. INTRODUCCIÓN

El presente caso plantea a la Sala Primera una cuestión muy interesante para el sector asegurador. En concreto, se discute si el cesionario de un crédito, derivado de un seguro de defunción, tiene legitimación activa para reclamar al deudor cedido (la entidad aseguradora) el recargo por demora que contempla el artículo 20 de la LCS.

Aunque la Sala sí había abordado el estudio de una cuestión muy parecida –la procedencia de dicho recargo en los supuestos de que una aseguradora ejercita la acción de subrogación del artículo 43 de la LCS frente a otra aseguradora-, entendiendo que no procedía el mismo, en este caso, va a resolver a favor de la entidad cesionaria, utilizando para ello “*a sensu contrario*” los fundamentos esgrimidos en aquella sentencia (SSTS 43/2009, de 5 de febrero), excluyendo de forma expresa esta posibilidad

cuando la subrogada sea una aseguradora.

#### 2. SUPUESTO DE HECHO

El 31 de julio de 2007, la entidad Servicios funerarios E. Ortega S.L, formuló demanda por la que solicitaba el pago de 6.599,45 euros a la entidad aseguradora. Esta reclamación traía causa de tres contratos de cesión de crédito por los que los familiares de la fallecida, habían cedido a la demandante los créditos que pudieran derivarse de un contrato de seguro de decesos que ostentaban frente a la demandada. En concreto, se establecía en la cláusula 5.4 lo siguiente: «*Si por causas de fuerza mayor, circunstancias imprevisibles o por voluntad de los herederos del fallecido, la Alianza Española no hubiera gestionado la realización del servicio, ésta se obliga a resarcir los gastos ocasionados y hasta el valor del servicio contratado en la póliza, previa presentación del*

*justificante del servicio y certificado de defunción*».

La demandada se opuso a la demanda alegando que no procedía dicho pago al estar reservada la posibilidad de sustituir los servicios cubiertos por el seguro únicamente en casos de fuerza mayor. También negó la legitimación activa de la demandante por no ser ésta la titular que había asumido el pago de los sepelios, no constando la cesión de crédito de los herederos de los finados.

La sentencia de primera instancia estimó las demandas acumuladas. Tras considerar acreditadas las referidas cesiones voluntarias de los créditos, y que el Real Decreto 6/2004, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, no impedía tal posibilidad. Consideró, conforme a los artículos 1112 y 1527 y siguientes del Código Civil, que la entidad demandante estaba plenamente legitimada para reclamar al deudor cedido el pago de lo debido, con idéntico contenido contractual objeto de la cesión, así como el recargo por demora.

Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia lo estimó en parte. En este sentido, consideró que no resultaba aplicable el recargo por demora previsto en el artículo 20 LCS, con base al siguiente razonamiento: *“(...) El último motivo del recurso es el relativo a la improcedencia de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, entiende la Sala que no procede la condena al pago de dichos intereses porque la parte demandante no tiene legitimación activa para reclamar por tal concepto y ello por no tener la condición de asegurado, es decir reclama en virtud de la cesión de un crédito por la prestación de un servicio funerario pero no es parte en el contrato de seguro por lo que en virtud del principio de relatividad contractual no puede reclamar los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, siendo los procedentes los intereses legales desde la presente resolución”*.

Frente a la sentencia de apelación la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que fue admitido, y recurso de casación por interés casacional, y en el que se denuncia la infracción de los artículos 1112, 1212 y 1528 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala respecto al contenido de la cesión de crédito. Argumenta que, junto con el crédito principal, son objeto de la cesión todos los derechos anexos y accesorios, entre los que se encuentra el recargo por demora.

### 3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En primer lugar, analiza la sentencia un supuesto que guarda una gran relación con el que nos encontramos y que ha sido analizado por la Sala Primera, relativo a las relacio-

nes entre aseguradoras y respecto al ejercicio de la acción subrogatoria prevista en el artículo 43 LCS. En este sentido, se ha declarado la improcedencia de la aplicación del recargo por demora previsto en el artículo 20 de dicha Ley.

En concreto, parte la sentencia 43/2009, de 5 de febrero, de la falta de previsión sobre esta cuestión en los artículos 20 y 43 de la LCS sobre la cuestión planteada. Sin embargo, hace hincapié en que debe tenerse en cuenta que el artículo 43 de la LCS limita el ejercicio de la acción subrogatoria a la cantidad efectivamente satisfecha, pues la concede una vez pagada la indemnización y precisa que comprende los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieron al asegurado frente a las personas responsables del mismo *«hasta el límite de la indemnización»*.

Este hecho debe unirse a que la nueva redacción del artículo 20 LCS establece con mayor precisión los sujetos a los que afecta la mora del asegurador; entre los cuales se encuentra el *«tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil»*, figura en la que no puede incluirse la aseguradora que ejercita la acción de subrogación, entre otras razones, porque ésta puede tener lugar en general en los seguros de cosas (dado que el artículo 43 LCS figura entre las disposiciones generales de los seguros de daños), mientras que la acción directa por parte del tercero perjudicado, a la que parece referirse específicamente el legislador, sólo cabe en el seguro de responsabilidad civil (artículo 76 LCS), específicamente mencionado en el artículo 20 LCS.

Partiendo de lo anterior, considera la sentencia que desde el punto de vista sistemático, no pueden aceptarse los argumentos que

parten de la equiparación absoluta entre la acción subrogatoria que corresponde al acreedor; al cesionario de un crédito o a quien paga en interés del deudor; con arreglo a los artículos 1111 y 1212 CC, y el ejercicio de la acción subrogatoria que contempla el artículo 43 LCS. Esta es una acción de carácter específico legalmente prevista en favor de las aseguradoras fuera de los supuestos previstos en el CC y con unos requisitos determinados en función de la indemnización efectivamente satisfecha, del importe del daño causado y del ámbito de la cobertura del contrato. Por el contrario, afirma que *“no pueden ser desechadas las argumentaciones que hacen hincapié en el carácter extraordinario que tiene el recargo por demora previsto en el artículo 20 LCS, el cual, si bien no puede afirmarse que por sí mismo imponga una interpretación restrictiva, obliga, para determinar su alcance, a examinar la finalidad con que se concibe tanto el ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 43 LCS, como el recargo por demora de la aseguradora contemplado en el artículo 20 LCS”*.

Por otra parte, la finalidad del artículo 20 LCS radica en fomentar el rápido resarcimiento del asegurado o perjudicado imponiendo sobre la aseguradora que retrasa injustificadamente el cumplimiento de su obligación un recargo indemnizatorio de notoria importancia, a la que se hace referencia en STS de 1 de marzo de 2001 dictada por el Pleno de esta Sala, y naturalmente esta finalidad pierde su sentido cuando se trata de las relaciones entre aseguradoras.

A sensu contrario, concluye la sentencia que en el caso que nos ocupa, a diferencia de lo anteriormente señalado, no hay obstáculo alguno para considerar que el recargo

de demora previsto en el artículo 20 LCS, forma parte del contenido contractual de una cesión de crédito expresamente contemplada en la reglamentación contractual del contrato de seguro que vincula a las partes, no habiendo disposición legal que la prohíba, por lo que las partes pueden acordarla al amparo del artículo 1255 del Código Civil; sin que haya fundamento para una aplicación restrictiva de la cesión de los intereses de demora. A su vez, la legitimación resultante no es extraordinaria o legal, pues deriva del propio título contractual acordado por las partes. De forma que, una vez perfeccionada la cesión, el cesionario adquiere la titularidad del crédito cedido con el contenido contractual que tenía en origen, por lo que puede exigir dicho crédito a el deudor cedido sin ninguna restricción o limitación al respecto (artículos 1112 y 1528 del Código Civil).

Por lo que la cuestión planteada, que accede por primera vez a esta sala, debe resolverse en favor de la aplicación del recargo de demora previsto en el artículo 20 LCS, como parte integrante de los derechos que conforman el contenido obligacional del crédito cedido.

#### 4. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADAS

Artículos 20 y 43 de la Ley de Contrato de Seguro.

Artículos 1.112, 1.212 y 1.528 del Código Civil.

SSTS núm. 43/2009, de 5 de febrero.

## CONCLUSIÓN

**Resulta como poco controvertida la decisión adoptada por la Sala Primera en este caso, al establecer la posibilidad de que una entidad que, en ningún caso tiene condición de asegurado ni de perjudicado, pueda reclamar el interés de demora previsto en el artículo 20 de la LCS. No debemos olvidar que el párrafo 1º de dicho artículo expresamente establece quiénes son los legitimados para reclamar este recargo: “Afectará, con carácter general, a la mora del asegurador respecto del tomador del seguro o asegurado y, con carácter particular, a la mora respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil y del beneficiario en el seguro de vida”. Es decir realiza una lista cerrada al mencionar al asegurado, tomador, tercero perjudicado y beneficiario, sin indicar a cualquier otro ente que pudiera ostentar el derecho a consecuencia de la cesión o subrogación del crédito.**

**Y es que, tal y como resolvió la Audiencia que conoció del asunto en segunda instancia, la entidad funeraria no forma parte del contrato de seguro ni es perjudicado.**

**Se justifica la Sala para adoptar esta decisión y para dejar patente la inexistencia de contradicción entre ésta sentencia y la dictada por la misma Sala de fecha 5 de febrero de 2009 –en la que se determina la improcedencia en este caso de reclamar el recargo por la aseguradora subrogada-, que en el presente supuesto los intereses del artículo 20 de la LCS forman parte de contenido contractual de la cesión, derivando la legitimidad del crédito del propio título contractual y no de la persona que ejerce la acción y, sobre todo, en que la acción de subrogación prevista en el artículo 43 de la LCS, es un figura especialmente prevista para las aseguradoras, en la que se expresamente se limita la cuantía de la reclamación a las cantidades efectivamente abonadas.**

# derecho de la circulación

## 1 jurisprudencia comentada

Ismael Solera Calleja  
Abogado

### CUESTIONES PRÁCTICAS SOBRE DERECHO DE LA CIRCULACIÓN

#### 1. Un vehículo que circula por una autopista de peaje, colisiona contra un listón de madera, que se haya abandonado en la calzada, ocasionándole daños al vehículo.

