

# SEGURO DEPORTIVO EN LA JURISPRUDENCIA

**Magistrado JESÚS BROTO BARTAGENA**

**V Jornadas Derecho y Montaña. Jaca 2019.**

Domingo Villar y Petros Marquiaris tienen en común varias cosas. Ambos son escritores de novela negra en la que el protagonista es un policía. Tienen en común que en algunos de sus capítulos los empiezan con definiciones de palabras. Leer una definición completa de un término de un diccionario es una actividad interesante. Descubrimos significados que no siempre asociamos al vocablo en cuestión.

Si vemos la definición de la palabra seguro en el diccionario de la RAE podemos comprobar que significa una variedad de significados (<https://dle.rae.es/seguro?m=form>).

Aquí nos interesa la décima acepción, y también la segunda acepción, certeza, o lo que es mismo falta de duda, Ya que un dato que desde el principio hemos de tener en cuenta es que el seguro tiene como finalidad fundamental poner lo seguro en lugar de lo inseguro, tener de antemano la garantía de que si en el futuro acaece un hecho productor de una necesidad, quien experimente ésta obtendrá efectivamente, con prontitud y en todo caso –salvo supuestos de ilicitud o mala fe– la prestación, de contenido económico, pactada. Lo que sucede es que determinar que es un siniestro cubierto y que no lo es que no siempre es una cuestión fácil de delimitar y puede dar lugar a litigios de los que vamos a hablar.

También hay que destacar que la primera indica que es algo exento de riesgo, que como vamos a ver es un elemento del contrato de seguro, si bien, y como indicaremos más adelante no se debe confundir el concepto técnico jurídico de riesgo, con el concepto común.

## **DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO:**

Mediante el contrato de seguro, el asegurado se obliga al pago de una prima al asegurador, y éste al pago al primero de una indemnización, dentro de los límites pactados, si se produce un determinado evento previamente acordado por las partes.

El contrato de seguro está conformado por los siguientes elementos:

- a) un interés (una relación de contenido económico entre un sujeto y un bien. Esto es, el sujeto debe obtener una utilidad económica en su relación con el objeto que sea susceptible de valoración pecuniaria),
- b) un daño (ya que el contrato de seguro tiene por finalidad última la de compensar total o parcialmente el que se produzca una eventual lesión en el interés asegurado)

- c) y un riesgo, entendido como posibilidad de que se produzca el evento dañoso que daría lugar a la obligación de pago de indemnización para el asegurador.

## **DEPORTE**

También tenemos que hablar del deporte.

En este caso solo existen dos acepciones en el diccionario de la RAE

*1. m. Actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas.*

*2. m. Recreación, pasatiempo, placer, diversión o ejercicio físico por lo común al aire libre.*

En esta ponencia nos referiremos a ambas, si bien las referencias al deporte competitivo serán más limitadas.

## **NORMATIVA ESTATAL.**

El deporte se ha convertido en los últimos años en uno de los fenómenos sociales más importantes, hasta el punto de que algunos autores hablan de que la sociedad moderna está deportivizada. La importancia del deporte se puede apreciar con el creciente número de minutos que dedican los espacios de noticias en televisión a estas materias. En este sentido, la sentencia de la sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de marzo de 1988, destaca "*la importancia del hecho deportivo en la sociedad moderna*", y el preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, señala que éste "*en sus múltiples y muy variadas manifestaciones, se ha convertido en nuestro tiempo en una de las actividades sociales con mayor arraigo y capacidad de movilización y convocatoria*".

En efecto, el deporte ya no sólo mueve una ingente cantidad de personas y recursos económicos, sino que constituye también una actividad de indiscutible interés social, en cuanto instrumento idóneo de mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, por ello no es de extrañar que el Estado asuma dentro de sus funciones la de promoción del deporte, y que tal principio se eleve al rango constitucional. Así el art. 43.3 de la Carta Magna artículo CE, ubicado dentro del capítulo III del Título I, relativo a los principios rectores de la política social y económica, establece que los poderes públicos fomentarán la educación física y el deporte.

En este sentido, la citada sentencia de 23 de marzo de 1988 de la sección 3.<sup>a</sup> de lo Contencioso de nuestro más Alto Tribunal, señala que:

*"La Constitución Española de 1978, en su art. 43.3, no consagra ciertamente un "derecho al deporte", sino que únicamente establece su "fomento público", pero la inclusión del fenómeno del deporte en el Texto Constitucional no entraña únicamente un significado simbólico pues origina unas consecuencias jurídicas; el poder constituyente, al comprender la importancia del "hecho deportivo" en la sociedad moderna y recogerlo así en la norma suprema, ha manifestado su criterio de que el deporte, como las demás instituciones del país, debe empaparse de los principios sustanciales de la Constitución, r".*

Y la sentencia Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 1ª, S 22-11-1996, rec. 4493/1993

*Ya en su exposición de motivos se alude al crecimiento de la importancia del deporte, hasta el punto de haber llevado a los poderes públicos a fomentar su práctica mediante la asignación de fondos públicos. En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 5ª, S 25-04-2017, nº 708/2017, rec. 606/2016 y la sentencia de TSJ Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 14-06-2011, nº 1360/2011, rec. 1147/2006*

Por otra parte, el fomento de tan importante actividad humana no recae exclusivamente en manos del Estado, sino que constituye también competencia de las Comunidades Autónomas, señalándose al respecto en el art. 148.1 CE, en su apartado 19, como materia compartida, la de la promoción del deporte

En las disposiciones adicionales de la Ley del Deporte ya se establece que parte de la norma solo regirá en defecto de legislación autonómica en la materia.

La ley estatal del deporte establece en su artículo 59.2 que:

*Con independencia de otros aseguramientos especiales que puedan establecerse, todos los deportistas federados que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal deberán estar en posesión de un seguro obligatorio que cubra los riesgos para la salud derivados de la práctica de la modalidad deportiva correspondiente.*

Por tanto lo que se exige es un seguro que cubra las posibles lesiones y asistencia del deportista.

## **NORMATIVA AUTONÓMICA ARAGONESA.**

Ley 16/2018, de 4 de diciembre, de la actividad física y el deporte de Aragón.

Las competencias están reguladas en el artículo 6 de la norma. A los efectos nuestros podemos citar las siguientes:

- t) Autorizar la constitución de una federación deportiva aragonesa, informar sus estatutos y reglamentos y determinar el uso del patrimonio de las federaciones deportivas aragonesas en caso de disolución.*
- x) Organizar los Juegos Deportivos en Edad Escolar y las competiciones deportivas universitarias en la Comunidad Autónoma de Aragón.*
- z) Ejercer la función inspectora en materia de deporte.*

El artículo 21 que regula las competiciones oficiales establece que:

*4. Toda actividad o competición deportiva de carácter oficial exige la previa concertación de un seguro que cubra los eventuales daños y perjuicios ocasionados a terceros en el desarrollo de esta*

Artículo 68. Utilización de las instalaciones deportivas de uso público. 2. *Los titulares de instalaciones deportivas de uso público deberán suscribir un seguro obligatorio de responsabilidad civil que cubra las contingencias producidas por la normal actividad deportiva que en ellas se desarrolle.*

Artículo 69. Utilización de espacios deportivos no convencionales de carácter natural y artificial. 1. *El uso deportivo de espacios deportivos no convencionales de carácter natural requerirá las autorizaciones administrativas correspondientes. Si este uso con fines deportivos fuera compatible con otros usos, se incluirán las condiciones que requiera dicha compatibilidad.* 2. *Las instalaciones y equipamientos no convencionales de carácter artificial susceptibles de utilización con fines deportivos estarán sometidos al régimen de autorización cuando sus condiciones estructurales y de uso común, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, así lo exijan.* 3. *Los organizadores de actividades físicas o deportivas en estos espacios deberán suscribir un seguro específico que cubra los daños que puedan producirse durante el desarrollo de este tipo de prácticas.*

En los dos casos anteriores se pide un seguro de responsabilidad civil, que cubra los daños causados a terceros, y por tanto no a los participantes. En relación con lo anterior se debe citar la Ley 20/15, norma estatal, establece en su disposición adicional segunda que:

*1. Se podrá exigir a quienes ejerzan determinadas actividades que presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad de las personas, incluida la seguridad financiera, la suscripción de un seguro u otra garantía equivalente que cubra los daños y perjuicios que puedan provocar y de los que sean responsables.*

*La garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto....*

Artículo 25. *Organización de competiciones deportivas no oficiales y de eventos deportivos.* 1. *Para la organización de competiciones deportivas no oficiales y de eventos deportivos, las entidades organizadoras deberán suscribir el correspondiente seguro de previsión y asistencia sanitaria que cubra las contingencias que puedan afectar a los participantes durante su desarrollo.*

Artículo 29. Condiciones de expedición de licencias deportivas.

2. *Con dicha licencia se obtendrá, previo concierto de seguro colectivo o individual, el derecho a la prevención y asistencia sanitaria del titular de la licencia en lo que se refiere a la participación en actividades o competiciones deportivas oficiales calificadas por la correspondiente federación deportiva, o a la preparación para las mismas, de acuerdo con las condiciones establecidas reglamentariamente.*

En los dos casos anteriores lo que se pide es un seguro que permita atender las lesiones que sufran los deportistas, de tal manera que no sean cubiertas por el RGSS

El artículo 101 regula las infracciones muy graves, y establece que una de ellas es:

g) *La no suscripción de los seguros obligatorios previstos en la presente ley*

La no obtención del seguro obligatorio podrá dar lugar a una sanción administrativa, como sucede en el caso TSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 30-09-2013, nº 2794/2013, rec. 2181/2008 *cazar de noche desde un vehículo con un foco de luz artificial, con una carabina sin haber cobrado pieza alguna sin autorización del titular, sin licencia de caza y sin seguro obligatorio*

Referencia a la normativa autonómica de turismo activo

La regulación legal de las empresas de turismo activo se encuentra recogida en el Decreto 55/2008, de 1 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las Empresas de Turismo Activo, en el decreto 247/2008 de 23 de diciembre de adaptación de procedimientos y en el Texto Refundido de la Ley del Turismo de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón.

Sus características, según la citada normativa autonómica, es que se desarrollan en la naturaleza y a las que es inherente el factor riesgo o cierto grado de destreza para su práctica.

A efectos únicamente orientativos se incluye en el Anexo I del Decreto relación de aquellas que tienen la consideración de actividades de turismo activo. Como se puede ver se categorizan como turismo activo una gran variedad de actividades que van desde el tiro con arco, al esquí, actividades ambas que ciertamente son deportivas, pero existen tres excepciones como paseos y excursiones en embarcaciones con motor, el paseo en globo aerostático y el Mushing: Tiro de trineos o triciclo con perros en nieve o en pista que no parecen que se pueda calificar como deporte en estricto sensu. Pero la inmensa mayoría de las actividades enumeradas en el anexo se deben calificar como deportivas. Por dicha razón se hace referencia a la normativa. Indicar que en relación con esta normativa nos remitimos a lo dicho en la ponencia de la jornada de Derecho y Montaña del año 2018.

## **COMPETENCIA DE LA ENTIDADES LOCALES**

La competencia en materia deportiva de las Entidades Locales viene señalada en el art. 25.2. 1) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local, que señala que el Municipio tiene competencias en: Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.

El artículo 7 de la Ley 16/2018, de 4 de diciembre, de la actividad física y el deporte de Aragón regula las competencias de las entidades locales tanto de las Diputaciones Provinciales, como de las comarcas y los municipios.

Uno de los seguros que tiene relación con el deporte es el seguro de responsabilidad civil. Para que dicho seguro tenga que actuar es necesario que exista responsabilidad civil. Que es y qué elementos tiene lo veremos más adelante. Aquí solo vamos a apuntar la relación existente entre las normas administrativas y la responsabilidad civil.

## CUMPLIMIENTO NORMAS ADMINISTRATIVAS Y RELACIÓN RESPONSABILIDAD CIVIL.

Lo que se debe destacar es que estamos ante dos ámbitos distintos, que si bien tienen relación y existe cierta transferencia de un lado a otro, ésta no es total y completa, ya que estamos ante dos planos distintos.

Nos podemos encontrar con dos escenarios, que se hayan cumplido o no las normas administrativas.

Que no se hayan cumplido las normas administrativas.

Aunque el primer impulso nos puede llevar a pensar que significara la existencia de la responsabilidad civil, no siempre será así. Como dice la sentencia de AP Santa Cruz de Tenerife, sec. 4ª, S 14-12-2015, nº 331/2015, rec. 325/2015: *“la mera infracción reglamentaria no determina por sí mismo la responsabilidad civil (ya sea contractual o extracontractual). En efecto y como ya ha señalado en alguna ocasión esta Sección, la culpa puramente formal o abstracta es jurídicamente neutra en el marco de la responsabilidad civil ; podrá tener influencia en otros ámbitos (en el campo del derecho administrativo sancionador , por ejemplo -como aquí ha ocurrido- e incluso en el penal, si genera una situación de riesgo infractora de carácter punible) pero es irrelevante para generar la responsabilidad civil si no adquiere la condición de causa en la producción del daño que determina su aparición”* Un ejemplo sería la utilización en barranquismo de mosquetones no homologados si los mismos no son la causa del accidente, pero si los mismos son la causa del accidente porque se rompen o se abren por tener las medidas de seguridad es claro que la infracción administrativa además supondría incurrir en responsabilidad civil.

La SAP Lleida, sec. 2ª, S 17-7-2008, nº 255/2008, rec. 46/2008 en un caso de accidente en una actividad de rafting considera probado que el monitor no cuenta con la titulación necesaria. Sin embargo no anuda a este hecho la estimación de la demanda ya que considera que el monitor (y por tanto su falta de titulación) no tuvo ninguna contribución causal con el accidente. Lo que no significa que en otros casos la falta de titulación pueda constituir de un indicio probatorio más de la falta de diligencia.

La SAP Tarragona, sec. 1ª, de 1-10-2013, nº 363/2013, rec. 696/2012 expone que: *La falta de titulación del monitor no determina su falta de cualificación, tal como expone la sentencia. No identifica cuál sea la titulación que debiera tener, ni se mencionó en la demanda como dato configurador de la responsabilidad reclamada.*

Y la SAP Zaragoza, sec. 2ª, de 27-1-2003, nº 40/2003, rec. 485/2002 señala que: *en todo caso las irregularidades administrativas para el caso de que hubieran podido existir, que no constan acreditadas, no serían relevantes en relación con la reclamación civil planteada”*. Por lo que entiende que aunque se hubieran acreditado los incumplimientos administrativos, estos serían irrelevantes.

La SAP Granada, sec. 4ª, de 29-06-2007, nº 287/2007, rec. 138/2007 sobre un accidente producido cuando la lesionado circulaba de pasajera en una moto acuática establece respecto a la responsabilidad de la propietaria de las motos, que no había concertado seguro que:



*Por ello, no cabe más opción que la de la íntegra confirmación de la resolución recurrida, puesto que la ausencia de seguro obligatorio , (argumento sobre el que pivota en gran parte la fundamentación de la alzada y que originó la traída a la litis del Consorcio de Compensación de Seguros ), no tiene incidencia a los efectos del art. 1902 del Cc , sino solo a efectos administrativos, conforme al núm. 1 del art. 113 de la Ley 27/92, y sin que el hecho de que la propiedad no hiciera uso de la desconexión de la moto por control remoto, para lo que está preparada técnicamente, y que se prevé en caso de incumplimiento de las normas de seguridad (folio 99), pueda en modo alguno justificar su condena -al menos como culpa concurrente- pues toda la prueba ha evidenciado que la causa del siniestro fue la negligente conducción de los pilotos, aceptada por la actora, que libremente se montó en ella.*

La realización de actividades con guías que no estén cualificados o la utilización de material inadecuado podrán dar lugar a responsabilidad civil siempre y cuando uno de los elementos citados sea la causa del accidente. Como dice sentencia la SAP Tarragona, sec. 3ª, de 8-5-2018, nº 170/2018, rec. 527/2017: *la realización de actividades bajo la vigilancia de un profesor o monitor, se podrá apreciar responsabilidad del responsable del curso o propietario de las instalaciones (responsabilidad "in eligendo" e "in vigilando" del profesor ex art. 1903 CC ) si el monitor no incrementa la diligencia debida para evitar el riesgo de lesiones entre los alumnos”* Por lo que con mayor razón existirá dicha responsabilidad si el monitor no actúa correctamente por falta de conocimiento, que es lo que sucede en el supuesto recogido por la SAP de Valencia secc 8 de 23 de octubre del 2015.

La STS, Civil sección 1 del 07 de marzo de 2018 ( ROJ: STS 730/2018 - ECLI:ES:TS:2018:730 ) señala que:

*Y aun cuando es cierto que, como reitera este Tribunal, puede no resultar suficiente justificación para excluir la responsabilidad la aplicación de las medidas previstas administrativamente, ello no quiere decir que siempre que se produzca un resultado dañoso debe responderse porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes,*

Como hemos podido comprobar todas las sentencias citadas se centran en la falta de nexo causal

Que se hayan cumplido las normas administrativas.

Aquí podemos pensar justo lo contrario que si cumplimos las normas administrativas no podemos incurrir en responsabilidad.

Pues bien por un lado nos encontramos que como dice la sentencia de la SAP A Coruña, sec. 6ª, de 17-9-2004, nº 518/2004, rec. 133/2003 *pues como es doctrina jurisprudencial consolidada en relación con actividades productoras de riesgo ( STS 13/7/1999 EDJ 1999/18899 , 25/4/2002, 15/7/2002 EDJ 2002/27768 ) no basta con la observancia de las normas reglamentarias para considerar la inexistencia de responsabilidad civil”* y en el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 2-11-2009, nº 712/2009, rec. 1677/2005 y la SAP Madrid, sec. 8ª, S 24-6-2011, nº 287/2011, rec. 860/2009.

Por otro lado, conviene recordar que la sentencia de la SAP Barcelona, sec. 13ª, de 18-2-2003, rec. 566/2000 citando a su STS señala que : *la observancia de aquellas normas reglamentarias no impide, ante su acreditada insuficiencia, la exigencia de responsabilidad civil (SS de 18 de junio de 1985, 25 de abril de 1988 EDJ 1988/3361 y 27 de julio de 1990)*. Un ejemplo, expuesto en el marco de las jornadas del año 2018 es la normativa del parque natural de Guara que no exige la obligatoriedad del uso del casco en las actividades de barranquismo como consecuencia de la falta de actualización de la normativa. Parece que la utilización de casco en una actividad que implica el riesgo de caídas en altura y golpes es una precaución necesaria.

## **SEGURO DE PREVISIÓN Y ASISTENCIA SANITARIA**

Como hemos visto, la normativa administrativa exige en determinados casos la suscripción de este tipo de seguros. Veamos qué problemas plantean.

La sentencia de AP León, sec. 2ª, de 11-06-2003, nº 224/2003, rec. 235/2003 señala que

*PLUS ULTRA tenía concertados seguros de accidentes con varios colectivos (Federaciones deportivas y colegios) que incluían, entre sus coberturas, la de asistencia sanitaria.*

*b) PLUS ULTRA, que carece de infraestructura propia para prestar la asistencia sanitaria, suscribió un segundo contrato con la entidad SERVICIO DE CONSULTORÍA SANITARIA Y MEDICA, SL. (en adelante SCS.), entidad cuyo objeto social es la asistencia sanitaria, que actúa en todo el territorio nacional.*

*c) CLÍNICA SAN FRANCISCO, prestó asistencia sanitaria a la persona física demandada (perteneciente a uno de los colectivos que tenía suscrita con PLUS ULTRA póliza de seguro de accidentes), reclamando en esta litis el pago de la asistencia dispensada.*

*se dice por la A. P. de Huesca en sentencia de 28-9-1994 EDJ 1994/13805 que "La exigencia del cumplimiento de la obligación o reembolso del importe de los gastos no puede quedar confiado exclusivamente a la iniciativa del asegurado, cuyo principal interés es el de recibir la asistencia para la que esta amparado por dos seguros , de ahí que deba reconocerse a los citados Entes "legitimatío ad causam" para ejercitar las acciones pertinentes que, a falta de regulación específica, será la actio in rem verso del artículo 1.158 del Código Civil , conforme al cual el pago realizado por cuenta de otro, ya lo conozca y los apruebe ya lo ignore, determina el derecho a ser reembolsado de lo que se abonó, y aún en el efectuado contra la voluntad del deudor, el tercero tiene derecho a reembolsarse en la medida en que los pagos hayan tenido utilidad, sentencias de 16 de diciembre de 1985, 12 de noviembre de 1987 y 23 de octubre de 1991 entre otras."*

*En la misma línea la más reciente sentencia de la A. P. Girona de 25-4-2000 EDJ 2000/24134,*

*(...)En el caso que enjuiciamos el lesionado es un deportista federado y el seguro concertado no es un seguro voluntarios sino un Seguro Obligatorio deportivo ,*



*comprendido entre los seguros obligatorios especiales de que habla el art. 83 de la LG Sanidad EDL 1986/10228, supuestos de deportistas federados en que parece clara la obligación de las aseguradoras de asumir los gastos de asistencia sanitaria, como lo declara la SAP. Murcia- Secc. 2ª de 25- mayo-99 EDJ 1999/26940 cuando dice que:*

*Cierto es que tal doctrina no es por entero trasladable al caso que nos ocupa, pues, no tratándose de sanidad pública sino privada no sería de aplicación la norma especial de la Ley General de Sanidad, aunque si alcanzarse la misma conclusión con base en los ya citados art. 1.158 C. Civil y 103 CCS , debiendo recordarse que, tratándose de deportistas federados, el seguro deportivo es un seguro obligatorio especial de los aludidos en el art. 83 LG. Sanidad, siendo la aseguradora contratante del seguro de accidentes con cobertura de la asistencia sanitaria un "tercero obligado al pago" al que le es exigible el reembolso en los términos del art. 83 LG. Sanidad y la Disposición Adicional 22 de RD. Legislativo 1/1994 de 20 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la LG Sanidad, que establece asimismo la obligación de pago del tercer asegurador en los supuestos en que existan seguros obligatorios privados, así como de lo preceptuado en el art. 59-3 de la Ley del Deporte (Ley 10/1990 de 15 de octubre EDL 1990/14774) que señala que:*

*"En el caso de que la asistencia sanitaria sea prestada por una entidad distinta a la aseguradora, esta última vendrá obligada al reintegro de los gastos producidos por dicha asistencia, conforme a lo establecido en el art. 83 de la Ley General de Sanidad EDL 1986/10228."*

En este caso se reclamó también al accidentado, si bien su absolución no fue recurrida. La consecuencia es la misma sea cual sea la titularidad de la entidad que prestó la asistencia sanitaria, si bien el título jurídico que la habilita cambiara, ya que en el caso de que quien preste la asistencia sea un centro de titularidad pública la legitimación se fijará de acuerdo con lo indicado en la Ley General de Sanidad.

La SAP Zamora, sec. 1ª, de 12-01-2007, nº 52/2007, rec. 348/2005 establece que:

*En segundo término, es claro que la entidad demandada ha percibido las primas correspondientes a los seguros obligatorios de los atletas que han sido asistidos sanitariamente por la parte demandante lo que, naturalmente, ha de originar que la cobertura del riesgo ha de ser asumida por la misma.*

*En este sentido la sentencia de Valladolid, haciendo referencia a otra de sus resoluciones, concretamente de la Sección Tercera de fecha 11 de abril de 2003 declara: "Los asegurados han pagado a la Federación de squash el importe del seguro , éste a su vez ha abonado a Musaat la prima, luego a esta entidad le corresponde la prestación y al pago del mismo"*

También es posible que el contrato de seguro que cubra la actividad deportiva no sea un seguro obligatorio sino voluntario y no se haga directamente a través de una simple póliza si no formando parte de una mutualidad.

