

Sección elaborada por

el Grupo de Seguros
de Gómez-Acebo & Pombo

Contenido: Jesús Almarcha Jaime y Lourdes López Cumbre

mayo 2016

N.º 6



Sumario

▶ Análisis normativo	2
— La nueva Directiva de distribución de seguros: hacia la MiFID del sector asegurador.	2
— El desarrollo de las condiciones de acceso a la actividad de las entidades aseguradoras y reaseguradoras en la normativa «Solvencia II» tras el Real Decreto 1060/2015 (ROSSEAR)	4
▶ Análisis jurisprudencial	7
— Existencia de lucro cesante por la pérdida del trabajo durante la baja médica por lesiones temporales: una visión desde el nuevo baremo de tráfico	7
— Progenitor causante del accidente de circulación y titularidad del crédito indemnizatorio por fallecimiento del hijo.	10
— Rescate de un plan de pensiones: constituye ingreso la plusvalía o ganancia, pero no el importe total del plan en su compatibilidad con las prestaciones por desempleo	11
— Responsabilidad civil por asbestosis (amianto) también en los familiares de los trabajadores.	13
— Praxis judicial sobre el dolo del tomador y los formularios de preguntas redactadas por el asegurador.	17
— Interés de demora en seguro de responsabilidad civil: <i>dies a quo</i> y legitimación para su solicitud.	19
— La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo consagra que la póliza colectiva garantiza las cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas aun no existiendo pólizas individuales.	20



Análisis normativo

La nueva Directiva sobre la distribución de seguros: hacia la MiFID del sector asegurador

1. Introducción

Ha sido aprobado el texto definitivo de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero del 2016, sobre la distribución de seguros (DO L 26 del 2 de febrero del 2016, pp. 19-79). Entrará en vigor el próximo 23 de febrero y deberá ser traspuesta a los ordenamientos nacionales, como muy tarde, el 23 de febrero del 2018. Se establece un periodo transitorio hasta el 23 de febrero del 2019 para los intermediarios ya registrados en virtud de la Directiva 2002/92/CE.

Con esta directiva se pretende armonizar el sistema de distribución de seguros en el ámbito de la Unión Europea con directrices tanto para las empresas de seguros y reaseguros como para los intermediarios y distribuidores y con el fin principal de proteger al consumidor de forma igualitaria en todos los Estados miembros. Aun así, se deja un amplio margen a los Estados para establecer y aplicar un régimen todavía más estricto. Por eso los requisitos de esta directiva deben considerarse de mínimos, no de máximos.

2. Principales aspectos

2.1. Formación del personal

La directiva establece los requisitos de formación que, en general, debe cumplir el personal de las empresas de seguros y reaseguros, así como los distribuidores e intermediarios. Al respecto, cabe destacar lo siguiente:

- Deben tener al menos quince horas anuales de formación, que serán ponderables según el tipo de distribuidor, los productos vendidos, la función que desempeñan y la actividad realizada. Este curso formativo puede dar lugar a la obtención de certificado por parte del sujeto (si lo exige el Estado).
- Se les exige la no comisión de delitos graves —ya sea contra la propiedad o relativos al

ejercicio de actividades financieras—, buena reputación y no haber sido declarados en concurso con anterioridad (salvo rehabilitación conforme a la ley nacional).

- Deben suscribir, salvo que la empresa cubra o asuma toda responsabilidad, un seguro de responsabilidad civil profesional para los casos de negligencia.

2.2. Obligaciones de información y normas de conducta¹

La directiva establece un sistema prácticamente análogo al incorporado por la normativa MIFID en el sector bancario. A los intermediarios y distribuidores de seguros se les exige una actuación honesta, profesional y equitativa que vele por los intereses del cliente. Para ello, deben suministrar información precisa, clara y no engañosa.

De forma particular, los intermediarios o las empresas de seguros deben informar precontractualmente de la identidad, la dirección, la condición, si ofrecen o no asesoramiento sobre los productos, los procedimientos de quejas y de resolución extrajudicial de conflictos, el registro de inscripción, etc.

En el caso de los intermediarios, en especial, deberán informar al cliente de modo precontractual de si reciben o no algún tipo de remuneración (comisión, honorario, etc.) con la concertación del seguro y, en caso afirmativo, quién se hace cargo de los gastos de aquélla. Aun así, los Estados podrán restringir o prohibir la percepción de tales retribuciones.

A nivel precontractual, se diferencia también un doble régimen en función de si existe o no asesoramiento en la venta del producto². Ambos tienen como puntos en común recopilar la información del cliente que sea necesaria para analizar sus exigencias y necesidades y facilitarle información

¹ No se aplicarán a seguros de grandes riesgos o, si el Estado así lo considera, a los clientes profesionales.

² Se faculta a los Estados para que puedan exigir el asesoramiento en todo tipo de contrato de seguro o para determinados tipos de seguro.



comprensible para que tome una decisión fundada. Dicha información será modulada en función de la complejidad del producto y del tipo de cliente.

La presentación de la información será, en general, en papel, aunque en determinadas ocasiones también se permite en soporte duradero (entiéndase un soporte electrónico) o mediante la página web de la empresa. También se considera la posibilidad de venta del producto por teléfono.

La información relativa a los seguros de no vida se entregará en un documento normalizado que deberá reunir unos requisitos y elementos informativos determinados por la directiva y cuyo formato será aprobado por la Comisión Europea mediante normas técnicas de ejecución, previa presentación de los proyectos por la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (EIOPA, por sus siglas en inglés).

Cuando el seguro se ofrezca conjuntamente con servicios o productos auxiliares, el distribuidor informará al cliente de si pueden adquirirse por separado y, en caso afirmativo, deberá informar también por separado de cada producto. En caso de que el bien o servicio no sea de seguros, deberá ofrecer al cliente la posibilidad de obtener el seguro y el bien o servicio por separado, salvo servicios o actividades de inversión, contrato de crédito o una cuenta de pago.

2.3. Control interno y requisitos de gobernanza

Las empresas de seguros y los intermediarios deberán establecer un mecanismo de aprobación del producto de seguro que tenga como fin su correcta adecuación en el mercado (salvo seguros de grandes riesgos). Para ello, debe hacerse un estudio del producto, sus riesgos, sus destinatarios, la estrategia de distribución, las necesidades del mercado, etc. Esta información se pondrá a disposición de los distribuidores.

2.4. Requisitos adicionales en los productos de inversión basados en seguros

Cuando nos hallemos ante productos de inversión basados en seguros, se extreman los requisitos para proteger al cliente o cliente potencial:

- Se aclarará si se suministrará al cliente una evaluación periódica de la idoneidad del producto, se le entregará información relativa a los riesgos de las orientaciones o estrategias y sobre todos los costes y gastos asociados (podrá suministrarse en un formato normalizado si el Estado lo aprueba).
- Sólo se considerará que los intermediarios o distribuidores cumplen sus obligaciones de honestidad, profesionalidad y equidad cuando la percepción de retribuciones económicas no perjudique el servicio al cliente o el cumplimiento de tales obligaciones.
- Cuando el cliente sea extranjero y tenga su residencia habitual en un Estado miembro con requisitos más estrictos, se aplicará el régimen de dicho Estado.
- Se establece un régimen de asesoramiento especial que trata tanto de analizar la idoneidad y adecuación del producto como de informar al cliente. Este régimen puede ser obligatorio para cualquier producto de inversión basado en seguros cuando el Estado así lo dictamine y también podrá establecerse un formato normalizado. Dicho análisis se centrará en los siguientes aspectos:
 - Conocimientos y experiencia del cliente o cliente potencial en el ámbito de inversión propio del tipo de producto o servicio específico.
 - Situación financiera y capacidad de afrontar pérdidas del cliente o cliente potencial.
 - Objetivos de inversión.
 - Tolerancia al riesgo.

Asimismo, se prevén determinados supuestos en los que puede tolerarse la inexistencia de este análisis, como cuando se traten de inversiones no complejas o instrumentos financieros no complejos.



El desarrollo de las condiciones de acceso a la actividad de las entidades aseguradoras y reaseguradoras en la normativa «Solvencia II» por el Real Decreto 1060/2015 (ROSSEAR)

1. Introducción

El pasado 2 de diciembre del 2015 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (ROSSEAR), que aprueba el reglamento que cumplimenta a la Ley 20/2015 (como LOSSEAR). Con ello, el legislador español culmina prácticamente la transposición de la Directiva Solvencia II, aunque es consciente de que ello no agota la labor de desarrollo normativo necesario. Este reglamento entró en vigor, de forma general, el 1 de enero del 2016. Asimismo, cabe destacar que deroga al anterior Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (ROSSP), salvo los artículos 11 a 23 (formas jurídicas de las entidades aseguradoras) y las disposiciones adicionales quinta (cuantía máxima de cobertura de responsabilidad civil como riesgo accesorio) y sexta (mutualidades de previsión social)¹.

2. El acceso a la actividad de las entidades aseguradoras y reaseguradoras

2.1. Acceso a la actividad de las entidades aseguradoras y reaseguradoras españolas

El acceso a la actividad está supeditado a la concesión de una autorización por parte del ministro de Economía y Competitividad (art. 20.1 LOSSEAR). La solicitud, dirigida a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, debe reunir un compendio documental

(copia de la escritura de constitución, programa de actividades, relación de socios, etc.) y será resuelta en un plazo máximo de seis meses. La concesión de acceso a la actividad supone que la autorización española es igual de válida en el resto de los Estados europeos (licencia única).

Las únicas diferencias de contenido entre el artículo 22 de la mencionada ley (por remisión del art. 20 LOSSEAR) y el artículo 4 del ROSSEAR las encontramos en que este último amplía los requisitos en los seguros de responsabilidad civil de vehículos terrestres automóviles, los de enfermedad y los de defensa jurídica, lo cual había sido omitido por la ley.

El reglamento trata también dos aspectos importantes en la actividad de las entidades aseguradoras y reaseguradoras españolas en régimen de derecho de establecimiento o libre prestación de servicios: el deber de informar al tomador del seguro² y el deber de suministrar información estadística sobre las actividades transfronterizas a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en los términos que se prevén. Para todo lo demás, establece una remisión expresa a la Ley 20/2015³.

Para el establecimiento de sucursales o para operar en régimen de libre prestación de servicios en otro Estado miembro, la entidad deberá remitir a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones una determinada información, según cada caso.

¹ Resulta sorprendente que el legislador no haya incluido el remanente texto del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados en el nuevo reglamento para evitar así remisiones carentes de sentido a una norma prácticamente vacía, y ello cuando, por ejemplo, el artículo 27 de la LOSSEAR ya dedica su contenido a la naturaleza, formas y denominaciones que pueden adquirir las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Con este hecho, la «refundición» se ve truncada.

² Este aspecto, que también constituye una conducta de mercado y que fue ya ampliado por la LOSSEAR, es tratado con mayor profundidad en el trabajo de J. ALMARCHA JAIME titulado «El deber de información de las entidades aseguradoras y reaseguradoras en la normativa “Solvencia II” tras el Real Decreto 1060/2015 (ROSSEAR)» [Centro de Estudios de Consumo (CESCO), 11 de febrero del 2016]. Asimismo, puede consultarse una tabla conceptual sobre el deber de información precontractual en la normativa «Solvencia II» en el Boletín de Seguros, n.º 5, de Gómez-Acebo & Pombo, 10 de marzo del 2016, pp. 2 a 4.