- *¿Pueden reclamar los daños ocasionados, por la colisión con el listón de madera, que se encuentra en la calzada, a la empresa concesionaria de la autopista?*
- *¿Estamos ante un supuesto de caso fortuito para la concesionaria, que permitiera exonerarla de responsabilidad?*
- *¿Debe responder aunque el obstáculo, depositado en la calzada, sea producto de la culpa ajena?*
- *¿Se encuentra el evitar la colisión, entre las obligaciones de la concesionaria de la autopista?*

Para analizar la cuestión podemos partir de un supuesto de hecho, como el siguiente, en el que según la versión del conductor, el accidente tiene lugar tras adelantar a otro automóvil, e intempestivamente, al volver a la derecha se encuentra con un objeto, la guardia civil lo describió en el atestado, como un listón de madera que se utiliza para la es-

tiva de la carga, para los vehículos de tercera categoría, no localizando la procedencia del mismo, no existiendo cámaras en el lugar.

En cuanto a la posibilidad de que se trate de un caso fortuito, respecto de la concesionaria, para la que no puede establecerse, una obligación tan genérica, como garantizar en todo momento, la seguridad de la circulación.

Así el art. 27 de la Ley 8/1972 reseña en su apartado 1º, como obligación esencial de aquella conservar la vía en perfectas condiciones, desde luego libre de obstáculos, máxime teniendo en cuenta la confianza de todos los conductores en una vía rápida de circulación, que así lo esté.

Estamos ante una responsabilidad de la concesionaria, como contrapartida al pago del peaje, contrato atípico ya definido por la STS de 5 de mayo de 1998, que obliga a mantener la calzada libre de obstáculos, correspondiendo a la concesionaria, en los supuestos en que los haya, acreditar que adoptó todas las medidas necesarias para ello, lo que no puede calificarse como algo insuperable o irresistible, siendo de

antemano previsible, debiendo de agotarse todas las diligencias posibles que son algo más que las reglamentarias, para el normal desarrollo del servicio.

La doctrina del TS, como indica la sentencia de la AP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2013, coincide con la corriente jurisprudencial de las Audiencias Provinciales que, de forma casi sistemática, estiman que la concesionaria debía acreditar que había empleado toda la diligencia posible, objetivando la culpa, y que como el siniestro había acaecido, es que no se había desplegado toda la diligencia posible.

Esta corriente jurisprudencial, considera responsable a la concesionaria, aunque el obstáculo sea producto de la culpa ajena. En este caso, cabría preguntarse, la hipótesis de la responsabilidad de otro vehículo, que haya circulado por la misma vía, previamente, y de la que ha tenido que provenir el obstáculo, al tratarse de un elemento de la carga o el desprendimiento de un elemento de la estructura del mismo.

En este supuesto, entiendo que, la concesionaria, puede tener acción de regreso contra el vehículo del

## sumario

- 1. UN VEHÍCULO QUE CIRCULA POR UNA AUTOPISTA DE PEAJE, COLISIONA CONTRA UN LISTÓN DE MADERA, QUE SE HAYA ABANDONADO EN LA CALZADA, OCASIONÁNDOLE DAÑOS AL VEHÍCULO.**
- 2. APLICACIÓN LEY 35/2015 (NUEVO BAREMO). RECLAMACIÓN DE 123 DÍAS DE BAJA LABORAL, COMO PERJUICIO PERSONAL MODERADO. SE DESESTIMA. SAP DE ZARAGOZA (SECC.6ª, PENAL) DE 5 DE JULIO DE 2017, RECURSO 611/2017.**
- 3. APLICACIÓN LEY 35/2015 (NUEVO BAREMO). INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIO EXCEPCIONAL A FAVOR DE LA HIJA QUE CONVIVÍA CON LA FALLECIDA, LA CUAL ESTABA DIVORCIADA. SE DESESTIMA. SAP DE VIGO (SECC.5ª, PENAL) DE 31 DE JULIO DE 2017, RECURSO 727/2017.**
- 4. DELITO DE LESIONES. NO RESPETAR LA FASE ROJA DEL SEMÁFORO QUE REGULA EL CRUCE DE CALLES, COLISIONADO CON OTRO VEHÍCULO, CAUSANDO DAÑOS MATERIALES Y PERSONALES. SE DESESTIMA EL RECURSO CONTRA LA SENTENCIA CONDENATORIA DEL ACUSADO. SAP DE BURGOS (SECC.1ª, PENAL) DE 24 DE JULIO DE 2017, RECURSO 95/2017.**
- 5. VÍCTIMA DEL ACCIDENTE. DEBATE EN CUANTO A LA POSICIÓN QUE OCUPABA EN EL VEHÍCULO EN EL MOMENTO DEL ACCIDENTE, CONDUCTOR U OCUPANTE. CONCURRENCIA DE CULPAS, AL SALIR DESPEDIDA DEL VEHÍCULO, AL NO LLEVAR EL CINTURÓN DE SEGURIDAD. TRATAMIENTO EN LA INDEMNIZACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA, DE QUE CÓNYUGE DE LA VÍCTIMA, SEA DESCONOCIDA. SE ESTIMA EL RECURSO. CONSIDERANDO PERJUDICADOS A LOS DEMANDANTES. SAP DE LUGO (SECC. 1ª) DE 11 DE JULIO DE 2017, RESOLUCIÓN 240/20107.**
- 6. LUCRO CESANTE. VEHÍCULO INDUSTRIAL. RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN CORRESPONDIENTE A LA CABEZA TRACTORA Y AL SEMIRREMOLQUE. SE ESTIMA PARA EL PRIMER COMPONENTE Y SE DESESTIMA PARA EL SEGUNDO. SAP DE VALLADOLID (SECC. 1ª) DE 5 DE JULIO DE 2017, RESOLUCIÓN 275/20107.**
- 1. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS MATERIALES. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN. INICIO DEL CÓMPUTO. EL RECURSO SE ESTIMA. SENTENCIA DE LA STS (SALA 1ª), DE 27 DE JUNIO DE 2017 (PONENTE, JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA).**
- 2. LA NEGATIVA A SOMETERSE A LA SEGUNDA MEDICIÓN DE LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA CONSTITUYE EL DELITO DEL ART. 383 CP. EL RECURSO SE ESTIMA. SENTENCIA DE LA STS (SALA 1ª), DE 27 DE JUNIO DE 2017 (PONENTE, JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA).**

que se ha desprendido la carga y que, en caso de no identificarse, nos podríamos hallar ante un supuesto de responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros, por daños causados por un vehículo desconocido, cuya obligación de indemnizar por los daños personales es total, pero matizada en cuanto a los daños materiales, pues deberían concurrir con los daños personales previstos en la norma.

Para consultar un supuesto concreto, véase SAP de A Coruña (Secc.3ª), de 12 de julio de 2017, recurso 1132/2017.

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

#### 2. Aplicación Ley 35/2015 (Nuevo Baremo). Reclamación de 123 días de baja laboral, como perjuicio personal moderado. Se desestima. SAP de Zaragoza (Secc.6ª, penal) de 5 de julio de 2017, recurso 611/2017.

El apelante, alega en su recurso el incumplimiento de lo establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, sobre el nuevo baremo que se debe aplicar para el cálculo económico de estos perjuicios derivados de la circulación de vehículos a motor.

Se dice en el recurso que deben ser indemnizados todos los días de baja laboral, como mínimo como por perjuicio moderado por pérdida temporal de calidad de vida.

El tribunal considera que 'esta solicitud no es admisible, pues los 123 días de baja laboral no pueden establecerse, per se, como base de cálculo de la indemnización que

# derecho de la circulación

correspondería por incapacidad temporal, al tratarse de conceptos distintos.

El Médico Forense tiene en cuenta las limitaciones que las lesiones tuvieron en las actividades ordinarias que venía desarrollando el lesionado, esto es, el grado de incidencia que producían en la vida ordinaria del mismo, expresando en su informe que de los 123 días invertidos por el recurrente en la estabilización de las lesiones debían desglosarse, en lo referido al perjuicio por pérdida de calidad de vida, en 30 días de perjuicio moderado y 93 días de perjuicio básico, apreciación asumida por la Juzgadora de instancia y que es ahora compartida por la Sala, al justarse a los criterios fijados por el baremo vigente en la fecha en que se produjo el perjuicio’.

De esta sentencia, se deduce que no cabe interpretar que un parte administrativo de baja laboral, desde el punto de vista formal, implica, necesariamente, el cumplimiento del supuesto de hecho de la norma, que en el punto 5 del artículo 138, establece que ‘El impedimento psicofísico para llevar a cabo la actividad laboral o profesional se reconduce a uno de los tres grados precedentes’.