La sentencia la AP Cantabria, sec. 2ª, de 23-10-2015, nº 473/2015, rec. 117/2014 en primer lugar indica que es de aplicación la Ley del contrato de seguro, sin perjuicio de los pactos a los que hayan llegado las partes.

*La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006, después de afirmar que la Ley de Contrato de Seguro tiene aplicación general en todas las modalidades de aseguramiento, en defecto de normativa específica, entiende que la relación del mutualista y la mutualidad se regirá por las normas de la Ley de Contrato de Seguro "si su afiliación fue voluntaria, no derivada de relación laboral ni de aplicación de convenio colectivo", concluyendo que dada la vinculación necesaria entre la condición de mutualista y de tomador de seguro o asegurado establecida por el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se entiende que, sin perjuicio de las normas aplicables al mutualista en su condición de socio, será de aplicación la Ley de Contrato de Seguro a la relación jurídica en su condición de tomador de seguro o asegurado, sin perjuicio de los pactos convenidos en los Reglamentos o la pólizas convenidas con la Mutualidad.*

Para después seguir que no se ha acreditado que exista acreditado un elemento intencional del lesionado, que era en lo que se fundaba la aseguradora para excluir la cobertura, señalando que:

*En este concreto caso, consta demostrado, mediante la declaración testifical y el contenido de las fotografías aportadas, que el demandante salta en una zona autorizada, en la que están realizando esta misma actividad deportiva, con idénticas condiciones de altura, configuración rocosa y profundidad, otros muchos bañistas (algunos de ellos menores de edad), con la permisividad de los socorristas que allí ejercían sus funciones y sin incidencias adversas reseñables(...)Es perfectamente posible (como ha indicado la perito de la parte demandada) que la compresión axial que provoca el estallido de la cervical se produzca al chocar la cabeza contra el fondo arenoso, siendo tal resultado compatible con una inadecuada posición del cuerpo en la trayectoria de salto que, obviamente, no puede entenderse que haya sido voluntariamente provocada con el propósito de autolesionarse, por lo que, excluido a todas luces el elemento intencional o doloso, ha de reputarse como una lamentable accidente.*

La SAP Huelva, sec. 1ª, de 24-07-2014, nº 103/2014, rec. 39/2014 trata sobre el ámbito de actuación de la mutualidad de futbolistas.

*RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA MUTUALIDAD DE FUTBOLISTAS.- Reducido el debate a una sola cuestión jurídica, es interesante el análisis que se propone por la demanda y el recurso, en el sentido de determinarse si la Mutualidad de Previsión Social de Futbolistas asume el aseguramiento obligatorio del colectivo, en los términos que exige el Real Decreto 849/93, o se limita su función a las prestaciones de asistencia facultativa y hospitalaria, e indemnizaciones por incapacidad y fallecimiento, como señalan sus estatutos.*

*Por eso este Tribunal va a seguir la línea doctrinal interpretativa representada por las sentencias que alega el recurrente. Y es que desde aquel Decreto de 1993 se impone la obligación gubernativa del aseguramiento obligatorio de futbolistas y la Mutualidad demandada es la entidad aseguradora llamada a cubrir la responsabilidad civil derivada del riesgo de accidentes en la actividad deportiva, en los términos que establece su art. 2. Es especialmente ilustrativa la SAP Guipúzcoa 2 de julio 1998, Sección 3ª (ponente Sra. Unanue Arratibel), en cuanto a compartir que*

*"el Reglamento de la Mutualidad demandada no contempla todas las prestaciones que obligatoriamente debía incluir a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto 849/93 , ya que el apartado 6 del anexo no condiciona obligatoriamente la pérdida anatómica o funcional a los conceptos de invalidez permanente absoluta, total o gran invalidez, si no que se limita a establecer un mínimo para las prestaciones correspondientes a los grandes inválidos. De todo lo expuesto se infiere la necesidad de aplicar directamente la norma imperativa contenida en el referido Real Decreto..."*

*Y, como ocurre también en el supuesto de hecho de dicha sentencia, deberá moderarse la indemnización correspondiente, a la vista de la falta de adaptación de la póliza al aseguramiento obligatorio a esta clase de contingencias, a pesar de su obligatoriedad. De tal modo que siendo la prima anual satisfecha por el actor de 140,20 euros,*

### **Actuación del consorcio de compensación de seguros.**

Ley 6/2009, de 3 de julio, por la que se modifica el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros

*Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley y, en particular:*

*a) El artículo 7 «Funciones del Consorcio de Compensación de Seguros» del Reglamento del seguro de responsabilidad civil del cazador, de suscripción obligatoria, aprobado por el Real Decreto 63/1994, de 21 de enero. Por tanto desde la entrada en vigor de la citada norma el CCS dejó de tener intervención en materia de caza.*

Dentro del deporte el artículo 11 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre establece las funciones del consorcio en relación con el seguro de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor de suscripción obligatoria.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre establece que:

*Artículo 11. Funciones del Consorcio de Compensación de Seguros.*

*1. Corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros, dentro del ámbito territorial y hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio:*

*a) Indemnizar a quienes hubieran sufrido daños en sus personas, por siniestros ocurridos en España, en aquellos casos en que el vehículo causante sea desconocido.*

*No obstante, si como consecuencia de un accidente causado por un vehículo desconocido se hubieran derivado daños personales significativos, el Consorcio de Compensación de Seguros habrá de indemnizar también los eventuales daños en los bienes derivados del mismo accidente. En este último caso, podrá fijarse reglamentariamente una franquicia no superior a 500 euros. Se considerarán daños personales significativos la muerte, la incapacidad permanente o la incapacidad temporal que requiera, al menos, una estancia hospitalaria superior a siete días.*

*b) Indemnizar los daños en las personas y en los bienes, ocasionados con un vehículo que tenga su estacionamiento habitual en España, así como los ocasionados dentro del territorio español a personas con residencia habitual en España o a bienes de su*

*propiedad situados en España con un vehículo con estacionamiento habitual en un tercer país no firmante del Acuerdo entre las oficinas nacionales de seguros de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo y de otros Estados asociados, en ambos casos cuando dicho vehículo no esté asegurado.*

*c) Indemnizar los daños, a las personas y en los bienes, ocasionados en España por un vehículo que esté asegurado y haya sido objeto de robo o robo de uso.*

*Los daños a las personas y en los bienes ocasionados en otro Estado por un vehículo con estacionamiento habitual en España que esté asegurado y haya sido robado o robado de uso se indemnizarán por el Consorcio de Compensación de Seguros cuando el fondo nacional de garantía de ese Estado no asuma funciones de indemnización de los daños producidos por vehículos robados.*

*d) Indemnizar los daños a las personas y en los bienes cuando, en supuestos incluidos dentro del ámbito del aseguramiento de suscripción obligatoria o en los párrafos precedentes de este artículo, surgiera controversia entre el Consorcio de Compensación de Seguros y la entidad aseguradora acerca de quién debe indemnizar al perjudicado. No obstante lo anterior, si ulteriormente se resuelve o acuerda que corresponde indemnizar a la entidad aseguradora, ésta reembolsará al Consorcio de Compensación de Seguros la cantidad indemnizada más los intereses legales, incrementados en un 25 por 100, desde la fecha en que abonó la indemnización.*

*e) Indemnizar los daños a las personas y en los bienes cuando la entidad española aseguradora del vehículo con estacionamiento habitual en España hubiera sido declarada judicialmente en concurso o, habiendo sido disuelta y encontrándose en situación de insolvencia, estuviera sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida o ésta hubiera sido asumida por el propio Consorcio de Compensación de Seguros.*

*f) Reembolsar las indemnizaciones satisfechas a los perjudicados residentes en otros Estados del Espacio Económico Europeo por los organismos de indemnización, en los siguientes supuestos:*

*1.º Cuando el vehículo causante del accidente tenga su estacionamiento habitual en España, en el caso de que no pueda identificarse a la entidad aseguradora.*

*2.º Cuando el accidente haya ocurrido en España, en el caso de que no pueda identificarse al vehículo causante.*

*3.º Cuando el accidente haya ocurrido en España, en el caso de vehículos con estacionamiento habitual en terceros países adheridos al sistema de certificado internacional del seguro del automóvil (en adelante, carta verde) y no pueda identificarse a la entidad aseguradora.*

*g) Indemnizar los daños a las personas y en los bienes derivados de accidentes ocasionados por un vehículo importado a España desde otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que el vehículo no esté asegurado y el accidente haya ocurrido dentro del plazo de 30 días a contar desde que el comprador aceptó la entrega del vehículo.*

*En los supuestos previstos en los párrafos b) y c), quedarán excluidos de la indemnización por el Consorcio los daños a las personas y en los bienes sufridos por quienes ocuparan voluntariamente el vehículo causante del siniestro, conociendo que éste no estaba asegurado o que había sido robado, siempre que el Consorcio probase que aquellos conocían tales circunstancias.*

*2. El Consorcio de Compensación de Seguros asumirá las funciones que como organismo de información le atribuyen los artículos 24 y 25 de esta Ley.*

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

*4. En los casos de repetición por el Consorcio de Compensación de Seguros será de aplicación el plazo de prescripción establecido en el artículo 10 de esta Ley.*

*5. El Consorcio no podrá condicionar el pago de la indemnización a la prueba por parte del perjudicado de que la persona responsable no puede pagar o se niega a hacerlo.*

*6. Corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros el fomento del aseguramiento de suscripción obligatoria de los vehículos a motor.*

A los efectos de la ponencia nos interesan los supuestos en los que no hay seguro, el vehículo es desconocido o ha sido robado. La competencia del Consorcio se limita a aquellos supuestos en los que establece la Ley. No significa que cubra los siniestros en todos aquellos casos en los que exista el imperativo legal de suscribir un seguro obligatorio como sucede en el deportivo.

La SAP Barcelona, sec. 19ª, de 29-12-2015, nº 313/2015, rec. 493/2014

*on arreglo al art. 2 del RD 1507/2008, de 12 de septiembre (EDL 2008/143248) por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil en la Circulación de Vehículos a Motor : "1. A los efectos de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor y de la cobertura del seguro obligatorio regulado en este Reglamento, se entiende por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos y privados aptos para la circulación, urbanos o interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común. 2. No se entenderán hechos de la circulación: a) Los derivados de la celebración de pruebas deportivas con vehículos a motor en circuitos especialmente destinados al efecto o habilitados para dichas pruebas, sin perjuicio de la obligación de suscripción del seguro especial previsto en la disposición adicional segunda.*



La SAP Granada, sec. 4ª, S 29-06-2007, nº 287/2007, rec. 138/2007 sobre un accidente producido cuando la lesionado circulaba de pasajera en una moto acuática establece que:

*De lo expuesto, resulta que no puede ser considerado como vehículo de motor, la moto acuática, a los efectos de la aplicación de la normativa del seguro de responsabilidad civil de vehículos de motor. Por el contrario, su regulación legal se encuentra contenida en la Ley 27/92, de 4 de noviembre, y en el RD 670/99 de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil de suscripción obligatoria para embarcaciones deportivas o de recreo, (...). De lo expuesto se infiere la falta de legitimación pasiva del Consorcio de Compensación de Seguros y ello por cuanto la Ley 21/90, de 19 de diciembre, reguladora del estatuto legal del citado organismo, vigente a la fecha del siniestro, definía al mismo como organismo inspirado en el principio de compensación, y que tiene por objeto cubrir, en los términos fijados en el presente Estatuto legal, los riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, los riesgos nucleares, los riesgos agrícolas y pecuarios, y forestales, los riesgos de responsabilidad civil de los conductores de vehículos de motor, los riesgos del seguro obligatorio de viajeros y el riesgo de responsabilidad civil del cazador. No se incluyen, pues, los riesgos derivados de la navegación, que tienen su cobertura específica en el RD 670/99 de 16 de abril*

Por tanto aprecia la falta de legitimidad pasiva del consorcio.

¿Puede considerarse un hecho de la circulación un accidente ocurrido en una competición de motos? En principio la respuesta sería que no, pero puede haber excepciones.

La SAP Tarragona, sec. 3ª, de 07-02-2007, rec. 220/2006

*Sentado ello, y siendo hechos incuestionados que el siniestro se produjo debido a que el demandado D. Raúl , conduciendo el vehículo de su propiedad marca Kawasaki, modelo KVF 300, y matrícula L...GGG , y sin que fuera participante en la prueba deportiva de motocross, -categoría juvenil-, que se estaba celebrando en el circuito de motocross de Constantí, irrumpió en dicho circuito, rompiendo las señalizaciones que lo delimitaban y yendo a colisionar con la motocicleta que conducida por el menor Lucio , se estaba con ella entrenando; forzoso es concluir que en tanto el siniestro se produjo así no como consecuencia de que el Sr Raúl estuviese compitiendo en una prueba deportiva , debe calificarse de hecho de circulación.*

## **ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO.**

### **EL RIESGO**

Presupuesto económico nuclear del seguro es el riesgo. A este respecto manifiestan PICARD y BESSON que "el riesgo constituye un elemento esencial del seguro... aquel elemento que le da a la operación su verdadera fisonomía"; luego, según los mismos autores, "la noción de riesgo es una noción original, propia del derecho y de la ciencia del seguro, muy diferente de la noción de riesgo utilizada en Derecho civil o en el



*lenguaje corriente*" (M. PICARD y A. BESSON: Les assurances terrestres, T. I, Le contrat d'assurance, 5.<sup>a</sup> ed., por André BESSON, París, 1982, pág. 34).

Riesgo es la posibilidad de que ocurra un daño. Cuando se habla de posibilidad, se entiende que la ocurrencia del daño no debe ser absolutamente imposible, ni tampoco totalmente cierta (al menos en lo que se refiere al momento de ocurrencia). Se trata pues de un evento futuro e incierto que no se sabe si acaecerá o no (por ejemplo, un accidente de esquí). Cuando el riesgo se refiere a la muerte de persona se sabrá que ésta va a tener lugar, pero no cuándo.

De otra parte, es necesario también distinguir entre el riesgo y algunos aspectos del mismo igualmente denominados erróneamente de la misma forma. Como ya indicábamos se debe distinguir el concepto comun de riesgo del concepto técnico-jurídico, del riesgo como elemento del contrato de seguro. Tal es el caso de todos aquellos elementos que enmarcan la situación en que se encuentra la persona o la cosa asegurada y que pueden determinar que suceda un evento dañoso. Esto es, el hecho, una determinada actividad deportiva es el acontecimiento del que surge el riesgo. Esto es especialmente significativo en el caso de actividades deportivas que implican peligro, en las que se haya contratado un seguro, y en el que la posibilidad de sufrir un consecuencia lesiva como consecuencia de su ejercicio no siempre coincide con el riesgo asegurado. Si esquiamos existe la posibilidad que la fijación del esquí fallé y provoque una lesión. Pero si el seguro que cubre la actividad excluye las lesiones derivadas de fallos del material nos encontraremos que ambos riesgos, el que podemos denominar riesgo general y el riesgo-elemento nuclear del seguro no coincidirán.

El riesgo se fija con las llamadas clausulas delimitadoras del riesgo. De las que hablaremos más adelante de manera más extensa. Solo apuntar que como dice la sentencia de la AP A Coruña, sec. 5.<sup>a</sup>, de 09-05-2017, n.º 150/2017, rec. 420/2016:

*A diferencia de las cláusulas delimitadoras del riesgo, que son las que con carácter general definen o describen el riesgo que va a ser objeto de cobertura en el contrato de seguro, considerando como tales las que tienen por finalidad concretar el riesgo que constituye el objeto del contrato y mediante las cuales se individualiza el mismo y se fija su base objetiva, determinando qué riesgos se cubren, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial ( SS TS 2 febrero 2001, 14 mayo 2004, 11 septiembre 2006, 5 marzo 2007, 11 febrero 2009, 20 julio 2011 y 22 abril 2016), así como las que contemplan exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinadas circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo, en coherencia con el objeto del contrato o con el uso establecido ( SS TS 9 noviembre 1990 y 22 diciembre 2008, 5 marzo 2012 y 25 noviembre 2013)*

Es importante recordar esta distinción. Que deriva del hecho que el seguro es un contrato, y como tal obliga a las partes dentro de los límites de lo pactado. El seguro no cubre el riesgo de sufrir un daño, si no únicamente si dicho riesgo se materializa dentro del marco negocial y por tanto solo el riesgo pactado. Es importante destacar lo anterior, ya que si en un seguro se cubre el riesgo de sufrir una incapacidad permanente total, y lo que se sufre es un incapacidad permanente parcial estaremos ante un daño que no será objeto de cobertura. Cada contrato cubre determinados riesgos, los cuales deben estar

perfectamente delimitados y especificados en el seguro. Si producido el siniestro, no encaja con los riesgos cubiertos, no surgirá obligación para el asegurador de abonar prestación alguna al asegurado.

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 03-03-2014, nº 78/2014, rec. 625/2012 establece que:

*No todos los daños y gastos, pues, que ocasiona un siniestro que origina para el asegurado la obligación de indemnizar son objeto de la cobertura, pues la póliza describe, en distintas condiciones generales y especiales, los riesgos excluidos.*

El art. 4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, establece (salvo excepciones tasadas) que el contrato de seguro será nulo si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o éste ya había tenido lugar. Como dice la SAP Ávila, sec. 1ª, de 04-10-2012, nº 198/2012, rec. 220/2012

*pues el contrato de seguro tiene como base fundamental la cobertura de un riesgo, respecto de la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, teniendo como base fundamental el elemento aleatorio, o la inseguridad de que se pueda producir el hecho asegurado (vid p.e. S.T.S de 28 de noviembre de 1.988).*

Notas tipificadoras del riesgo.

A) Posibilidad de un hecho. La posibilidad se encuentra en un punto intermedio entre la imposibilidad y la absoluta seguridad.

B) Incertidumbre. En conexión con la posibilidad se encuentra otra de las características del riesgo, la incertidumbre, que bien puede afectar a si se producirá o no y cuándo (eventus incertus an et quando), o sólo a en qué momento tendrá lugar (incertus quando) el hecho causante de la necesidad.

C) Azar; requisitos. Nota individualizadora del riesgo lo es además el azar, referido a la realización del hecho temido, consistente en que el acaecimiento de éste ha de ser de carácter fortuito

Destacar que como dice la sentencia de la AP Álava, sec. 1ª, de 02-05-2019, nº 369/2019, rec. 247/2019:

*Y, es que, hemos de partir de que, como dice la propia Sentencia apelada, es la aseguradora quien se debe preocupar de hacer una correcta descripción del riesgo objeto de la cobertura, dado que es ella quien redacta las cláusulas que se incorporan al contrato.*

## **RIESGOS EXCLUIDOS**

La SAP Málaga, sec. 5ª, S 02-02-2009, nº 36/2009, rec. 141/2008 señala que:

*Hay dos hechos no controvertidos que aparecen meridianamente clarificados en la sentencia que se impugna: que el "rapel" y el alpinismo son actividades absolutamente distintas entre sí; y que la actividad del "rapel", en todo caso, no está excluida en la póliza de seguro suscrita. Se define el alpinismo por el Diccionario de la Lengua*

*Española de la Real Academia como deporte que consiste en la ascensión a las altas montañas ; y la propia definición del deporte del alpinismo, en la que coinciden las publicaciones especializadas, es ya bastante para dar idea de que la actividad de "rapel" no es mínimamente comparable con él, por cuanto consiste en una técnica de descenso de una pared mediante una maniobra específica de cuerda en doble, que, además, en el caso del fallecido hermano de la demandante, la desarrollaba en una pared rocosa que tiene unos doce metros de altura, lo que, obviamente, no es ni puede ser considerada como una actividad del riesgo y complejidad del alpinismo, que, como se ha dicho, se desarrolla en un entorno físico por entero distinto y en condiciones climatológicas adversas y extremas, propias de la alta montaña . Considera por tanto que la exclusión pactada sobre el alpinismo, no se puede interpretar de manera extensiva y aplicar a deportes, el rapel, que es distinta.*

Si un accidente está cubierto o no en la póliza puede dar lugar a problemas a la hora de interpretar el concepto de alta montaña. Es lo que sucede en el caso de AP Asturias, sec. 7ª, S 4-5-2007, nº 207/2007, rec. 402/2006 en que se reclama la suma asegurada mientras que la compañía lo rechaza por considerar que era un riesgo excluido los accidentes de alta montaña y que el accidente se había producido en ese medio, alegación que se rechaza porque : *y en dicho informe se expresa que "El Fariñentu", con una altitud de 2.174 mts. forma parte del macizo de Ubiña, en la cordillera cantábrica, pero dista mucho de parecerse al corazón de ese macizo, al que, en todo caso, califica como de "media montaña", pues su altitud no supera en ningún caso los 3.000 mts. necesarios para considerarlo de "alta montaña ", y "El Fariñentu" está muy lejos de los 2.500 mts. a los que excepcionalmente se podría rebajar dicha catalogación de "alta montaña (...), y que los miembros del equipo de rescate le habían manifestado que los dos implicados en el accidente y su acompañante no llevaban material de escalada o alpinismo, por lo que concluye que realizaban una actividad de "montañismo" (o de senderismo de montaña, como manifestó en el acto del juicio)".*

El mismo supuesto es el resuelto por AP León, sec. 3ª, S 22-11-2007, nº 266/2007, rec. 285/2006 *"No existiendo criterios y datos fiables para poder aseverar sin lugar a dudas, que la cota 1600-1650 metros en la que ocurrió el accidente haya de considerar, sin más, como zona de "alta montaña ". Y la cual nos viene a parecer, ciertamente, en este caso, un tanto alejada de la cota y altitud a considerarse como de "alta montaña "* Destacar que en ambos casos no se discute que la cláusula de exclusión de la cobertura cuando el accidente se haya producido en la alta montaña sea válida, si no únicamente su interpretación.

La SAP Cantabria, sec. 2ª, S 23-04-2013, nº 242/2013, rec. 450/2011 establece que:

*El art. 3.14 de la póliza mencionada establece como riesgos excluidos de la cobertura del contrato de seguro "los accidentes que pudieran producirse por la práctica como profesional de cualquier deporte y por la participación como aficionado de los siguientes: actividades subacuáticas, ascensiones a alta montaña y escalda, boxeo y artes marciales, actividades aéreas, rafting, puenting, esquí acuático, toreo, cacerías a caballo, polo a caballo, prácticas deportivas utilizando vehículos a motor y actividades de similar riesgo".*

*No todas las actividades que ahí se describen se practican exclusivamente como deportes, profesional o amateur. Es evidente que las actividades aéreas pueden tener lugar fuera del ámbito deportivo, bastando para ello pensar en los supuestos de transporte aéreo, en el que no existen las notas de juego, competición, diversión, etc. que caracterizan al deporte.*

*Este es el caso enjuiciado, pues el accidente sufrido por el Sr. Cristobal al caer a tierra el parapente desde el que se encontraba trabajando como fotógrafo, no puede calificarse de accidente deportivo, no estar el actor practicando en ese momento deporte alguno, ni como profesional, ni como aficionado.*

*En consecuencia no es aplicable la cláusula antes transcrita y procede la íntegra estimación del recurso y con él la de la demanda.*

Se discute por tanto si estamos ante un riesgo excluido, es un supuesto en el que el accidente se produce cuando se hacía parapente, pero como se menciona que es un deporte no se considera excluido si se trabaja.