³ Excepto el artículo 95 de la LOSSEAR (obligación de tener a disposición de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones los modelos de pólizas, tarifas y documentación técnica) y el artículo 23.4 del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros (recargo destinado a financiar las funciones de liquidación de entidades aseguradoras) para los riesgos situados en España.



2.2. Acceso a la actividad en España de entidades aseguradoras y reaseguradoras de otros Estados miembros⁴

En cuanto a las entidades aseguradoras de otros Estados miembros que quieran acceder a la actividad en territorio español, se establece que deberán remitir a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones toda la documentación que ésta les exija para comprobar que cumplen las disposiciones españolas aplicables. Si no lo hacen, su situación será irregular y podrán ser sancionadas. A estos efectos, se las someterá a la supervisión por inspección y, en cuanto a los modelos de pólizas, serán aplicables el artículo 94 de la LOSSEAR y los artículos 117 y siguientes del ROSSEAR. En consecuencia, se establece un proceso de supervisión y subsanación de situaciones irregulares o de incumplimiento que destaca por la cooperación entre la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y la autoridad supervisora del Estado miembro de origen y que puede dar lugar, en última instancia, a la toma de las medidas de prohibición de pólizas y tarifas (art. 120 LOSSEAR) y de las medidas de control especial (cap. II del título VI de la LOSSEAR) que, en ambos casos, le sean aplicables. También podrá remitirse el asunto a la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación para que asista a la autoridad supervisora nacional o de origen.

Las entidades aseguradoras de otro Estado miembro que quieran desarrollar su actividad en régimen de derecho de establecimiento en España deberán informar a la autoridad de supervisión de origen su intención y ésta deberá remitir a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones un certificado de capital mínimo obligatorio y la misma documentación que una entidad aseguradora debería remitir a tal institución en caso de

querer desarrollar su actividad mediante sucursales en otros Estados europeos. Si transcurre el plazo de dos meses que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones tiene para resolver sin que ésta se pronuncie, la entidad aseguradora podrá comenzar su actividad⁵.

Por otro lado, se destaca que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá ejercer sobre las sucursales de entidades aseguradoras de otros Estados miembros la supervisión por inspección.

Respecto a las entidades reaseguradoras de otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo que tengan autorización en tales países, en pro de expandir el concepto de licencia única, podrán desarrollar su actividad en España en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios sin que haga falta autorización administrativa o comunicación previa. Ahora bien, las entidades se someterán a las disposiciones (incluidas las recogidas en el art. 52.2 LOSSEAR, excepto la remisión al art. 120 de la misma ley) y exigencias que se aplican a las entidades reaseguradoras nacionales, incluida la supervisión por inspección por parte de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. En efecto, existirá prácticamente una conjunción unitaria, una equivalencia funcional, entre las autoridades supervisoras de ambos Estados, de tal forma que lo que diga la de origen lo hará la de destino (la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones) e, incluso, la de origen podrá verificar la información financiera *in situ* en España de la entidad reaseguradora en nuestro país (art. 115.3 LOSSEAR).

Finalmente, las entidades aseguradoras de otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo

⁴ Cabe destacar que la sección 1.^a («Disposiciones generales para entidades aseguradoras y reaseguradoras») del capítulo II del título II del ROSSEAR cae en una incoherencia precisamente por tratar de llevar el mismo esquema que la LOSSEAR, pues el único precepto de esta sección, el artículo 30, nada dice sobre las entidades reaseguradoras, sino únicamente sobre las aseguradoras, por lo que no tiene sentido el título de la sección al incluir a las entidades reaseguradoras, pudiendo incluso dar lugar a confusión sobre su ámbito de aplicación. De hecho, el artículo 33 del ROSSEAR se dedica exclusivamente a las entidades reaseguradoras, pero ya en la sección 2.^a del capítulo II del título II. No ocurre lo mismo en el equivalente esquema de la LOSSEAR, por cuanto el artículo 51 de tal cuerpo normativo sí habla separadamente de unas y otras entidades.

⁵ Se suscita la duda sobre cómo hay que entender esta de falta de resolución. ¿Se entiende que existe conformidad por parte de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones? Si la entidad aseguradora establece una sucursal tras esos dos meses, ¿puede luego dicha Dirección General mostrar su disconformidad o establecer determinadas condiciones de actividad? El artículo 55 LOSSEAR, al igual que otros ejemplos —como el artículo 47.5 LOSSEAR, el artículo 146.3.II de la Directiva 2009/138/CE o el anterior artículo 132.1 ROSSP—, tampoco aclaran esta situación. Por seguridad jurídica, este silencio debería interpretarse como positivo, es decir, sin que quepa modificación por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones mediante una resolución disconforme posterior, pues parece que ése es el cometido de las redacciones y la intención del legislador.



podrán iniciar su actividad en España en régimen de libre prestación de servicios desde que le conste que la autoridad supervisora de origen haya remitido a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones determinada documentación (certificados de capital de solvencia obligatorio y del capital mínimo obligatorio) e información (denominación y dirección sociales, y riesgos y compromisos que adoptará)⁶.

2.3. Acceso a la actividad en España de entidades aseguradoras y reaseguradoras de terceros países

El acceso a la actividad en España de entidades aseguradoras de terceros países (aquellos que se encuentren fuera del Espacio Económico Europeo) a través de sucursales está supeditado a la autorización otorgada por el Ministro de Economía y Competitividad. Para ello, la entidad aseguradora debe cumplir determinados requisitos (formales, de solvencia, de representación y gobierno, de sometimiento a las leyes españolas, etc.). Una vez conseguida tal autorización, la entidad aseguradora, mediante la sucursal, podrá llevar a cabo su actividad aseguradora en nuestro país, aunque no en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios, por lo que el riesgo y los compromisos deben encontrarse siempre en España.

Por otro lado, como garantías financieras de las sucursales (de entidades aseguradoras y reaseguradoras), se exigirán un determinado capital mínimo (de solvencia y obligatorio) y un importe mínimo de fondos propios básicos. También se prevén determinadas ventajas para las entidades que se encuentren autorizadas en varios Estados miembros, la información que deberán suministrar a la Comisión Europea y a otros Estados miembros sobre las filiales y el régimen especial de establecimiento de sucursales o el procedimiento de autorización de sucursales que operen en seguros de no vida para las entidades aseguradoras suizas.

Finalmente, llama la atención el artículo 43 del reglamento, íntimamente ligado al artículo 63 de la LOSSEAR. Se encarga de regular el régimen de autorización de establecimiento de sucursales por entidades reaseguradoras de terceros países.

Los problemas que se observan son los siguientes (extensibles también al artículo 63 de la ley):

- Es una remisión literal al régimen de autorizaciones previsto para las entidades aseguradoras, por lo que hubiera sido más oportuno refundir este régimen introduciendo en el artículo concerniente a éstas la coletilla «y reaseguradoras», pues los efectos son los mismos.
- La redacción del contenido induce a confusión:
 - De un lado, el inciso «que se otorgará de acuerdo con lo previsto en el artículo 36» se encuentra entre dos comas que, lingüísticamente, son inoportunas y rompen la estructura de la oración, dejando sin significado lógico el contenido del apartado. Si se intenta entender la norma desde la literalidad de su redacción, es realmente complejo establecer la conexión entre el inciso y el resto de los sintagmas. ¿A qué actividades de reaseguro hace referencia: vida, no vida o todas?
 - Por otro lado, las estructuras independientes «para actividades de reaseguro de vida», «actividades de reaseguro distinto del de vida» y «o para todo tipo de actividades de reaseguro» resultan contradictorias o, más bien, las dos primeras son totalmente prescindibles. Si ya se establece que será necesaria la autorización administrativa para todo tipo de actividades de reaseguro, ¿qué sentido tiene especificar previamente que será necesaria tal autorización administrativa para las actividades de reaseguro de vida o de no vida? ¿Acaso no están estas dos últimas modalidades incluidas en ese «todo tipo»? En efecto, habría sido suficiente con el último sintagma y así se habría evitado la confusión actual.

Seguramente la intención del legislador era la siguiente: será necesaria la autorización administrativa del ministro de Economía y Competitividad, otorgada conforme al artículo 36, para todo tipo de actividades de reaseguro.

⁶ El contenido de este párrafo se encuentra en la sección 3.^a del capítulo II del título II del ROSSEAR, que cae en la misma incoherencia que se destacó respecto a la sección 1.^a, precisamente por tratar de llevar el mismo esquema que la LOSSEAR, pues el único precepto de esta sección, el artículo 34, nada dice sobre las entidades reaseguradoras, sino únicamente sobre las aseguradoras, por lo que no tiene sentido el título de la sección al incluir a las entidades reaseguradoras, pudiendo incluso dar lugar a confusión sobre su ámbito de aplicación.



Análisis jurisprudencial

Existencia de lucro cesante por la pérdida del trabajo durante la baja médica por lesiones temporales: una visión desde el nuevo baremo de tráfico

1. Objeto de controversia

Este trabajo tiene como base el caso resuelto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 2.ª) núm. 126/2015, de 13 de julio (JUR 2015\191811). Se trata de un procedimiento de determinación de cuantía de la responsabilidad civil *ex delicto* por un accidente de tráfico en el que se condena solidariamente al acusado (absuelto en segunda instancia por aplicación del artículo 152 del Código Penal, con respecto a la disposición transitoria primera del mismo cuerpo legal, tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 1/2015) y a la compañía aseguradora a indemnizar a la víctima por razón de dos conceptos: por lesiones y demás perjuicios, y por el lucro cesante.

Se centra la controversia de segunda instancia en la procedencia de la indemnización por lucro cesante reconocida y, en caso afirmativo, en la determinación de la cuantía. La víctima, pocos días después del accidente, finalizó su contrato con la empresa en la que trabajaba. La sociedad se mantuvo a la espera de que cesase la incapacidad temporal de la víctima; contrató a un sustituto provisional, pero la prolongación de la incapacidad conllevó que el sustituto finalmente fuera contratado de forma indefinida debido a las prórrogas.

Según lo anterior, la Audiencia considera que la imposibilidad de prorrogar el contrato laboral de la víctima, su edad y la existencia de secuelas tras su recuperación conllevan que se vea notablemente impedida para la reinserción en el mercado laboral. Por tanto, tal situación, acarreada por el accidente, supone la existencia de un lucro cesante justificable por el principio de reparación íntegra. La indemnización se calcula utilizando el salario mínimo interprofesional habido el día del alta médica, multiplicado por dos años, que es el periodo máximo de prestación por desempleo. Y ello con independencia de que la Seguridad Social haya satisfecho algún tipo de indemnización, puesto que ésta es de carácter objetivo.

2. Perspectiva desde el nuevo baremo de tráfico

Con el nuevo texto normativo introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, el legislador ha venido a «objetivar» la determinación de la cuantía de la indemnización del lucro cesante y ello, posiblemente, con un doble fin: *a)* eliminar las controversias entre las partes en la determinación del *quantum* indemnizatorio por este concepto en la fase extrajudicial en pro de alcanzar un acuerdo y *b)* facilitar a los tribunales la labor de delimitar el importe por tal concepto, en aras de evitar el caos jurisprudencial preexistente.