### **3. Aplicación Ley 35/2015 (Nuevo Baremo). Indemnización por perjuicio excepcional a favor de la hija que convivía con la fallecida, la cual estaba divorciada. Se desestima. SAP de Vigo (Secc.5ª, penal) de 31 de julio de 2017, recurso 727/2017.**

En esta sentencia, recurre el Consorcio de Compensación de Seguros, solicitando que se elimine, como componente de la total

suma indemnizatoria, a favor de una de las perjudicadas, y a cargo del Consorcio, la cantidad de 12.500 euros en concepto de perjuicio excepcional.

Se indica que ‘siendo reconocidas las circunstancias de que su madre era divorciada, que no tiene hermanos, y que aquélla murió trágicamente por los traumatismos del atropello, resta por dirimir la controversia fáctica acerca de “... que sólo mantuviera convivencia con su madre y no con su padre...” y “...que se viera truncado su desarrollo profesional...”, lo que no es admitido por el Consorcio.

La resolución no llega a valorar si las circunstancias que se alegan son singulares, sino que desestima la pretensión al no existir una prueba de las mismas.

En este sentido, se indica, que ‘no existe medio probatorio en autos-nada se dice sobre una supuesta prueba en sentencia que permita declarar que [la perjudicada] mantuviera relación de convivencia única y exclusivamente con su madre, y no compartida en alguna medida con su padre. Ya que el hecho del divorcio de los progenitores entre sí no comporta, necesariamente, el cese de la convivencia de la hija con su padre; y menos aún, cuando tres años atrás había ya adquirido la mayoría de edad y no se hallaba bajo la custodia específica de uno ni de otro. El mero hecho de que ambas consten documentalmente con el mismo domicilio, o que la hija tuviera como residencia principal el de su madre no comporta por sí mismo la inexistencia de un régimen de relación asidua con el mismo, o convivencia padre-hija en alguno de sus grados.

Y respecto a la pretendida actividad laboral o desarrollo profesional de [la perjudicada] al tiempo del fallecimiento de su madre,

tampoco consta medio probatorio. No se conoce si desarrollaba alguna actividad laboral, o profesional u oficio. Y de desarrollarla, si cesó, ni cuando lo hiciera, ni por qué motivo.

Las demás circunstancias -reales- admitidas por el Consorcio carecen de relevancia cara al reconocimiento de un pretendido perjuicio excepcional. Esto es, y en ello hemos de convenir, que la perjudicada fuera hija única, que sus padres se hubieran divorciado, y que su madre falleciera por severos traumatismos causados en su atropello no son circunstancias singulares, que por tal razón hayan causado un perjuicio excepcional o anómalo, en cuanto apartado del impacto negativo que es previsible e inherente a este tipo de episodio luctuoso. El elevado número de divorcios existentes o rupturas matrimoniales constituye una realidad sociológica, que hace de esta circunstancia, por frecuente, nada excepcional.

Y en cuanto a la condición de hija única, sin hermanos, podemos decir lo mismo, se trata igualmente de una realidad sociológica frecuente, que además, está expresamente contemplada y aplicada como factor de cálculo indemnizatorio en dos conceptos del baremo’.

El artículo 33.5 de la LRC-SCVM, regula el principio de objetivación del daño, estableciendo que ‘La objetivación en la valoración del daño supone que se indemniza conforme a las reglas y límites establecidos en el sistema, por lo que no pueden fijarse indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él. No obstante, los perjuicios relevantes, ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema, se indemnizan como perjuicios

excepcionales de acuerdo con las reglas establecidas al efecto en los artículos 77 (Perjuicio personal particular por causa de muerte) y 112 (Perjuicio personal particular por secuelas).

Por tanto, para indemnizarse, el perjuicio excepcional, tienen que concurrir circunstancias singulares, que no estén contempladas en el sistema.

Además, el artículo 35, de la misma ley, recoge el principio de la necesaria justificación de los diversos criterios. De manera que, el concepto de perjuicio excepcional precisa, de la correspondiente justificación de las circunstancias singulares que definen el mismo.

#### **4. Delito de lesiones. No respetar la fase roja del semáforo que regula el cruce de calles, colisionado con otro vehículo, causando daños materiales y personales. Se desestima el recurso contra la sentencia condenatoria del acusado. SAP de Burgos (Secc.1ª, penal) de 24 de julio de 2017, recurso 95/2017.**

El fallo de la sentencia de primera instancia, condena al conductor, como autor de un delito de lesiones por imprudencia grave, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 3 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de 1 año.

El conductor interpuso recurso de apelación, fundamentándolo en la existencia de infracción de ley, por indebida subsunción de los hechos tenidos por probados en el delito de lesiones imprudentes del art.

152.1.1º del vigente Código penal, al considerar que la imprudencia atribuible al conductor denunciado debe ser calificada como leve, y por ello encuadrable en el derogado art. 621. 3º del CP ya derogado por la LO 1/2015 En base a ello, el recurrente interesa que, con revocación de la sentencia recurrida, se dicte otra por la que se le absuelva del delito objeto de condena.

‘Pues bien, un análisis detenido de las actuaciones, lleva a obtener la convicción judicial (Art. 741 LECr.) de que, dejando al margen la cuestión atinente a la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas -delito del que ha sido absuelto el acusado, difiriendo la cuestión al ámbito administrativo-, no cabe duda que de forma inequívoca, queda acreditado, que el acusado infringió de forma relevante el deber objetivo de cuidado exigido por la circulación viaria, con la entidad necesaria, como para considerar tal conducta, como constitutiva de un delito de lesiones causadas por imprudencia grave.

Y ello por las siguientes razones:

1ª/Si se tiene en cuenta que el contenido del factum de la sentencia de instancia resulta inamovible, dada la vía procesal elegida por la parte recurrente, y constituye por tanto la premisa de que ha de partirse para dirimir la tipicidad de la conducta que postuló en la instancia la acusación pública, hay que resaltar que no se ha cuestionado que el acusado no respetó la fase roja del semáforo que regula el cruce de la calle [...].

2ª/Queda acreditado que como consecuencia de ello, se introdujo en una carretera nacional de doble sentido y con gran afluencia de vehículos, a lo que se une, que era de noche, lo que denota una mayor peligrosidad, y que el acusado había

consumido alcohol previamente a efectuar la conducción.

Es claro, que ello comporta una notoria desatención a las normas reguladoras del tráfico, de forma valorable con claridad por un ciudadano medio, tal y como exige la jurisprudencia.

Siendo relevante a los efectos de calificar tal conducta como constitutiva de imprudencia grave, el hecho de que se saltara un semáforo en rojo y que hubiera consumido alcohol, lo que denota una omisión relevante y grave de los deberes de precaución inherentes a la conducción viaria.

En definitiva, pasando la construcción de la resolución recurrida por el tamiz de los referidos axiomas doctrinales, a fin de comprobar que en la misma se ha otorgado el respeto debido a la presunción de inocencia del recurrente, se advierte que dicha resolución está tan debidamente motivada en la forma de su argumentar, tan prolija y detallada como se aprecia a la vista del contenido del Fundamento Jurídico Primero, como sólida resulta en los elementos probatorios en los que su convicción se apoya.

En cualquier caso, no resulta censurable la valoración que el Tribunal “a quo” lleva a cabo en su Sentencia, antes al contrario y contra lo alegado en el Recurso, la misma se asienta en una motivación del todo suficiente, lógica y razonable, respecto del material probatorio disponible, para fundamentar la convicción de quien, reiterémoslo por última vez, gozó del privilegio de la inmediación en la percepción directa de la práctica de las pruebas compendiadas en la sentencia recurrida

En conclusión, la Sala no encuentra fundamento alguno para mantener el motivo de recurso alegado por el recurrente, al no existir falta de coherencia, irracionalidad o

# derecho de la circulación

arbitrariedad en el esquema y desarrollo lógico seguido por la Juez de lo penal.

**5. Víctima del accidente. Debate en cuanto a la posición que ocupaba en el vehículo en el momento del accidente, conductor u ocupante. Concurrencia de culpas, al salir despedida del vehículo, al no llevar el cinturón de seguridad. Tratamiento en la indemnización de la circunstancia, de que cónyuge de la víctima, sea desconocida. Se estima el recurso. Considerando perjudicados a los demandantes. SAP de Lugo (Secc. 1ª) de 11 de julio de 2017, resolución 240/20107.**

Los perjudicados de un fallecido, en un accidente de tráfico, sitúan a la víctima en el momento de producirse el accidente como ocupante, lo que les lleva a reclamar las indemnizaciones que, como terceros perjudicados, les correspondería con arreglo a la LRCSCVM.

Por el contrario la entidad aseguradora, sostiene que la posición que ocupaba la víctima, era la de conductor. En caso de confirmarse la tesis de la entidad aseguradora, implicará la exclusión de la víctima de la cobertura del seguro del automóvil y, en consecuencia, el que nazca el derecho a ser indemnizado a los terceros perjudicados.

En defensa de cada una de las posiciones, las partes aportan informes periciales, cuyas conclusiones son contradictorias.

Además, el demandado había declarado, en un primer momento, que era el conductor, sin embargo, posteriormente, rectificó su

declaración para indicar que era ocupante, seguramente tras recibir asesoramiento, al considerar que le era más favorable, por lo que las consecuencias jurídicas serían de cierta importancia, (como conductor, sería autor de un delito de conducción bajo la influencia de alcohol, así como un posible delito de lesiones con resultado de muerte).

La sentencia de instancia acoge la tesis de la parte demandada y desestima la pretensión actora. Contra esta decisión judicial plantea recurso de apelación la parte demandante.

La Sala una vez sometido a contradicción el dictamen pericial y estudio del resto de la prueba, llega a la conclusión de lo que lo más probable es que el conductor fuese el ocupante no fallecido, que ha sido demandado, que sería la tesis de los perjudicados.