AP A Coruña, sec. 5ª, S 02-05-2003, rec. 252/2002 *no excluye el riesgo derivado de montar en bicicleta sino el de la utilización de motocicletas de cilindrada superior a 75 centímetros cúbicos y no hay duda, aunque no consten datos estadísticos, de que pilotar una moto de 50 centímetros cúbicos o conducir un coche, riesgos incluidos en el seguro, es más peligroso que pedalear en una bicicleta y si estas actividades no se excluyen, no encontramos razones para hacerlo con el juego de las "carrilanas" o carricoches. Por lo demás, las actividades que excluye bien se comprende que son mucho más peligrosas: deporte profesional; deportes acuáticos a más de tres kilómetros de la orilla, submarinismo; actividades aéreas y paracaidismo; automovilismo y motorismo; escalada, alpinismo de alta montaña y espeleología; equitación y polo; boxeo, lucha y artes marciales, patinaje y hockey sobre hielo, y esquí; caza mayor fuera de España; toreo y encierro de reses bravas; así como otros deportes cuyo riesgo pueda considerarse similar a los citados. De la misma manera que en el caso de accidente de rapel, esta sentencia entiende que no se puede extender las exclusiones más allá de lo efectivamente pactado.*

La SAP Valencia, sec. 9ª, de 22-02-2003, nº 123/2003, rec. 852/2002 analiza un supuesto en el que la cláusula excluía la cobertura en base a un artículo en el que se excluían *tales como: actividades subterráneas, subacuáticas, aéreas, vehículos a motor, embarcaciones, boxeo, toreo, etc. y cuales quiera otra de naturaleza análoga". (...)* y la expresión, de "cualquiera otra de naturaleza análoga" constituyen, en la práctica, una cláusula en blanco, que no permite al asegurado conocer con exactitud qué actividades deportivas pueden calificarse de peligrosas, y que deja su interpretación al arbitrio de la entidad aseguradora, pues difícilmente puede equipararse a la actividad del rugby al boxeo, al toreo o a las actividades subacuáticas. Sobre esta materia es reiterada y constante la doctrina del Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en la sentencia de 22 de enero de 1999. Es interesante porque la sentencia considera que no es aplicable la exclusión por aplicación del artículo 3 de la LCS y de la legislación protectora de consumidores y usuarios. Se trata de un criterio que se

comparte, ya que lo contrario sería dejar el ámbito de la cobertura en una situación de incertidumbre. Como veremos más adelante no se trata de un criterio unánime.

## **INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS EN RELACION CON EL CONTRATO DE SEGURO.**

La SAP A Coruña, sec. 6ª, de 08-05-2019, nº 66/2019, rec. 344/2018 establece que:

*La doctrina jurisprudencial más general ha señalado que el objeto de la interpretación contractual se desdobra en dos partes: la fijación de hechos, quaestio facti (cuestión de hecho), y la aplicación de las normas valorativas o interpretativas o quaestio iuris (cuestión de Derecho), siendo así que las normas o reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales, tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil (EDL 1889/1), de tal manera, que si la claridad de los términos de un contrato no dejan dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas de los artículos siguientes que vienen a funcionar con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal.*

Es decir en la cúspide está la regla del artículo 1281 del cc y solo cuando no se puede resolver las dudas en base al mismo se aplican el resto, incluido el in dubio pro asegurado.

La SAP Guipúzcoa, sec. 2ª, de 13-01-2017, nº 3/2017, rec. 2401/2016

*Como establece doctrina reiterada del TS, la interpretación de los contratos y demás actos jurídicos, aunque haya de partir de la expresión contenida en las palabras pronunciales o escritas no puede detenerse en el sentido riguroso o gramatical de las mismas y ha de indagar fundamentalmente la intención de las partes y el espíritu y finalidad que hayan presidido el negocio, infiriéndose de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados, como así viene a sancionarlo el art. 1.282*

*El principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática ( art. 1285 CC (EDL 1889/1)) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.*

*No obstante, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato.*

*Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor*



*interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC) (" si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas ").*

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 03-03-2014, nº 78/2014, rec. 625/2012 señala que;

*La interpretación debe ser de la condición como un todo orgánico, como exige el art. 1285 Cc y la doctrina jurisprudencial ( SSTS 19 de noviembre de 2010, RC 245/2007 EDJ 2010/354292 , de 8 de mayo de 2009 RC 1009/2004 EDJ 2009/82787 , 18 de febrero de 2009 RC 1548/2003 EDJ 2009/15132 y la citada de 30 de noviembre de 2005 RC 1612/1999 EDJ 2005/213894 , entre otras). No son cláusulas dudosas. Podrán calificarse de complejas para el que no sea experto, pero no ofrecen duda si todos los apartados de la condición particular 4 se integran sistemáticamente con las restantes Condiciones especiales y las generales que le son de aplicación.*

Que una cláusula sea compleja no significa que sea dudosa la interpretación.

La SAP Jaén, sec. 1ª, de 02-03-2017, nº 136/2017, rec. 52/2017 establece que:

*Ahora bien, el problema surge cuando, pese a todo, subsisten dudas sobre la correcta interpretación de una cláusula de una póliza de seguro. Y la citada doctrina jurisprudencial establece que tales dudas (cuando estamos en presencia de una póliza redactada unilateralmente, como suele ser habitual) deben resolverse en favor del asegurado dada la naturaleza del contrato de adhesión que los mismos ostentan, que hace que las cláusulas oscuras del contrato hayan de recaer sobre quien las redactó, por aplicación de la regla interpretativa establecida en el artículo 1288 del Código Civil; interpretación jurisprudencial que deriva del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. El citado precepto del Código Civil establece la regla denominada «contra proferentem», según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; a la inversa, si favorecerá a la parte que no lo ha redactado. Regla de interpretación a la que también se llega por aplicación de lo establecido en el artículo 80 del RD 1/2007, de 16 de noviembre, texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y leyes complementarias; y así también se recoge por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación; actualmente contenidas en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.,*

Hay que tener en cuenta que quien redacta las condiciones generales de las pólizas son las aseguradoras.

### **“IN DUBIO PRO ASEGURADO”**

La SAP Valencia, sec. 8ª, S 25-04-2016, nº 173/2016, rec. 837/2015 establece que:

*Aparte de las tesis generales de las normas de las normas de interpretación de los contratos, artículos 1281 y siguientes del Código Civil, el contrato de seguro se asienta sobre unas premisas interpretativas específicas de las que se puede destacar: 1) Como ya se ha expresado su interpretación participa de las reglas de la interpretación legal y*



*contractual, 2) interpretación conjunta y no aislada de las cláusulas aisladas, preferencia de la intención sobre las palabras pero entendida la intención de un modo general a todos los contratos semejantes, 3) interpretación de buena fe. El principio de buena fe tiene en el seguro una importancia singular. Se tiene en cuenta la desigual posición económica de las partes para dulcificar una interpretación rigurosa en contra del asegurado y para interpretar en cambio contra el asegurador las cláusulas oscuras. Como medio de interpretación se tendrán en cuenta los prospectos publicados por la empresa, la proposición del contrato, las condiciones de otros contratos semejantes pactados por las mismas partes, etc... En este aspecto de interpretación contractual en el ámbito del seguro puede señalarse en el plano jurisprudencial que las dudas que puedan surgir en la interpretación de las relaciones aseguradoras deben ser resueltas aplicando el principio in dubio pro asegurado. La interpretación de los contratos de seguro, que son vínculos de adhesión redactados por la compañía aseguradora, se ha de efectuar de modo que en los casos de duda ha de estarse a lo más favorable al asegurado, debiéndose tener en cuenta las prevenciones de los artículos 1281, 1285 y 1288 del Código Civil (...). Esta redacción no se encuentra confeccionada de forma confusa, oscura ni equívoca; por lo que no entre en juego el principio in dubio pro asegurado.*

Por tanto se trata de un regla interpretativa que solo es de aplicación en caso de duda, pero que no significa que cuando el contenido del contrato sea claro se pueda expandir el ámbito de la cobertura en base a la existencia de dicha cláusula. En el mismo sentido la SAP A Coruña, sec. 6ª, S 08-05-2019, nº 66/2019, rec. 344/2018 que establece que:

*Según el principio "pro asegurado " las dudas que surjan en la interpretación del contrato de seguro se resolverán a favor del asegurado. Los supuestos de duda en el contrato de seguro deben ser resueltos a favor del asegurado en aquellos casos en los cuales el clausulado de la póliza admite diversas interpretaciones y no puede concretarse la procedencia de ninguna de ellas, especialmente cuando la ambigüedad en la redacción ha sido causada por la aseguradora, en virtud del principio contenido en el art. 1288 del Código Civil (EDL 1889/1).*

## **LAS CONDICIONES GENERALES EN EL CONTRATO DE SEGURO.**

En el caso del contrato de seguro el empleo de "condiciones generales" es tan evidente que el legislador parte de esa realidad. La LCS da por hecho en su artículo 3 que el contrato de seguro va a tener condiciones generales.

Hay que distinguir quien son las partes del contrato. Si las partes son dos empresarios no se puede efectuar ni el control de abusividad ni el de transparencia y solamente cabra el de inclusión.

En el mismo sentido, es doctrina constante, uniforme, y reiterada ( Sentencias del Tribunal Supremo 367/2016, de 3 de junio (EDJ 2016/78893), 30/2017, de 18 de enero (EDJ 2017/1982), 41/2017, de 20 de enero (EDJ 2017/1983), y 57/2017, de 30 de enero (EDJ 2017/5821), a las que se remite la reciente Sentencia 587/2017, de 2 de noviembre, y el Auto de 29 de noviembre de 2017; JUR 2017\301176) que el control de transparencia, por su conexión con la abusividad, diferente del mero control de

inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y del TS, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE (EDL 1993/15910) (LCEur 1993, 1071) y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960), de modo que ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual.

Por tanto en caso de quien pida la nulidad sea alguien distinto de un consumidor, como puede ser una empresa de turismo activo, o un club deportivo solo podrá reclamar la nulidad de una condición general en base al control de inclusión.

Sobre la diferencia del control de transparencia y de inclusión la sentencia de AP Valladolid, sec. 3ª, S 15-07-2019, nº 294/2019, rec. 110/2019 que recoge la jurisprudencia asentada sobre este tema y señala que:

*En relación con la transparencia, la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del TS de 24 marzo 2015 incide en "que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5y7.b de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación ). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio*

Aplicación a consumidor, concepto de consumidor-

La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (EDJ 2018/1778) (TJCE 2018, 25) (asunto Schrems), resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

- 1.- El concepto de «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.
- 2.- Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

3.- Dado que el concepto de «consumidor» se define por oposición al de «operador económico» y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de «consumidor».

4.- Por lo que respecta, más concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan sólo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración el Tribunal Supremo en las Sentencias 149/2014, de 10 de marzo (RJ 2014 (EDJ 2014/30166), 1467); 166/2014, de 7 de abril (RJ 2014, 2184) ; 688/2015, de 15 de diciembre (RJ 2016, 73) ; 367/2016, de 3 de junio ; 16/2017, de 16 de enero (RJ 2017, 22) ; y 224/2017, de 5 de abril (RJ 2017, 2669).

La SAP Girona, sec. 1ª, S 02-11-2016, nº 285/2016, rec. 232/2016 establece que:

*De acuerdo con estos preceptos, las condiciones generales predispuestas, incorporadas a los llamados contratos de adhesión, han de reunir para su validez determinados requisitos formales o de inclusión, que garanticen su cognoscibilidad objetiva por el adherente ( arts. 10.1 a ) y b) LGDCU , y 5 LCGC), lo que permite eliminar las cláusulas que no sean claras y precisas, así como aquellas imprevisibles o sorprendentes, por no acomodarse a la razonable concurrencia que se deriva de la naturaleza del contrato. Además, se exige que su contenido se ajuste a los principios generales de la buena fe y del justo equilibrio entre los contratantes ( art. 10.1 c) LGDCU, en relación con los arts. 1255 y 1258 CC)."*

## **ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO LA PRIMA**

La efectividad de la función del seguro requiere el pago por parte del tomador. Pues bien, esa aportación –la prima– constituye otro elemento económico del seguro, tan esencial como el riesgo.

El artículo 15 de la LCS establece que:

*Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación.*

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

*Si el contrato no hubiere sido resuelto o extinguido conforme a los párrafos anteriores, la cobertura vuelve a tener efecto a las veinticuatro horas del día en que el tomador pagó su prima.*

La prima da lugar a normalmente dos tipo de pleitos. Aquellos en los que se discute la falta de cobertura como consecuencia del impago de la prima como el resuelto por la AP Madrid, sec. 25ª, de 08-03-2019, nº 108/2019, rec. 678/2018:

*La recurrente discrepa de la Sentencia por considerar infringido el art. 15 LCS ya que al no haber pagado el demandante los recibos de la primera póliza que da fundamento a su pretensión, el contrato quedó extinguido sin que por ello esté obligada a asumir la cobertura.*

*El presupuesto fáctico que da contenido al motivo de apelación no puede ser asumido por no existir impago de primas por el demandante, la discrepancia entre partes está en el destino de ese pago a la primera y única póliza, como afirma el demandante, o a la nueva póliza que extinguió a la primera, como afirma la demandada, posibilidad la planteada por la demandada no asumida conforme a lo expuesto en el anterior fundamento de derecho*

## **Impago de la prima**

### **Efectos entre las partes del contrato**

La SAP Huesca, S 14-05-2003, nº 109/2003, rec. 304/2002 analiza el problema que se produce cuando no se ha pagado la prima y se produce el siniestro, y que características tiene que tener le impago.

*ya que el impago había de ser "por culpa del asegurado" y tan sólo un día antes del vencimiento de la póliza -esto es, el 17 de mayo de 2001- la asegurada fue ingresada en un Centro asistencial debido a la enfermedad que días más tarde le causaría la muerte, por lo que, al hallarse imposibilitada para cumplir sus obligaciones desde el día de su ingreso, fue incapaz de atender cualquier notificación que la Aseguradora le hubiera dirigido para comunicar el descubierto de la cuenta. La Sala, no obstante, se ve obligada a discrepar del criterio de la Sra. Juez de Primera Instancia, pues entendemos que tiene razón la recurrente cuando afirma que el impago no le es imputable a ella, quien cumplió su obligación de presentar puntualmente al cobro el recibo en la cuenta donde estaba domiciliado, de modo que sólo puede ser imputable a la propia asegurada, cuya cuenta bancaria, como ya hemos dicho, arrojaba un saldo negativo desde más de dos meses antes del vencimiento de la póliza.*

*Conforme a los propios términos de lo pactado en la condición quinta del contrato (folio 15), cuya redacción viene a coincidir casi exactamente con el art. 15 de la Ley del Contrato de Seguro, la cobertura quedaba suspendida un mes después del impago, sin*

*que quepa exigir a la recurrente el cumplimiento de su prestación cuando la asegurada dejó de cumplir a su vez la que a ella le correspondía, y debemos insistir en que no apreciamos causa de fuerza mayor justificativa de que el impago de la prima no fuera imputable a la asegurada. Se alega en el escrito de oposición al recurso que para aplicar el precitado art. 15 de la Ley EDL 1980/4219 se requiere no sólo la falta de pago sino que dicha falta sea al menos culposa, a lo que cabría replicar que tampoco parece diligente mantener varios meses con saldo negativo la cuenta en donde estaba domiciliado el pago de las primas, sin que, por otra parte, le sea jurídicamente exigible a la Aseguradora una conducta distinta de la que observó a raíz del impago.*

### **Efectos frente a terceros.**

La SAP Cádiz, sec. 2ª, S 19-06-2019, nº 180/2019, rec. 672/2018 nos recuerda que requisitos tiene que tener la comunicación del asegurador para que este e libere por el impago de la prima frente a las reclamaciones de un tercero.

*En la interpretación de dicho precepto de la LCS, el Tribunal Supremo en sentencia de pleno de 10/09/2015 ha señalado, "la falta de pago de la primera prima antes de la ocurrencia del siniestro no produce el efecto "ope legis" de liberar al asegurador de su obligación de indemnizar, como señala el recurrente en su escrito. No basta para resolver el contrato del seguro obligatorio por impago de la primera prima demostrar la culpa del tomador, sino que, como señala el precepto reglamentario transcrito (art. 20.2), frente a terceros, es necesario acreditar, además, la comunicación recepticia dirigida al tomador del seguro declarando resuelto y sin efecto alguno el contrato, lo que se adecua a las exigencias normativas para que pueda producir el efecto de quedar liberada la aseguradora de su obligación de indemnizar. Hasta tanto no se acredite haber efectuado tal comunicación, frente a terceros, el impago de la primera prima o prima única es inoponible frente a quien ejercita la acción directa del art. 76 LCS, por subrogación, como es el supuesto contemplado en el presente caso" en el que también el demandante como en el caso de autos, era el Consorcio de Compensación de Seguros y a continuación estableció la siguiente doctrina para el "caso de impago de la primera prima o prima única, en una póliza de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor: "Para que la compañía aseguradora quede liberada de la obligación de indemnizar al perjudicado en el contrato de seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor por impago de la primera prima o prima única por culpa del tomador, es necesario que acredite haber dirigido al tomador del seguro un correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio admitido en derecho que permita tener constancia de su recepción, por el que se notifique la resolución del contrato"."*

### **Reclamación de la prima.**

O aquellos en lo que se reclama es el pago de la prima al tomador. Así la sentencia de AP Barcelona, sec. 16ª, S 29-06-2006, nº 326/2006, rec. 31/2006 :

*acredite "la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente" (arts. 217.2 y 400.1 LEC EDL 2000/77463 ). Traducido al supuesto enjuiciado, ello significa que corresponde a Aegón la demostración de cuantas exigencias legales requiera la*



*exigibilidad en noviembre de 2004 de una prima de seguro impagada desde el mes de febrero anterior (...). Así pues, despliega sus efectos la regla contenida en el artículo 15 II LCSEDL 1980/4219 según la cual a los seis meses del impago de la prima se produce ipso iure la extinción del seguro a menos que la compañía haya reclamado su importe al tomador en ese lapso temporal.*

## **LA PÓLIZA.**

Ahora bien, en la práctica lo habitual es que se firme una póliza al celebrar un contrato de seguro, como instrumento, el más adecuado, para acreditar la existencia del mismo y único modo de reflejar todas y cada una de las características del contrato de que se trate.

La póliza la firma el tomador, que no necesariamente coincide con el asegurado. En el caso del seguro deportivo, será muy habitual que el seguro sea suscrito por quien no realiza propiamente la actividad, y que el deportista solo conozca que existe un seguro, pero no su exacto contenido, y en ocasiones ni siquiera elementos esenciales del seguro. Es lo que sucederá en el caso de actividades deportivas realizadas por clubs o asociaciones en las que la normativa autonómica obligue a contratarlo.

El art.5 de la ley de contrato de seguro que "*El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito....*",

acabamos de decir que lo normal es que se firme por escrito dando a entender que es posible que no se así, y en cambio acabamos decir que la LCS exige la norma escrita, Esta aparente antinomia tiene una explicación y para ello tenemos que citar la SAP A Coruña, sec. 4ª, de 12-09-2016, nº 294/2016, rec. 372/2016

*Doña Maribel tenía conocimiento de tal actuar, por cuanto en su cuenta se cargaban trimestralmente los recibos del contrato de seguro por ella concertado, pudiendo contemplar su importe, como la importante reducción de la prima en el año 2004, no podemos concluir de otro modo, que la tomadora del seguro tenía pleno conocimiento de las modificaciones llevadas en el contrato, con su consentimiento ( art. 21 LCS), pese a que no conste plasmada su firma, lo que comunicaba su nuera y conocía su hijo, el actor, no solo del cambio de domicilios y de beneficiario, también de los capitales garantizados, y ello tiene validez aunque fuese comunicado a través de sus familiares, por razón de estar impedida para desplazarse. Que si bien es cierto que no fue negada en la contestación a la demanda la legitimación del actor, lo cierto es que fue recogida en el apéndice 2, de fecha 12 de junio de 2000, donde también se corrige la fecha de nacimiento de la asegurada, y además se rebaja el tanto por ciento de revalorización anual, al 5%, y por don Rosendo, el actor, se acepta la modificación del beneficiario, y en cambio rechaza la de la rebaja del importe de la revalorización.*

*Y no con ello, se infringe el artículo 5 de la Ley de Contrato de Seguro (EDL 1980/4219), al no haber sido formalizadas por escrito las modificaciones contractuales del contrato de seguro por la tomadora del seguro, pese a lo alegado por la parte actora, que estima que por tal falta no pueden tener el efecto pretendido por la entidad de seguros demandada. Lo que no puede ser acogido, por cuanto el contrato de seguro es un contrato de naturaleza consensual, no sujeto a formalidad, bastando el acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, la póliza no supone un requisito de*



*forma "ad solemnitatem", sino que tiene un valor "ad probationem", así lo ha mantenido el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de noviembre de 2004, 22 de diciembre de 1990 y 9 de diciembre de 1994.*

En el mismo sentido la SAP Asturias, sec. 5ª, de 01-02-2018, nº 43/2018, rec. 26/2018

Ahora bien se trata de supuestos extremos en los que existe una póliza escrita y son las modificaciones las que no constan ya que hay que tener en cuenta que el TS en su sentencia de 30 de diciembre del 2005 interpretando el artículo 8 de la LCS establece que tiene que estar determinado el riesgo cubierto y el alcance de la cobertura y que la falta de alguno de estos requisitos a quien podría perjudicar sería a la aseguradora.

Como dice la SAP de Tarragona, Civil sección 1 del 04 de abril de 2019 ( ROJ: SAP T 376/2019 - ECLI:ES:APT:2019:376 )

*Sin necesidad de acudir a la doctrina de las cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del contrato de seguro ( STS 273/2016, de 22 de abril , 76/2017, de 9 Febrero y 520/2017, de 27 Septiembre ) ya podemos establecer una primera conclusión: los hechos ocurridos antes del inicio de la cobertura -que son los principales- no están cubiertos por la póliza ( art. 1 de la Ley 50/1980 ).*

## **CLAUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO Y LIMITATIVAS DE DERECHOS**

Relacionado con todo lo anterior es la importancia de distinguir las clausulas delimitadoras del riesgo de las limitativas de derechos.

Ya anticipamos que como dice la SAP Guipúzcoa, sec. 1ª, de 1-3-2005, nº 43/2005, rec. 1311/2004 *“La distinción entre unas y otras no es sencilla ni permite soluciones generalizadas, sino que dependerá de la clase de seguro, modo en que se inserta la cláusula, definición del riesgo , o se determine qué conductas, por estar dentro de los riesgos excluidos, están fuera del objeto de cobertura,”*

La SAP Barcelona, sec. 13ª, de 05-10-2018, nº 568/2018, rec. 800/2017 ahonda en la dificultad al recordar como una clausula delimitadora del riesgo por la forma de redactar o por otras circunstancias se puede considerar que es limitativa de derechos cuando indica que:

*No obstante la diferenciación entre cláusula limitativa y de determinación del riesgo no es siempre nítida ni absoluta, dado que merece la primera calificación una cláusula de este último contenido que, al identificar el riesgo, lo haga de un modo anormal o inusual, ya sea porque se aparte de la cobertura propia del tipo de contrato de seguro de que se trate, ya porque introduzca una restricción que haya que entender, en aplicación de un criterio sistemático en la interpretación, más limitado que el riesgo contractualmente aceptado de modo evidente ( Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2005;RJA 6379/2005).*

Por tanto una clausula delimitadora del riesgo se puede transformar en limitativa de derechos.