Volviendo al caso dado, se habría obtenido un resultado distinto si en un supuesto idéntico se hubieran aplicado los nuevos criterios del baremo de tráfico. Cabe matizar que el régimen aplicable sería el de lesiones temporales en su modalidad de lucro cesante como perjuicio patrimonial (tabla 3.C), contenido en el nuevo artículo 143 del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que la jurisprudencia venía identificando como «incapacidad transitoria». Las diferencias las encontramos en los siguientes puntos.

2.1. La referencia para cuantificar el lucro cesante

El nuevo texto normativo establece que el lucro cesante en los supuestos de lesiones temporales consiste en la pérdida o disminución temporal¹ de los ingresos netos provenientes del trabajo personal del lesionado. Acto seguido, establece que la pérdida de ingresos netos variables se acreditará mediante la referencia a los obtenidos en el periodo análogo del año anterior o la media de los obtenidos en los tres años anteriores si la cuantía fuera mayor.

Esta redacción puede inducir al error de considerar que la referencia al periodo análogo del año anterior (o la media trianual) se utiliza en

¹ La redacción normativa cae en la ambigüedad consistente en si el adjetivo «temporal» está relacionado tanto con «perjuicio» como con «disminución» o, por el contrario, sólo se refiere a ésta última. Del contexto entiendo que afecta a ambos elementos, pero sería más apropiado el uso del adjetivo en plural («temporales») para evitar cualquier atisbo de duda.



todo caso, es decir, que no se tendrá en cuenta la situación de la víctima en el momento en que se produce el accidente, sino la referencia antes expuesta. Sin embargo, de una interpretación teleológica de los apartados 1 y 2 del nuevo artículo 143 puede extraerse la concepción de que el segundo apartado realmente es una excepción o, mejor dicho, una complementación del primero.

En efecto, el apartado 1, al hablar de «ingresos netos provenientes del trabajo personal» está definiendo el concepto de lucro cesante en el ámbito de las lesiones temporales, pero dentro de esos «ingresos netos» puede diferenciarse entre ingresos netos fijos e ingresos netos variables. Respecto a los primeros, habrá que tener en cuenta la situación de la víctima en el momento del accidente, mientras que, para los segundos, habrá que utilizar la precisión dada por el apartado 2 del artículo 143, esto es, la referencia al periodo análogo del año anterior o la media trianual, según corresponda².

En consecuencia, a diferencia de lo dictaminado en la sentencia que se analiza, no se aplicaría como referencia el salario mínimo interprofesional (sólo se prevé para las personas dedicadas a las tareas del hogar) para el cálculo del lucro cesante.

2.2. La deducción de prestaciones sociales percibidas por la víctima

En contra de la decisión adoptada por el juez *a quo* y la audiencia en el caso anteriormente expuesto, en el nuevo baremo sí habría que deducir del *quantum* indemnizatorio el importe de las prestaciones sociales recibidas por la víctima (art. 143.3 de la Ley 35/2015: «De las cantidades que resultan de aplicar los criterios establecidos en los dos apartados anteriores se deducen las

prestaciones de carácter público que perciba el lesionado por el mismo concepto»³).

En nuestro supuesto, resultaría que la víctima recibiría desde el momento del accidente la prestación por incapacidad temporal durante el tiempo de vigencia del contrato por un importe equivalente al cien por cien de sus ingresos netos y, posteriormente, una vez finalizado el contrato de trabajo y perdurando la incapacidad, obtendría la misma prestación, pero por el valor que le correspondería en concepto de prestación por desempleo. Tras el alta médica, percibiría la prestación por desempleo durante dos años, restándose del cómputo del plazo los meses en los que estuvo cobrando la prestación desde el fin del contrato a la obtención del alta médica.

Resulta controvertida la interpretación del nuevo artículo 143.3 por cuanto no queda del todo claro qué tipo de prestaciones deben deducirse y en concepto de qué. ¿Se refiere al «concepto» de lesión temporal? ¿Al «concepto» de pérdida o disminución temporal de ingresos netos? Por ejemplo, en nuestro supuesto nos encontramos con que la víctima va a percibir dos tipos de prestaciones (incapacidad temporal y desempleo) por dos conceptos distintos (lesiones temporales y pérdida de trabajo). Si entendemos que la norma hace referencia a la prestación en concepto de lesión temporal (incapacidad temporal), habría que entender entonces que no resultaría deducible la prestación por desempleo (en concepto de pérdida de empleo), pues precisamente se trata de una prestación pública por un concepto distinto que está fuera del ámbito objetivo de la norma. En síntesis, esta interpretación viene a decir que sólo serán deducibles las prestaciones públicas en concepto de incapacidad temporal y no otras. Con ello, en el supuesto que venimos analizando

² Piénsese, por ejemplo, en el caso usual de un trabajador cuya retribución salarial está constituida por un componente fijo y otro variable relacionado con los criterios contractualmente pactados con el empleador, como puede ser la consecución de objetivos.

³ De hecho, en la jurisdicción social, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª) dictó el 15 de diciembre del 2009 una sentencia (RJ 2010\2126) de unificación de doctrina respecto a la valoración de la indemnización por lucro cesante en supuestos de incapacidad temporal, en la cual establecía que «para la indemnización procedente en concepto de lucro cesante, salvo prueba sobre una cuantía superior, como mínimo del derecho al percibo de una suma equivalente al 100 % del salario dejado de percibir en dicho periodo y de haberse percibido cantidades en conceptos de prestaciones económicas de incapacidad temporal, que compensan exclusivamente el lucro cesante, o por otros complementos o mejoras durante dicho periodo que, como regla, solamente compensan el lucro cesante, el accidentado tiene derecho, como mínimo, a percibir las diferencias hasta el 100 % del salario dejado de percibir», es decir, que «la indemnización por lucro cesante [debe fijarse], como mínimo y salvo prueba acreditativa de un daño o perjuicio mayor, en cuantía equivalente al 100 % del salario dejado de percibir en dicho periodo por el accidentado y, en el supuesto de haberse percibido durante dicho periodo cantidades en concepto de prestaciones económicas de [incapacidad] T[emporal] (las que compensan exclusivamente el lucro cesante) o por otros complementos o mejoras (las que igualmente, como regla, solamente compensan el lucro cesante), la indemnización ascenderá, como mínimo, a las diferencias entre lo percibido por tales conceptos y el importe del 100 % del salario dejado de percibir».



resultarían deducibles las prestaciones percibidas durante la incapacidad temporal y durante el periodo de baja médica.

Sin embargo, infiero que realmente por «concepto» el apartado se refiere a la «pérdida o disminución temporal de ingresos netos [fijos y variables] provenientes del trabajo personal del lesionado», como concepto único. La pérdida del empleo como consecuencia de la incapacidad temporal (como ocurre en nuestro caso) constituye realmente una pérdida de los ingresos netos procedentes del trabajo personal. Esta pérdida será o no temporal, dependiendo del tipo de contrato que se hubiere firmado de no existir la incapacidad temporal⁴. En efecto, existe un nexo causal entre las lesiones temporales sufridas por el accidente y la pérdida del trabajo que resulta innegable, de modo que el perjuicio económico debe resarcirse en aplicación del principio de reparación íntegra o del propio artículo 1106 del Código Civil. En síntesis, la indemnización por lucro cesante en lesiones temporales también tendrá lugar en aquellos casos en los que exista una expectativa razonable de que el lesionado vaya a obtener un trabajo, pero cuya baja médica por lesiones temporales le impida ser contratado; su *quantum* indemnizatorio se valorará teniendo en cuenta la duración del contrato y los ingresos fijos y variables que hubiere obtenido⁵.

Con todo, puesto que la indemnización por lucro cesante comprende todas las pérdidas o disminuciones de los ingresos netos del trabajo personal del lesionado, éste recibirá diversas prestaciones públicas en el supuesto dado, principalmente por

incapacidad temporal y por desempleo. Al venir tales prestaciones a paliar precisamente el perjuicio económico acontecido, tiene sentido que el importe de éstas sea deducido del *quantum* indemnizatorio al amparo del artículo 143.3 que venimos comentando. Pensar lo contrario podría dar lugar incluso a un enriquecimiento injusto del lesionado. Tomando como base lo anterior, existirá perjuicio económico y, por tanto, corresponderá la indemnización por *lucrum cessans* sólo si las prestaciones recibidas tienen un valor inferior al que la víctima habría percibido si hubiera seguido trabajando. De hecho, si la empresa decide complementar las cantidades no pagadas por la Seguridad Social, no existirá perjuicio económico.

2.3. La exclusión de determinadas víctimas y el fin de la innecesidad de acreditar los ingresos económicos perdidos

Ya hemos visto *ut supra* (apdo. 2.1.) que se utilizarán como referencia para la determinación del *quantum* indemnizatorio los ingresos netos del trabajo percibidos por la víctima, ya sean fijos o variables. Este nuevo criterio tiene un doble efecto, para nada desdeñable.

Por un lado, la referencia a los ingresos «del trabajo» excluye de forma automática a aquellas víctimas que se encuentren en situación de desempleo⁶, a las que estén pendientes de acceder al mercado laboral o a los estudiantes, pues no obtienen ingresos⁷. La norma sólo prevé como excepción a esta regla el supuesto de las personas que se encarguen de las tareas del hogar, no otras.

⁴ Este hecho desemboca en una nueva controversia sobre cómo habría que computar el *quantum* indemnizatorio en los supuestos en los que el contrato que la víctima iba a celebrar era indefinido, pues no se sabe con exactitud durante cuánto tiempo estaría la víctima contratada. A estos efectos, seguramente el problema debería resolverse tomando como referencia el límite de dos años en los que la víctima percibiría la prestación por pérdida de empleo, principalmente por establecer cierta seguridad jurídica.

Ahora bien, en el caso de que se supiera con certeza que el contrato que iba a celebrarse era por un periodo determinado, es decir, era un contrato temporal cuya fecha de finalización se conocía, entiendo que la indemnización por lucro cesante debería calcularse teniendo en cuenta tal duración, de modo que será indiferente si ésta es mayor o menor de los dos años en los que la víctima percibiría la prestación por desempleo o en los que estaría en situación de baja médica.

⁵ Corresponderá al lesionado acreditar que la expectativa de obtener un trabajo responde a un juicio de probabilidad objetivable, es decir, que quede probado con certeza que el contrato iba a celebrarse y, por tanto, debe proyectarse el lucro cesante sobre ganancias futuras o meras expectativas [v. gr., en el plano contractual, las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 290/2014, de 10 de septiembre (RJ 2014\4800), y núm. 681/2013, de 18 de noviembre (RJ 2014\2388), vienen a establecer la carga de la prueba sobre el interesado].

⁶ Incluso en el supuesto de que se trate de desempleados que están percibiendo la prestación por desempleo, resulta obvio que no existirá lucro cesante al ser idéntico el valor de ambas prestaciones y no existir merma o perjuicio económico.