Resultaría de especial convicción que, el demandado en su primera declaración ante los agentes, si mediación de terceros, manifestase inequívocamente que era el conductor.

En esta misma sentencia, se trata la cuestión de la concurrencia de culpa de la víctima que, en caso de declararse, implicaría una reducción de la indemnización.

Para la Sala, las circunstancias en las que se produce el fallecimiento, no llevar el cinturón de seguridad y haber salido despedido del vehículo, supone una causa relevante en la producción del resultado, lo que le lleva a establecer, la culpa de la víctima, en un 70%.

**6. Lucro cesante. Vehículo industrial. Reclamación de indemnización correspondiente a la cabeza tractora y al semirremolque. Se estima para el primer componente y se desestima**

**para el segundo. SAP de Valladolid (Secc. 1ª) de 5 de julio de 2017, resolución 275/20107.**

La entidad propietaria del vehículo reclama el lucro cesante derivado de la paralización de la cabeza tractora y del semirremolque de manera separada, durante el tiempo que estuvo en el taller la primeara (12 días), para ser reparada de los daños causados en el accidente.

Para determinar la indemnización, se ha utilizado los importes previstos en la ley 15/2009, que regula la paralización en el ámbito contractual, la suma de 6.121,70 euros.

Durante el recurso de apelación, se modificó la cantidad reclamada, rebajándola a 3.441,48 euros, en base a un módulo de facturación media de 286,79 diarios, que se dice se ha expresado en la demanda, teniendo en cuenta el importe de la facturación de los meses de mayo a septiembre de 2014.

En primera instancia, no se le concede ninguna cantidad por gastos de paralización, porque según sus argumentos 'no se ha acreditado suficientemente por la actora que la empresa sufriera merma de su actividad económica sin que se pueden aplicar de manera automática los criterios indemnizatorios de la Ley 15/2009 [...] Considera el Juzgador que, la entidad actora debió aportar otra prueba comparativa de sus resultados empresariales, antes y durante la incidencia dañosa, de la que cabría extraer la cuantificación del impacto derivado de la paralización.

La AP, está de acuerdo con el primero de los argumentos, en cuanto que no es procedente la aplicación de la citada ley al ámbito del accidente de circulación.

Sin embargo, en línea con la jurisprudencia que establece que no ha de exigirse una prueba matemática exacta del lucro cesante, aunque si desplegar una actividad probatoria adecuada y suficiente, la Sala, llega a la conclusión que alguna cantidad debe reconocérsele a la entidad actora por lucro cesante (que hasta la propia entidad demandada admite en su escrito de contestación).

La entidad aseguradora, demandada, parte del dato contrastado, de la actividad facturada y declarada fiscalmente por la actora, correspondiente a sus tres camiones, en los trimestres anteriores a aquel en que ocurrió el accidente y, acepta una indemnización diaria de 109,58 euros relativa a la cabeza tractora.

Además, admite indemnizar 6 días de los 12 que duró la paralización, al descontar los fines de semana (4 días) y los días que tardó en peritar su entidad aseguradora (2 días).

La AP admite razonable el importe diario de la indemnización, sin embargo, no opina lo mismo de los días a indemnizar; en cuanto que considera que tienen que ser 8 los días, pues no procedería descontar los días del peritaje, al considerar que se trata de un período razonable. La cantidad que, finalmente, le es reconocida asciende a 876,64 euros.

En relación a la reclamación, de la paralización, por el semirremolque, la AP, cuestiona la documentación aportada de la facturación, por su falta de concreción y justificación. No se justifica que el semirremolque pudiera ser arrastrado por otra unidad tractora.

‘El semirremolque depende de una unidad tractora que lo arrastre y en consecuencia puede estar paralizado al margen de sus daños

porque no exista unidad tractora que pueda remolcarlo.

En consecuencia, en cuanto no tiene autonomía y movilidad propia, al indemnizarse por lucro cesante el tiempo de paralización de la unidad tractora dicha indemnización cubre también la de paralización del semirremolque si no se demuestra cumplidamente, lo que no ha sucedido, que la empresa dispusiese de más unidades tractoras que semirremolques.

De la documentación aportada por la actora solo aparecen tres unidades tractoras (incluida la dañada en el accidente) que arrastrasen el semirremolque. Tal falta de rigor justifica la decisión del Juzgador de no otorgar ninguna indemnización en concepto de lucro cesante por la paralización del semirremolque por la falta de una probanza suficiente’.

## ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE DERECHO DE LA CIRCULACIÓN

### 1. Responsabilidad civil derivada de accidente de circulación. Acción de reclamación de daños materiales. Prescripción de la acción. Inicio del cómputo. El recurso se estima. Sentencia de la STS (Sala 1ª), de 27 de junio de 2017 (Ponente, José Antonio Seijas Quintana).

Tanto la sentencia de primera instancia, como de la de la Audiencia, consideran que el apelante no ejercitó la acción en el plazo de un año, ni tampoco procedió a la interrupción de la prescripción mediante reclamación extrajudicial.

Considerando que la alegación del recurrente, relativa a la existen-

cia de un procedimiento penal, no interrumpió per se la prescripción de la acción, toda vez que no era denunciante, ni ejercía acción civil en el proceso.

Este procedimiento, finalizó antes del transcurso de un año, desde la fecha del accidente,

El recurso de casación, plantea la cuestión de que la sentencia de la AP no ha tenido en cuenta el efecto interruptivo de la prescripción que supone el procedimiento penal previo y ello con independencia de la posición que ocupe en el proceso, la persona que realiza la reclamación de daños y perjuicios.

EITS estima el recurso, con base a la jurisprudencia de la propia Sala que establece, ‘que la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio’.

Además, ‘en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC.

Este precepto puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al artículo 114 LECrim’.

# derecho de la circulación

## 2. La negativa a someterse a la segunda medición de la prueba de alcoholemia constituye el delito del art. 383 CP. El recurso se estima. Sentencia de la STS (Sala 1ª), de 27 de junio de 2017 (Ponente, José Antonio Seijas Quintana).

En este caso, es el Ministerio Público, quien combate en casación la interpretación postulada por una de las Secciones que integran la Audiencia Provincial de Barcelona, partidaria de excluir, la reacción penal, cuando el sujeto no se pliega a efectuar más que una medición y, luego no usa en su defensa, ese extremo cuestionando esa prueba.

Realizada una primera prueba, la negativa a realizar otra, no podría ser subsumida en el delito del artículo 383 CP al existir ya base suficiente no discutida para la condena por el delito del art. 379 CP. Resultaría disfuncional condenar además por la negativa del art. 383 CP pues el objetivo último del precepto ya se ha alcanzado.

El TS estima el recurso del Ministerio Fiscal. Al considerar que la obligación a someterse a la prueba de alcoholemia, tipificada en el artículo 383, no es instrumental respecto del delito previsto en el artículo 379; ni tampoco puede concebirse como una garantía del afectado, sino que se trata de una garantía institucional. La voluntad de la norma es concebir la prueba como obligatoria y no potestativa.

Para alcanzar esta decisión parte, entre otras argumentaciones, del análisis de 'las tres posiciones diferenciadas, en relación a la cuestión planteada, siendo la tercera que la que se combate en el recurso.

l) La negativa a someterse a la segunda prueba de determinación de la tasa de alcohol en aire espira-

do mediante un etilómetro autorizado de forma oficial es constitutiva del delito del art. 383 CP .

2) La negativa es atípica si se accedió a la primera medición.

3) La negativa a la segunda prueba solo será delictiva cuando el afectado cuestione el resultado de la primera. Si lo acepta y no lo discute, ni en el momento, ni posteriormente durante el procedimiento penal que se pueda seguir, no será punible, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por el delito de conducción etílica.

a) Se aduce en favor de la atipicidad, que la segunda de las pruebas está concebida como garantía del afectado. Sería un derecho renunciabile.

La literalidad del precepto (art. 23 del Reglamento) que alude a las mayores garantías y al contraste, abonarían esa idea. La segunda de las pruebas no constituiría una obligación del conductor sino una «garantía» en beneficio del derecho de defensa. En los supuestos en que no cuestiona la validez y resultado de la primera prueba, la renuncia a ese derecho no puede ser típica. [...]

f) No es lógica, la interpretación que parece inspirar en este caso al Tribunal a quo, a tenor de la cual, solo surgirá el delito, si el acusado por conducción etílica quisiese hacer valer la ausencia de la segunda prueba en su defensa.

Eso significaría que en esos casos el delito no consistiría tanto en negarse ante el requerimiento del agente, cuanto en aprovechar en la propia defensa la no realización de esa segunda medición.

Tal exégesis introduce unos elementos extravagantes tanto desde el punto de vista de la dogmática penal como de la arquitectura del tipo delictivo.

La consumación del delito quedaría pendiente de una anómala condición posterior: que el acusado no aceptase su estado de embriaguez.

De esa manera, incluso si en el instante de negarse no pasó por su imaginación el más mínimo propósito de utilizar en su favor la falta de una segunda medición para cuestionar la prueba (y lo expresase así), lo que no era delito se convertiría en conducta punible en el momento en que por virtud de una estrategia procesal ideada posteriormente (y completamente legítima) se cuestionase la fiabilidad plena de la primera medición o del resultado del etilómetro de muestreo.

Eso sería tanto como anudar la sanción penal más que a la conducta en sí, al ejercicio irreprochable del derecho de defensa.

La antijuricidad se desplazaría del acto de negarse, ante el requerimiento del agente, a una nueva prueba o medición (lo que no será delito si da por bueno el primer resultado positivo) a la asunción sobrevenida de una concreta estrategia defensiva.