La distinción es importante porque como dice la sentencia de AP Santa Cruz de Tenerife, sec. 4ª, S 2-6-2014, nº 144/2014, rec. 107/2014 analizando la doctrina del TS: *viene distinguiendo las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado -las cuales están sujetas al requisito de la específica aceptación por escrito por parte del asegurado que impone el artículo 3 LCS -, de aquellas otras que tienen por objeto delimitar el riesgo, susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado.*

## **PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION**

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 01-10-2010, nº 601/2010, rec. 2273/2006 establece que:

*Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo.*

*A) Como recuerdan las SSTS de 12 de noviembre de 2009, RC n.º 1212/2005 EDJ 2009/271309, y de 15 de julio de 2009, RC n.º 2653/2009, sobre la distinción entre cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo se ha pronunciado la sentencia de 11 de septiembre de 2006, del Pleno de la Sala, dictada con un designio unificador, la cual, invocando la doctrina contenida en las SSTS de 16 octubre de 2000, RC n.º 3125/1995 EDJ 2000/37059, 2 de febrero de 2001 EDJ 2001/2005, 14 de mayo de 2004 EDJ 2004/31362 y 17 de marzo de 2006 EDJ 2006/29179, sienta una doctrina que, en resumen, pasa por considerar que delimitadoras del riesgo son las cláusulas que tienen por finalidad concretar el riesgo, esto es, el objeto del contrato, fijando que riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla, determinando pues qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, tratándose de cláusulas susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado, mientras que limitativas de derechos son las que, en palabras de la STS de 16 de octubre de 2000 EDJ 2000/37059, operan para "restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido", las cuales, afirma la de 15 de julio de 2009, RC n.º 2653/2004 EDJ 2009/225058, están sujetas, en orden a su validez y como expresión de un principio de transparencia legalmente impuesto, a los requisitos de:*

*(a) Ser destacadas de modo especial.*

*(b) Ser específicamente aceptadas por escrito (artículo 3 LCS (EDL 1980/4219) , que se cita como infringido).*

*La solución expuesta por esta Sala parte de considerar que al contrato se llega desde el conocimiento que el asegurado tiene del riesgo cubierto y de la prima, según la delimitación causal del riesgo y la suma asegurada con el que se da satisfacción al interés objetivo perseguido en el contrato por lo que resulta esencial para entender la distinción anterior comprobar si el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto. Dado que toda la normativa de seguros está enfocada a su protección, resolviéndose a su favor las dudas interpretativas derivadas de una redacción del contrato o sus cláusulas oscura o confusa, la exigencia de transparencia contractual, al menos cuando la perfección del contrato está subordinada, como es el caso de los de*

*adhesión, a un acto de voluntad por parte de solicitante, impone que el asegurador cumpla con el deber de poner en conocimiento del asegurado aquello que configura el objeto del seguro sobre el que va a prestar su consentimiento, lo que supone, en cuanto al riesgo, tanto posibilitar el conocimiento de las delimitativas, como de aquellas que limitan sus derechos, con la precisión de que en este último caso ha de hacerse con la claridad y énfasis exigido por la Ley, que impone que se recabe su aceptación especial.*

*En esta línea, la STS de 15 de julio de 2009 EDJ 2009/225058 señala que "determinado negativamente el concepto de cláusula limitativa, su determinación positiva, con arreglo a los distintos ejemplos que suministra la jurisprudencia, debe hacerse por referencia al contenido natural del contrato derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. De estos criterios se sigue que el carácter limitativo de una cláusula puede resultar, asimismo, de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares. El principio de transparencia, que constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera, en efecto, con especial intensidad respecto de las cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato".*

*Este es también el criterio que expresa la STS de 18 de mayo de 2009, RC núm. 40/2004 EDJ 2009/82794, que abunda en la idea de que lo importante es que el asegurado vea limitados o restringidos sus derechos con relación, por ejemplo, a los que le han sido atribuidos en la parte de la póliza que negoció, que serán los plasmados en las condiciones particulares y no en las generales, predispuestas exclusivamente por la aseguradora para ser incorporadas a una pluralidad de contratos, exigiendo para la oposición de cualquier limitación contenida en éstas que conste su expresa aceptación en la forma prevista en el art. 3 LCS, añadiendo que la claridad de la póliza en la identificación de las garantías cubiertas convierte en insuficiente, por contradictoria con ella, la declaración asumida como propia por el tomador de conocer y aceptar las limitaciones establecidas en las condiciones generales, tanto más si el contenido de éstas no se transcribe y sólo se identifica el número de cada uno de los artículos que las incorporan, eso sí, con su respectivo epígrafe. Se trata de una referencia insuficiente al respecto.*

## **CLAUSULAS DELIMITADORAS DE RIESGO.**

*Según la STS de 16 octubre de 2000 (confirmada en otras posteriores como sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2013), " se ha la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos constituido en objeto del contrato.*

*Las cláusulas delimitadoras del riesgo son, (...)aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial ( SSTS 2 de febrero 2001; 14 mayo 2004; 17 marzo 2006). En el mismo sentido la STS de 14 de julio del 2015 y de 15 de octubre del 2014*

La STS de 3 de marzo del 2014 establece que es doctrina consolidada que a las cláusulas delimitadoras del riesgo no son de aplicación las exigencias del artículo 3 de la LCS.

Por tanto son cláusulas delimitadoras del riesgo las que determinan que las partes asegure unas determinadas contingencias. Así se puede asegurar solo las actividades que se realicen en Aragón, lo que implicaría que el seguro no cubriría los accidentes producidos en otra comunidad autónoma. De la misma manera si se contrata un seguro que cubra la responsabilidad civil hasta una determinada cuantía, el exceso deberá ser asumido por el responsable.

Podemos distinguir en los siguientes tipos:

a) Cláusulas delimitadoras objetiva del riesgo.

Son las que nos indican el ámbito material o actividad del que se tiene que derivar el daño, distinguiendo que máquina, actividad, o vehículo a motor está cubierto. Si el siniestro es ajeno a este ámbito objetivo ninguna obligación tendrá la aseguradora frente al asegurado o un tercero. Como dice la STS de 25 de noviembre del 2004 en estos supuestos no es que estemos ante una excepción, es que debe rechazar la acción porque faltan los presupuestos.

b) Cláusulas delimitadoras subjetivas del riesgo.

Son las que determinan que personas están excluidas de la cobertura por responsabilidad civil. Generalmente son el asegurado, el tomador y las personas cuya responsabilidad se cubre. También pueden ser parientes del asegurado. Las considera delimitadoras del riesgo las STS de 9 de febrero del 1994 y de 16 de mayo del 2000.

Problemas lo generan los seguros que cubren la responsabilidad civil de un club deportivo frente a terceros, pero no la responsabilidad civil cuando el dañado sea uno de sus empleados. Las STS de 18 de septiembre del 1999 y 18 de septiembre del 2002. En cambio la STS de 3 de febrero del 2001 sin llegar a calificarla como limitativa de derecho considera que deben ser objeto de interpretación restrictiva.

c) Cláusulas de delimitación temporal.

Son las que determina el periodo temporal en el que debe acontecer el siniestro para que exista cobertura. De tal manera que quedan excluidos de cobertura los siniestros que sucedan antes del inicio o después del fin.

Respecto a esta cuestión se plantean problemas cuando se produce el impago de la prima, cuestión de la que hablaremos.

No obstante existe un supuesto de cláusula temporal que son limitativas de derecho, y así La STS, Civil sección 1 del 20 de marzo de 2019 (ROJ: STS 924/2019 - ECLI:ES:TS:2019:924 ) *mantuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 2009, cubría las reclamaciones judiciales efectuadas al asegurado durante la vigencia de la póliza "sin perjuicio de la fecha en que hubiera tenido lugar el hecho que motive su presunta responsabilidad, y ello aunque el contrato sea prorrogado".*

*Reiterar como doctrina jurisprudencial que el párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso primero) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado (inciso segundo) es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro.*

d) Cláusula de delimitación cuantitativa de la cobertura. La suma asegurada,

Estas cláusulas tienen como finalidad determinar el importe de la indemnización a la que se tendrá derecho en caso de suceder el siniestro. La considera así las STS de 27 de junio del 2013. Indicar que la suma asegurada es el límite máximo al que se tiene derecho (si el daño es mayor, no se tendrá derecho a más, y si es menor, se corresponderá con importe, STS de 11 de febrero del 2002, y de 19 de septiembre del 2003)

No obstante la STS de 30 de diciembre del 2005 en un supuesto en que se establecía en la póliza que la cuantía asegurada era menor en caso de incapacidad permanente se decantó por considerarla como limitativa de derechos. Se trata de una línea que no ha tenido continuidad, ya que la STS de 11 de septiembre del 2006, en un caso similar, optó por calificarla como delimitadora del riesgo-

STS 5 de marzo 2003 o la más reciente de 27 Jun. 2013 en la que : "*... No es ese el caso de la cláusula que establece la cuantía que alcanza la cobertura de la responsabilidad civil asegurada, que es una cláusula no solo usual sino exigida ( ) para que quede determinado uno de los elementos esenciales del contrato de seguro de responsabilidad civil. ...*

En la STS de 15 de octubre del 2014 se analizan una póliza en la que se establece un máximo de indemnización por fractura de 6000 euros, para luego indicarse en las condiciones generales establece un porcentaje de dicha cuantía según el tipo de fractura, de tal manera que nunca se puede llegar al 100%. En este caso se considera limitativa de derechos.

e) Límites geográficos.

Delimitan el ámbito espacial en el que se debe producir el siniestro para que exista cobertura.

f) Cláusulas de delimitación de orden jurídico.

Son las que determinan que tipo de responsabilidad se cubre, así se puede cubrir solo la responsabilidad contractual, excluyendo la extra-contractual, o viceversa.

La SAP Tarragona, sec. 3ª, S 22-05-2000, rec. 89/2000 considera que la siguiente cláusula es delimitadora del riesgo.

*la Póliza está excluido de las garantías del contrato de seguro existente y, por tanto, no dan indemnización alguna, "los accidentes ocurridos en la práctica de deportes aéreos, alpinismo, escalada boxeo, artes marciales... y otras prácticas manifiestamente peligrosas".*



Sin embargo, al hablar de los riesgos excluidos hemos visto que el concepto jurídico indeterminado no era admisible y se calificaba de limitativa de derechos. Quizás la razón de la discrepancia sea el análisis del conjunto de la póliza.

La SAP Granada, sec. 4ª, S 29-05-2015, nº 133/2015, rec. 119/2015

*En el supuesto enjuiciado, resulta controvertida la cláusula de exclusión 5, 2, b) de las condiciones generales que se aportan con la demanda, en la que se indica que, salvo que expresamente se incluyan en las condiciones particulares y se abone la sobreprima correspondiente, no se cubren las consecuencias los hechos producidos... por aerostación, vuelo libre, vuelo sin motor... y, en general, cualquier deporte o actividad recreativa de carácter peligroso.*

*Dicho esto, no podemos compartir la calificación de la Juez de Instancia de que se trata de una cláusula limitativa de derechos del asegurado, aunque la define como "limitación objetiva" del riesgo. Estas cláusulas de exclusión delimitan el riesgo en sentido positivo o negativo y no limitan el derecho a percibir la indemnización, una vez que el riesgo se ha producido. Determinan lo que se comprende en la cobertura de la póliza, en virtud de la cual se establece la prima. La jurisprudencia se ha pronunciado en casos similares al presente, de que estas causas de exclusión son cláusulas delimitadoras, como en las STS de 30-3-2007 y 29-4-2009. Como vamos a ver a continuación existe sentencias que en clausulas parecidas llegan a conclusiones distintas. La explicación es que como hemos visto se tiene que tener en cuenta la totalidad de lo pactado para poder tener datos que permitan decantarnos por una u otra posibilidad.*

## CLAUSULAS LIMITATIVAS

Mientras que las clausulas limitativas de derechos son las que SAP Guipúzcoa, sec. 1ª, S 1-3-2005, nº 43/2005, rec. 1311/2004, ya citada, *operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo asegurado se ha producido, o como dice la doctrina, para recortar la posición jurídica que de acuerdo con lo establecido en la ley, tendría el asegurado de no haberse pactado precisamente en la cláusula.* Son aquellas clausulas en la que se establece que una vez producido el siniestro no se tiene derecho, en todo o en parte, a la indemnización prevista en el caso de suceder el evento dañoso. SSt 15 de octubre del 2014 o de 27 de junio del 2013.

Que sean limitativas de derechos no significan que sean nulas. Serán validas, siempre y cuando se cumplan los requisitos. Que estén de forma destacada y que sean expresamente aceptadas. Si se cumplen los requisitos afectan no solo al asegurado sino frente a terceros perjudicados (STS de 14 de julio del 2015)

La SAP Girona, sec. 1ª, S 02-11-2016, nº 285/2016, rec. 232/2016 señala que:

*Por otra parte, la mención a los derechos del asegurado ha de ser entendida en sentido amplio, no referida solamente a los derechos subjetivos expresamente reconocidos al asegurador en la póliza del contrato de seguro, sino al conjunto de facultades jurídicas que, por disposición legal, amplían o completan tales derechos ( art. 2 LCS).*

Un ejemplo sería en que en las condiciones particulares se estableciera un límite de la cuantía asegurada mayor que el previsto en las condiciones particulares (AP Valencia, sec. 6ª, S 10-12-2008, nº 767/2008, rec. 559/2008), o que se cubra toda la responsabilidad civil y en las condiciones generales se excluya la derivada de las acciones dolosas (AP Cádiz, sec. 2ª, S 24-5-2018, nº 143/2018, rec. 564/2017), o la falta de cobertura por no llevar el bozal puesto (AP Madrid, sec. 11ª, S 26-3-2018, nº 132/2018, rec. 313/2017).

La STS de 1 de octubre del 2010, ya citada señala que:

*B) En aplicación de los parámetros jurisprudenciales precedentes, la decisión de la AP de calificar la cláusula 1.1.9 del condicionado general como limitativa de los derechos del asegurado resulta acertada, atendiendo a la circunstancia de que éste suscribió un condicionado particular y especial, única parte del contrato que negoció, del que se deduce, en concreto de éste último (doc. 1 de la demanda, folio 17) que la aseguradora cubría el riesgo de daños materiales al continente y contenido del edificio siniestrado (Templo y dependencias del complejo parroquial Nuestra Sra. Del Rocío) hasta el límite cuantitativo de 40 y 15 millones, respectivamente, de forma que la reducción de cobertura pretendida por UMAS, ubicada en el condicionado general (predispuesto por la entidad) que supone limitar la suma máxima para el supuesto de que la producción de ese riesgo fuera debido a lluvia o el viento de una determinada intensidad no es algo que pudiera esperarse o considerarse usual o normalmente derivada de aquellas cláusulas particulares o especiales, verdaderamente conocidas por el asegurado,*

Las sentencia de AP Girona, sec. 2ª, de 22-12-2014, nº 362/2014, rec. 510/2014 considera que la cláusula de riesgos excluidos es limitativa de derechos y es nula porque *no viene destacada la cláusula de "Riesgos Excluidos" entre las restantes cláusulas extractadas del condicionado general, que abarcan aspectos tan amplios como "perfección, toma de efectos y duración del seguro", "plazos de carencia", "pago de primas", modificaciones del riesgo", "pago de indemnizaciones", "extensión de la garantía".etc, dispensando a todas ellas idéntico tratamiento, formato y tipo de letra, de manera que no ha sido destacada de modo especial la cláusula de exclusión de riesgos, ni ha sido específicamente aceptada*

La SAP Álava, sec. 1ª, de 15-06-2001, nº 192/2001, rec. 186/2001 establece que:

*n reclamación de cantidad en concepto indemnización por el fallecimiento de su padre mientras practicaba el deporte del submarinismo (...) Así, tratándose de un seguro de accidentes que en sí mismo entraña que la producción de un riesgo derive de una causa violenta, la exclusión de la cobertura determinada porque el siniestro se hubiera producido en el ejercicio de un deporte no se perfila como una circunstancia delimitadora de su marco de cobertura sino que es una cláusula claramente limitativa del derecho del asegurado*

La SAP Navarra, sec. 1ª, de 15-12-2009, nº 193/2009, rec. 225/2009 establece que:

*e produjo el fallecimiento se encontraba ascendiendo por la cara norte el Pico Taillon, de 3.146 m. de altitud, el día 13 de enero de 2007, en compañía de otros dos compañeros, yendo los tres "en la misma cordada", ascendiendo "en ensamble", y que cuando el primero que iba se resbaló, al intentar frenar la caída anclando el piolet en*

*la nieve, pese a anclarlo bien, no le fue posible aguantar el tirón, lo que provocó la caída de los tres alpinistas, entre ellos el esposo y padre de los actores.*

*Estos hechos reflejan sin ninguna duda por la fecha en que el mismo tuvo lugar y la forma de realizar la ascensión, que lo que estaba practicando el Sr. Matías era alpinismo, (...) Alega la parte demandada aseguradora, que la práctica del alpinismo sí que constituye un riesgo excluido porque así se recoge en las condiciones generales de la póliza, en el art. 14.6, ahora bien para que el mismo pueda resultar de aplicación, a juicio de la Sala, debe reunir los requisitos exigidos en el art. 3 de la L.C de.Seguro para que puedan formar parte del contrato y ser vinculantes para el asegurado, pues no puede olvidarse que la disposición contenida en las condiciones generales, en el art. 14.6, de considerar un riesgo excluido de la cobertura del seguro "el alpinismo, la escalada..." etc, es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, al ser evidente que de no constar la misma, de producirse el accidente realizando esas actividades, el mismo sería un riesgo cubierto por la póliza, en cuanto se produjo un accidente y la póliza alcanzaba no sólo a los siniestros producidos en el ejercicio de la actividad profesional, sino también en la vida privada, incluidas las actividades de ocio, entre las que evidentemente puede incluirse con tal naturaleza, de ocio, la actividad que realizaba el día del siniestro el fallecido, pues no consta dato objetivo alguno que pueda llevarnos a pensar, al margen de la mayor destreza o habilidad que tuviera el mismo, que el ascenso que realizaba formara parte de una prueba de naturaleza deportiva propiamente ficha o de una expedición deportiva programada*

En este caso también se alegaba que la póliza era confusa porque excluía accidente por alpinismo y se permitía cubrir con sobreprima la ascensión de alta montaña, indicando la citada sentencia que *ninguna contradicción concurre entre los arts. 14.6 y 15 en relación con las categorías de alpinismo y ascensión a alta montaña, pues sin desconocer que aquélla es una ascensión a alta montaña, el alpinismo implica la utilización de una técnica y equipos que no son necesarios para una ascensión*

La SAP Barcelona, sec. 13ª, de 10-01-2018, nº 6/2018, rec. 1168/2016 califica como clausula limitativa, y no aplica porque no consta aceptada pero es que además tampoco sería aplicable

*Por otro lado, en este caso, en el redactado del artículo 10.8 de la póliza de seguro vigente en el momento de la suscripción del contrato por la asegurada, se excluye la cobertura "Cuando la enfermedad o accidente resulte de la práctica profesional o federativa de cualquier deporte o de la práctica como aficionado de los siguientes deportes : escalada, alpinismo, motociclismo, automovilismo, boxeo, submarinismo, y en general todos los deportes cuyos riesgos puedan considerarse similares a los enumerados en este epígrafe", por lo que no se encuentra expresamente excluida la cobertura de los accidentes que puedan producirse con motivo de la práctica del deporte de esquí, que es el deporte con motivo de cuya práctica la actora Sra. Valle se produjo las lesiones por traumatismo en la rodilla derecha.*

La SAP Asturias, sec. 7ª, de 08-07-2011, nº 337/2011, rec. 608/2010 analiza si excluir la cobertura de las lesiones más habituales de un accidente es limitativa de derechos.

*tiene carácter limitativo y no meramente delimitador siguiendo los criterios jurisprudenciales expuestos, porque dentro e ella se eliminan de la cobertura sin base objetiva las lesiones frecuentes, e incluso estadísticamente las más habituales en determinados tipos de accidentes, como se deduce de la lectura de la cláusula tanto en el condicionado particular, como especialmente en el general al excluir las hernias, cualquiera que sea su etiología (pensemos en hernias discales, lumbares, etc de etiología postraumática), las ciáticas, y las lumbalgias,*

La SAP Murcia, sec. 4ª, de 24-01-2019, nº 68/2019, rec. 1226/2018 establece que:

*Pese a ello, la demanda no puede prosperar porque lo que no está acreditado es que se trate de un deporte de aventura o riesgo de los excluidos de la cobertura del seguro. En la cláusula se excluyen "los deportes aéreos en general", pero el kite-surf no es propiamente un deporte aéreo, sino acuático, aunque la fuerza motriz sea el viento, y ello se depende de que entre los mencionados como ejemplo en la póliza (paracaidismo, globos aerostáticos, puentismo, vuelo en ala delta, ultraligeros y planeadores) son exclusivamente aéreos*

*En cuanto a la referencia a otros deportes de aventura o riesgo, sólo hay uno de los mencionados en la cláusula de exclusión que tiene que ver con el mar, la inmersión subacuática, que tampoco tiene semejanza con el ahora examinado.*

*Como estamos ante una cláusula de exclusión del riesgo, por lo tanto, limitativa de derechos, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, estar especialmente destacada y tener una aceptación específica (art. 3 LCS), requisitos que no se cumplen en el presente caso.*

La SAP Salamanca, de 19-09-2002, nº 387/2002, rec. 455/2002 establece que:

*La existencia misma del pacto de franquicia que, en cuanto cláusula que restringe o excluye los derechos del asegurado (aunque desde una perspectiva más precisa son cláusulas que delimitan cuantitativamente el riesgo asegurado) debe constar de manera clara*

La SAP Zamora, sec. 1ª, de 17-05-2018, nº 140/2018, rec. 436/2017 establece que:

*es decir que fuera comunicado el siniestro al Asegurador de manera fehaciente en el periodo de vigencia de la póliza o en el plazo de 24 meses a partir de la fecha de extinción del contrato, en efecto es una cláusula legalmente admitida en el párrafo segundo del artículo 73 de la L. C. S . Ahora bien, como indica el propio artículo, es una clausula limitativa de los derechos del asegurado que para ser válida y eficaz ha de ajustarse al artículo 3 de la Ley.*

## **CLAUSULAS ABUSIVAS**

La LCS no establece que clausulas son abusivas, si bien en la exposición de motivos de la LCGC recoge una definición que es similar a la establecida en el artículo 82 de la Ley de defensa de consumidores que dice que: *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en*

*perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.*

La sentencia de AP de Madrid (secc. 19º) de 29 de marzo del 2006 declaró nulas por abusivas una serie de cláusulas establecidas por las condiciones generales a instancias de una organización de consumidores. Entre otras estaba la que declaraba la obligación del asegurado de entregar la póliza original para obtener la indemnización, o la cláusula por la que el asegurador podía resolver el contrato por la mera producción del siniestro, cláusula que fue declarada nula por el juzgado de 1ª Instancia y que las demandadas no apelaron.

### **Otros supuestos**

Hay que tener en cuenta que en aquellos casos en los que la contratación del seguro sea voluntaria no implica necesariamente que se puede dirigir la acción contra el tomador ya que estaríamos ante un supuesto de falta de legitimación activa es lo que sucede en el caso de la SAP Zaragoza, sec. 4ª, S 2-2-2005, nº 49/2005, rec. 462/2004 : *El hecho no cuestionado de que la actora estuviese federada o dada de alta en la Federación Aragonesa de Montañismo a la fecha en que sufrió una lesión cuando realizaba la práctica del deporte de montaña, ascendiendo a la Cruz de Gilet, no constituye por sí mismo título jurídico alguno generador de la obligación de la referida Federación, hoy parte demandada, de resarcir a la Sra. Antonieta en el importe de los gastos de asistencia médica por ella soportados, ya que no consta acreditado que dicha federación asumiese a su cargo los gastos derivados de los accidentes que pudiesen sufrir sus socios con ocasión de las actividades deportivas desarrollados por los mismos, limitándose a tener suscrita como tomadora una póliza de seguro de accidentes que cubriera tales siniestros”* Como podemos ver la sentencia aprecia la falta de legitimación pasiva porque la federación demandada no asumía más obligación que la de contratar un seguro.