⁷ Resultaría controvertido dilucidar si procede la indemnización en el caso de que el desempleado tuviera una expectativa probable y objetivable de ir a ser contratado en un momento posterior al accidente. Este supuesto es el mismo que el analizado en el apartado 2.2 de este trabajo, con la salvedad de que el lesionado no trabajaba en el momento del accidente. Entiendo que, si se prueba que la contratación iba a efectuarse, también cabría indemnización por lucro cesante en este caso por las mismas razones que expuse para el lesionado trabajador.



Este hecho aclara la anterior controversia suscitada en la jurisprudencia sobre si procedía o no la aplicación automática del factor de corrección del 10 % sobre la indemnización básica previsto para los casos de incapacidad permanente. El Tribunal Supremo⁸ vino a esclarecer que sí era aplicable con la mera constancia de que la víctima se encontrase en edad laboral, sin necesidad de que se acreditaran los ingresos económicos (aunque dejaba al arbitrio del juzgador la delimitación del

porcentaje exacto aplicable respecto a la horquilla del 10 %). Ahora no hay duda, la doctrina del Tribunal Supremo ya no es aplicable.

Y lo antedicho, por otro lado, lleva intrínseco el segundo de los efectos, esto es, la necesidad de acreditar en todo caso los ingresos netos percibidos por el trabajo personal. Sin ello, la indemnización del lucro cesante no debe ser pertinente.

Progenitor causante del accidente de circulación y titularidad del crédito indemnizatorio por fallecimiento del hijo

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) número 30/2015, de 5 de febrero (RJ 2015\511), resuelve el supuesto relativo a un accidente de circulación en el que fallece la hija de un matrimonio. Tal accidente acontece por culpa de la madre, que era la conductora. El padre demanda a la entidad aseguradora una indemnización por el 100 % de los daños.

El Tribunal Supremo entra a valorar si la indemnización considerada para los «padres» en el anexo de la anterior redacción de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor se preveía como una cuantía conjunta para ambos progenitores o, por el contrario, se trataba de cantidades separadas.

Al respecto, el tribunal dictamina que la norma establece una indemnización conjunta para los progenitores, pero divisible en partes iguales, pues a cada uno le corresponde

la mitad de la cuantía¹. En consecuencia, el único progenitor demandante no puede solicitar la totalidad del *quantum* indemnizatorio, sino sólo la mitad que le corresponde. De hecho, entender lo contrario supondría que el progenitor demandante obtendría un resarcimiento mayor (al obtener él solo el 100 % de la indemnización) en los supuestos como éste en comparación con aquellos en los que la culpa del accidente le corresponda a un tercero ajeno (en cuyo caso se procedería al reparto entre ambos progenitores)².

Esta individualización de las cuantías indemnizatorias se acentúa en los casos en los que no existe el matrimonio entre los progenitores o éstos estén divorciados.

Sólo dispone la jurisprudencia el otorgamiento del 100 % de la indemnización a uno de los progenitores cuando éste sea precisamente el único progenitor supérstite³.

⁸ Vid. por todas la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 289/2012, de 30 abril (RJ 2012\5135).

¹ Se ampara el Tribunal Supremo precisamente en el proyecto de reforma que se estaba tramitando en los tiempos en que se dictó la sentencia que se comenta. En efecto, el nuevo texto legal introducido por la Ley 35/2015 establece en la categoría de «ascendientes» una individualización de las indemnizaciones que corresponden a cada progenitor.

² Lo más correcto es interpretar que, cuando el progenitor causante del accidente demande la parte que le correspondería como indemnización, puesto que él mismo es culpable y, a su vez, deudor de tal indemnización, es aplicable la extinción por confusión prevista en el artículo 1192 del Código Civil [vid. STS (Sala 2.ª) de 16 de marzo de 1992 (RJ 1992\2267)]. En consecuencia, al no existir deuda resarcible, la entidad aseguradora no debe indemnizar.

³ Vid. STS (Sala de lo Civil, Pleno) 281/2009, de 27 de abril (RJ 2009\4141), que utiliza el «principio de la indemnización única por categoría» y el «principio del perjuicio solitario» para fundamentar la atribución del 100 % del *quantum* indemnizatorio al progenitor único.



Rescate de un plan de pensiones: constituye ingreso la plusvalía o ganancia, pero no el importe total del plan en su compatibilidad con las prestaciones por desempleo

1. La Ley de Planes y Fondos de Pensiones (LPFP) prevé en su artículo 8 las contingencias que permiten obtener las prestaciones de dichos planes. Con carácter excepcional, el artículo 8.6a, que regula la contingencia de jubilación, admite que dichos planes dispongan el pago de la prestación correspondiente a la jubilación en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral (por alguna de las causas recogidas en los artículos 49.1g, 51, 52 y 57 bis del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente) y pase a situación legal de desempleo. En esta situación, los trabajadores pueden beneficiarse de una prestación o de un subsidio por desempleo. En este último caso, el acceso estará condicionado por la obtención de un determinado límite de rentas por parte del beneficiario.

Se consideran rentas o ingresos computables, a estos efectos, cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social. También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el tipo de interés legal del dinero vigente. Las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto, pudiendo exigir la entidad gestora al trabajador una declaración de aquéllas y, en su caso, la aportación de copia de las declaraciones tributarias presentadas (art. 275.4 de la Ley General de la Seguridad Social o LGSS).

2. Recientemente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de febrero del 2016 (Ar. 45188), ha alterado su doctrina en relación con la compatibilidad entre el rescate de un plan de pensiones y la obtención del subsidio de desempleo. Desde su Sentencia de 18 de abril del 2007 (Ar. 3985), el Tribunal Supremo venía considerando renta el rescate del plan de pensiones, calificándolo de ingreso de naturaleza prestacional equiparable a las rentas del trabajo. Ahora modifica su criterio y estima que dicho rescate no puede derivar en la extinción del derecho al subsidio por desempleo, por cuanto el importe del plan de pensiones rescatado no constituye renta o ingreso computable. A lo sumo, podrá calificarse de ingreso la plusvalía o ganancia generada por dicho plan, pero no el importe total del rescate.

En el supuesto objeto de controversia, se trata de un subsidio de duración excepcional: el subsidio para mayores de cincuenta y cinco años —antes cincuenta y dos— dispuesto desde esa edad hasta la jubilación de la beneficiaria (en este caso, desde el 2006 al 2017). Esta última decide rescatar un plan de pensiones en el 2007 por importe de 16 125,43 euros, cantidad que declara a la Administración tributaria al efectuar la declaración de la renta correspondiente a dicho ejercicio. La entidad gestora del subsidio dicta una resolución por la que acuerda primero la suspensión y después la extinción de dicho subsidio por haber obtenido rentas por encima del límite permitido, considerando, además, que existe una percepción indebida por importe de 8314,28 euros. La sentencia dictada en suplicación admitirá la suspensión del subsidio, pero no así su extinción, ya que la imputación de los ingresos obtenidos por la liquidación del fondo de pensiones deberá hacerse en el mes en que se produce el rescate, siendo éste el único periodo de tiempo durante el cual la beneficiaria no tendría derecho a percibir el subsidio, lo haya comunicado o no a la entidad gestora. Recurrida esta decisión en unificación de doctrina, sólo se cuestiona la sanción de extinción y no la de suspensión, sin que tampoco sea objeto de controversia la procedencia o no del reintegro de la cantidad percibida que ha adquirido firmeza al no haberse planteado recurso sobre este punto concreto.

3. Conviene precisar que, en virtud de lo previsto en el artículo 25.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), se considera infracción «no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación». Esta infracción conlleva como sanción la extinción del subsidio (art. 47 LISOS). Por lo demás, el artículo 1 de dicha norma señala que «constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables, tipificadas y sancionadas en la presente ley y en las leyes del orden social».

Procede, pues, considerar si la conducta del rescate del plan de pensiones constituye una infracción tipificada por el ordenamiento laboral. A tal fin, el Tribunal Supremo, recogiendo doctrina constitucional precedente, establece que el principio de legalidad supone



«la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionable (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)» (STC 246/1991, FJ 3). El principio de legalidad, a su vez, presenta dos aspectos, el formal, consistente en la reserva de ley, y el material, manifestado en el principio de tipicidad. El principio de legalidad implica la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración por una norma de rango legal (STC 77/1983), sin perjuicio de que la ley remita a la norma reglamentaria, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de la sanción que se haya de imponer (STC 42/1987). Por su parte, el principio de tipicidad exige que las acciones u omisiones se delimiten de forma precisa. Consecuencia de lo anterior es la prohibición de interpretar de forma analógica las normas sancionadoras. Para aplicar una norma sancionadora a un caso concreto, el supuesto de hecho ha de encajar exactamente en el tipo legal (STC 182/1990).

A priori, la sanción impuesta en el supuesto que nos ocupa sí responde a una conducta tipificada en la norma reguladora como es la de no comunicar la obtención de las rentas derivadas del rescate de pensiones y percibir el subsidio por desempleo indebidamente. Pero, para llegar a esta conclusión, se requiere examinar si dicho rescate tiene la consideración de renta incompatible con el cobro del citado subsidio.

4. Como es sabido, la Ley de Planes y Fondos de Pensiones regula tres tipos de planes de pensiones (sistema de empleo, sistema asociado y sistema individual). En todos ellos, las contribuciones o aportaciones serán entregadas por el promotor o promotores y por los partícipes, respectivamente, en los casos y forma que, de conformidad con la regulación legal, establezca el respectivo plan de pensiones, determinándose y efectuándose las prestaciones según las normas que aquél contenga. La titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada plan corresponderá a los partícipes y beneficiarios. De acuerdo con lo previsto en cada plan de pensiones, las prestaciones podrán ser en forma de capital —pago único—, en forma de renta —pago periódico— o prestaciones mixtas —que combinan rentas de cualquier tipo con un único cobro en forma de capital—.

En el supuesto en cuestión no consta a qué modalidad de plan de pensiones pertenece el que ha sido objeto de rescate por parte de la beneficiaria del subsidio. Tampoco consta qué ganancia, plusvalía o rendimiento ha podido obtener de él. Pero, en verdad, con el rescate del plan de pensiones la beneficiaria no ha ingresado en su patrimonio nada que no tuviera ya,

sino que ha sustituido un elemento patrimonial (el plan de pensiones) por otro (el dinero obtenido por el rescate del citado plan), considerando el Tribunal Supremo como único dato relevante, a efectos de dirimir este conflicto, «la ganancia, plusvalía o rendimiento que le haya podido reportar el citado plan».

Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal Supremo recuerda su decisión en su Sentencia de 30 de junio del 2000 (Ar. 6279), en la que, al examinar la repercusión que la venta de un inmueble tenía en la continuidad como beneficiario del subsidio de desempleo, el tribunal alegaba que «el significado que las leyes fiscales atribuyen a la venta de una vivienda [...] no trasciende a otros campos del derecho, debido a que esa operación no es equiparable a una renta que mejora o eleva los ingresos mensuales del beneficiario. Desde el punto de vista del derecho privado, un elemento patrimonial (el inmueble) ha sido sustituido por otro (el dinero entregado como precio); trasladado el acontecimiento al plano de la protección asistencial, lo único relevante, en relación con tales elementos patrimoniales, sería[n] los ingresos periódicos que los mismos proporcionarían al interesado; es decir, el ingreso que procurara, sea la vivienda misma, porque estaba arrendada o cedida a cambio de un precio, bien el dinero recibido, porque ha sido invertido en cualquier operación generadora de rentas en sentido estricto [pero] su transformación en dinero, mediante un compraventa, ninguna consecuencia sensible puede tener, desde el punto de vista de la protección en estudio, pues el beneficiario se limita a ser titular de un bien o cosa diferente: antes un inmueble, ahora una cantidad de dinero» (STS de 30 de junio del 2000, Ar. 6279, FJ 3).