En el presente caso, v.gr., si en el momento del informe final en el plenario, o del derecho a la última palabra, o al interponerse recurso, se hubiese aducido la inexistencia de una prueba con aparato homologado o de una segunda medición ¿estaríamos ya ante una negativa punible convirtiendo en típico la que hasta ese momento se consideraba atípica? ¿Significaría esto concebir el acatamiento persistente del resultado de la primera medición en una especie de exótica excusa absolutoria? Solo si se acepta la situación de embriaguez la conducta sería atípica'.

# derecho de los consumidores

## 1 Temas de actualidad: Arrendamientos de uso turístico

Antonio Moya Jiménez  
Abogado

### a INTRODUCCIÓN

Normalmente cuando un propietario de una vivienda arrienda un piso a un inquilino, en el contrato de arrendamiento se suele establecer una cláusula en la que “se prohíbe el subarriendo total o parcial de la vivienda, salvo autorización expresa del arrendador”.

Cuando se incumple esta cláusula por el arrendatario, el arrendador puede acudir al Juzgado de Primera Instancia que corresponda al domicilio de la vivienda, a instar el desahucio por incumplimiento de contrato.

En algunos casos el inquilino incumple esta cláusula y subarrienda total o parcialmente la vivienda sin el consentimiento del propietario, e incluso en algunos casos utilizan estas viviendas como pisos que alquilan para turistas a través de empresas que se dedican expresamente a este negocio, en estos casos los propietarios arrendadores, cuando son personas físicas normales, ven conculcados sus derechos y se sienten desprotegidos, equiparándose su situación a la de los consumidores y usuarios.

El turismo masivo en ciudades como Barcelona ha hecho prolifera-

rar los contratos de arrendamiento de viviendas para ser alquiladas a turistas y visitantes por temporada, a veces por una sola noche, o por habitaciones, algunos de forma legal y otros ilegales, lo cual ha provocado múltiples casos de descontento y las quejas de los vecinos por esta actividad, pues se producen problemas de convivencia entre los turistas y los vecinos, produciéndose múltiples reclamaciones de los

vecinos, algunas de forma individual y en muchos casos de forma colectiva a través de la comunidad de propietarios.

Además, las viviendas de uso turístico ilegales hacen competencia desleal a los establecimientos turísticos legales que pagan sus impuestos y cumplen las normas. Los ayuntamientos, como el de Barcelona, persiguen y sancionan los pisos turísticos ilegales.

### sumario

#### 1. TEMAS DE ACTUALIDAD: ARRENDAMIENTOS DE USO TURÍSTICO

##### A) INTRODUCCIÓN

##### B) CASO DE VIVIENDA TURÍSTICA EN BARCELONA

##### C) NORMATIVA DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

##### D) COMPETENCIA EN MATERIA TURÍSTICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LOS AYUNTAMIENTOS

##### E) SENTENCIAS SOBRE LA MATERIA

#### 2. SENTENCIAS SOBRE ASUNTOS BANCARIOS Y CONSUMIDORES:

##### A) NULIDAD CLÁUSULA PRÉSTAMO HIPOTECARIO. CLÁUSULA TIPO DE INTERÉS VARIABLE

# derecho de los consumidores

b

## CASO DE VIVIENDA TURÍSTICA EN BARCELONA

Según se informa en los medios de comunicación, el pasado mes de junio una persona ha tenido que alquilar a través de la plataforma Airbnb su propio piso para poder recuperarlo, manteniéndolo ocupado hasta la llegada del inspector del Ayuntamiento de Barcelona al que denunció los hechos, que también los puso en conocimiento del Juzgado.

Según ha explicado a la prensa la propietaria, el problema comenzó el 12 de mayo cuando alquiló a un ciudadano de 26 años con doble nacionalidad chilena y rusa un piso de su propiedad en Barcelona, en el barrio de la Barceloneta. El contrato de alquiler era de 950 euros mensuales y en sus cláusulas se hacía constar que "el inquilino no podía realquilarlo ni hacer uso turístico", después de asegurarse que el inquilino, que dijo que había sido trasladado de Londres a Barcelona para trabajar como asesor financiero, era solvente —mostró una nómina de 3.000 libras esterlinas al mes—.

Una vez firmado el contrato, cuando la propietaria intentó contactar con el inquilino para hacer el cambio de nombre de los suministros, ya no lo localizó, por lo que acudió a la vivienda y comprobó que ésta estaba abierta y había sábanas encima de la cama (según la agencia EFE). Los vecinos comentaron a la propietaria que del

piso entraba y salía gente con maletas y que estaba siendo usado como piso turístico.

Fue entonces cuando la propietaria descubrió que el piso que había arrendado al chileno-ruso aparecía anunciado en la plataforma de viviendas turísticas Airbnb al precio de 200 euros la noche -6.000 euros al mes. Descubrieron así lo que presuntamente es una organización que se dedica a alquilar pisos en Barcelona para después realquilarlos a turistas a través de la citada plataforma, que no comprueba la titularidad de la vivienda, y obtener pingües beneficios. Fue entonces cuando decidió la propietaria reservar su propio piso.

Cuando la propietaria acudió a la vivienda haciéndose pasar por turista, comprobó que quién le abría la puerta y le facilitaba las llaves era otra persona desconocida.

La propietaria ha podido de esa forma recuperar esa vivienda "por la vía de hecho" y ha cambiado la cerradura del piso.

Según ha explicado la propietaria a la Agencia EFE, cuando acudieron a la vivienda los Mossos de Escuadra y denunció la situación, estos le dijeron que se trataba de un asunto civil en el que no podían intervenir; por lo que interpuso una denuncia judicial en el Juzgado de guardia y comunicaron los

hechos al Ayuntamiento de Barcelona, que envió un inspector al piso.

La propietaria explicó a la Agencia EFE que cree que se trata de una organización que se dedica a este tipo de fraude ya que tiene conocimiento de que el inquilino, al que no localizan, también ha alquilado otros inmuebles en Barcelona con el mismo fin, pagar 950 euros de alquiler al mes y obtener luego 200 por cada noche alquilándolo a turistas a través de la plataforma.

La propietaria del piso considera que tiene derecho a recuperar el piso porque el arrendatario ha incumplido las cláusulas del contrato. El propietario del piso envió un burofax al inquilino comunicándole la rescisión del contrato, pero este no ha contestado.

Este asunto ha destapado una de las picarescas que se producen en Barcelona, con el alquiler de pisos para satisfacer la enorme demanda turística que tiene la ciudad, especialmente en barrios atractivos para los visitantes, como el casco antiguo.

Según EFE, el Ayuntamiento de Barcelona ya ha requerido varias veces a la plataforma Airbnb, a la que incluso ha multado con 600.000 euros, que colabore en detectar el fraude en el alquiler de pisos que no tienen licencia de turísticos y no publique los que no tienen licencia, pero esta plataforma hace caso omiso.

c

## NORMATIVA DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

Como señala Eduardo Fernández-Figares Estévez (Blog Viviendas Turísticas o Vacacionales, 13/3/2015) la regulación del arrendamiento de

viviendas de uso turístico o vacacional no se ha visto en nada modificado por los cambios operados en la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Me-

didias de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas, esta modificación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994

en nada afecta a la realidad actual de la situación. Se trata de una modificación que únicamente va a servir para que el arrendador y el arrendatario regulen su relación en base a un contrato regulado por la Ley de Arrendamientos Urbanos (contrato de temporada) o en un contrato basado en el Código Civil, y al fin y al cabo son dos contratos prácticamente iguales.

Es una modificación que generó muchos comentarios en su momento pero cuyas consecuencias solo afectan al tipo de contrato a utilizar.

Respecto al artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU), más que una modificación, lo que se ha producido ha sido una ampliación de dicho artículo. Anteriormente el artículo 5 LAU tenía subapartados (de la "a" a la "d") y ahora se ha añadido un nuevo apartado denominado "e".

Dicho artículo 5.e de la LAU establece que quedarán excluidos

del ámbito de aplicación de la LAU "La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial". Lo que son las viviendas destinadas a uso turístico.

Esto quiere decir que en estos casos el arrendador y el arrendatario no podrán hacer un contrato basado en la LAU porque así lo dice la nueva letra "e" cuando se dan todas y cada una de las siguientes situaciones conjuntamente:

Cesión temporal: cesión de la totalidad de la vivienda, por lo tanto las cesiones de partes de la vivienda (habitaciones) si pueden acogerse al contrato de temporada de la LAU. En este caso ha de tratarse de viviendas amuebladas y equipadas para un uso

inmediato, y que esa vivienda, tenga las siguientes cualidades.

- Que esa vivienda con todas esas condiciones sea comercializada o promocionada en canales de ofertas turísticas (en internet principalmente).
- Que exista finalidad lucrativa por parte del arrendador.
- Que esta acción de cesión de vivienda esté sometida a un régimen sectorial (el turístico, en nuestro caso) de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Cuando se den todas estas situaciones no será de aplicación el contrato de temporada de la LAU y únicamente podrá regularse la relación entre el arrendador y el arrendatario en base a las normas del Código Civil en materia de arrendamientos. Lo que tiene que quedar claro es que los contratos de arrendamiento para uso turístico están regulados por el Código Civil.

d

## COMPETENCIA EN MATERIA TURÍSTICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LOS AYUNTAMIENTOS

La Constitución Española de 1978 contempla que las comunidades autónomas (CCAA) pueden asumir competencias en materia de turismo, según se señala en el artículo 148.1.18º, por lo tanto, las comunidades autónomas que quieran podrán regular la actividad turística y, en particular, los arrendamientos de viviendas de uso turístico o vacacional.