Otra posibilidad es la que establece la sentencia de AP Alicante, sec. 9ª, S 2-3-2018, nº 109/2018, rec. 46/2018 *En consecuencia, de haber cumplido la Asociación de Comerciantes, como organizadora de la carrera, sus obligaciones contractuales de forma plenamente diligente, esto es, sin introducir en las condiciones particulares de la póliza de accidentes colectivos suscrita para la prueba la cláusula de exclusión de "lesiones accidentales no traumáticas", exclusión de la que no se informó a los participantes de la carrera, Se trata de un supuesto de carrera popular en que el seguro de la prueba no cubría los accidentes por golpe de calor, circunstancia de la que no se informó a los participantes y que determino que un participante víctima de esa circunstancia fue al centro hospitalario concertado y tuviera que abonar el importe de la asistencia recibida por no estar cubierta por el seguro concertado, cantidad que luego reclamó a los organizadores.*



## INCIDENCIA DEL ARTICULO 10 LEY CONTRATO DE SEGURO

La STS de 5/4/2017 precisa «*La jurisprudencia de esta Sala sobre el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS (EDL 1980/4219 (EDL 1980/4219)) (entre las más recientes, SSTS de 2 de diciembre de 2014, rec. 982/2013 (EDJ 2014/222755), y 4 de diciembre de 2014, rec. 2269/2013 (EDJ 2014/236899), que a su vez citan y extractan las SSTS de 14 de junio de 2006, rec. 4080/1999 (EDJ 2006/83826), 11 de mayo de 2007, rec. 2056/2000 (EDJ 2007/28966), 15 de noviembre de 2007, rec. 5498/2000 (EDJ 2007/206018), y 3 de junio de 2008, rec. 154/2001) (EDJ 2008/131348) viene declarando que dicho precepto, ubicado dentro del título I referente a las disposiciones generales aplicables a toda clase de seguros, ha configurado, más que un deber de declaración, un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunte por el asegurador, ya que este, por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo, debe preguntar al contratante aquellos datos que estime oportunos. Esta configuración se aclaró y reforzó, si cabe, con la modificación del párrafo primero de este art. 10, al añadirse un último inciso según el cual "quedará exonerado de tal deber (el tomador del seguro) si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él" ( STS de 2 de diciembre de 2014). En consecuencia, para la jurisprudencia la obligación del tomador del seguro de declarar a la aseguradora, antes de la conclusión del contrato y de acuerdo con el cuestionario que esta le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo, se cumple "contestando el cuestionario que le presenta el asegurador, el cual asume el riesgo en caso de no presentarlo o hacerlo de manera incompleta ( SSTS 25 de octubre de 1995; 21 de febrero de 2003; 27 de febrero de 2005; 29 de marzo de 2006; 17 de julio de 2007, rec. 3121/2000) (EDJ 2007/100770)". ( STS de 4 de diciembre de 2014)».*

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, sec. 1ª, de 10-10-2018, nº 563/2018, rec. 3158/2015 precisa que:

*Así, se ha negado la existencia de ocultación en casos de cuestionarios (o declaraciones de salud) demasiado genéricos o ambiguos, con preguntas sobre la salud general del asegurado tan estereotipadas que no permitían al asegurado relacionarlas con la enfermedad causante luego del siniestro (entre las más recientes, sentencias 157/2016, de 16 de marzo, 222/2017, de 5 de abril, y la citada 323/2018).*

La SAP Alicante, sec. 9ª, de 06-11-2017, nº 419/2017, rec. 328/2017 en un caso en que la aseguradora se negaba a pagar la cantidad porque decía que no practicaba deporte profesional porque entendía que no era cierto, señala que:

*y en relación a la práctica de deportes , se limita a una pregunta genérica, deportes que practica y a continuación que precise si como profesional o si esta federado. La respuesta a estas dos últimas preguntas, que son realmente las que delimitan la relevancia para la aseguradora del concepto "practica de un deporte ", son contestada negativamente, y la prueba practicada no ha acreditado lo contrario. Ninguna*

*dificultad tendría acreditar que realmente existe una federación dePadbol, en cuanto a la profesionalidad no va unida a participar en algún campeonato*

El deporte en cuestión es el padbol, del que desconocíamos su existencia y que es una mezcla del fútbol y el padel.

La SAP Zaragoza, sec. 5ª, S 15-03-2004, nº 173/2004, rec. 65/2004 establece que:

*artículo 10 de la LCS, que es aquel en que el actor negó figurase su firma, acreditándose lo contrario en la prueba pericial caligráfica practicada, aquel manifestó con igual claridad que no practicaba deporte alguno, y de igual modo dijo que no participaba en competiciones, que son preguntas concretas y sencillas, de incuestionable comprensión, (...), recordándose como el accidente tuvo lugar, no en la desarrollo de un partido de fútbol en el que el actor pudiera ocasionalmente haber participado, que es supuesto que hubiera sido objeto de seguro, sino en la práctica de una competición oficial organizada por la Federación Aragonesa de ese deporte , en la que el demandante suele ordinariamente jugar, que es la actividad expresamente prohibida a efectos del seguro por la trascrita cláusula.*

## **SEGURO DE ACCIDENTES**

La SAP Jaén, sec. 3ª, S 13-06-2003, nº 162/2003, rec. 171/2003 nos recuerda que:

*De acuerdo con la doctrina Jurisprudencial más sólida se considera que los requisitos para la calificación de un hecho como accidente a efectos de la Ley de Contrato de seguro son (STS 5 de junio de 2001 EDJ 2001/7148):*

*1.- Que exista una lesión corporal generada por una causa súbita, esto es, con una afectación inmediata y no mediante una patología más o menos prolongada, que suponga un deterioro progresivo hasta que se produzca la lesión corporal.*

*2.- Que sea violenta o proveniente del mundo exterior, materialmente perceptible, y no por causa de una patología interna o enfermedad del organismo humano, que actúa como síndrome subyacente.*

*3.- Que concurra una causa externa, por la que se entiende todo lo que no provenga del mismo componente somático del afectado.*

La SAP Barcelona, sec. 19ª, S 02-03-2016, nº 80/2016, rec. 698/2014 establece, en relación entre el infarto y la cobertura en caso de accidente, que:

*Conviene precisar " prima facie " qué dice la jurisprudencia más autorizada en cuanto a los accidentes cubiertos por la póliza de accidente. Como dice el T.S. en sentencia de 21 de febrero de 2008 : " A) En el seguro de accidentes, a tenor de la jurisprudencia, el*

*infarto puede aparecer expresamente incluido en la póliza como riesgo cubierto ( SSTS de 24 de marzo de 1995 , 7 de febrero de 2001 ). Asimismo, puede resultar también expresamente excluido en la póliza. En caso de falta de estipulación expresa, el infarto únicamente puede ser calificado como accidente a efectos del contrato de seguro ( art. 100 LCS ) si responde a una causa externa, inmediata e independiente de los factores orgánicos ( SSTS de 13 de febrero de 1968, 29 de junio de 1968 , 23 de febrero de 1978 , 20 de junio de 2000 , 5 de junio de 2001 , 27 de diciembre de 2001 , 5 de marzo de 1992 , 15 de diciembre de 1992 , 14 de noviembre de 2002, rec. 1313/1997 , 27 de noviembre de 2003, rec. 327/1998 , 7 de junio de 2006 ).(....)Nos hallaríamos ante un accidente en los episodios cardíacos o vasculares cuando, además de manifestarse súbitamente, concurren con una causa externa, como puede ser, por ejemplo, una fuerte excitación nerviosa debida a una discusión violenta, el hacer un esfuerzo violento o tener una impresión fuerte, entre otros ( SSTS, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 1983 , 9 de octubre de 1984 , 19 de noviembre de 1985 , 25 de marzo de 1986 , 2 de febrero de 1987 , 4 de marzo de 1988 , 20 de marzo de 1990 , 27 de junio de 1990 , 14 de junio de 1994 ).*

La SAP Asturias, sec. 7ª, S 08-07-2011, nº 337/2011, rec. 608/2010 por un lado se analiza si un deporte el pádel está excluido de la cobertura o no, y se concluye que:

*La primera de las cuestiones fue resuelta con acierto por la sentencia apelada ya que el pádel, pese a que es una actividad deportiva a susceptible de producir accidentes como la práctica totalidad de los deportes , no se halla excluida de la cobertura , pues el seguro concertado elimina los producidos por deportes de alto riesgo o practicados profesionalmente profesionales en las condiciones particulares, de lo que a contrario sensu se infiere incluye el supuesto de autos, pues no es la contemplada, una práctica deportiva de alto riesgo, ni se produjo el siniestro con motivo del ejercicio del deporte con carácter profesional*

La SAP Murcia, sec. 4ª, S 14-02-2019, nº 142/2019, rec. 737/2018 establece que:

*tal efecto, consideró el Juzgado que la cláusula 4.23.7 de las Condiciones Generales lo que hacía era excluir de cobertura las actividades deportivas , y no se había probado que el Sr. Julián estuviera en un circuito o participando en una competición deportiva. Y ello quedó evidenciado en el informe contenido en el atestado de la Policía Local de Lorca de 8 de junio de 2016, donde se decía que el accidente se produjo al detenerse el vehículo que precedía a la motocicleta del Sr. Julián ante un semáforo en verde, en la Avenida de Europa, del casco urbano de Lorca. dicha cláusula es limitativa de los derechos del asegurado.*

## **SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL:**

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 03-03-2014, nº 78/2014, rec. 625/2012 establece que:

*No hay duda de que se trata de una póliza de responsabilidad civil ( art. 73 LCS EDL 1980/4219), el riesgo cubierto es el de nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero por un hecho de cuyas consecuencias sea civilmente responsable, conforme a derecho, dicho asegurado, de modo que si no hay responsabilidad del asegurado no nacerá la obligación del asegurador ( STS núm. 1243/2007 de 14 de diciembre).*

La SAP Huelva, sec. 1ª, de 24-07-2014, nº 103/2014, rec. 39/2014 establece que:

*RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CLUB DEPORTIVO.- Se reclama en base a la culpa extracontractual que resulta de los arts. 1902 y 1903 Cc . No por la relación contractual que pueda darse entre el demandante como jugador de futbol amateur y el club deportivo para el que juega.(... ) El demandante recibió un golpe de balón que consistió en contusión en región genital, y que le produjo la pérdida del testículo derecho. Por tanto, es evidente que se trató de un lamentable accidente en el desarrollo de la actividad deportiva , consecuencia del riesgo propio de la práctica del futbol, sea en competición o durante los entrenamientos. RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA DEL CLUB.- En consecuencia, sin declararse la responsabilidad civil del club deportivo tampoco puede señalarse la cobertura del accidente por la aseguradora de su responsabilidad civil general. Máxime cuando, entre las exclusiones de la póliza suscrita, se encuentran los accidentes que puedan producirse en el curso de la actividad deportiva de sus jugadores.*

Por tanto para que una compañía tenga que tener responsabilidad es necesario dos hechos, el primero que existe un daño del que sea responsable el asegurado y el segundo que dicha responsabilidad se incluya en una póliza En la sentencia citada se observan ambos elementos y se puede comprobar que no se da ninguno de estos requisitos.

## **ARTÍCULO 43 DE LA LCS**

El art. 43 de la Ley del Contrato de Seguro (Ley 50/80, de 8 de octubre; LCS, en adelante), establece que "el asegurador , una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado . El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse . El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato. En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés.

La sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 19-02-2016, nº 87/2016, rec. 2853/2013 establece que:

*La sentencia de 12 junio de 2013 declara como presupuestos básicos para que se produzca la subrogación del asegurador que: (i) se haya cumplido por el mismo la obligación de abonar al asegurado la indemnización prevista en el contrato; lo que tuvo lugar en este caso al liberar a aquél, mediante pago, de la responsabilidad civil*

*que, con carácter solidario, le exigía la Comunidad de Propietarios perjudicada por vicios ruínógenos. (...); (ii) que exista un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero como consecuencia del mismo daño que ha motivado la indemnización del asegurador. Efectivamente para que se produzca la subrogación es necesaria la existencia de un crédito del asegurado contra un tercero, dirigido precisamente a la obtención de resarcimiento del daño que ha dado lugar a la indemnización que ha recibido del asegurador, de modo que cuando no existe deuda resarcitoria por parte de un tercero no opera la subrogación ( SSTS de 18 de diciembre de 1989, 29 de diciembre de 1993, 9 de julio de 1994, 18 de julio de 1997, 5 de febrero de 1992 y 14 de julio 2004).*

Si bien una sentencia anterior introduce otro requisito, la voluntad de subrogarse. Es un requisito evidente, ya que si la aseguradora no reclama al causante es difícil que este pague. La sentencia Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, de 19-11-2013, nº 699/2013, rec. 1418/2011, habla de la naturaleza de la subrogación.

*Presupuestos: La doctrina más reciente de esta Sala, STS núm. 432/2013, de 12 de junio, destaca que el art. 43 LCS exige tres presupuestos: (i) que el asegurador haya cumplido la obligación de satisfacer al asegurado la indemnización dentro de la cobertura prevista en el contrato, (ii) que exista un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero causante del daño, de modo que cuando no existe deuda resarcitoria por parte de un tercero no opera la subrogación ( SSTS 14 de julio 2004 EDJ 2004/82654, 5 de febrero de 1998 EDJ 1998/582, entre otras); (iii) y la voluntad del asegurador de subrogarse, como un derecho potestativo que puede hacer valer o no, según le convenga, por lo que la subrogación no operaría ipso iure, conforme preveía el Código de Comercio.*

Como dice la Sentencia del TS de 11 de octubre de 2.007: "*ésta es una acción dirigida a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el responsable del siniestro, causante material del quebranto patrimonial indemnizable, que es la misma que tenía originariamente el perjudicado ("M., S.A.") contra aquél, si bien con la particularidad de que el contenido patrimonial del derecho que otorga la subrogación legal al asegurador no coincide con el daño y perjuicio sufrido por el asegurado-perjudicado, sino que comprende, o alcanza, únicamente, la indemnización pagada por la aseguradora;*

La sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 07-01-2010, nº 883/2009, rec. 1188/2005, trata el tema del perjuicio causado por el asegurado y el pago.

*El Cuarto motivo denuncia la infracción del art. 43 LCS (EDL 1980/4219), por haber impedido el asegurado el derecho de subrogación del asegurador por haber reclamado a los causantes del daño y sus aseguradoras en otro pleito. Por ello HDI no podría reclamar nada a los responsables finales y porque la interposición de dicha acción vacía de contenido el derecho de resarcimiento a que ha sido condenada la aseguradora HDI.*

*El motivo se desestima.*

*El artículo 43 LCS exige que el asegurador haya pagado la indemnización para que pueda subrogarse en los derechos y acciones que correspondían al asegurado por*



*razón del siniestro contra quienes hayan producido el daño. En este caso no se cumplen los requisitos del art. 43 LCS , dado que la aseguradora recurrente no ha pagado nada. La asegurada se ha limitado a reclamar, en otro procedimiento, los daños producidos hasta el límite no cubierto por su propio seguro. Por ello no ha perjudicado en nada un derecho a la subrogación que aun no ha nacido.*

La citada sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, de 19-02-2016, nº 87/2016, rec. 2853/2013 permite a la aseguradora reclamar en base al artículo 1145 del Código Civil y por tanto que se determine la responsabilidad en el nuevo procedimiento y que es posible que en exista un procedimiento anterior en el que se fije o no se fija la condena solidaria.

*Nos hallamos en presencia de una acción de repetición contra quien no ha sido condenado, que precisa de un nuevo juicio que dilucide su responsabilidad civil, como autoriza la sentencia de 27 de febrero de 2004, Rc. 909/1998, (...) nuestro sistema regula la acción de repetición del deudor solidario que paga íntegramente la deuda y en el segundo párrafo del artículo 1145 del Código Civil (EDL 1889/1) dispone que «el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponde con los intereses de anticipo».*

*Precisamente esta acción, y no la de subrogación en el crédito del acreedor perjudicado, es la que aquí se ejercita, compadeciéndose, según lo expuesto, la armónica aplicación del artículo 43 de la LCS en relación con el 1145.2 del Código Civil). (...) si se ha promovido un procedimiento judicial contra todos o algunos de los deudores solidarios y se produce una sentencia condenatoria con dicho carácter de solidaridad, de ella se ha de partir y únicamente quedará por fijar la participación cuantitativa del obligado en la acción de repetición. Pero, si como sucede en este caso, no existe una previa condena solidaria de los demandados, entonces el demandante tiene que acreditar en primer lugar la responsabilidad solidaria del demandado y después fijar su participación cuantitativa en tal obligación.*

Si bien, hay que señalar que si el asegurado ha iniciado un procedimiento para determinar la responsabilidad del tercero, si el asegurador interpone por su parte una demanda antes de resolverse el primer pleito se deberá apreciar la litispendencia (STS de 21 de mayo del 2005)

En el caso de que existan varios responsables la acción se puede dirigir contra varios, pero si se dirige contra uno no se pueda oponer el litisconsorcio pasivo necesario (STS de 13 de junio de 1998).

No es de aplicación al Consorcio de Compensación de Seguros.

La sentencia del Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, S 24-01-2019, nº 52/2019, rec. 2611/2016 establece que:

*Asegura, pues, no al perjudicado o a la víctima sino al vehículo causante del daño.*

*Así se colige del art. 11 del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, (...) Para a continuación concederle que pueda repetir en los supuestos definidos en el art. 10 de esa Ley, así como contra el propietario y el responsable del accidente cuando se trate de vehículo no asegurado, o contra los autores, cómplices o encubridores del*

*robo o robo de uso del vehículo causante del siniestro, así como contra el responsable del accidente que conoció de la sustracción de aquél.*

*Se observa que en esa acción de repetición no se contempla el supuesto del art. 11.1. d) TRLRC y SCVM, ( "indemnizar los daños a las personas y en los bienes cuando, en supuestos incluidos dentro del ámbito del aseguramiento de suscripción obligatoria o en los párrafos precedentes de este artículo, surgiera controversia entre el Consorcio de Compensación de Seguros y la entidad aseguradora acerca de quién debe indemnizar al perjudicado. ) que es el de autos.*

*La razón reside en que, dada su singularidad, la Ley ha querido prever la repetición en la misma letra d), y en ésta el derecho que se le confiere al CCS es el de reembolso a su favor por la entidad aseguradora de la indemnización satisfecha por él al perjudicado, más los intereses incrementados en un 25 por 100, desde la fecha en que abonó la indemnización. No se contempla, pues, ni al propietario ni al responsable del accidente.*

*(...)el Consorcio de Compensación de Seguros no asume el pago al perjudicado en su condición de un tercero, sino que su obligación de indemnizar y posterior de derecho de repetición y reembolso, cuando proceda, nacen de la Ley, y ésta es el TRLRC y SCVM ( art. 11), que es la que lo prevé, y no la Ley de Contrato de Seguro .*

*Se fija como doctrina que en los supuestos en los que se declara la existencia de seguro obligatorio del automóvil en el vehículo causante del accidente, el Consorcio de Compensación de Seguros, que había indemnizado al perjudicado, no se coloca en la posición de éste, y lo que le corresponde es el reembolso en los términos que prevé el art. 11. 1 d) TRLRC y SCVM.*

### **Excepciones oponibles.**

Esta cuestión nos la resuelve la Tribunal Supremo (Civil), sec. 1ª, de 19-11-2013, nº 699/2013, rec. 1418/2011 :

*El régimen de oponibilidad de las excepciones del tercero responsable frente al asegurador.*

*Del concepto de subrogación surge la natural consecuencia de que las acciones que el asegurador puede ejercitar son las mismas que las que podía ejercitar el asegurado-perjudicado. Por tanto, presupone un crédito del asegurado contra un tercero responsable del daño. Ha de tratarse de un crédito del asegurado dirigido a la obtención de un resarcimiento de daños que ha dado lugar, por vía subrogatoria , a la indemnización por el asegurador al asegurado en virtud de la existencia de un contrato válido y vigente. Así lo establece expresamente el art. 43 LCS EDL 1980/4219 , cuando afirma que el objeto de la subrogación, una vez pagada la indemnización, son los derechos y acciones "que correspondieran al asegurado".*

*Por esta razón, el demandado puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiera podido oponer frente al asegurado, preexistentes a la subrogación . Ningún obstáculo habrá para poder admitir también las excepciones procesales por ser de orden público.*

*Pero una vez que, como ocurre en el presente litigio, (i) se ha verificado la vigencia de las pólizas de los seguros, (ii) el pago efectuado por las aseguradoras al asegurado perjudicado, (iii) la responsabilidad -mejor la corresponsabilidad- del tercero a quien se le reclama el 50 % de las cantidades satisfecha en virtud de un pronunciamiento judicial previo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra), (iv) hallándose las cantidades reclamadas dentro del límite de cobertura de cada una de las pólizas, (v) y, no reclamándose una cuantía superior al daño realmente causado o superior al límite de la indemnización satisfecha, el tercero responsable no puede interferirse, subingresar o excepcionar circunstancias derivadas del contrato de seguro, cuyas relaciones jurídicas son internas, vinculantes exclusivamente a las partes contratantes, asegurador y asegurado, y para el tercero responsable es una "res inter alios acta".*

La SAP Vizcaya, sec. 5ª, S 31-05-2017, nº 154/2017, rec. 95/2017 establece que:

*Y la ausencia de seguro, en lo que atañe a la legitimación activa ad causam, es oponible por la parte demandada, consideración que no es contraria a la doctrina invocada por esta apelante en su escrito de recurso.*

*La STS de 19 de noviembre de 2013 al analizar la naturaleza jurídica (...) Como resulta de la simple lectura de lo expuesto, se remarca por el Tribunal que el pago se haya satisfecho " ¿ dentro de la cobertura prevista en el contrato ", es decir se requiere que el abono se efectúe en base a la vigencia del contrato de seguro, en lo que igualmente se incide cuando de seguido la resolución añade(...) Por esta razón, el demandado puede oponer al asegurador las mismas excepciones que hubiera podido oponer frente al asegurado, preexistentes a la subrogación . Ningún obstáculo habrá para poder admitir también las excepciones procesales por ser de orden público.*

También se pueden oponer cláusulas de los contratos entre el asegurado y el tercero al que se le responsabiliza de los daños en cuanto sea necesario para determinar la responsabilidad. Son dos planos distintos, por un lado contrato de seguro, y por otro lado contrato entre asegurado y demandado, como dice la SAP Barcelona, sec. 1ª, de 26-10-2017, nº 567/2017, rec. 79/2016:

*por consiguiente si la referida acción solo puede ejercitarse contra los responsables del siniestro es claro que para determinar esta responsabilidad habrá que tener en cuenta las relaciones contractuales que pudieran existir entre la asegurada y la empresa demandada (...) cuando tiene su origen en un supuesto de culpa contractual deben analizarse y conocerse los elementos que conforman esta relación para ver si puede declararse la actuación culposa que se precisa para que pueda prosperar la reclamación.*

*De ahí que deban rechazarse las alegaciones de la parte actora y ahora apelante que pretende situarse al margen de la relación contractual como si de un tercero se tratase, debiendo entender por el contrario, que tal cláusula le es oponible.*

## **Prescripción.**

La jurisprudencia menor ha tenido dos criterios, la mayoritaria que lo computa desde el la fecha del siniestro, SAP de Baleares, Civil sección 3 del 07 de junio de 2019 ( ROJ: SAP IB 1170/2019 - ECLI:ES:APIB:2019:1170 ) y la minoritaria que lo hace desde la fecha del pago. El TS parece que se decanta por la primera teoría ya que considera que el crédito que adquiere el asegurador es idéntico al que tenía el asegurado (ATS de 17 de junio del 2015 y STS de 1 de octubre del 2008).

SAP de Vizcaya, Civil sección 3 del 13 de septiembre de 2018 ( ROJ: SAP BI 2609/2018 - ECLI:ES:APBI:2018:2609 ) recoge dicho pronunciamiento.

*No es este el criterio jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal, reflejado entre otras en la reciente sentencia de 7-12-2006 al señalar:*

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

Por lo tanto las interrupciones de la prescripción realizada por el asegurado benefician al asegurador, sin que se puedan incluir las reclamaciones realizadas por el asegurado al asegurador subrogado (STS de 7 de diciembre del 2006)

## **Proceso penal previo.**

La SAP de Cáceres, Civil sección 1 del 19 de septiembre de 2019 ( ROJ: SAP CC 779/2019 - ECLI:ES:APCC:2019:779 ) cita la jurisprudencia del supremo y establece que en caso de existir un procedimiento penal previo se debe estar al momento de su finalización para iniciar el cómputo de la prescripción.