De esta forma, y teniendo en cuenta la redacción del artículo 275.4 de la Ley General de la Seguridad Social (semejante la enjuiciada a la actual), ha de considerarse que sólo «las plusvalías o ganancias patrimoniales son rentas o ingresos computables a los referidos efectos», por lo que será necesario estar a la diferencia entre el valor de adquisición de un inmueble que no constituye vivienda habitual y el de su venta (STS de 27 de marzo del 2007, Ar. 4628, FJ 3).

En aplicación de la doctrina expuesta, el Tribunal Supremo concluye en esta Sentencia de 3 de febrero del 2016 (Ar. 45188, FJ 5), que las únicas rentas o ingresos computables a estos efectos son los rendimientos, plusvalías o beneficios que le haya podido generar a la beneficiaria el plan de pensiones durante el tiempo en que aquél subsistió, sin que quepa imputar como renta o ingreso el importe total del rescate del plan, esto es, la cantidad de 16 125,43 euros. Y, puesto que no consta si han existido o no tales beneficios, plusvalías o rentas ni, en su caso, su importe, la beneficiaria



no ha cometido la infracción que se le imputa, a saber, la falta de comunicación a la entidad gestora de rentas incompatibles con el subsidio por desempleo.

Modifica así el Tribunal Supremo su criterio anterior, calificando antes como renta el importe del rescate y considerando ahora tan sólo los beneficios o plusvalías derivados del plan de pensiones en cuestión.

5. Uno de los principales problemas aplicativos de este subsidio para mayores de cincuenta y cinco años en el pasado fue la incompatibilidad con la indemnización por despido que el trabajador recibía. Si se percibía de forma periódica, se consideraba renta incompatible, pero, si se hacía a tanto alzado, sólo los rendimientos de su depósito podían ser considerados renta a efectos del acceso o el mantenimiento de dicho subsidio. Obsérvese que su percepción (desde los cincuenta y cinco—antes, cincuenta y dos— hasta la edad de jubilación) se estima necesaria para mantener la cotización del trabajador —ya inactivo, pero que, como beneficiario de una prestación pública, seguirá cotizando a la Seguridad Social, lo que le garantiza su posterior pensión de jubilación—. Para evitar los innumerables

litigios generados a este respecto, el legislador optó por expresar —ahora, en el art. 275.4 LGSS— que «el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta. Ello con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica».

El pronunciamiento contenido en esta Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero del 2016 (Ar. 45188), coherente con la tendencia legislativa apuntada, estima ahora que la cantidad recibida por el rescate de un plan de pensiones no ha de calificarse como renta a efectos del acceso o mantenimiento del subsidio, aunque sí las plusvalías o beneficios derivados de aquél. Por lo tanto, no procede la extinción del subsidio. Pero tampoco debería admitirse —como sí se ha hecho a lo largo del proceso— la suspensión de la protección, pues, como en el caso de la indemnización por despido, si no se considera renta, se impone no calificarla como tal ni en el mes en que se recibe —que es el motivo que ha justificado la suspensión— ni en el periodo anual al que se imputa —que es lo que avalaría, en su caso, la extinción del derecho, aquí oportunamente rechazada—.

Responsabilidad civil por asbestosis (amianto) también en los familiares de los trabajadores

1. La competencia del orden civil para conocer de reclamaciones derivadas de enfermedades contraídas en el ámbito laboral

- 1.1. Las empresas Uralita, S. A., y Uralita Sistemas de Tuberías, S. A., han tenido que hacer frente a diferentes reclamaciones por daños derivados de la utilización del amianto en su actividad productiva. Pero una decisión de la Sala Primera del Tribunal Supremo (STS—Sala de lo Civil— de 3 de diciembre del 2015, Ar. 308408) ha optado por extender la responsabilidad de la empresa no sólo a los daños sufridos por sus trabajadores, sino a los generados a sus familiares, en concreto, a mujeres que manipulaban la ropa de sus maridos.

La reclamación se formula en ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. En la demanda se defiende la compatibilidad entre las indemnizaciones por accidentes de trabajo y la que puede deducirse de la aplicación de los citados preceptos, derivada del deber general de no causar daño a otros por omisión de las cautelas exigibles en la utilización del amianto, en el marco de una tendencia jurisprudencial hacia la objetivación de

la responsabilidad en el ejercicio empresarial de actividades peligrosas, con inversión de la carga de la prueba, según la cual corresponde al demandado probar que obró con toda la diligencia que le era exigible. Tal diligencia no equivale a la simple observancia de las prescripciones impuestas por la normativa aplicable si aquélla se revela como insuficiente cuando, no obstante su cumplimiento, el daño se produce.

- 1.2. Una primera cuestión, no exenta de interés, se centra en la competencia jurisdiccional del orden civil frente al orden social. En un primer momento, la Sentencia del Tribunal Supremo—Sala de lo Civil—de 15 de enero del 2008 (Ar. 1394) entiende, en aplicación del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en supuestos de reclamaciones civiles como consecuencia del incumplimiento de una relación laboral creada por un contrato de trabajo, para deslindar la competencia de cada uno de los dos órdenes en conflicto, civil y social, resulta concluyente determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o a una conducta ajena. Y, así, encontrándose en el ilícito laboral el fundamento para imputar la responsabilidad en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea



estatal o colectiva, para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar tanto si existe la infracción del deber de protección como la calificación de los hechos en los que se requiere que el empresario actúe como tal. De esta forma, será competente la jurisdicción social siempre que el daño dimane de la vulneración de normas reguladoras de la relación laboral, incluidas las que desarrollan los deberes del empresario, entre los que se encuentra el de proteger eficazmente la salud laboral del trabajador (entre otros, los arts. 5d y 19 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales). La jurisdicción civil será competente únicamente —tanto si la responsabilidad es contractual como extracontractual— cuando conste que el daño se funda en la infracción de normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral. Con una excepción: si en la reclamación figuran personas que no tengan ninguna relación contractual laboral con la víctima del accidente, será competente el orden civil, en cuyo caso, «al no poder dividirse la causa, esta *vis atractiva* afectará también a quienes ostentan una relación laboral con el trabajador fallecido» (FJ 6).

En el supuesto que se analiza, se opta, sin embargo, por dirimir parte de la reclamación en el orden social y parte en el orden civil. La razón es que, por un lado, la demanda la formulan no sólo los trabajadores directamente afectados, sino también los familiares de los trabajadores fallecidos por el daño ocasionado, y, por otro, la reclamación trae causa de la enfermedad contraída por tres amas de casa (una de ellas fallecida) como consecuencia de manipular la ropa de trabajo de sus maridos y, por tanto, sin ninguna relación laboral con la empresa.

En el primer caso —familiares de trabajadores fallecidos—, la legitimación viene determinada por la relación como sucesores de los antiguos trabajadores de la empresa y trae causa directa del accidente de trabajo y de la relación laboral que mantenían los afectados con aquélla. Siendo así, la competencia pertenece al orden social. Cualquier duda al respecto ha quedado resuelta en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en cuyo artículo 2b dispone que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan «en relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la

aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente».

En el segundo caso, sin embargo, quienes reclaman por perjuicio propio son unas amas de casa ajenas al contrato de trabajo, puesto que el daño no está vinculado al cumplimiento o incumplimiento directo de los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo. Por eso procede mantener la competencia del orden civil para resolver sobre su reclamación, tanto si la interpone directamente la afectada como, una vez fallecida, sus familiares, *ex artículo* 1902 del Código Civil.

2. La imputación de la responsabilidad extracontractual de la empresa y la teoría del riesgo derivado a terceros ajenos a la relación laboral

- 2.1. A efectos de resolver esta reclamación, el tribunal valora si cabe aplicar al supuesto litigioso el artículo 1902 del Código Civil en tanto materialización del principio de responsabilidad por culpa. Se argumenta que los criterios de atenuación de la responsabilidad por culpa no son aplicables cuando se trata de responsabilidad por accidentes de trabajo y por enfermedades profesionales, porque en estos casos existe ya un régimen de responsabilidad objetiva —la cobertura ofrecida por las prestaciones de la Seguridad Social— y, aunque exista compatibilidad entre ambas responsabilidades, no tendría fundamento superponer a dicho régimen legal de responsabilidad otra responsabilidad de la misma clase, con base en una interpretación correctora del citado artículo 1902 del Código Civil.

En este sentido, la aplicación de este último precepto exige tener en cuenta al fijar las indemnizaciones lo previsto en el artículo 168.3 de la Ley General de la Seguridad Social, ya que deberán descontarse las cantidades percibidas por los interesados derivadas de las prestaciones de la Seguridad Social. Por esta razón, y partiendo de que la jurisprudencia ha precisado que la responsabilidad adicional del artículo 1902 del Código Civil debe estar encaminada a cubrir la eventual diferencia entre el daño reparado por las prestaciones de la Seguridad Social y el daño total producido por el accidente o la enfermedad profesional—en virtud de los principios de realidad del daño, de evitación de sobreindemnizaciones y del principio del enriquecimiento injustificado—, no cabe sino tener en cuenta las cantidades que las demandantes hubieran percibido o podido percibir de la Seguridad Social. Tal argumento no ha sido atendido, sin embargo, por la Sala, por considerar que no es posible partir del carácter estrictamente laboral de los



daños causados a las amas de casa afectadas por lavar la ropa de sus maridos, por lo que tampoco procedería detraer cantidad alguna en atención a lo percibido por la Seguridad Social.

- 2.2. Por lo demás, debe atenderse a la doctrina del riesgo que, aplicada a los accidentes de trabajo y en particular a las enfermedades profesionales, supone que, a la altura de nuestro tiempo y en atención al estado de nuestro ordenamiento jurídico, la referida doctrina no pueda extenderse más allá de los supuestos en que ha sido establecida normativamente por el legislador. No en vano, las normas y la jurisprudencia que objetivan la responsabilidad lo hacen a favor de terceros ajenos a la actividad, generalmente industrial o empresarial, de que se trate. Sin embargo, en el caso de autos los perjudicados eran o antiguos trabajadores de las empresas demandadas o sus propias mujeres y, por tanto, no deberían ser considerados terceros ajenos al riesgo de la producción. Por lo demás, se olvida que, incluso los supuestos de responsabilidad objetiva tienen como límite el estado de los conocimientos médicos y científicos y la aptitud de los medios técnicos disponibles, de forma que no cubren los denominados «riesgos del desarrollo». En concreto, en relación con los riesgos del asbesto, tanto las regulaciones más modernas como las propias empresas fueron adoptando las medidas de protección disponibles hasta que en el año 2002 se optó por su prohibición dada la práctica imposibilidad de suprimir los riesgos inherentes al trabajo con amianto.