Esto significa que si las comunidades autónomas regulan el arrendamiento de estas viviendas, los propietarios que cedan en arrendamiento estas viviendas deberán cumplir con los requisitos administrativos

que en esas normativas autonómicas se establezcan, bajo sanción administrativa. Por ello, un acto privado, como puede ser un arrendamiento de viviendas, se convierte en un acto privado que debe cumplir requisitos administrativos.

Esta circunstancia no se ve en absoluto alterada por la modificación introducida en su momento del artículo 5 de la LAU, que, como hemos visto, únicamente afecta al tipo de contrato que va a regular la relación entre las partes.

En materia contractual no tienen competencias las comunidades autó-

nomas, por lo que, esté o no regulada la cesión de viviendas turísticas por la normativa de las comunidades autónomas, los contratos que regulen la relación entre las partes se regirá por las normas estatales, es decir, por la Ley de Arrendamientos Urbanos, si no se cumplen los requisitos de la letra e) del artículo 5, o por el Código Civil, si se cumplen los requisitos establecidos en la letra e) del artículo 5.

Las comunidades autónomas que han optado por regular la actividad turística haciendo uso de la facultad que le otorga la Constitución española,

# derecho de los consumidores

por lo general regulan en primer lugar todo el sector turístico a través de una gran ley general, y prácticamente todas las comunidades autónomas han regulado el sector turístico de forma general, sin embargo no todas regulan los arrendamientos de uso turístico o vacacional.

En las comunidades autónomas que han optado por no regular ni de forma general (a través de una ley general de turismo) ni específicamente (a través de una norma que regule las viviendas de uso turístico) el arrendamiento de las viviendas de uso turístico o vacacional, queda claro que no se puede hablar entonces de que estemos ante una "actividad turística" legalmente hablando. Por lo tanto ese arrendamiento es un acto jurídico privado entre arrendador y arrendatario y que no debe cumplir requisitos administrativos, por lo que este arrendamiento debe regularse a través del contrato de temporada previsto en la Ley de Arrendamientos Urbanos. En estos casos, esta

comunidad autónoma no podrá imponer sanciones sobre una actividad que no ha regulado.

Hay comunidades autónomas en las que existe una ley general que regula el turismo y con decretos que regulan las viviendas vacacionales. En estos casos en los que las comunidades autónomas publican su propia normativa reguladora de las viviendas de uso turístico o vacacional, el arrendador ha de cumplir las normas que establece la comunidad autónoma.

Por otra parte, algunos ayuntamientos también regulan este tipo de viviendas de uso turístico o vacacional, como el Ayuntamiento de Barcelona, que establecen que las viviendas de uso turístico son viviendas cedidas por su propietario, directamente o indirectamente, a terceros, de manera reiterada y a cambio de contraprestación económica, para una estancia de temporada, en condiciones de inmediata disponibilidad y con las características establecidas

en el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre.

Actualmente en la ciudad de Barcelona el Plan Especial Urbanístico para la Ordenación de los establecimientos de Alojamiento Turístico, Albergues de Juventud, Residencias colectivas de alojamiento Temporal y Viviendas de Uso Turístico (PEUAT) es la normativa de aplicación.

La vivienda debe cederse entera y cumplir las siguientes condiciones: (i) Disponer de la cédula de habitabilidad y satisfacer en todo momento las condiciones técnicas y de calidad exigibles a las viviendas en general; (ii) No pueden ser ocupadas con más plazas que las indicadas en la cédula, y (iii) Debe estar suficientemente amueblada y dotada de los aparatos y enseres necesarios para su ocupación inmediata, y en perfecto estado de higiene.

Estas viviendas de uso turístico requieren la correspondiente comunicación previa de inicio de actividad al ayuntamiento competente.

## e SENTENCIAS SOBRE LA MATERIA

Vamos a tratar dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre el tema de las viviendas turísticas, y las dos resuelven sendos conflictos entre los vecinos de una comunidad de propietarios y quienes explotan un piso como alojamiento turístico en edificios de Barcelona. En ambas la comunidad interpone una acción de cesación de actividades molestas y señalan que la actividad de alquiler de viviendas turísticas puede estar prohibida en los estatutos –no lo está en ninguno de los dos supuestos–, de forma expresa o bien deducirse de su redacción. Se declara actividad prohibida y molesta el

arrendamiento turístico de las viviendas porque producen efectos nocivos a los propietarios y se destinan los pisos a usos no previstos en los estatutos. También puede estar prohibida la actividad en el título constitutivo de la propiedad horizontal, como señala una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, que aplica el criterio del Tribunal Supremo en las Sentencias de 23 de noviembre de 1995, 27 de noviembre de 2008 y 2 de junio de 1070.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, número 33/2016, recurso 114/2015, de 19 de

enero de 2016, en la que una comunidad de propietarios interpuso una demanda de cesación de actividades molestas contra un piso turístico explotado por una empresa. El Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona falló a favor de la comunidad, la Audiencia Provincial de Barcelona lo hizo a favor de la empresa y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó esta última y confirmó la de primera instancia, ordenando el cese de la actividad.

La sentencia afirma que la calificación de una actividad como molesta y contraria a la normal convivencia de la comunidad puede dar lugar, por

su carácter de concepto jurídico indeterminado, a un amplio abanico de posibilidades. Debe entenderse por "normal convivencia" aquella que se produce en circunstancias estándares o que se ajusta a las normas o reglas de conducta predeterminadas o fijadas de antemano. En relación con la actividad de tipo turístico lo sancionable es el ejercicio anormal y antisocial del derecho revelado por conductas incívicas continuadas y graves.

Entre otras conductas, la comunidad de propietarios argumentó: (i) Tránsito continuo de personas, gritos, ruidos y fiestas a altas horas de la noche, turistas borrachos durmiendo en la escalera; (ii) Suciedad en las zonas comunes, pintadas en paredes y ascensores, vómitos, restos de comida, botellas y colillas en los descansillos; (iii) Daños y averías casi semanales en los ascensores; (iv) Llamadas intempestivas a los interfonos; (v) Actos de vandalismo; rotura de las cerraduras de las puertas de algunos pisos y desperfectos en la garita del conserje, y (vi) Avisos a los Mossos d'Esquadra.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, número 37/2016, recurso 52/2015, de 20 de enero de 2016, en este supuesto el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona falló a favor de la comunidad de propietarios demandante contra los propietarios de unos pisos explotados como vivienda turística, sentencia que fue confirmada por la

Audiencia Provincial de Barcelona, considerando que estima que una convivencia normal implica un estilo de vida y unas pautas de relación vecinal difícilmente compatible con el contacto con huéspedes que entran y salen del inmueble a todas horas. Afirma que la actividad turística es contraria a la convivencia normal en el inmueble porque comporta un uso exclusivo de los elementos comunes, porque cambia el uso del edificio con repercusión en el resto de pisos y sus ocupantes. Sostiene que la mera presencia de pisos turísticos en una comunidad de propietarios supone "per se" una actividad contraria a la convivencia normal.

No obstante esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revoca ambas y permite la continuación del alquiler de los pisos como viviendas turísticas por las siguientes razones: Es legal destinar un piso a apartamento turístico, salvo lo dispuesto en el título constitutivo de la comunidad de propietarios y sus estatutos, y en las leyes administrativas urbanísticas y sobre actividades molestas, insalubres y peligrosas. Los pisos disponen de licencia municipal.

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8ª, número 292/2016, de 31 de mayo de 2016, en relación con el alquiler de viviendas de uso turístico inferior a cinco días, se pronunció sobre el recurso

presentado por la Asociación Madrid Aloja, que defiende los intereses de las empresas que se dedican a los pisos turísticos, contra tres preceptos del Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid.

Esta asociación solicitaba la nulidad de tres incisos contenidos en diferentes apartados del artículo 17 del Decreto 79/2014, en particular, el artículo 17.1 que establece la obligación de que el plano firmado por técnico competente debe ser visado por el colegio profesional correspondiente; El artículo 17.3 que prohíbe el arrendamiento de viviendas de uso turístico por un periodo inferior a 5 días; y, el artículo 17.5 que obliga a la inscripción en el Registro de Empresas Turísticas de la dirección general competente en materia de turismo.

El Tribunal Superior de Justicia estimó parcialmente el recurso presentado por la asociación en lo relativo a la nulidad del inciso contenido en el precepto 17.3 al considerar que la prohibición de contratar una vivienda de uso turístico por un periodo inferior a cinco días conlleva una restricción de la competencia la cual no se justifica ni en la protección al usuario ni en la lucha contra la opacidad fiscal.

En cuanto al resto del objeto del recurso (artículos 17.1 y 17.5) se desestima el recurso por encontrarlos conforme a derecho.

## Sentencias sobre asuntos bancarios y consumidores

### **NULIDAD CLÁUSULA PRÉSTAMO HIPOTECARIO. CLÁUSULA TIPO DE INTERÉS VARIABLE**

Sentencia AP de Madrid, Sección 13, de 4 de mayo de 2017

Ponente: Sr. González Olleros

#### **1. INTRODUCCIÓN**

La Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación planteado por Bankia, S.A. en relación con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 71 de Madrid, en la que estima la demanda formulada por la Asociación de Usuarios Afectados por Permutas Financieras (ASUFIN), que decreta la nulidad de la cláusula de tipo de interés variable de un préstamo hipotecario. Condena en costas a la entidad bancaria.