*Al efecto vamos a reproducir el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de diciembre de 2014(...) En estos supuestos, lógicamente, el dies a quo será el de la sentencia que reconozca la existencia de la causa de repetición, ya que no tendría sentido, y no es la intención del citado art. 10, privar del derecho de repetición al asegurador, por haber transcurrido un plazo, sin que haya tenido la*

*oportunidad de ejercitar su derecho de repetición por no haberse aún declarado la existencia del presupuesto de tal derecho.*

*Lo contrario sería obligar a la Aseguradora a ejercitar una acción fundada en posibles futuribles fácticos, aún no verificados, con consecuencias procesales adversas, caso de desestimación de la demanda.*

*Esta es la doctrina jurisprudencial de la Sala, ratificada en la Sentencia de 13 de mayo de 2014, recurso 1083/2012, con cita de la del 1 de febrero de 2013, recurso 554/2010 .*

*En ellos se razonan que es aplicable en todo su rigor el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "que prohíbe absolutamente seguir pleito sobre el hecho que sea objeto de un juicio criminal hasta que en este recaiga sentencia firme...".*

*Tanto en la última sentencia como en la de 1 de junio de 2011 , que en ella se cita, se recoge el plazo de prescripción de un año establecido en el mencionado artículo 10 de la LRCSCVM como el procedente para ejercer por la aseguradora la acción de repetición, computable desde el pago de la indemnización, sin perjuicio de la interrupción operada por el proceso penal.*

## **ARTÍCULO 74 de la LCS.**

La STS, a 27 de junio de 2019 - ROJ: STS 2173/2019 señala que:

*Con carácter general, la dirección jurídica del asegurado puede ser asumida por el asegurado o por la aseguradora a través de dos instrumentos contractuales, a saber, de un lado, en función del seguro de responsabilidad civil, y de otro, en virtud del seguro de defensa jurídica: el primero se rige por el art. 74 de la Ley de contrato de Seguro, y el segundo por la regulación comprendida en la misma Ley a partir de la reforma operada por la Ley 19 de diciembre de 1990 en el art. 76 a ) 76 g). En el primero de los supuestos el asegurador, salvo pacto en contrario, asumirá la dirección jurídica frente a las reclamaciones del asegurado, y en el segundo de los supuestos rige el principio de libre elección de profesionales o la asunción por el propio asegurador de tal obligación. La diferencia entre ambas modalidades es que la primera forma parte y es accesoria del seguro de responsabilidad civil, mientras que la segunda se conforma como un contrato de seguro autónomo, exigiéndose que sea objeto de un contrato independiente, y en el supuesto de que se incluya en el de responsabilidad civil, que se configure en un capítulo aparte dentro de la póliza única, especificándose el contenido de la defensa jurídica garantizada, más amplia sin duda que en el caso anterior, así como la prima que corresponde."*

Es doctrina consolidada que el seguro de defensa jurídica es distinto y que se debe contratar a parte, y que se debe estar a lo indicado en el artículo 74 de la LCS (STS de 20 de abril del 2000, STS, Civil sección 1 del 29 de septiembre de 2004 ( ROJ: STS 6051/2004 - ECLI:ES:TS:2004:6051 ) y de 31 de enero del 2008)

La STS, Civil sección 1 del 05 de julio de 2016 (ROJ: STS 3139/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3139 ) establece que la dirección jurídica que se atribuya puede vincular a la



*La asegurada dio intervención en todo momento a la aseguradora para que pudiera peritar los daños y para que le prestara la asistencia jurídica, por tanto tuvo la posibilidad de plantear cuantos óbices considerara precisos, pero nada hizo, por lo que debe aceptar las consecuencias de su propia postura ante el siniestro y no puede pretender impugnar determinados conceptos pese a la falta de desglose del acuerdo transaccional porque se desentendió de la negociación previa al acuerdo, máxime cuando no consta mala fe del asegurado*

La carga de la prueba de pacto en contrario le corresponde a quien la alega, así la sentencia de la AP Vizcaya, sec. 4ª, de 20-12-2017, nº 792/2017, rec. 620/2017 señala:

*Sin embargo nos encontramos ante pólizas de responsabilidad civil. Igual que la que tiene suscrita la Cofradía recurrente con Allianz, la del Ayuntamiento de Portugalete con Zurich ampara la responsabilidad civil. En estos casos el art. 74 LCS (EDL 1980/4219) dispone que " Salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen". No se ha pedido por la Cofradía que se presente la póliza para constatar pacto en contrario, por lo que conforme a lo dispuesto en las reglas del onus probandi del art. 217.3 LEC (EDL 2000/77463), le perjudica la falta de prueba y debe considerarse aplicable la presunción legal, que obliga a atender los gastos de defensa, entre los que se encuentran las costas judiciales.*

## **LA ACCIÓN DIRECTA DEL ARTICULO 76 LCS.**

La STS, Civil sección 991 del 05 de junio de 2019 ( ROJ: STS 1840/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1840 ) es una sentencia importante porque regula que sucede en aquellos casos en que el responsable es una administración, como puede ser en el caso de que sea la titular de la instalación deportiva en que se ha producido la responsabilidad civil, estableciendo que:

*Análisis de los efectos de la resolución administrativa firme en el proceso civil. En el caso, el perjudicado optó por seguir un expediente administrativo en el que recayó una resolución reconocimiento la responsabilidad patrimonial que fijó una indemnización, que es firme, y la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la responsabilidad del asegurado. Declarada la responsabilidad y fijada la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la administración, pueden producirse potencialmente todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, y la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición de la aseguradora.*

## **EXCEPCIONES OPONIBLES.**

La SAP de Madrid, Civil sección 9 del 19 de junio de 2019 ( ROJ: SAP M 8567/2019 - ECLI:ES:APM:2019:8567 ) establece que:

*Tal y como alega el actor apelado, el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro establece que " La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado". La doctrina jurisprudencial establece al respecto ( STS de 5 de junio de 2019, número 321/2019):*

"(v) El art. 76 LCS, al establecer que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, configura una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley ( STS 200/2015).

(vi) La inmunidad de la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impeditivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro ( STS 200/2015, de 17 de abril ,con cita de las de 26 de noviembre de 2006 , 8 de marzo de 2007 y 23 de abril de 2009 )

[...]

(viii) La acción directa se entiende sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado; precisamente, este derecho de repetición solo tiene sentido porque el asegurador no puede oponer al perjudicado el comportamiento doloso del asegurado."

Aplicando tal doctrina, ha de concluirse que la aseguradora no puede oponer al perjudicado demandante la conducta del asegurado frente a aquella que se acaba de exponer, siendo inmune la acción directa a la excepción basada en las infracciones alegadas de la prohibición de reconocimiento, del deber de aminorar las consecuencias del siniestro y del deber de información en el mismo sentido la SAP Madrid, sec. 13ª, S 21-09-2018, nº 331/2018, rec. 422/2018

La sentencia de la AP Madrid, sec. 21ª, de 19-03-2019, nº 130/2019, rec. 478/2018 señala que:

Descendiendo a las "excepciones "en sentido estricto , nos encontramos con algunas que pueden ser opuestas por el asegurador al tercer perjudicado que ejercita la acción directa y que son las siguientes:

a/ Las basadas en la relación entre el tercer perjudicado y el asegurado: a las que se refiere el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (EDL 1980/4219) , al decir que: "El asegurador puede..oponer la culpa exclusiva del perjudicado".

b/ Las fundadas en las relaciones entre el asegurador y el tercer perjudicado: a las que igualmente se refiere el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro , al decir que: "El asegurador puede..oponer..las excepciones personales que tenga contra éste -el perjudicado-." Y así podrá oponer la excepción de pago , prescripción, compensación o remisión de la deuda.

C. Por último, aparecen las excepciones en sentido estricto que si son inoponibles por el asegurador al tercer perjudicado que ejercita la acción directa y que no son mas que aquellas que se refieren a hechos, mas en concreto omisiones, del asegurado a los que se anuda, en la ley, la liberación de la obligación del asegurador de indemnizar al asegurado al producirse el siniestro o una rebaja en la cuantía indemnizatoria. Se trata de excepciones basadas en la conducta del asegurado , ya que la valoración subjetiva de la conducta del asegurado es irrelevante a los efectos de la acción directa del

*perjudicado contra el asegurador . Solo estas excepciones son inoponibles por el asegurador al tercer perjudicado. Y, aun sin hacer una enumeración exhaustiva de las mismas, pueden reseñarse las siguientes:*

*a/ Incumplimiento del deber de declaración del riesgo por el tomador del seguro, tanto antes de la conclusión del contrato ( artículo 10 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro ) como durante la vigencia de la relación jurídica ( artículos 11 y 12 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro ).*

*b/ Suspensión de la cobertura del seguro por el impago de la prima ( artículo 15 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro )*

*c/ Incumplimiento del deber de comunicar el siniestro al asegurador ( artículo 16 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro )*

*d/ Incumplimiento del deber de salvamento ( artículo 17 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro )*

*d/ Falta de comunicación de la existencia de varios seguros ( artículo 32 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro ).*

*D. Únicamente estas últimas excepciones en sentido estricto referidas a la conducta del asegurado son inoponibles por el asegurador al tercer perjudicado que ejercita la acción directa, quedando, con ellas, agotada la referencia del artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro a que "la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado", que no puede extenderse al resto de las excepciones en sentido estricto y a las defensas, entre las que se encuentra que el derecho del tercer perjudicado esté fuera de la cobertura del seguro en base a una cláusula delimitadora del riesgo asegurado o en base a una cláusula limitativa del derecho del asegurado. Y, solo en las excepciones en sentido estricto que son inoponibles, tiene el asegurador el derecho de repetición contra su asegurado, del que carece en el resto de las excepciones en sentido estricto y de las defensas.*

*Puede el asegurador, frente al ejercicio por el tercer perjudicado de la acción directa, oponer que el derecho del demandante está fuera de la cobertura en base a una cláusula delimitadora del riesgo asegurado o en base a una cláusula limitativa del derecho del asegurado. Pero, aunque ambas son oponibles, su régimen jurídico es muy distinto.*

La STS, Civil sección 1 del 17 de abril de 2015 ( ROJ: STS 1424/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1424 ) establece que:

*No se trata con ello de sostener la asegurabilidad del dolo - STS Sala 2ª 20 de marzo 2013 -, sino de indagar si el legislador de 1980, junto a ese principio general que se respeta en su esencialidad, ha establecido una regla en el sentido de hacer recaer en el asegurador la obligación de indemnizar a la víctima de la conducta dolosa del asegurado. El automático surgimiento del derecho de repetición frente al causante del daño salva el dogma de la inasegurabilidad del dolo: nadie puede asegurar las consecuencias de sus hechos intencionados. Faltaría la aleatoriedad característica del contrato de seguro. Lo que hace la Ley es introducir una norma socializadora y tuitiva*

*(con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con víctima del asegurado. La aseguradora al concertar el seguro de responsabilidad civil y por ministerio de la ley ( art. 76 LCS ) asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de responsabilidad civil surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolosa... Y es que cabalmente el art. 76 LCS rectamente entendido solo admite una interpretación a tenor de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerlo en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir. Lo que significa en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el legislador, es que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicada.*

Como dice la STS, Civil sección 991 del 05 de junio de 2019 ( ROJ: STS 1840/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1840 ).

*(viii) La acción directa se entiende sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado; precisamente, este derecho de repetición solo tiene sentido porque el asegurador no puede oponer al perjudicado el comportamiento doloso del asegurado.*

En cambio sentencias más antiguas del TS como las de 22 de diciembre de 1989 o de 8 de julio de 1992 defendían lo contrario.

La STS, Civil sección 991 del 05 de junio de 2019 (ROJ: STS 1840/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1840 ) establece que:

*La inmunidad de la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impositivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro ( STS 200/2015, de 17 de abril ,con cita de las de 26 de noviembre de 2006 , 8 de marzo de 2007 y 23 de abril de 2009 ).*

*(vii) En particular, "la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible [...] al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato" ( STS 730/2018, de 20 de diciembre , que cita las sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre ; 268/2007, de 8 de marzo ;40/2009, de 23 de abril ; 200/2015, de 17 de abril ; y 484/2018, de 11 de septiembre ).*

En general se pueden oponer.

Inexistencia del contrato.

Inexistencia de responsabilidad civil.

Falta de cobertura del seguro (STS 1 de abril de 1996)

Culpa exclusiva del perjudicado.

Excepciones personales que puede oponer el asegurador frente a tercer, pago de la indemnización y prescripción.

Condiciones establecidas en el contrato relativas a su contenido (STS de 23 de abril del 2009)

No podrá oponer:

Suspensión de la cobertura por falta de pago de la prima (STS 10 de septiembre del 2015, ya citada)

Incumplimientos contractuales de a su asegurado que no extingan la relación contractual (como falta de comunicación del siniestro, incumplimiento deber de salvamento, de declaración del riesgo, etc)

### **ACCIÓN DE REPETICIÓN.**

La STS, Civil sección 1 del 03 de marzo de 2016 ( ROJ: STS 963/2016 - ECLI:ES:TS:2016:963 establece que:

*presupuestos básicos para que se produzca la subrogación del asegurador que: (i) se haya cumplido por el mismo la obligación de abonar al asegurado la indemnización prevista en el contrato; (...); (ii) que exista un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero como consecuencia del mismo daño que ha motivado la indemnización del asegurador. Efectivamente para que se produzca la subrogación es necesaria la existencia de un crédito del asegurado contra un tercero, dirigido precisamente a la obtención de resarcimiento del daño que ha dado lugar a la indemnización que ha recibido del asegurador, de modo que cuando no existe deuda resarcitoria por parte de un tercero no opera la subrogación ( SSTS de 18 de diciembre de 1989 , 29 de diciembre de 1993 , 9 de julio de 1994 , 18 de julio de 1997 , 5 de febrero de 1992 y 14 de julio 2004 ).*

Si bien como dice STS, Civil sección 1 del 20 de noviembre de 2014 ( ROJ: STS 4823/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4823 ) la prueba de que ha abonado una cantidad debe incluir la acreditación de que era la cantidad que realmente se debía abonar.

*La carga probatoria de la parte demandante no sólo se extiende a la acreditación de que ha pagado determinadas cantidades, sino que alcanza igualmente a la prueba de que tales concretas cantidades resultaban exigibles por corresponderse con el daño o perjuicio realmente causado,*



La SAP Guipúzcoa, sec. 3ª, S 09-09-2002, rec. 3416/2001

*El art. 76 de la LCS EDL 1980/4219 que recoge la acción de repetición no puede ser aplicado en el presente caso porque por un lado sería ir en contra de lo resuelto con carácter firme en un primer proceso y cuyo objeto es condicionante del actual proceso y por otro lado, porque el citado precepto exige para el éxito de la acción de repetición que el daño o perjuicio causado al tercero sea debido a una conducta dolosa del asegurado, lo cual no ha resultado acreditado.*

## **CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, TANTO LA CONTRACTUAL COMO LA EXTRA CONTRACTUAL.**

Los seguros de responsabilidad civil se contratan para cubrir esta. Por tanto para que un seguro de este tipo surta efectos es necesario que exista y que además se produzca un supuesto de responsabilidad que este cubierto. Sobre esta cuestión nos remitimos a nuestra ponencia del año anterior, si bien se van a hacer algunas referencias.

### **RESPONSABILIDAD POR RIESGO.**

La responsabilidad por riesgo supone una objetivación de la responsabilidad, y viene determinada por una serie de circunstancias. Así la sentencia de SAP Navarra, sec. 3ª, de 10-7-2015, nº 240/2015, rec. 823/2014, ya citada señala:

*La teoría de la responsabilidad civil por riesgo conduce a resultados cuasi-objetivos, pero su aplicación exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios ( SSTS 20 marzo 1996 (RJ 1996, 2244); 23 diciembre 1997 (RJ 1997, 9343); 2 marzo 2000 (RJ 200, 1304); 6 noviembre 2002 (RJ 2002, 9637)); se trata de riesgos no completamente controlables (p.e., tenencia de animales, explotación de ferrocarriles, tenencia de vehículos de motor, tráfico aéreo, instalaciones productoras de energía nuclear), encontrando su fundamento en que quien se beneficia del riesgo creado debe cargar con la responsabilidad de los daños que pueda causar.*

Por tanto el requisito necesario para determinar su aplicación es la existencia de un riesgo manifiestamente anormal teniendo en cuenta los estándares medios. Se trata de una cuestión que no siempre es fácil de deslindar en la realidad, ya que aunque existen supuestos claros, como son las instalaciones nucleares, habrá otros que no lo serán tanto.

En la actualidad en el ámbito del deporte, la responsabilidad por riesgo que da lugar a la responsabilidad objetiva se puede producir en varios ámbitos de los que hablaremos más adelante. Accidentes de tráfico (no se consideraran como tales los accidente de las competiciones deportivas de motor) y daños causados por animales.

### **TEORÍA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO**

Relacionado con lo anterior es la teoría del daño desproporcionado. Se trata de una institución es que una especie de reverso de la asunción de riesgos de los que hablaremos más adelante.

La sentencia de señala AP Alicante, sec. 6ª, de 10-10-2016, nº 245/2016, rec. 481/2016: *que nos hallamos ante un resultado de daño desproporcionado al uso racional del medio. Doctrina del daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor, con deducción de negligencia, lo que la doctrina alemana llama apariencia de prueba, y la francesa, culpa virtual, y requiere:*

*a) que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente;*

*b) que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto; y*

*c), que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima ( sentencias del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, y 9 de diciembre de 1999). La citada sentencia aplica en un accidente producido dentro de una atracción hinchable.*

La consecuencia de la aplicación de esta doctrina es la inversión de la carga de la prueba.

Que una actividad haya generado un daño importante, o que sea peligrosa no implica la aplicación de dicha doctrina, lo que determina la aplicación es que se trate de un daño que normalmente no se produce en la actividad de la que se trate.

## **INAPLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO, ASUNCIÓN DE RIESGOS**

Hay que tener en cuenta la importancia de la información que se suministra. Los riesgos sí que pueden ser valorados y, llegado el caso, deben ser asumidos. Sin duda alguna, la principal baza para poder valorar los peligros es la formación (el conocimiento previo de los mismos y de sus posibles consecuencias) y para evitar la exposición, la prevención:

Hay que distinguir entre ‘correr-aceptar el riesgo’ y ‘percibir el riesgo’. No siempre el sujeto corre o acepta el riesgo ‘habiendo tenido un percepción del riesgo’ previa. Es decir, cuanta gente realiza actividades sin ser conscientes del riesgo que están corriendo<sup>7</sup>

Por ello la teoría de asunción de riesgos no deja de ser uno de los reversos del derecho a la información, porque para poder asumir los riesgos es necesario conocerlos. Sobre el derecho de información hablaremos más adelante.

Para ello son necesarios dos requisitos

1. El ejercicio de una actividad peligrosa con conocimiento de causa. (por eso es tan importante para las empresas de turismo de aventura la firma de documentos de información de riesgos y tb es importante para el usuario que debe conocer los riesgos que quiere asumir.)
2. Que no exista una agravación del riesgo como consecuencia de la actividad del organizador. Esa agravación puede producirse por varias posibilidades, como utilizar material inadecuado, elegir una ruta manifiestamente inadecuada para la habilidad del participante, etc.

Es importante destacar que la prueba del agravamiento del riesgo le corresponde a quien lo alega.

Por tanto en esta interpretación la tensión que existe es entre quien crea el riesgo, en este caso quien organiza la actividad deportiva de que se trate, y que por tanto en principio tendría que asumir los daños y quien decide voluntariamente en participar en una actividad que entraña cierto grado de peligro y que por tanto, en principio tiene que asumir las consecuencias de sus actos. Esta tensión la resuelve esta doctrina en perjuicio del usuario cuando aplica la citada doctrina, que no es siempre ni en todas las actividades deportivas.

Como ya he expuesto anteriormente, en realidad no deja de ser una manifestación de la tensión que existe entre la responsabilidad objetiva-subjetiva, y cuyas consecuencias es una mayor o menor facilidad probatoria para el perjudicado.

En este sentido cabe citar la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las Sentencias: -30 de noviembre 2009 (R.C. 1648/05), 9 abril 2010 (R.C. 580/06), 9 febrero 2011 (R.C. 2209/06), 14 marzo 2011 (R.C. 1970/06) y 20 noviembre 2011 (R.C. 533/08), que exime a la organización de responsabilidad por el daño producido como consecuencia del peligro inherente a una actividad bajo el control de la víctima y no a resultados del comportamiento negligente de quienes la organizaban o de la falta de medidas de seguridad.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016 indica, como regla general, que " 1. La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. En el mismo sentido la sentencia del TS de 24 de febrero de 2017.