En principio, la doctrina del riesgo no se considera aplicable a las actividades laborales con carácter general, sino sólo a las que realmente comporten una creación de riesgos de evidente magnitud, lo que no es del caso, puesto que su aplicación se hace en favor o por protección de terceros ajenos a la actividad empresarial y no de los propios sujetos de la actividad económica o industrial, como son los trabajadores que en ella obtienen también su utilidad o beneficio. Pues bien, partiendo de esta hipótesis, considera el Tribunal Supremo que la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 del Código Civil (SSTS de 6 de septiembre del 2005, Ar. 6745; de 11 de septiembre del 2006, Ar. 8541; de 5 de abril del 2010, Ar. 4034, y de 22 de septiembre del 2015, Ar. 4017). La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad se corresponde con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una intensificación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y

en una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico que facilitan las reclamaciones de los perjudicados y debilitan la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio (STS de 28 de julio del 2008, Ar. 7253).

La responsabilidad extracontractual responde al principio de la culpa del autor del daño, no convirtiéndose en objetiva por la facilitación de la prueba, ya que, si ello fuera así, «se caería en una responsabilidad por el resultado, propia de épocas primitivas, y que no puede por sí sola servir de base a aquella responsabilidad por creación de riesgos o peligros» (STS de 7 de enero del 2008, Ar. 2000, FJ 4). Por eso se requiere la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, lo que se ha venido considerando un reproche culpabilístico que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 del Código Civil, el cual no admite otras excepciones que las que se hallen legalmente previstas en la ley (SSTS de 3 abril del 2006, Ar. 1916, y de 23 de mayo del 2008, Ar. 3169).

- 2.3. Todas ellas son razones que conducen a estimar la pretensión de las amas de casa que contraen la enfermedad por manipular los uniformes de sus maridos. Desde el punto de vista de la imputación objetiva del resultado lesivo al agente, y contrariamente a lo que sostienen las empresas demandadas, la responsabilidad de estas últimas «no se hace descansar únicamente en el riesgo creado por la utilización de un producto como el amianto, sino que, con absoluto respeto al sistema tradicional culpabilístico, se asienta en la omisión de la diligencia extrema que cabía exigirles en atención a un riesgo previsible, que se invoca para poner de manifiesto la conducta de las citadas empresas y el peligro creado por el material empleado, lo que no les exime de responsabilidad en el ámbito de la culpa civil sobre la base de una causalidad debidamente fundamentada en lo material y en lo jurídico, y de un pronunciamiento sobre el fondo que va a afectar a las demandantes en su exclusiva condición de amas de casa, aunque represente una empresa o explotación permitida» (STS —Sala de lo Civil— de 3 de diciembre del 2015, Ar. 308408, FJ 4).

En opinión del Tribunal Supremo, no se trata de analizar si las empresas (Uralita, S. A., y Uralita Sistemas de Tuberías, S. A.) cumplieron o no la normativa laboral en materia de prevención de riesgos por la manipulación de asbesto o amianto —lo que es propio de la jurisdicción social—, sino si aquéllas actuaron frente a terceros ajenos a esta relación —las mujeres de los trabajadores que manipulaban su ropa— con la diligencia exigible una vez que, a partir de los años cuarenta, se va teniendo un



mayor conocimiento del riesgo que en general suponía la exposición al polvo de amianto, incluso para terceros ajenos a la relación laboral, y que sabían que familiares de los trabajadores podían entrar en contacto con fibras de amianto por ocuparse del lavado y cuidado en su casa de la ropa de trabajo.

- 2.4. Una solución sobre la que se podrían precisar algunos matices. Que existe la posibilidad de compatibilizar distintos tipos de indemnización por una misma actuación empresarial es algo sabido. En materia de contingencias profesionales es frecuente considerar no sólo las prestaciones de la Seguridad Social, sino las correspondientes mejoras voluntarias, el recargo sobre dichas prestaciones por falta de medidas de seguridad en el trabajo o la cuantía, en su caso, de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Amén, por supuesto, de las posibles responsabilidades administrativas o penales.

Pero la responsabilidad civil del empresario en estos casos se deriva, básicamente, de la aplicación del artículo 1101 del Código Civil (CC), en tanto responsabilidad contractual, y del artículo 42.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que obliga al empresario a abonar al trabajador o a sus causahabientes una indemnización que compense íntegramente los daños y perjuicios causados. Con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la competencia, incluso para este tipo de responsabilidad, ha quedado residenciada en el orden social, *ex artículo 2b* de dicha ley, si bien hasta entonces resultaba frecuente asistir a distintos pronunciamientos en ambos órdenes jurisdiccionales sobre asuntos idénticos: en el ámbito social, con una tesis más proclive al descuento en la indemnización de lo percibido en el ámbito de la Seguridad Social; en el ámbito civil, con una indemnización independiente y autónoma, por lo general, de lo abonado al trabajador o a sus familiares en concepto de Seguridad Social, permitiendo su acumulación.

Con el supuesto analizado, estos parámetros no resultan útiles. En primer lugar, porque no se deriva de una responsabilidad contractual (art. 1101 CC), sino extracontractual (art. 1902 CC), toda vez que las perjudicadas no tienen una relación contractual con el causante del daño. En segundo término, porque la obligación que establece la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su artículo 42.1 deriva de los riesgos sufridos por el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo, pero no extiende dicha responsabilidad a los que indirectamente puedan sufrir sus familiares. Y, en tercer lugar, porque, a diferencia de lo que establece el

artículo 2b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no se trata de una acción ejercida por el trabajador o sus causahabientes contra el empresario por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, sino que deriva de una acción interpuesta por un tercero.

Con todo, podría haberse derivado el conocimiento de todos los asuntos al orden social por tres razones básicamente. La primera, porque, como se ha apuntado, dividir la causa cuando el origen es idéntico no tiene sentido y, si bien antes (STS, Sala de lo Civil, de 15 de enero del 2008, Ar. 308408) se consideraba que la *vis atractiva* beneficiaba al orden civil, ahora le correspondería al orden social. La segunda, porque el propio artículo 2b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social recoge el objeto de la acción (daños originados en el ámbito de la prestación o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales) como determinante de la competencia, no siéndolo los sujetos legitimados (el trabajador o sus causahabientes). Finalmente, porque, si se atiende a lo establecido en el artículo 2e de dicha norma, la jurisdicción social es competente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales tanto frente al empresario como a otros sujetos obligados. No en vano, el artículo 4.3.º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales considera «daño derivado del trabajo» la enfermedad, patología o lesión sufrida con motivo u ocasión del trabajo.

Podría considerarse, tras lo expuesto, que admitir la competencia del orden civil tiene ventajas para las mujeres afectadas por asbestosis por manipulación de la ropa de trabajo de sus maridos, expuestas al polvo del amianto. Pero carecería de fundamento. A diferencia de lo ocurrido en anteriores supuestos en los que el orden civil optaba por acumular indemnizaciones y no restar lo percibido por el trabajador con las prestaciones (incapacidad temporal, invalidez permanente, lesiones permanentes no invalidantes, etc.), mejoras o recargos de la Seguridad Social, aquí ese argumento no podría ser utilizado por cuanto las demandantes no han sido beneficiarias de la Seguridad Social por el daño producido (salvo, en su caso, si alguna de ellas hubiera percibido la pensión de viudedad). Por tanto, se impone la reparación íntegra (lucro cesante, daño emergente y daño no patrimonial) sin deducción alguna, ya resuelva el orden civil, ya lo haga el orden social.



Praxis judicial sobre el dolo del asegurado y los formularios de preguntas redactadas por el asegurador: el alcance del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro

El presente trabajo trata de recopilar el tratamiento del dolo del asegurado en la contestación a las preguntas de los formularios de seguros y las consecuencias en la aplicación del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro (deber de declaración).

1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

— *STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 72/2016, de 17 de febrero (JUR 2016\41243)*: la cumplimentación del formulario de salud por los empleados de la entidad aseguradora con las respuestas dadas por el asegurado no implica la invalidez de aquél por culpa de la entidad. Asimismo, la respuesta negativa respecto a la pregunta de si el asegurado padecía o había padecido alguna limitación psíquica o enfermedad crónica, o una enfermedad que necesitara de tratamiento médico en los cinco años precedentes, implica el incumplimiento del deber de declaración del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro por cuanto el asegurado había sufrido durante los doce años precedentes a la firma de la póliza trastornos psíquicos (depresiones) que llegaron a necesitar tratamiento médico, dando lugar finalmente a una enfermedad crónica (trastorno bipolar). Si bien es cierto que no podía preverse que tales trastornos darían lugar años después a la enfermedad, ello no implica que el asegurado no fuera consciente de que tales circunstancias debían haber sido declaradas por su trascendencia, sobre todo teniendo en cuenta que el tratamiento médico comenzó un mes antes de la adhesión a la póliza colectiva.

— *STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 676/2014, de 4 de diciembre (RJ 2014\6509)*: en los casos en que el cuestionario es rellenado por los empleados de la compañía aseguradora sin que se haya recabado de la tomadora del seguro la contestación a las preguntas, por mucho que aparezca su firma al final del cuestionario, no habrá habido infracción del deber de declarar aquella circunstancia relevante para la determinación del riesgo, porque de hecho no habrá sido preguntado por ella. Pero si consta acreditado, como es el caso enjuiciado, que los empleados habían rellenado el cuestionario con las contestaciones suministradas por la tomadora, previa formulación de preguntas que incluían las relativas a haber padecido con anterioridad una enfermedad de cáncer, en ese caso debe entenderse que ha existido una infracción del deber de declaración.

Consecuencias del incumplimiento del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro:

- La facultad del asegurador de rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar desde el conocimiento de la reserva o inexactitudes del tomador del seguro.
 - La reducción de la prestación del asegurador proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Esta reducción se produce únicamente si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración de rescisión.
 - La liberación del asegurador del pago de la prestación. Este efecto sólo se produce si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro.
- *STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 669/2014, de 2 de diciembre (RJ 2014\6352)*: no existe dolo del asegurado en el supuesto en el que incumple su deber de declaración del riesgo con buena fe ante la presentación del cuestionario de salud de la entidad aseguradora por cuanto el empleado podía apreciar sin esfuerzo que realmente existían enfermedades omitidas relacionadas con deformaciones físicas y limitaciones funcionales de movilidad que eran evidentes a simple vista. Además, «en el caso en que el asegurador llega a tener conocimiento de la declaración inexacta del tomador del seguro después de la firma del contrato, y no opta por su resolución en el plazo legal [de un mes, ex art. 10 LCS], se entiende que ha considerado irrelevante la declaración inexacta y, por lo tanto, caso de producirse el siniestro, no puede liberarse de la obligación de pago de la indemnización alegando dolo o culpa grave en el tomador del seguro».
- *STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 479/2008, de 3 de junio (RJ 2008\4171)*: para que la entidad aseguradora se vea liberada del pago de la indemnización es necesario que exista dolo o culpa grave por parte del tomador, no siendo suficiente la existencia de inexactitudes o reticencias que den lugar a la reducción de la prestación. «En definitiva, si dejó de comunicar a la compañía la debatida incidencia fue sin duda porque desde su subjetivo —y en esos momentos justificable— punto de vista la consideró intrascendente, incurriendo en lo que, a lo sumo, constituiría una culpa leve».