#### **2. SUPUESTO DE HECHO**

En la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 71 de Madrid se estima la demanda formulada por la asociación ASUFIN contra Bankia, y declara la nulidad de la cláusula sobre tipo de interés variable del préstamo hipotecario concertado, y se condena a la demandada a: (i) eliminar dicho índice de precios y se condena al

banco a recalcular la cuota como si el índice aplicado fuera el Euribor, más el diferencial pactado del 0,50 %, y (ii) a devolver a la parte demandante las cantidades resultantes del exceso en el cobro de intereses, más los intereses legales.

Contra esta sentencia, la entidad bancaria interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid.

#### **3. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

Reiterando la doctrina expuesta por el juzgado de instancia, para rechazar el recurso de la apelante Bankia, la Audiencia acude a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 2015, que se razona en la misma que “la existencia de la contratación de las cláusulas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores”.

Para rechazar la apelación se ampara también en la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 26/1984, antigua LGDCU.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 confirma esta tesis, “a efectos del control de transparencia, lo determinante es que la cláusula en cuestión no se ha acreditado que fuera negociada individualmente, sino que fue impuesta y predispuesta por la entidad prestamista”, y recordando una vez más lo dicho en la Sentencia del Pleno de la Sala Civil de TS de 9 de mayo de 2013, según la cual “el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LGDCU para la incorporación los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, sin no es transparente”, y que “la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control

de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”.

Es decir, que esta cláusula no es transparente ni ha sido negociada individualmente, por lo que es nula.

El recurrente, en la única de las alegaciones de su recurso denuncia incongruencia omisiva en cuanto a los apartados a) y b) de la petición 3ª del suplico de su demanda, al omitir la sentencia todo pronunciamiento sobre dichos extremos. Pero la Audiencia considera que el recurso debe ser igualmente rechazado.

No obstante, sin perjuicio de declarar nula por abusiva la mencionada cláusula tercera bis del contrato, partiendo de la base de que el contrato de préstamo se pactó expresamente la obligación del pago de intereses, el Tribunal entiende que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1254 y siguientes del Código Civil resulta acorde la desestimación de los pedidos de devolución del capital sin interés alguno y devolución del capital referenciado los intereses al

IRPH sin diferencial alguno, y , en consecuencia, resulta ajustada a derecho la resolución dictada según la cual, se condena a la demandada a recalcular la cuota como referenciando el pago de los intereses al Euribor más el diferencial pactado.

En base a todo ello se desestimó el recurso de apelación y se confirma la sentencia de instancia, con el pago de las costas por cuenta del demandado y apelante.

## CONCLUSIÓN

**La Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto por Bankia contra la Sentencia de instancia y declara la nulidad de la cláusula sobre tipo de interés variable del préstamo hipotecario concertado, en demanda interpuesta por ASUFIN.**

**Se citan por la Sala varias Sentencias del Tribunal Supremo, y se considera que la cláusula en cuestión no se ha negociado individualmente, sino que fue impuesta y predispuesta por la entidad prestamista y no es una cláusula transparente, por lo que se considera una cláusula nula.**

## 4. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADAS

La Ley 71/1988 de Condiciones Generales de Contratación.

La Ley 26/1984, anterior LGD-CU.

El artículo 1254 y siguiente del Código Civil.

Las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20-12-2015 y 9-5-2013.

# consultas y opiniones



## 1. Perjuicio indirecto de las mutuas por accidentes de circulación

***Tras un accidente de circulación, ¿puede la mutua de accidentes de trabajo del accidentado reclamar al causante el reembolso de lo pagado en concepto de incapacidad temporal?***

El art. 168.3 II LGSS alude solo al coste de la asistencia sanitaria como reembolsable en favor de las mutuas, a diferencia de lo que ocurre cuando quien reclama es el trabajador perjudicado, único supuesto en que el legislador concede, al menos expresamente, el derecho de reclamar todos los perjuicios sufridos.

Algunas Audiencia Provinciales aceptan que la Seguridad Social y las mutuas pueden exigir del tercero responsable el importe de la indemnización abonada al trabajador por la incapacidad temporal, diciendo que el art. 168.3 II LGSS regula, no solamente la reclamación frente a terceros responsables por parte de los órganos gestores de la Seguridad Social y las mutuas colaboradoras, sino también las de los propios trabajadores para resarcirse de los perjuicios sufridos, es decir, de las indemnizaciones procedentes; y es claro que si el trabajador no se hubiera encontrado asegurado de riesgo laboral, podría reclamar del tercero civilmente responsable, no solo por la asistencia sanitaria, sino también por las otras prestaciones que le corresponden, tanto por la baja laboral como en otro concepto; es a la Seguridad Social o a sus entidades colaboradoras, a las que le corresponde repetir, lo que en tales casos hayan satisfecho los trabajadores.

Criterio que consideramos rechazable ya que de la lectura del precepto se desprende que el legislador ha querido limitar la subrogación al coste de las prestaciones sanitarias. Ello se deduce de la lectura conjunta de los párrafos primero y segundo del precepto. Así, en el primero se reconoce la compatibilidad entre las prestaciones e indemnizaciones en beneficio del trabajador y sus causahabientes, y se establece asimismo el principio de automaticidad de las prestaciones a cargo de la entidad gestora, servicio común o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Mientras tanto, en el párrafo segundo, donde se regula la subrogación, se alude exclusivamente al Instituto Nacional de la Salud y en su caso a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales porque está refiriéndose exclusivamente a las prestaciones sanitarias.

Otras Audiencias Provinciales han pretendido justificar el derecho de reembolso de las cantidades abonadas por incapacidad temporal tomando como referencia la figura del pago por cuenta de otro regulado en el art. 1158 CC. A tenor de lo establecido en el art. 1209 CC, la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos mencionados en el Código Civil. En el artículo siguiente, el 1210, se indica cuáles son esos supuestos. Todos ellos tienen en común, como presupuesto de la subrogación, que el tercero asuma el pago de una deuda que le es ajena. Lo contrario de lo que ocurre en el caso del pago de la incapacidad temporal por parte de las Mutuas, que corresponde a una deuda propia, como consecuencia de un deber que tienen aquellas con sus afiliados en consonancia con la finalidad de previsión de la institución y en contraprestación al pago de las cuotas correspondientes.

Tampoco resulta razonable establecer como sustento de la acción de reembolso la existencia de un hipotético enriquecimiento injusto experimentado por la Mutua, como en ocasiones se ha pretendido. Aunque el pago de la incapacidad temporal acarrea, en efecto, una inmediata disminución patrimonial de la entidad pagadora, habría que plantearse si supone, además, correlativo enriquecimiento del tercero responsable o su aseguradora.

La jurisprudencia ha entendido este enriquecimiento en términos laxos, que no se constriñen de forma exclusiva a un aumento directo del patrimonio, pues alcanza a cualquier ventaja, utilidad o provecho, ya sea de carácter patrimonial o moral si es estimable en dinero. Desde esta perspectiva, el responsable del accidente y su aseguradora en realidad no se ahorran el coste de la prestación por incapacidad permanente, en tanto no tienen la obligación de pagarla. Los días de baja que han de indemnizarse bajo el concepto tabular de "lesiones temporales" no tienen que coincidir con los conceptos estrictamente laborales. Por tanto, como la incapacidad temporal pagada por la mutua no es una deuda exigible al tercero responsable, no puede decirse con propiedad que este disfrute de un enriquecimiento, como correlato al empobrecimiento que aquella experimenta.

Esta falta de enriquecimiento impide, por otra parte, que concurra otro elemento ineludible de la figura que estamos analizando. El enriquecimiento injusto se suele conocer también como enriqueci-

miento sin causa o, según el Derecho romano en cuyo seno aparece enunciado por vez primera, como *condictio sine causa generalis*. Quien se enriquece ha de serlo de forma torticera, en ausencia de causa, esto es, sin una razón de derecho o de justicia que la justifique, lo que no es el caso del pago de la prestación de incapacidad temporal, en cuanto obedece, como se ha dicho, al cumplimiento de una obligación legal que actúa así como causa justificadora.

## 2.Reclamación del empleador por accidentes del empleado

### ¿Tiene acción el empleador del perjudicado directo contra el causante del accidente de circulación?

Se analiza aquí el supuesto en que el daño indirecto recae sobre el empleador del lesionado, por quedar este privado temporalmente para desempeñar sus funciones o servicios.

La situación creada genera en el empresario la necesidad de contratar a otro empleado, mientras sigue pagando las cuotas correspondientes a la Se-

guridad Social del accidentado mientras dure su incapacidad laboral transitoria.

La mayoría de los pronunciamientos judiciales han venido motivados por las reclamaciones del Estado a consecuencia de los accidente sufridos por los funcionarios. Más concretamente han sido los accidentes sufridos por agentes de la guardia civil los que han generado un mayor número de reclamaciones efectuadas por el Estado.

La solución ha de ser afirmativa a la posibilidad de repetir cuando de lo que se trata es de resarcir los gastos incurridos en la contratación de un trabajador que supla al accidentado mientras dure su incapacidad. Ahora bien, la necesidad de que el daño resarcible del tercero responsable sea real y efectivo hace necesario que el gasto asumido por el empleador suponga un sobrecoste laboral, es decir, un gasto superior a lo debido en una situación de normalidad.

Así, no será indemnizable el salario que se pague al sustituto, si es por una cuantía igual o inferior a la que se abona al reemplazado. En una situación como esta no se produciría un perjuicio efectivo para el empresario, porque el salario que se paga al empleado recién incorporado sustituye al del incapacitado, quien ya es retribuido con cargo al sistema de prestaciones de la Seguridad Social.