El ATS, Civil sección 1 del 08 de mayo de 2019 ( ROJ: ATS 4795/2019 - ECLI:ES:TS:2019:4795A ) nos recuerda que:

*Además, la doctrina relativa a la teoría de la responsabilidad por riesgo ya ha sido matizada por este tribunal cuando de espectáculos deportivos se trata en su sentencia 122/2018 de 7 de marzo , en la que se sostiene que en estos casos no se produce causalidad jurídica, ya que el riesgo que se crea no es algo inesperado o inusual, y por ello se traslada al ámbito de responsabilidad de la víctima que controla y asume esa fuente potencial de riesgo.*

La sentencia de AP Tarragona, sec. 3ª, de 08-05-2018, nº 170/2018, rec. 527/2017 habla de un concepto, el test de riesgo que entendemos que es muy útil:

*El test del riesgo asumido implica, ante todo, analizar el conocimiento que tiene el perjudicado del riesgo potencial que entraña la concreta actividad deportiva cuya práctica ocasionó el daño, de manera que sólo podrá determinarse la concurrencia de una asunción voluntaria del riesgo cuando el perjudicado fuera o debiera ser claramente consciente de las probabilidades del daño y de sus consecuencias como consecuencia de la práctica de un determinado deporte . Lo cual deriva finalmente hacia la información que el perjudicado tiene o puede tener sobre la actividad deportiva practicada y sus posibles consecuencias lesivas más o menos probables, y*

*con ello hacia la asunción expresa o tácita del riesgo por parte del deportista. En concreto, cuando se practica una actividad deportiva de forma individual o colectiva en el seno de unas instalaciones y bajo la vigilancia o guía de un monitor, será determinante tener en cuenta la información facilitada en su caso al deportista por la entidad organizadora o prestadora de servicios, así como las características del deporte en concreto que se practica y la experiencia o conocimiento que del mismo pueda tener el perjudicado (por ejemplo, si la actividad entraña pocos riesgos de lesiones o si éstas, por el contrario, pueden ser habituales en un deporte determinado; si las instalaciones ofrecen totales garantías de seguridad o no; si los especiales riesgos de un concreto deporte obligan al organizador a exigir al practicante la utilización de especiales métodos u objetos de protección; si se trata de un menor de edad, de un aprendiz o de un deportista experimentado, etc.). En definitiva, el test de la asunción del riesgo deberá combinarse con el análisis de las posibles circunstancias de anormal intensificación o incremento del riesgo en el caso concreto que puedan derivar los daños sufridos por el deportista hacia la negligencia de los organizadores del evento deportivo o de los monitores que dirijan la actividad. Será preciso detectar comportamientos dolosos o gravemente negligentes en el deportista que causa el daño en caso de deportes con riesgos bilaterales o multilaterales, o deficiencias o negligencias en la organización de la actividad o en la dirección de esa actividad por el monitor.*

La sentencia de AP Murcia, sec. 4ª, de 22-9-2016, nº 524/2016, rec. 591/2016 resume la citada doctrina cuando nos dice que:

*Por tanto, como hemos señalado, no resultaría de aplicación la doctrina de la asunción voluntaria del riesgo por la víctima y en consecuencia no cabría imputar a la actora culpa alguna en el daño ocasionado. Téngase en cuenta, como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 8 noviembre 2000, que la aplicación de la doctrina jurídica de la asunción del riesgo, exige que el daño nazca de la negligencia de la víctima al asumir por su libre y exclusiva decisión el riesgo inherente a una actividad peligrosa.(...) Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo ha manifestado de forma reiterada que la teoría de la asunción del riesgo debe aplicarse con un sentido limitativo y por tanto sólo a aquéllas actividades o espectáculos de distinta naturaleza que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios. Y añade..." porque riesgos hay en todas las actividades de la vida". (sentencias de 17 julio 2003 y 31 octubre 2006).*

La sentencia de AP Asturias, sec. 1ª, S 9-2-2018, nº 50/2018, rec. 440/2017 en un caso de un accidente por quad también la aplica, ya que:

*El accidente que da origen al presente procedimiento tuvo lugar sobre las 12:09 horas del 30 de julio de 2011 en Parres, partido judicial de Cangas de Onís, cuando la actora conducía un "quad" propiedad de DIRECCION000 CB (Aguasport) y asegurado en la mercantil MAPFRE, en el desarrollo de una ruta guiada por d. Felipe, reclamando un total de 191.019,27 € de la aseguradora, la comunidad de bienes y los miembros que la componen, D. Pelayo y Dª Crescencia. La sentencia entiende inexistencia de responsabilidad alguna en los organizadores de la ruta dado que el accidente tuvo lugar en un camino público, tramo recto con más de cuatro metros de*

*ancho y con una ligera pendiente del 15,8%, habiendo pasado por dicho punto el guía y tres de los que seguían esa ruta y que en momento alguno tuvo incidencia alguna en el recorrido.*

*Pero es que si, como se acaba de señalar, la responsabilidad única fue de la persona que conducía el "quad", no es posible aplicar el artículo 1.902 del Código Civil EDL 1889/1 en el caso que se analiza porque, como señala la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 octubre 2001(...) Hubo asunción de riesgo, y no concurrió por parte de los demandados ningún incremento o agravación del riesgo asumido. (...) una vez tenido en cuenta el trazado del lugar donde se produjo el accidente probado con el atestado de la Guardia Civil y que acreditaba la única responsabilidad en quien conducía el vehículo.(...) ni se acreditó en medida alguna el incumplimiento de los organizadores de la ruta al dar las instrucciones para el manejo de los vehículos alquilados, debiendo de nuevo insistirse en que fue la única de quienes realizaban el recorrido en salirse del camino debido a un error propio al no estar acostumbrada al manejo de tales vehículos y ningún incremento del riesgo es achacable a los demandados, la comunidad de bienes y sus integrantes.*

La SAP Alicante, sec. 9ª, S 2-3-2018, nº 109/2018, rec. 46/2018 es interesante porque introduce el concepto de la competencia, que como hemos visto, sería un elemento del test del riesgo citado. Es un dato que tiene importancia tanto en la asunción de riesgos como en el de la información de la actividad.

*la "competencia de la víctima" es uno de los criterios a tener en cuenta a la hora de valorar la imputabilidad objetiva del resultado lesivo al agente. Entre las sentencias que niegan la imputación objetiva por apreciar que era la víctima la que tenía el control de la situación se encuentran la núm. 969/2003, de 24 octubre; 650/2005 de 6 septiembre; 619/2006 de 7 junio; 720/2008 de 23 julio; y 49/2010 de 23 febrero.*

*En concreto, en lo que se refiere al régimen de responsabilidad de las empresas que organizan actividades deportivas, indica la SAP. Barcelona (Sección 13ª) de 15 de noviembre de 2016 que "en la medida en que el daño causado pueda considerarse asumido por el practicante de esa actividad, la responsabilidad quedará excluida. Sin embargo, en los supuestos en que el daño no deba reputarse asumido por el deportista, ya sea por la concurrencia de circunstancias que han determinado una agravación del riesgo asumido, ya por haber incurrido la empresa organizadora en falta de diligencia, las responsabilidades consecuentes deberán imputarse a la persona o entidad responsable.*

La SAP Granada, sec. 3ª, S 10-5-2003, nº 420/2003, rec. 1005/2002 nos recuerda que la asunción de riesgos no excluirá la responsabilidad cuando existe una concurrencia de conductas, aunque creo que sería más razonable hablar de concurrencia de culpas,

*"Es doctrina consolidada, la que viene a establecer, que el riesgo acreditado, preexistente y concurrente, lleva a una línea, a una visión, de responsabilidad "cuasi-objetiva", aminorando el culpabilismo subjetivista, a la presunción de una actuación voluntaria (por parte del agente), que obliga a extremar todas las precauciones y más aún cuando pueda estar en peligro la integridad física de las personas"; pero éste deber de efectiva vigilancia para evitar un peligro en potencia, que se une a las*



*doctrinas ya expuestas, sufre una atenuación evidente, reflejada en la idea de "asunción del riesgo", piénsese, ejemplo aquí evidente, en una actividad deportiva (en su ejercicio), como el esquí o en cualquier otra que entrañe en sí un riesgo de peligrosas consecuencias; en estos supuestos, y frente a la libertad de crear el riesgo, algo que origina una fuente de responsabilidad objetiva como se ha expuesto, aparece como contrapartida esa otra libertad de asumirlo, de correr con él pudiendo evitarlo*

*sobre las quince horas del día 5 de enero del año 1999, D<sup>a</sup> Emilia, de 17 años de edad, que se encontraba de vacaciones junto a sus padres y hermanos, en la estación de invierno de Sierra Nevada (el día era despejado, aun cuando hacía fuerte viento), estaba practicando saltos con una tabla de SNOW Boord, desde un trampolín que había hecho en lugar inadecuado, en la pista de esquí denominada del Río; en una de esos saltos (muy peligrosos), en su trayectoria, fue a chocar contra la pala de una máquina quitanieves o pisa nieves, que había sido estacionada de manera indebida a un lado de la citada pista, "la asunción del riesgo", ya se ha dicho, por la Señora D<sup>a</sup> Emilia, que inició una actividad deportiva con conocimiento de su peligro, a lo que se añade su inadecuado proceder, ello es ya una fuente de riesgos, de otra, la del Señor empleado de la entidad CETURSA, empresa que explota la estación, que dejó la máquina al borde de la pista de esquí, dentro de la misma, también fuente de riesgos, entonces el resultado no es otro, que el de una "conurrencia de conductas", de "concausas", que unidas contribuyeron a la producción del siniestro"*

Es aplicable a la practica en el caso de gimnasio, si bien entiendo que con matizaciones. Si utilizas unas pesas libres en un banco debes asumir que puedes sufrir daño. No tanto en el caso de máquinas de musculación o de otro tipo. Esta sentencia además es importante porque habla de la concurrencia de culpas. La SAP Pontevedra, sec. 1<sup>a</sup>, de 20-07-2018, n<sup>o</sup> 230/2018, rec. 181/2018 nos habla de la responsabilidad en este tipo de instalaciones.

*Ahora bien, como ya dijimos en Sentencia de esta misma Sala de 27 de abril de 2017, "cuando se trata de lesiones producidas con ocasión de una práctica deportiva en un centro habilitado al efecto (cuál aquí acontece, gimnasio abierto al público), si bien ha de partirse de la asunción por el deportista o usuario del establecimiento del riesgo de lesión que ello comporta, asimismo debe valorarse la posible contribución a su producción por parte de los titulares/responsables del centro, por el deficiente estado del local, instalaciones o servicios con negativa incidencia en la seguridad exigible".*

*Así, concretamente, en relación al riesgo derivado de la utilización de las máquinas de un gimnasio, la SAP Cáceres, Sección 1<sup>a</sup>, de fecha 18/7/2013, viene a señalar que la "... actividad empresarial de gestión de un gimnasio en el que se utilizan diversas máquinas para ejercicio y al que acude una pluralidad de personas, supone que el riesgo que implica la utilización de dichas máquinas haga necesario el empleo de ciertas medidas de diligencia, atención o cuidado por el empresario. Es decir, el hecho de que el uso de la máquina suponga un riesgo asumido por quién acude como cliente al gimnasio, no exonera a sus dueños de responsabilidad por los daños que puedan producirse en su utilización, pues deben adoptar medidas de diligencia como son el cuidado de la maquinaria, cumplimiento de los requisitos y exigencias de seguridad, y la atención y vigilancia del uso que se realiza en dichas máquinas".*

*En el caso examinado, el demandante, persona joven nacida en el año 1991 (de 25 años de edad en el momento del accidente), y con un perfil de cliente habitual en la utilización de máquinas deportivas puesto que estaba abonada a este gimnasio desde hacía dos meses el día de autos, lo mismo que el año anterior, utiliza la máquina multicadera colocando la mano izquierda no en el lugar expresamente indicado para ello que es la manilla (salta a la vista que ese era su lugar); en el gimnasio había un monitor al que pudo haberle preguntado cualquier duda; y que la máquina se hallaba homologada, en buen funcionamiento.*

*Partiendo de la situación expuesta, si bien a la demandante se le puede reprochar su decisión de utilizar la máquina sin haber alcanzado cabal conocimiento de su manejo, funcionamiento y riesgos de su empleo, ello no exonera de toda responsabilidad a la titular del gimnasio por el daño sufrido por aquella con ocasión de su uso, puesto que debió contar con la advertencia expresa de que la indebida utilización de la máquina multicadera podía ocasionar lesiones. Entre otras cosas la necesidad de colocar bien las manos.*

*Como nos recuerda la recurrida siguiendo lo ya expuesto por esta Sala, la demandada-titular del gimnasio, en cuanto beneficiaria del negocio lucrativo abierto al público en el que pone a disposición de sus clientes una serie de aparatos para la práctica de ejercicio físico cuya utilización requiere un correcto y adecuado empleo al objeto de evitar la efectivización de los riesgos inherentes a su uso, le era exigible una mayor previsión y diligencia en evitación de un accidente como el ocurrido.*

*Ya dijimos en aquella resolución citada supra, "sin olvidar, al respecto, la previsión contenida en el art. 147 del Texto Refundido de la LGDCU, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, regulador del régimen general de responsabilidad, en donde se viene a establecer que "Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio".*

*Así las cosas, en el supuesto examinado, valoradas las conductas de ambas partes litigantes, son de apreciar la existencia de una situación de concurrencia de culpas de actor y demandada en el acaecimiento del siniestro, del orden de un 25% para la actora como copartícipe en el resultado; por aplicación al caso de la normativa reguladora de la responsabilidad contractual y/o extracontractual así como protectora de los consumidores y usuarios.*

Son casos dudosos, porque de la misma manera que parece razonable la solución adoptada en la sentencia, también se podría argüir que el hecho que fuera evidente el lugar donde se debía colocar las manos implicaba una mayor responsabilidad del usuario del gimnasio lesionado.

Esta doctrina es aplicable a lesiones causadas al jinete por caída del caballo que estaba montando, y así la sentencia de la AP de las Palmas de Gran Canaria, Civil sección 4 del 23 de febrero de 2018:

*Simplemente la demandante, practicando un deporte en el que las caídas del caballo son frecuentes (incluso jinetes expertos, acostumbrados a caballos que monten*

*habitualmente, sufren eventualmente caídas, como riesgo propio del deporte en cuestión), sufrió un accidente, una caída del caballo, en la que no se ha acreditado que tuviera intervención ni responsabilidad tuvo la monitora demandada, ni en las acciones realizadas en la clase (la caída tuvo lugar en un cambio de paso tan común y propio de clases de principiantes como el del trote al paso, sin que conste que la profesora ordenara realizar a la demandante acciones no propias de un principiante -que ya no lo era tanto, tras 3 o 4 meses de clases 2 o 3 días a la semana, y prueba de ello es que ya había galopado en otras ocasiones-), ni en el estado del picadero, ni en el estado del caballo, del que en modo alguno se ha acreditado que padeciera ninguna lesión en el día de autos ni que pisara piedra alguna que pudiera haber en el picadero o que el picadero no se encontrara en condiciones para practicar la clase (mucho menos que el estado del picadero tuviera influencia alguna en el acaecimiento del accidente). Como vemos se basa la sentencia en la asunción de riesgos y que no ha habido ningún otro factor que justifique la caída.*

Hay que insistir que la responsabilidad del prestador de servicio deriva del hecho de incrementar el riesgo, pero que dicho incremento no se presume y debe ser acreditado por quien lo alega.

En el mismo sentido la sentencia de AP Barcelona, sec. 19ª, de 01-03-2019, nº 110/2019, rec. 362/2017:

*Se dice en la resolución recurrida que desde el punto de vista de la teoría de la asunción del riesgo, resulta claro que estando ante una actividad que estaba llegando a su fin, sin queja alguna, sin otros incidentes, el hecho de que en un determinado momento se produjera ese gesto sorpresivo del caballo y que la actora no pudo dominar, no puede ser objeto de imputación sin más a la actividad de vigilancia de la hípica. Que el hecho fue fortuito e imprevisible en el marco de una actividad que se realizaba sin incidentes. También se analiza la actuación posterior a la caída por parte de los integrantes de la hípica fue adecuada, para concluir que si se ajustó una correcta práctica. Ante la ausencia de apreciación de falta de diligencia en la actuación de los miembros de la hípica se absuelve a los demandados.*

En el caso de daños sufridos por un espectador de un espectáculo deportivo la STS, Civil sección 1 del 07 de marzo de 2018 ( ROJ: STS 730/2018 - ECLI:ES:TS:2018:730 )aplica la citada doctrina, de tal manera que la extiende no solo al practicante de un deporte, sino también al espectador en el caso analizado en la sentencia en la que se dice que:

*considera que no puede excusarse la demandada en una posible asunción del riesgo por parte de la demandante, pues este era un mero espectador del partido de futbol y no participaba en el juego, situándose detrás de la portería sin que pudiera prever que el balón llegara a la grada con tal fuerza y le causara tan importantes lesiones como las sufridas.*

*Es cierto que en un balón proyectado desde el campo a la grada está el origen del daño pero el nexo causal que relaciona las lesiones producidas en un ojo a la espectadora desaparece desde el momento en que asume un riesgo propio del juego o espectáculo que conoce, como es el que un balón pueda proyectarse con mayor o menor potencia*

*hacia la grada que ocupa reglamentariamente detrás de la portería. El riesgo que se crea no es algo inesperado o inusual, del que se deba responder*

Una cuestión problemática es que sucede con la doctrina de la asunción de riesgos cuando el daño no es causado por la actuación del lesionado sino por intervención de otro participante

Es lo que sucede en el siguiente caso del patinaje sobre hielo, analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de noviembre de 1997 donde se señala:

*"Ciertamente, el patinaje sobre hielo es un deporte arriesgado, pero la asunción del riesgo que conlleva su práctica se refiere más bien o principalmente a la propia imprudencia o a supuestos fortuitos, no a la actuación de otro".* Por tanto la asunción de riesgos no excluye la responsabilidad cuando el daño se produce no por el desarrollo de la propia actividad sino es consecuencia de la actuación negligente de un tercero.

Lo mismo sucede en el caso de un accidente en un circuito de kart en el que accidente se produce porque un kart choca contra el conductor de otro que previamente ha abandonado el vehículo, SAP de Málaga, Civil sección 5 del 26 de mayo de 2016, si bien en el caso de autos: *Y en las diligencias instruidas por la Jefatura de Policía de Mijas se refiere un accidente entre dos karts, resultando la demandante herida en una pierna y otro señor herido en el hombro. En la contestación esta parte indicaba que ninguna responsabilidad se le podía imputar por cuanto las lesiones sufridas por la demandante se las había causado otro usuario de las instalaciones que no había sido demandado. No obstante lo anterior, hace constar la sentencia que ya en el trámite de conclusiones la parte actora precisa que el accidente se produjo cuando: "...por negligencia de otro conductor o por contingencias habidas en el circuito, la actora se vio obligada a realizar una maniobra de evasión y, hallándose de pie, le arrolló otro vehículo distinto que le causó las lesiones...". Hay un cambio sustancial en un hecho a partir del cual, presumiblemente, se derivaría la acción u omisión culposa de esta parte demandada; sin embargo, esta "mutatio libelli", está expresamente prohibida en el artículo 412 de la LEC . Evidentemente, no es lo mismo que la actora fuese arrollada por un kart que le seguía cuando circulaba, que la nueva versión que ahora se plantea en el recurso "* Esta sentencia, que va a ser analizada más adelante desde otro punto de vista, además de recordarnos que no se pueden cambiar los hechos, nos señala que la conducta negligente de otro usuario del circuito no es necesariamente un riesgo asumido. Lo que sucede que en el caso analizado no se demandó a ese usuario.

En sentido contrario la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 5.ª, de 11 de marzo de 1999, considera como hecho fortuito no indemnizable los daños sufridos por una esquiadora por la acción de otra, que previamente se cayó, considerando tal circunstancia riesgo asumido en la práctica del esquí, afirmación que a nuestro juicio es discutible:

*"Entiende el demandante que la lesión padecida tuvo como causa el ser arrollado por la señora D. cuando ambos estaban esquiando. Se ha dicho que quien imputa a otro un obrar que tiene como efecto un perjuicio, está obligado a probar la existencia de un comportamiento imprudente o descuidado, lo cual no concurre en el presente caso. Dicha señora, se había caído antes de golpear al demandante, al pasar sobre una capa de hielo, y no carecía de experiencia en la práctica de ese deporte. La pista de nieve en que estaban reunía las condiciones normales para que esa actividad se desarrollara*

*con normalidad. En el estado de las instalaciones no se aprecia la existencia de signo alguno que pudiera ser tenido como causa de las caídas y en el obrar de la indicada señora no se encuentra dato alguno reprochable. La lesión padecida es la consecuencia de una caída -hecho normal- producida cuando se practicaba un deporte. Como al realizar el mismo ese riesgo de caída y sus posibles consecuencias, estaba asumido tanto si se produce estando solo como cuando tiene lugar con intervención de otra persona que como en el presente caso, obra diligentemente y a pesar de ello también, instantes antes, por caída, perdió el control de su desplazamiento, lo cual es frecuente en las pistas en que se realiza este tipo de deporte, se llega a la convicción de que al no existir comportamiento culposo, la demanda interpuesta no puede tener favorable acogida, y como así se decide en la sentencia de instancia, debe la misma ser confirmada".* Es discutible tanto el hecho de se considere que la pérdida de control y posterior caída suponga una actuación diligente, como que un esquiador asuma como riesgo la posibilidad de ser arrollado por otro.

En conclusión, nos parece más adecuada la primera solución que la segunda.

## **DEBER DE INFORMACIÓN.**

Este deber de información, por escrito, ha sido expresamente recogido en la legislación autonómica reguladora del denominado turismo deportivo o turismo activo, que exigen que sea facilitada de tal forma a los usuarios de dichas actividades, con expresión de los riesgos de las mismas, material a utilizar y medidas de seguridad

Tampoco ofrece duda que tal conocimiento no puede ser valorado con igual intensidad en el deportista profesional que, por su dedicación preferente a un concreto deporte conoce los rudimentos de la actividad y los riesgos de la misma, que en el caso del neófito y por tanto que se inicia en la práctica deportiva, en cuyo caso el deber de información es mayor, porque mayor es el desconocimiento previo de los riesgos.

Pues bien no es de extrañar, entonces, que la ausencia o la defectuosa información suministrada ha constituido la base en la que se han fundado reclamaciones de responsabilidad civil, dimanantes de daños sufridos en el ejercicio de actividades de turismo activo. Así la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001 absuelve a los demandados, en un accidente mortal de rafting, por entender que no existió defecto en la información suministrada por los organizadores de la actividad, señalando:

*"Se insiste mucho en la falta de instrucción adecuada, y al efecto se alega que no se dio a los participantes la información debida acerca de los posibles riesgos que podría entrañar la práctica del "rafting" en ese río, ciertamente peligroso, y que no se dieron explicaciones para afrontar emergencias y consejos mínimos para la utilización de la ropa de seguridad y como evitar posibles imprevistos. Se añade que no se aconsejó sobre medidas de seguridad a los ocupantes de la embarcación en la cual viajaba Luis A., ya que llegaron los últimos y con total celeridad se les indicó que se colocaran el material de seguridad y se dispusieran a comenzar la prueba. El planteamiento no puede ser acogido porque se contradice con la testifical valorada en la instancia, no concuerda con el contenido de la posición novena del pliego de posiciones a formular al señor L. (f. 326 de autos), y, sobre todo, en lo que se refiere a Luis A., éste no ignoraba todas las circunstancias expresadas pues no era la primera vez que hacía "rafting" y además conocía el punto concreto del accidente, y en cuanto a los restantes*



*ocupantes su hipotética (a los meros efectos dialécticos) inexperiencia no consta incidiera en el desarrollo causal".*

Tampoco se aducir falta de información cuando ya se ha realizado anteriormente la actividad, es lo que sucede en la sentencia de la SAP de Madrid, Civil sección 13 del 15 de noviembre de 2016 *En el supuesto de autos, la prueba ciclista en la que participaba el actor que constaba de cinco etapas a recorrer en bicicleta de montaña a través de desierto de Marruecos, debe encuadrarse sin duda en la modalidad de "actividad deportiva de riesgo". Además, consta acreditado, por ser indiscutido, que no era la primera vez que el Sr. Emilio participaba en dicha prueba, con lo que conocía los riesgos inherentes a la misma.* Esa participación previa no tendrá relevancia cuando en la nueva edición existan nuevos riesgos respecto a la anterior de los que no se haya informado.