- *SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 1200/2007, de 15 de noviembre (RJ 2007\8423), y 600/2006, de 1 de junio (RJ 2006\3063)*: el deber de declaración del riesgo supone tanto una obligación legal como una manifestación del principio de la buena fe, por lo que la entidad aseguradora no puede alegar la existencia de dolo del tomador en las respuestas dadas y en la firma otorgada basándose en el cuestionario planteado al asegurado. En consecuencia, la aseguradora ni puede rescindir el contrato ni puede liberarse del pago de la indemnización, pues no media culpa o dolo.
- *STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 188/2006, de 2 de marzo (RJ 2006\918)*: es obligación de la entidad aseguradora proporcionar al asegurado el conocimiento suficiente para saber el sentido de las preguntas del cuestionario de salud planteado. Su incumplimiento conlleva la imputación de la culpa a la entidad.
- *STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 456/2004, de 7 de junio (RJ 2004\4422)*: existe incumplimiento del deber de declaración del riesgo por parte del asegurado en un seguro de vida cuando omite hacer referencia a unas dolencias anteriores que dieron lugar al diagnóstico de una enfermedad (cáncer), pese a que en el momento de suscripción de la póliza se le diera por recuperado.
- *STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 285/2004, de 12 de abril (RJ 2004\2612)*: se entiende que si el tomador no rellena personalmente el cuestionario de salud, ello equivale a la inexistencia de presentación de dicho cuestionario.
- *STS (Sala de lo Civil) de 2 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8773)*: el deber de declaración del riesgo del asegurado con buena fe se limita a la respuesta de las preguntas planteadas por la entidad aseguradora en su cuestionario de salud, pero tal deber no implica suplir sus carencias o insuficiencias.

2. Jurisprudencia menor

- *SAP Pontevedra (Sección 3.ª) 376/2014, de 9 de diciembre (JUR 2015\61813)*: «no cabe exoneración de la aseguradora cuando la muerte guarda relación causal con la esgrimida agravación del riesgo».
- *SAP Cáceres (Sección 1.ª) 256/2015, de 16 de septiembre (AC 2015/1543)*: no existe ocultación de una limitación sensorial (sordomudez) e incumplimiento del deber de declaración del riesgo del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro cuando 1) en el cuestionario de salud se responde afirmativamente a la existencia de limitaciones físicas y 2) el propio empleado de la entidad aseguradora podía haber comprobado de forma evidente que el asegurado padecía tal limitación.
- *SAP Castellón (Sección 3.ª) 71/2014, de 26 de febrero (JUR 2014\120249)*: procede aplicar la reducción proporcional de la indemnización *ex articulo* 10 de la Ley de Contrato de Seguro aun existiendo relación de causalidad.
- *SAP Madrid (Sección 18.ª) 59/2014, de 3 de febrero (Id Cendoj: 28079370182014100056)*: no existe agravación del riesgo cuando tras la contratación de un seguro de vida aparece una enfermedad letal. «Resulta sumamente dificultoso poder hablar de comportamiento doloso, ni tan siquiera reticente por parte de la asegurada, cuando la consecuencia de las supuestas maquinaciones o de las reticencias y reservas mentales no supone ningún beneficio real para la misma sino un beneficio para la entidad financiera que confió del préstamo que resulta ser la beneficiaria del capital asegurado».
- *SAP Las Palmas (Sección 5.ª) 469/2013, de 28 de noviembre (JUR 2014\29235)*: en un seguro colectivo vinculado a un préstamo hipotecario, la existencia de cuatro preguntas generales equivale a la inexistencia de un cuestionario de salud. Asimismo, la situación de invalidez fue posterior a la contratación del préstamo y al seguro vinculado, siendo una exclusión limitativa de los derechos del asegurado.
- *SAP Ciudad Real (Sección 1.ª) 267/2013, de 4 de octubre (JUR 2013\325652)*: no existe ocultación de una visita al servicio de urgencias por cuanto ésta tuvo lugar después de rellenarse el cuestionario de salud, aunque antes de que el corredor de seguros recibiera tales respuestas por parte del empleado de la cooperativa encargado de recibir el formulario respondido por parte del tomador. En consecuencia, no existe mala fe ni omisión significativa, máxime cuando en una consulta al médico de cabecera hecha un mes antes de la contratación ningún doctor fue capaz de prever que los síntomas eran consecuencia de una grave enfermedad.
- *SAP Asturias (Sección 1.ª) 439/2012, de 26 de noviembre (JUR 2013\5942) y SAP Castellón (Sección 1.ª) 34/2012, de 20 de marzo (JUR 2012\219397)*: el agente de la entidad aseguradora, además de rellenar él mismo el cuestionario, conocía el mal estado de salud del asegurado y, por tanto, no existe dolo por parte de éste en la contestación del formulario de salud.



- *SAP Barcelona (Sección 17.ª) 248/2012, de 16 de mayo (JUR 2012\259802)*: las únicas respuestas posibles son las escuetas «SÍ» o «NO», por lo que no es posible concretar si verdaderamente se trata de un asegurado que bebe y fuma con asiduidad o de forma esporádica. En consecuencia, no puede considerarse dolo por parte del asegurado, pues corresponde a la aseguradora delimitar el alcance con la pregunta y el riesgo que realmente supone.
- *SAP Cáceres (Sección 1.ª) 23/2012, de 12 de enero (JUR 2012\29238)*: se entiende que no se ha presentado el formulario de salud cuando éste se presenta con la firma del préstamo hipotecario al cual está vinculado, sin que se explique el alcance del cuestionario.
- *SAP Valencia (Sección 8.ª) 51/2008, de 4 de febrero (JUR 2008\137832)*: el deber de declaración del riesgo del asegurado con buena fe se limita a la respuesta de las preguntas planteadas por la entidad aseguradora en su cuestionario de salud, pero tal deber no implica suplir sus carencias o insuficiencias.
- *SAP Navarra (Sección 2.ª) 230/2007, de 20 de diciembre (JUR 2008\126551)*: en la valoración de las respuestas dadas por el asegurado respecto al cuestionario de salud planteado debe tenerse en cuenta el nivel de gravedad general de la enfermedad entendido por la sociedad en general, siendo así que enfermedades como «la hipertensión, la lipidemia y la obesidad pueden no tenerse en cuenta en la sociedad actual, pero una insuficiencia renal conocida es ciertamente una enfermedad que conlleva a falsedad de los datos de salud» aportados por el asegurado.
- *SAP Valencia (Sección 7.ª) 549/2004, de 14 de octubre (Id Cendoj: 46250370072004100380)*: no existe dolo del asegurado cuando la entidad aseguradora no le ha efectuado ningún examen médico.
- *SAP Toledo (Sección 1.ª) 82/2003, de 6 de marzo (Id Cendoj: 45168370012003100107)*: se entiende que si el cuestionario es rellenado por un agente y no por el tomador, ello equivale a la inexistencia de dicho cuestionario, puesto que el agente, aun comunicándole el asegurado sus problemas de salud, puede omitirlos en las respuestas.

Intereses de demora en seguro de responsabilidad civil: *dies a quo* y legitimación para su solicitud

La reciente Sentencia número 581/2015 del Tribunal Supremo¹ enjuicia el supuesto en el que una entidad aseguradora es condenada a pagar a su asegurado los intereses de demora *ex articulo* 20 de la Ley de Contrato de Seguro en relación con un seguro de responsabilidad civil.

El siniestro tuvo lugar cuando uno de los trabajadores de la empresa asegurada (constructora) taló por error varios árboles protegidos que pertenecían al Ayuntamiento, daños que ascendían a medio millón de euros. El Ayuntamiento requirió el pago a la aseguradora, pero ésta se negó y rechazó el siniestro, por lo que el órgano público se dirigió al promotor, el cual hizo efectivo el pago de los daños. Después el promotor repercutió el importe sobre la constructora descontándolo de la liquidación final de la obra. Entonces la constructora reclamó la cantidad por incumplimiento a la entidad aseguradora, que de nuevo se negó. No se habla en la sentencia de los momentos en que las distintas partes requirieron el pago

a la entidad aseguradora, pero sí de que entre el siniestro y el fin de la obra transcurrieron cinco años, aunque todo indica que el asegurado remitió varias comunicaciones a la aseguradora sobre el acaecimiento del siniestro y el deber de cobertura, por lo que no existe prescripción de la acción ni incumplimiento del deber de comunicación del siniestro.

El Tribunal Supremo considera que el siniestro se encuentra asegurado por la póliza de responsabilidad civil y que, por tanto, la entidad aseguradora debe responder. Respecto de los intereses de demora del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro aclara lo siguiente:

- Pueden ser exigidos por el asegurado y por el tomador (en este supuesto coinciden ambas figuras en la constructora), por lo que no tiene sentido considerar que la justificación de los intereses estriba en proteger el resarcimiento exclusivo de la víctima (el Ayuntamiento)².

¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 581/2015, de 20 de octubre (RJ 2015\4977).

² Sorprende en este punto la defensa efectuada por la entidad aseguradora pues, si bien es cierto que con anterioridad a la reforma del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro efectuada por la Ley 30/1989, de 21 de junio, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, existían dudas sobre quién poseía la legitimación para solicitar los intereses, tras la reforma el texto legal era muy claro —al igual que la doctrina— al considerar como legitimados al asegurado, el tomador, los beneficiarios y los terceros perjudicados.



- El *dies a quo* a efectos de computar el periodo de mora comienza desde que el asegurado pasa a ser perjudicado, es decir, desde que se liquidó el final de la obra y el promotor repercutió sobre la constructora el importe de los daños, puesto que el día en que se produjo el siniestro la asegurada no podía considerarse perjudicada.
- La mera discrepancia en las cuantías indemnizatorias, sin que existiera consignación de cantidad alguna, no es justificación suficiente para la no aplicación de los intereses de demora.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo consagra que la póliza colectiva garantiza las cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas aun no existiendo pólizas individuales

1. Planteamiento de la cuestión

La Sentencia número 322/2015, de 23 de septiembre, del Tribunal Supremo analiza y resuelve un supuesto en el que varios compradores de vivienda sobre plano entregaron cantidades adelantadas en la cuenta especial abierta por el promotor, sin que finalmente se entregaran las viviendas. La controversia gira en torno a si las distintas pólizas colectivas que suscribió el promotor con determinadas entidades cubren o no la devolución de las cantidades adelantadas aun no habiéndose emitido las pólizas individuales.

Tanto en primera como en segunda instancia se condena a las entidades a la devolución de las cantidades garantizadas. Cabe destacar que una de las partes demandantes obtuvo resolución desestimatoria por haberse adherido al convenio concursal de la promotora, acordando una quita y espera.

En síntesis, las tres entidades que emitieron las pólizas colectivas alegaban que el promotor había incumplido el deber de requerimiento y emisión de pólizas individuales, la concreción de la garantía y la identificación de la entidad garante y, en consecuencia, que los demandantes quedaban fuera de la cobertura de la póliza colectiva, puesto que el fin de tales pólizas individuales es el de identificar al comprador, la suma anticipada y la parte de la prima congruente con aquélla.