#### Directora de INESE:

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

#### Responsable editorial de INESE:

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

#### Director de la publicación:

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

#### Consejo de Redacción:

Guillermo Escobar 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 Ruiz Echaurren  
*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 HispaColes*

#### Consejo Editorial:

José Manuel de la Maza Martín  
*Fiscal General del Estado*

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"*

Mariano 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 Mañas  
*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 Arias  
Depósito Legal: M-413-1964  
ISSN: 1133-6900

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

Editada por



WILMINGTON INESE. S.L.U.  
Avda. del General Perón, 27  
10ª 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



## LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS AUDITORES DE CUENTAS

Sepin, ISBN: 978-84-17009-56-4

*Alberto Muñoz Villarreal*

El libro aborda en profundidad el problema real que existe en torno a la responsabilidad civil de los auditores de cuentas, y toda la problemática jurídica subyacente en nuestro ordenamiento jurídico.

A través de esta obra podemos, de un lado, identificar los aspectos más relevantes de la responsabilidad civil, encontrándonos propuestas de mejora armonizadas con la realidad jurídica de nuestro ordenamiento. De otro, la obra contiene los conocimientos necesarios para dar un adecuado tratamiento jurídico a una problemática que tan de boga esta dada la actualidad económica de este país, como es la responsabilidad civil de los auditores de cuentas, materia que no puede ser apreciada sino mediante un estudio escrupuloso y pormenorizado de la misma.

Para ello, se realiza un análisis previo de los aspectos más destacados de la responsabilidad civil en sus distintas vertientes, lo cual es fundamental a la hora de ahondar en el núcleo del estudio. Por ello se analizan, desde un punto de vista doctrinal, jurisprudencial y casuístico, la responsabilidad civil contractual y extracontractual, la responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad civil profesional, además de un estudio específico acerca de las notas y limitaciones del seguro de responsabilidad civil en nuestro país.

Alberto Muñoz Villarreal, Socio de Muñoz Arribas Abogados, S.L.P. y Profesor Universitario, trata en profundidad todas estas cuestiones, y tras delimitar el objeto de estudio, trata los principales aspectos jurídicos de la responsabilidad civil, tales como la mora, el dolo, la acción u omisión, el daño, la culpa y la negligencia, para trasladarlos a las figuras jurídicas que nacen de la responsabilidad civil.

A continuación, se analiza el concepto y régimen jurídico de los auditores de cuentas, con especial ahínco de las funciones y limitaciones del auditor, así como de las negligencias por acción y

omisión en las que pueden incurrir en el ejercicio de sus funciones.

Es en este punto donde el autor comienza a desgarnar el núcleo de la cuestión, que no es otro que la responsabilidad civil en que pueden incurrir los auditores en el ejercicio de sus funciones, ya sea frente a la sociedad o sus socios, frente a acreedores o frente a terceros que puedan verse afectados en sus decisiones por un informe de auditoría. Pero también el régimen que comporta esa responsabilidad, siendo necesario estudiar los límites de ésta, así como su distribución entre distintos sujetos susceptibles de contaminar un proceso de auditoría, como pueden ser los administradores.

Al comienzo de esta segunda parte es donde se aborda un estudio específico del régimen jurídico de los auditores de cuentas, y más concretamente en torno a su responsabilidad civil, analizando para ello la evolución de las normas reguladoras que imperan en esa profesión. Posteriormente, el autor va dando cabida a las problemáticas surgidas entre los distintos sujetos que pueden verse afectados por un supuesto de responsabilidad civil nacido de un informe de auditoría.

Encontramos también un valioso análisis de los aspectos procesales más relevantes en torno al proceso de responsabilidad civil de los auditores de cuentas, tratando con ello de aportar claridad en torno a las principales controversias doctrinales en la materia.

Por último, se analiza el aseguramiento de la responsabilidad civil del auditor, en un intento de dar respuestas a las cuestiones que surgen de esta problemática, y en especial a los mecanismos de protección patrimonial con los que pueden contar los profesionales de auditoría en el ejercicio de sus funciones, desde una perspectiva tanto teórica como práctica.

Por todo ello es recomendable la lectura de esta obra para aquellos que pretendan profundizar en el estudio de la responsabilidad civil, y en especial de la responsabilidad civil de los auditores.

## UN DERECHO DEL SEGURO MÁS SOCIAL Y TRANSPARENTE

Editorial: Civitas - Thomson Company. 1202 págs.

M<sup>o</sup> Jesús Peñas Moyano y Juan Bataller Grau  
(directores)

Una regulación de Seguros más social y transparente es una propuesta que tiene por finalidad analizar dos temas clásicos que hoy en día se presentan como fundamentales para el futuro de los mercados financieros. En primer lugar, al aludir a un Derecho de los seguros más social pretendemos profundizar en cómo el seguro privado puede sustituir o complementar el sistema nacional de pensiones

Además, nos centramos en el papel de las entidades mutualistas, ya que debe ser nuestro protagonista en este campo, aunque no siempre sea así. Sorprende que en nuestro país no exista todavía un estudio sistemático del régimen jurídico de las mutuas o los problemas interpretativos que acarrea implementar un contrato de seguro que instrumente un compromiso por pensiones a través de una mutualidad de previsión social. En segundo lugar, la regulación de seguros hace hincapié en la transparencia como un objetivo a lograr. Sin embargo, la aplicación de la regulación nos muestra varias dificultades. Por ello, se analiza la transparencia en el contrato de seguro, en la regulación de la supervisión y en los mediadores en seguros privados.

Finalmente, pero no por ello menos importante, es la única obra que acomete de manera sistemática y profunda la reforma introducida por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.

## VIAJES COMBINADOS Y SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS: REPLANTEAMIENTO DE CONCEPTOS Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD

Editorial: Dykinson. Septiembre 2017. 219 págs.

Antonia Paniza Fullana

Se analizan en esta monografía dos aspectos clave para entender el texto de la nueva Directiva (UE) 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados, pendiente de transposición al ordenamiento jurídico español. Por una parte, los nuevos conceptos: la redefinición de los ya clásicos viajes combinados y los nuevos servicios de viaje vinculados, con un tímido acercamiento a su contratación en línea. Por otra parte, atendiendo a estas nuevas definiciones, el necesario replanteamiento de la responsabilidad con los diferentes sujetos implicados, incluidos los empresarios que facilitan servicios de viaje vinculados y la eterna discusión sobre el carácter de la responsabilidad de organizador y detallista en los viajes combinados; cuestión que la Directiva vuelve a dejar abierta. Son temas especialmente interesantes, estudiados y analizados con detalle desde el propio iter normativo -que permite entender mejor algunas cuestiones- hasta los aspectos prácticos.

En este trabajo se tiene en cuenta la realidad empresarial del ámbito turístico sin olvidar su marco tecnológico. Confluyen la protección de los consumidores, el comercio electrónico y la protección de datos. No hay que olvidar que la Directiva se refiere a los procesos de reserva en línea conectados; la posibilidad de calcular las remuneraciones de las relaciones comerciales entre empresarios por el número de clics; la transmisión de datos entre empresarios turísticos o el tiempo entre la celebración de distintos contratos, determinantes en ocasiones de la propia calificación jurídica del contrato celebrado, con los problemas de prueba que ello puede conllevar para el viajero que contrata estos servicios a través de Internet.

**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 2017

	ANUAL	BIENAL
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 2017

### Periodicidad:

Anual  Bienal

IBAN

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

### 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

La aceptación de este formulario implica su consentimiento para que la compañía Wilmington Inese S.L.U. adeude en su cuenta el importe correspondiente a la prestación de los servicios contratados.

Sus datos personales serán registrados en un fichero automatizado propiedad de Wilmington Inese S.L.U., domiciliada en Madrid, Avda. del General Perón, 27 - 10ª planta, cuya finalidad es la gestión de nuestra relación comercial así como la gestión de su solicitud de información. Wilmington Inese S.L.U. tiene como misión facilitar información profesional y favorecer la comunicación entre empresas, para lo que, de manera periódica, enviamos comunicados con contenidos que persiguen ayudar en el desarrollo de su negocio. Cumplimentando este boletín Ud. nos autoriza a enviarle información y comunicaciones comerciales a través de correo postal, correo electrónico y/o fax con contenido comercial tanto de los productos y servicios del grupo Wilmington Inese S.L.U. como de terceras compañías que puedan ser de interés para el desempeño de su actividad empresarial. En ningún caso Wilmington Inese cederá sus datos a dichas terceras compañías. Podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición incluyendo el envío de comunicaciones comerciales, dirigiéndose por escrito a Wilmington Inese S.L.U., en la dirección arriba indicada

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)



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

 <i>Seguridad</i>	 <i>Sensatez</i>	 <i>Dedicación</i>	 <i>Innovación</i>
 <i>Proactividad</i>	 <i>Compromiso</i>	 <i>Confianza</i>	 <i>Implicación</i>
 <i>Cercanía</i>			 <i>Transparencia</i>
 <i>Familiaridad</i>			 <i>Capacidad</i>
 <i>Visión</i>	 <i>Rigor</i>	 <i>Imaginación</i>	 <i>Vitalidad</i>
 <i>Conocimiento</i>	 <i>Polivalencia</i>	 <i>Entrega</i>	 <i>Estrategia</i>

Socios de HispaColex Bufete Jurídico

# hispa colex

BUFETE JURÍDICO

## Más de 25 años dedicados al Derecho de Seguros

SOCIO DE

 HISPAJURIS



**Málaga**

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

**Granada**

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

**Jaén**

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

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