El Tribunal Supremo considera que la negligencia del promotor no puede hacer recaer las consecuencias sobre los compradores¹, que incluso pueden desconocer que deben recibir una póliza individual, no una copia de la póliza colectiva (como era praxis habitual). Por tanto, la inexistencia de póliza individual no impide la obligación de restituir las cantidades anticipadas por parte del garante, y ello basándose en que, pese a tal ausencia, lo cierto es que existe una garantía global sobre todas las cantidades adelantadas por los compradores, aunque no exista individualización, pues así se recoge en cada uno de los documentos garantes emitidos por las entidades y constituye al fin y al cabo el riesgo cubierto.

Asimismo, se aplica la doctrina de los actos propios a una de las entidades demandadas por cuanto devolvió las cantidades adelantadas a determinados compradores a quienes sí emitió documentos individuales basados en la misma garantía global, de tal modo que las aportaciones de aquellos a los que no se les emitieron de forma individual también deben entenderse garantizadas.

En este mismo sentido la han seguido varios autos² de la misma sala y sección que inadmiten los recursos de casación en supuestos análogos al aquí planteado y vienen a reafirmar esta posición doctrinal.

¹ Este mismo criterio ya lo mantuvo el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) en el precedente auto de 14 de enero del 2014 (JUR 2014\35854).

² AATS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 14 de octubre del 2015 (JUR 2015\254519); de 9 de diciembre del 2015 (JUR 2015/306780); de 20 de enero del 2016 (JUR 2016\21224), y de 17 de febrero del 2016 (JUR 2016\42213): «... las sentencias citadas por la parte recurrente como fundamento del interés casacional son previas al establecimiento [de] la doctrina ahora vigente en la materia, debiendo recordarse que la contradicción debe producirse en relación con la jurisprudencia actual, por lo que en aquellos supuestos en los que se haya variado la orientación jurisprudencial no podrán invocarse para la justificación del interés casacional sentencias anteriores a la modificación de la doctrina de la Sala, que ha sido precisamente lo realizado por la parte recurrente en este caso. Esta falta de oposición a la doctrina jurisprudencial actual determina que no exista de un modo efectivo el conflicto jurídico pues no se ha producido una verdadera contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo intrascendente la doctrina anterior invocada por la parte recurrente, ya que esta Sala viene obligada a la interpretación de las normas de un modo adecuado al tiempo histórico presente [...]».



2. Aspectos destacables

2.1. *El debate sobre si era necesaria la emisión de los certificados individuales*

Desde el año 1983, en el que apareció la resolución de la Dirección General de Seguros (RGDS) que estudiaba por primera vez esta controversia, viene existiendo un debate sobre si hay que considerar que la póliza colectiva es suficiente para garantizar las cantidades adelantadas o si es necesario que adicionalmente se emitan los certificados individuales a cada adquirente.

Así, un sector jurisprudencial consideraba que la póliza colectiva no era suficiente para la restitución de las cantidades adelantadas a los compradores³ y, por tanto, la entidad garante no tenía la obligación de reintegrar las ingresadas en la cuenta especial, siendo en todo caso responsabilidad del promotor su devolución.

Sin embargo, otra línea jurisprudencial⁴ entendía que la garantía exigida por la hoy derogada Ley 57/1968 se refería al total de las cantidades adelantadas por los adquirentes de viviendas, con independencia de que existiera una posterior póliza individual. Y ello por cuanto la garantía es un derecho irrenunciable que corresponde al comprador, no pudiendo quedar en manos de los contratantes de la garantía colectiva (entidad garante y promotor) la consecución del fin de la norma. En consecuencia, el incumplimiento del deber de emisión de certificados individuales no puede recaer precisamente sobre el comprador de la vivienda, que ni siquiera formó parte del contrato.

El problema del sistema de la póliza doble también fue advertido por algunos autores⁵, por

lo que el Tribunal Supremo ha venido a solventar la discusión doctrinal con una solución *pro consumatore* que, como veremos a continuación, no está exenta de crítica.

2.2. *La contradicción entre la postura doctrinal del Tribunal Supremo y la nueva reforma de la Ley de Ordenación de la Edificación operada por la Ley 20/2015 (LOSSEAR)*

La reforma operada por la Ley 20/2015, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR) ha modificado sustancialmente el régimen de las cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas. En efecto, a lo que a este estudio atañe, el legislador ha querido acabar con el sistema de la doble póliza ante «la falta de protección que el sistema proporciona a los adquirentes de vivienda»⁶.

Como vemos, existe ahora una confrontación entre el legislador y la doctrina jurisprudencial por cuanto ese defecto que justificaba la reforma ya había sido (y es) resuelto por los tribunales.

Ahora bien, resulta curioso que el Tribunal Supremo esclarezca las dudas sobre el valor ejecutivo de la garantía colectiva en ausencia de los certificados individuales en un momento en el que ya había sido publicada la LOSSEAR y, por tanto, en el que podría haber aprovechado el sentido de tal norma para evitar la confrontación actual. El legislador, al suprimir la exigencia de la póliza colectiva y obligar a la suscripción de las individuales, dio a entender que la colectiva realmente no tenía suficiente valor ejecutivo o garante. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha optado por entender todo lo contrario.

³ V. gr., RDGS de 26 de septiembre de 1983; STS (Sala de lo Penal) 486/1995, de 5 de abril (RJ 1995\2816); SAP León (Sección 2.ª) 89/1999, de 22 de octubre (ARP 1999\4473); SAP Córdoba (Sección 2.ª) 2/2002, de 3 de enero (JUR 2002\60572), y SAP Castellón (Sección 3.ª) 93/2012, de 27 de febrero (JUR 2012\169705).

⁴ V. gr., SSAP Valencia (Sección 7.ª) 214/2014, de 3 de julio (JUR 2014\271688), y 250/2014, de 12 de septiembre (AC 2015\101); SSAP Valladolid (Sección 1.ª) 49/2015, de 25 de febrero (JUR 2015\99442), y (Sección 3.ª) 268/2015, de 24 de noviembre (JUR 2015\305423); SSAP Madrid (Sección 18.ª) 106/2015, de 23 de marzo (JUR2015\136557), y (Sección 14.ª) 303/2015, de 22 de octubre (JUR 2015\300394), y SAP Málaga (Sección 4.ª) 155/2014, de 31 de marzo (JUR 2014\193481).

⁵ CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: *Derecho de la construcción y la vivienda*, Thomson Reuters-Aranzadi, 7.ª ed., 2012, p. 599.

⁶ Para un estudio más profundo de la reforma, véase: ALMARCHA JAIME, J., «Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15, 2015, pp. 167 y ss., <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/881/699> (Consulta de 6 de abril del 2016).



De todos modos, lo cierto es que la supresión de la garantía colectiva por parte del legislador va a suponer para los adquirentes de vivienda una desprotección mayor en la medida en que el simple descuido de actualizar la póliza individual supondrá un problema para el comprador, que puede ver como las cantidades no reflejadas en el documento quedan desprotegidas.

Con todo, el mayor y principal problema desde ahora va a centrarse en la entidad bancaria que debe abrir la cuenta especial. La exigencia de tal apertura ha sido mantenida en el nuevo texto de la Ley de Ordenación de la Edificación. Más allá de su inutilidad como instrumento proteccionista del adquirente, cabe destacar que con anterioridad se obligaba a la entidad bancaria a velar por la acreditación de que el promotor había contratado la garantía global de forma previa a la apertura de dicha cuenta especial, es decir, sin garantía colectiva no podría abrirse la cuenta especial, so pena, como han venido pronunciándose los tribunales últimamente⁷, de que la entidad bancaria responda solidariamente con el promotor ante el incumplimiento.

Pues bien, si suprimimos la garantía colectiva, ¿qué garantía debe pedir la entidad bancaria para que se abra la cuenta especial? Efectivamente, la lógica no deja más que tres soluciones: *a*) o se deja sin efecto la obligación del promotor de aportar garantía colectiva ante la entidad bancaria; *b*) o se mantiene tal obligación, o *c*) se abre la cuenta especial, pero cada adquirente debe aportar la póliza individual con cada ingreso.

Y es que el texto de la Ley de Ordenación de la Edificación sigue exigiendo a la entidad bancaria «bajo su responsabilidad» que pida al promotor la garantía colectiva, lo cual es absurdo, ya no

sólo porque tal garantía no es cobertura de las cantidades de la cuenta especial (pues el texto normativo es claro al establecer la necesidad de suscripción de la garantía individual para que realmente exista protección del adquirente), sino porque el legislador pretende eliminar precisamente la garantía colectiva. De hecho, esta situación obligaría a los tribunales a cambiar su posición doctrinal aquí comentada porque no podría darse a la garantía colectiva un valor ejecutivo y suficiente.

2.3. *La exclusión del comprador que se adhiere al convenio concursal*

Por último, conviene hacer referencia a la desestimación de la demanda formulada por uno de los compradores basándose en que había votado a favor del convenio concursal y en la novación de su contrato con una quita y espera.

Este hecho resulta llamativo porque precisamente el Tribunal Supremo se había pronunciado en sentido contrario en una sentencia precedente⁸, pues, apoyándose en el artículo 135.2 de la Ley Concursal, en relación con la obligación de la garantía del artículo 1 de la Ley 57/1968 y el carácter irrenunciable de los derechos *ex artículo 7* de la misma ley, considera que la adhesión al convenio de acreedores no altera la existencia de la garantía y el deber de restitución de las cantidades adelantadas por parte de la entidad garante en caso de incumplimiento del promotor.

Lo cierto es que, en el caso de la sentencia principal que aquí se analiza, es el juzgador *a quo* quien deja sin protección al comprador, no el Tribunal Supremo, y que tal comprador no formuló recurso en segunda instancia.

⁷ V. gr. SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 174/2016, de 17 de marzo; 733/2015, de 21 de diciembre (RJ 2015\5403), o de 16 de enero del 2015 (RJ 2015\278).

⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 434/2015, de 23 de julio (RJ 2015\3513).



Para cualquier duda, por favor póngase en contacto con:

Pablo Muelas García

Socio, Madrid

Tel.: (+34) 91 582 91 00

pmuelas@gomezacebo-pombo.com

Ángel Varela

Socio, Madrid

Tel.: (+34) 91 582 91 00

avarela@gomezacebo-pombo.com

Santiago Gómez-Acebo

Socio, Madrid

Tel.: (+34) 91 582 91 00

sga@gomezacebo-pombo.com

Fernando Igartua Arregui

Socio, Madrid

Tel.: (+34) 91 582 91 00

figartua@gomezacebo-pombo.com

Enrique Ortega

Socio, Madrid

Tel.: (+34) 91 582 91 00

eortega@gomezacebo-pombo.com

Francisco Peña

Socio, Madrid/Lisboa

Tel.: (+34) 91 582 91 00

fpena@gomezacebo-pombo.com

Fernando de las Cuevas

Socio, Madrid

Tel.: (+34) 91 582 91 00

fcuevas@gomezacebo-pombo.com

Íñigo Erlaiz

Socio, Madrid

Tel.: (+34) 91 582 91 00

ierlaiz@gomezacebo-pombo.com

Para más información, consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com o diríjase al siguiente email de contacto: info@gomezacebo-pombo.com.