La información puede ser escrita. La sentencia de AP León, sec. 1ª, S 13-5-2013, nº 225/2013, rec. 267/2012 señala consta información escrita previa suficiente que *En este contexto debe reconocérsele plena eficacia al documento número 1 aportado por la actora, firmado por el cliente de la actividad de aventura hoy demandante, en el que manifiesta (cláusula segunda) que "ha recibido información detallada de las características de la cueva y de la metodología de la actividad en la que se incluían fotografías y conozco los riesgos inherentes a la actividad que asumo al realizarla".*

La información puede ser oral. La información no tiene por qué ser escrita, y puede ser oral, la sentencia de la AP de Barcelona, Civil sección 4 del 01 de febrero de 2017 *Los testigos que intervienen en el juicio (participantes del descenso junto con la fallecida, no vinculados a la empresa) y antes declaran en el atestado son concluyentes en el sentido de que la información fue detallada, minuciosa, y comprensiva de la situación que se produjo, el vuelco de la lancha. Indican que se les dijo cómo debían reaccionar en ese momento, qué postura debían adoptar, etc.*

*Que la información fue adecuada lo considera el juez y lo consideramos nosotros. Al margen de que no se hiciera por escrito. Sin duda, fue mucho mejor la información facilitada que la firma de un papel con instrucciones, por ejemplo. Y esa oralidad no tiene por qué ser un defecto, tal y como destaca la sentencia acabada de citar.*

La información no solo será previa a la actividad, sino que puede ser coetánea cuando la dinámica de ésta haga necesaria explicaciones adaptadas al momento concreto, información que normalmente solo se podrá dar de manera oral. La AP Huesca, sec. 1ª, S 19-10-2004, nº 192/2004, rec. 14/2004 que establece que:

*En primer lugar, se cuestiona que se haya dado por probado que a los participantes en la actividad de barranquismo que desarrollaba la recurrente se les realizó un "cuestionario verbal" sobre su experiencia en actividades de riesgo, (...). Sin embargo, y según se desprende de la fundamentación de la Sentencia, la juzgadora de instancia ha considerado que a todos los participantes, incluida la recurrente, se les impartieron por el monitor, primero de forma genérica y después a medida que se iba desarrollando el descenso del barranco, las instrucciones suficientes para llevar a cabo el recorrido sin más riesgos que los derivados de la propia actividad, (...) sino porque la propia accidentada y sus compañeros reconocieron que el monitor les indicaba siempre las*

*maniobras más aconsejables y que les iba informando "sobre la marcha" de cómo debían realizar la actividad, de modo que los participantes iban adquiriendo la debida información”*

La información tiene que ser la suficiente y adecuada a la actividad y así la sentencia de AP Asturias, sec. 1ª, S 7-9-2009, nº 296/2009, rec. 259/2009 considera suficiente que en un caso de quads que debe *“tenerse en cuenta que se trata de un vehículo automático en el que su funcionamiento tan solo precisa acelerar y frenar, sin que la palanca de cambios se toque desde el momento en que se entrega con la marcha adelante puesta; no precisa, en consecuencia, de una información excesiva, y en cualquier caso, de no haber entendido algunas de dichas instrucciones, debería haber sido la propia actora quien desistiera de emprender la excursión.*

Y en el mismo sentido se pronuncia la AP Huesca, sec. 1ª, S 22-4-2005, nº 114/2005, rec. 292/2004 que establece la responsabilidad *“Por otro lado, las pruebas practicadas también corroboran que la actora no podía ver con suficiente antelación, desde la trayectoria que llevaba -totalmente ajustada a la zona esquiable-, el reguero o surco sin nieve (zanja de unos 50 centímetros de profundidad, según la actora) que se abría en un determinado punto de ese área. En consecuencia, como la estación está obligada a garantizar la seguridad tanto en las pistas como en los enlaces entre ellas mediante las oportunas labores de preparación, balizamiento y señalización”*

La información se debe probar y debe ser ajustada a la publicidad que se oferte. La SAP Asturias, sec. 7ª, S 08-11-2018, nº 473/2018, rec. 544/2018 señala que:

*En el supuesto de autos, no se cuestiona ya que la forma en que tuvo lugar el aterrizaje (distinta al modo en que se hizo con otros de los participantes) era la adecuada, pues la dirección y fuera del viento determinaban el modo de realizar la maniobra, que en este caso lo que exigía era que el actor puesto de pie y con los brazos por delante, en el momento de tomar tierra corriera hacia adelante, produciéndose la lesión precisamente por no correr, sino que lo que hizo fue poner los pies por delante. Pese a ello, esta Sala considera que la empresa demandada incumplió los términos del acuerdo por el que se iba a regir dicha actividad, y que tal incumplimiento es causa natural y directa del daño sufrido, incurriendo en la responsabilidad del art. 1.101 del Código Civil.*

*Efectivamente, el art. 61 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establece en su nº 2 que "El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato". Y en la publicidad de la página web de la empresa de dice expresamente que: "Nosotros te ofrecemos la oportunidad de pilotar un parapente biplaza, siempre acompañado por el piloto, previamente recibirás una instrucción básica sobre el vuelo en parapente para que disfrutes de la experiencia con total tranquilidad y seguridad".*

*Pues bien, a diferencia de lo sostenido en la instancia, cabe concluir que dicha información previa, al menos en el aspecto referido a la maniobra de aterrizaje no existió*

El sujeto pasivo de la información es quien va a realizar la actividad deportiva. Parece una obviedad, pero se cita a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 19-12-2006, nº 1361/2006, rec. 1231/2000 que resuelve un caso curioso. Se funda la demanda en que quien alquiló la lancha no dio la información suficiente, no a quien iba a ser el conductor, sino a otro ocupante y no previó que otro de los ocupantes pudiera tomar los mandos, a pesar de que no estaba autorizado y así el lesionado por el accidente defiende en el recurso que *el cambio de patrón de la zodiac no era imprevisible, y que no existió por el Sr. Benito control que evitara ese cambio y que la zodiac fuera conducida por el otro ocupante, quien carecía no solo de la debida experiencia, sino también de la información verbal sobre su funcionamiento;*(...)

Frente esta alegación el TS desestima la reclamación ya que la información se suministró a quien iba a conducir la embarcación y además añade que: *La embarcación, como igualmente se ha considerado probado, no tenía problema alguno de funcionamiento, y la caída al agua del demandante y subsiguientes lesiones causadas por la hélice, fue consecuencia de una maniobra extraña sucedida mientras el demandante, voluntariamente, había cedido el mando de la embarcación a una persona que no tenía experiencia en su manejo, lo cual supone que por el recurrente se hizo un uso imprudente de la embarcación, de modo que no cabe hacer reproche culpabilístico al codemandado Sr. Benito en el que asentar su reclamada responsabilidad.* Parece claro que quien alquila una embarcación debe dar la información a quien va a asumir los mandos, y lo anterior sin perjuicio de la existencia, en este caso, de una ruptura del nexo causal.

La SAP de Madrid, Civil sección 14 del 03 de julio de 2018 ( ROJ: SAP M 14270/2018- ECLI:ES:APM:2018:14270 ) establece que no se ha acreditado un defecto de información en el siguiente caso

*Por tanto, es imprescindible examinar que concurra un elemento subjetivo, es decir negligencia en la actuación de la Federación Española de Deportes de Personas con Discapacidad Física que ocasionó el daño, y que en este caso se sustenta en la ausencia de formación e información, que sufriera el accidente cuando se colocaba los esquís por primera vez encontrándose el monitor a una distancia superior a los 100 metros, y porque se la aconsejó la práctica de un actividad deportiva claramente contraindicada a la actora, dadas las patologías que presentaba*

La sentencia confirma la desestimación de la demanda porque el accidente se produce el cuarto día del cursillo y :

*no parece que existan elementos que determinen que la actora estaba imposibilitada para la práctica de este deporte y que fuera imprescindible contar con una silla de esquí para poder realizar la actividad, sobre todo cuando conocemos que los primeros días del curso de esquí no existió ningún problema con la actora. Al ser interrogada en el acto del juicio, la demandante afirma que desde el primer día tuvo una inseguridad tremenda al colocarse los esquís, por lo que no llegamos a comprender como no acudió a los monitores para que le diesen la información*

También afirma que se solicitó una silla, pero se contesta por la sentencia que

*La parte apelante ha insistido en que requirió y solicitó una silla de esquí para la práctica de este deporte, siendo un hecho negado por los responsables de la organización del evento y que no ha quedado acreditado. Y además constan informes médicos que indican que podía esquiar sin silla*

Finalmente se descarta la responsabilidad por falta de información del monitor, ya que se dice que:

*componían tres personas y que el día en que se produjo el accidente solo estaban dos personas con el monitor, luego no creemos que estuviera muy lejos el monitor y que la atención y explicación que se les prestara no fuera la idónea para recibir las primeras lecciones en una pista muy segura y de poca pendiente, pues no existe duda de que las clases se impartieron en las pistas de "borreguiles" que son las más sencillas y con menos pendientes de la estación de Sierra Nevada. No llegamos a entender la queja que se presenta por la supuesta falta de información sobre la práctica del esquí*

**A continuación vamos a analizar la responsabilidad en algunas actividades deportivas.**

## **CAZA**

"La ley 1/1970 de 4 de abril de Caza establece en su artículo 33. Responsabilidad por daños.

*1. Los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el artículo 6 de esta Ley, serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos.*

*2. La exacción de estas responsabilidades se ajustará a las prescripciones de la legislación civil ordinaria, así como la repetición de responsabilidad en los casos de solidaridad derivados de acotados constituidos por asociación.*

*3. De los daños producidos por la caza procedente de Refugios, Reservas Nacionales y Parques Nacionales y de los que ocasione la procedente de terrenos de caza controlada responderán los titulares de los aprovechamientos de caza y subsidiariamente el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales.*

*4. En aquellos casos en que la producción agrícola forestal o ganadera de determinados predios sea perjudicada por la caza, el Ministerio de Agricultura, a instancia de parte, podrá autorizar a los dueños de las fincas dañadas, y precisamente dentro de éstas, a tomar medidas extraordinarias de carácter cinegético para proteger sus cultivos.*

*5. Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o*

*negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza.*

Los artículos 1.1, 2.1 y 3 del Reglamento del Seguro del Cazador, implican la garantía del cumplimiento de la obligación de indemnizar los daños personales causados por el asegurado con motivo del ejercicio de la caza (Dice literalmente el artículo 1.1 :*"El Seguro de responsabilidad civil del cazador, de suscripción obligatoria, constituye una especialidad del seguro de responsabilidad civil que tiene por objeto la cobertura, dentro de los límites fijados en el presente Reglamento, de aquella en la que pueda incurrir el cazador con armas con ocasión de la acción de cazar"*

La SAP Navarra, sec. 2ª, S 31-03-2014, nº 85/2014, rec. 192/2013 establece que:

*que "el 11 de febrero de 2011 D. Víctor, pareja de la demandante, falleció por un disparo accidental efectuado por D. Carlos Francisco en una batida de jabalí. El causante del siniestro tiene contratado un seguro de responsabilidad civil del Cazador. Mi representada tiene condición de perjudicada puesto que convivía y mantenía una relación de pareja pública y notoria con el fallecido Sr. Víctor,(....)*

*En desarrollo de la ley y en la misma dirección el Reglamento establece la responsabilidad, artículo 35.6 del Decreto 506/71 de 25 de marzo EDL 1971/1123, que en relación a daños personales, remite al artículo 52, donde la aseguradora debe responder hasta el límite de seguro, sin que pueda oponer determinadas excepciones. Se trata de un supuesto legal, calificado de responsabilidad cuasi objetiva. Se produce, en su caso inversión de la carga de la prueba, es la demandada la que debe en su caso alegar y probar la concurrencia de la excepción/es legalmente previstas."*

Por tanto nos recuerda que la normativa legal convierte a la caza en un supuesto en el que se da la responsabilidad cuasi-objetiva.

Sobre que se debe considerar que es un hecho cubierto por un seguro de caza, tenemos dos ejemplos de la dificultad de interpretar los supuestos dudosos. En el primero se resuelve en favor de la aseguradora y en su contra en el segundo:

1. La SAP Cantabria Sala 1ª, sec. 2ª, de 25-03-2015, nº 150/2015, rec. 380/2013 resuelve el caso en que un perro de caza irrumpe en una vía y es atropellado causando daños, la cuestión es si el hecho lo cubría el seguro de caza, indicando que: *pero igualmente lo es que también se extiende a un seguro voluntario de cazador y que las condiciones generales específicas que se desarrollan a partir del Art 26 del condicionado general de la póliza claramente señalan que la responsabilidad civil garantizada por esta póliza se extiende igualmente a la cobertura del riesgo por la propiedad de un máximo de dos perros de caza , de donde cabe deducir que el hecho objeto de cobertura es esa propiedad de perros de caza , no su empleo en actos de caza*



2. La SAP Ciudad Real, sec. 2ª, S 26-04-2000, nº 125/2000, rec. 427/1999 señala que *la obligación de indemnizar los daños que el asegurado, en el ejercicio de la caza, pudiera causar a terceros por un actuar negligente a él imputable. Este seguro obligatorio fue ampliado, dentro de la misma actividad, extendiendo el espacio temporal, con lo cual quedaban cubiertos no sólo los daños ocasionados durante la caza, sino los que se pudieran ocasionar en el desplazamiento a o desde los lugares de caza. En este caso, la Sala considera que el daño no se produjo cuando el asegurado estaba cazando ni desplazándose, sino habiendo llegado ya a su lugar de destino. El accidente se produjo como consecuencia de una actividad ajena a la cobertura de la póliza, como es la descarga del vehículo y la manipulación de un arma en el domicilio del asegurado.*

## **RESPONSABILIDAD DE COTOS**

La sentencia de AP Salamanca, de 19-09-2002, nº 387/2002, rec. 455/2002 trata el tema de la oponibilidad de la franquicia a un tercero perjudicado señalando que:

*Dice, entre las últimas sentencias, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 25 de enero de 2001 resumiendo la doctrina jurisprudencial lo siguiente: "la inoponibilidad de las excepciones al perjudicado por la aseguradora a que hace referencia el artículo 76 LCS EDL 1980/4219 hay que entenderlas referidas a las excepciones personales que el asegurador albergue contra el asegurado, pero no aquellas eminentemente objetivas que dimanen de la ley o de la voluntad paccionada de las partes, afectando las situaciones objetivas a la realización de la cobertura (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1987 EDJ 1987/6473 y 27 de marzo de 1989 EDJ 1989/3326 , teniendo sentado que la acción directa que emana del citado art. 76 EDL 1980/4219 tiene su fundamento y su límite en el contrato mismo del que dicha acción dimana (...) en correcta hermenéutica y siendo el contrato ley entre los contratantes (art. 1255 y 1256 Código Civil EDL 1889/1 ), es evidente que no puede hacerse al perjudicado de mejor condición que la parte contratante el asegurador, en cuya posición jurídica se subroga, obteniendo mayores beneficios que éste (STS 4 de mayo de 1989 EDJ 1989/4647 ), pues como señala la STS 4 de abril de 1990"el alcance de un contrato de seguro no es distinto para el asegurado que para el tercero o terceros perjudicados, o sus herederos, no pudiendo constituir letra muerta, cuando se pactó libremente y con sujeción a lo dispuesto en la ley, siendo los convenido extensivo a dichos perjudicados, los cuales no pueden tener derechos de mayor amplitud que los, consecuentes a lo estipulado por asegurador y asegurado contratante", ha de afirmarse que en los supuestos que se haya concertado franquicia en virtud de la cual al asegurado tomase a su cargo el pago de un cantidad, dicha excepción podrá ser opuesta por la aseguradora al perjudicado*

Tradicionalmente la jurisprudencia, en aplicación de la normativa reguladora de la caza, establecía la responsabilidad de los titulares del coto por accidente causados por animales objeto de caza. En este sentido se pueden citar las SAP Soria, sec. 1ª, S 21-04-2004, nº 64/2004, rec. 78/2004, TSJ Galicia, sec. 1ª, S 22-04-2005, nº 15/2005, rec. 40/2004 y AP Burgos, sec. 2ª, S 16-10-2013, nº 272/2013, rec. 214/2013, entre otras muchas, ya que la Ley de caza 1/1970, de 4 de abril, que en su artículo 33, señala: " 1.

*Los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el artículo 6.º de esta Ley, serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos; 2. La exacción de estas responsabilidades se ajustará a las prescripciones de la legislación civil ordinaria, así como la repetición de responsabilidad en los casos de solidaridad derivados de acotados constituidos por asociación.*

Esta situación parece que cambio con la Ley 6/2014, de 7 de abril (EDL 2014/43361) y el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre (EDL 2015/188103), por el que se aprueba la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, concretamente a su Disposición adicional 7ª, de modificación de la Ley de Seguridad Vial que establece que:

*En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en las vías públicas será responsable de los daños a personas o bienes el conductor del vehículo, sin que pueda reclamarse por el valor de los animales que irrumpen en aquéllas.*

*No obstante, será responsable de los daños a personas o bienes el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno, cuando el accidente de tráfico sea consecuencia directa de una acción de caza colectiva de una especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de aquél.*

*También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produzca el accidente como consecuencia de no haber reparado la valla de cerramiento en plazo, en su caso, o por no disponer de la señalización específica de animales sueltos en tramos con alta accidentalidad por colisión de vehículos con los mismos.*

Recogiendo la nueva normativa la SAP Asturias, sec. 5ª, S 07-02-2017, nº 37/2017, rec. 12/2017 establece que:

*Es una opción legítima del legislador asignar a una de las actividades de riesgo en concurrencia el coste (de aseguramiento) de los eventos dañosos que sean realización de riesgos típicos de tales actividades. Las críticas que ha recibido ya, acusándole incluso de haber cedido ante el grupo de presión de los cazadores, probablemente habrían sido menos, y quizá no tan acerbas, si -como sucede en otros países- la cobertura del seguro obligatorio de vehículos a motor alcanzara también en España, con carácter general, a los daños y perjuicios causados por fallecimiento o lesiones del conductor; o si, al menos, el legislador de 2014 hubiera añadido al párrafo primero de la disposición adicional de la que ahora se trata, para la concreta categoría de accidentes que contempla, una excepción a dicha exclusión de cobertura que establece el artículo 5.1 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor (RCL 2004, 2310). Adviértase, en fin, que el tenor del párrafo segundo de la referida disposición adicional no impone limitar la responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético exclusivamente al supuesto de «acción de caza» que en él objetivamente se describe: no excluye, por tanto, que aquél - como cualquier*

*otra persona- pueda ser considerado responsable del accidente en aplicación de la norma general del artículo 1902 CC (LEG 1889, 27). Eso sí, sin presunciones en su contra de culpa ni de imputación objetiva a la misma del evento dañoso; y sin calificar como culpa la omisión de medidas para impedir la irrupción de las piezas de caza en las vías públicas que, atendidas las circunstancias del caso concreto, eran imposibles de adoptar, o cuyo coste de implantación, incluido el de sus potenciales efectos perjudiciales sobre la fauna cinegética (pensamos en el cercado o vallado perimetral del coto en su linde o lindes con vías públicas), superaba su previsible beneficio en la evitación del tipo de accidentes de que se trata. Pues todo eso es lo que, con seguridad, ha querido desterrar el legislador de 2014, al eliminar el supuesto de la «falta de diligencia en la conservación del terreno acotado» que contenía el párrafo segundo de la disposición adicional novena aplicable al caso de autos, y que tan profunda división generó en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales acerca de la carga y el contenido de la prueba correspondiente".*

*Este órgano de apelación entiende que siendo la regla general, por discutible que la misma pueda resultar de lege ferenda, desde 2.014 la imputación de los daños al conductor, para variar la atribución de la responsabilidad hay que encasillarla en alguno de los supuestos subsidiarios previstos en la actual Disposición Sdicional Séptima del TR de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, para lo que debe probarse la concurrencia de las circunstancias que puedan hacer derivar la reparación del daño hacia alguna de las entidades concernidas por la disposición, bien la entidad titular de la vía (o subcontratista) bien, como es este caso, el titular del coto contiguo a la carretera.*

*Dirigiéndose la reclamación en la demanda frente a la titular del aprovechamiento cinegético, se debe comenzar por hacer una interpretación literal del precepto para saber si concurren las circunstancias de imputación en el mismo previstas. En tal sentido la reforma legal de 2.014 establece concurrentemente para atribuir responsabilidad al coto que se trate de una especie cinegética (lo que excluye numerosos animales, tanto domésticos como salvajes) y además de caza mayor, lo que sí sucede en el caso de autos al ser el corzo una especie susceptible de caza mayor. Pero la Ley también exige dos requisitos temporales asociados al comportamiento de la salvajina: que la irrupción en la vía sea consecuencia directa de una acción colectiva de caza y que ésta se haya producido en el mismo día del accidente o 12 horas antes en el día anterior.*

*A criterio de este órgano de apelación, la inclusión por el legislador del participio pasivo "directa" tiene consecuencias interpretativas en lo jurídico, y ateniéndose al significado más ajustado a este caso que da la Real Academia Española, por tal ha de entenderse "lo que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios". Ello llevaría a no entender subsumible en el caso la irrupción de un animal en la calzada cuando ya se ha roto la causalidad inmediata con la acción de caza, pudiendo el corzo, como es previsible, haberse detenido en puntos intermedios. El segundo requisito temporal alude al día de la eventual batida, que obviamente tiene que ser en hora anterior a la producción del accidente, extendiendo el precepto la hipotética responsabilidad hasta 12 horas antes del día anterior.*

La SAP Valencia, sec. 6ª, S 13-06-2019, nº 258/2019, rec. 167/2019 por un lado desestima la demanda frente a un coto de caza, porque es para la caza de jabalí y el animal es un corzo

*En definitiva, se entiende acreditado que en la fecha de los hechos, septiembre de 2016, la explotación cinegética del coto del que es titular don Maximo , era de caza menor y jabalí. Esta conclusión, puesta en relación con que el animal por el cual se produjo el accidente fuera un ciervo, perteneciente a la calificada como caza mayor, hace que no pueda atribuirse responsabilidad por estos hechos a don Maximo , ya que, ningún cuidado o diligencia debió observar para evitarlo, ni ninguna partida de caza pudo organizar, ya que, su explotación no está destinada a tal caza, ni por ello debe observar cuidado alguno sobre estos animales, de los que no obtiene rédito alguno y por tanto no asume riesgos. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 3822/2014, de 9 de septiembre señaló que: "en relación con siniestros provocados por animales en accidentes de tráfico , que: antes bien, se hace precisa una cierta conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento, que la Audiencia Provincial definió correctamente, como generador del riesgo que, en abstracto, tuvo en cuenta el legislador al redactar la norma (STS, del 22 de diciembre de 2006, recurso: 626/2000, STS, del 23 de julio de 2007, recurso: 2539/2000). Aplicada esta doctrina al caso de autos, hemos de declarar que el coto del demandado tenía aprovechamiento cinegético autorizado paracazamenor, no habiéndose declarado probado que esporádicamente se practicasecazamayor. Por ello, aún constando que el gamo procedía delcoto del demandado, no existe conexión alguna entre el animal y el aprovechamiento cinegético autorizado,*

Y por otro lado desestima la demanda frente a otro coto porque no se ha acreditado que se hubiera producido una actividad de caza mayor en las horas anteriores e indica que la carga de la prueba es de la parte actora.

*No basta con entender que es período hábil y no se necesita autorización institucional para practicarla por lo que existe la posibilidad de que se haya dado. Ello sería tanto como afirmar que en los períodos hábiles en los que todos los días son hábiles, no sería necesario probar la actividad de la caza, sino que directamente responderían los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, conclusión que no puede admitirse si se hace una lectura de la ley. La regulación mencionada anteriormente es clara y, para que responda el titular del aprovechamiento cinegético, exige no una posibilidad sino la certeza de que el accidente de tráfico es consecuencia directa de una acción de caza colectiva de especie de caza mayor en el mismo día del accidente o que haya concluido 12 horas antes, circunstancia que no se ha podido acreditar por la parte actora.*

La SAP Barcelona, sec. 1ª, S 11-06-2019, nº 375/2019, rec. 527/2018 establece que:

*Conforme a la interpretación del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 11 de Febrero de 2016 , de la Disposición Adicional Novena, criterio que fue acogido por la Sentencia de este Tribunal de fecha 7 de Abril de 2016 , los titulares del aprovechamiento cinegético por los daños personales y patrimoniales en accidentes de tráfico ocasionados por atropello a especies cinegéticas, sólo son responsables" cuando el*

*accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del término acotado".*

Pero no siempre es así porque la sentencia de AP Pontevedra, sec. 1ª, de 21-07-2015, nº 284/2015, rec. 371/2015 que cita la reforma citada señala que:

*En relación a la Sociedad de Caza demandada, su responsabilidad cabría derivarla del hecho de que el accidente sea consecuencia directa de la acción de caza o de una falta de conservación del terreno acotado.*

*Descartado que el accidente provenga del ejercicio de la caza, no obstante el mismo cabe residenciarlo en una falta de diligencia en la conservación del coto de caza, cuyo cuidado ni siquiera ha intentado acreditar la accionada.*

*"Al respecto, como expresa la sentencia de la AP Segovia, de fecha 31-7-2006, con ocasión de resolver un supuesto similar, procede aplicar la llamada prueba "prima facie" que, como señala la doctrina, es de relevante importancia en los pleitos sobre responsabilidad civil extracontractual, que supone que cuando una cierta situación de hecho corresponde, según la experiencia, a un curso causal físico y determinado, si se produce un resultado dañoso en dicha situación de hecho, puede considerarse que su origen se encuentra en la causa que ordinariamente lo produce, por lo que en principio la alegación puede tenerse por probada. (...)Es cierto que además con la normativa viaria de aplicación al caso la irrupción del jabalí debe ser consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. Pero acreditado el daño y la relación de causalidad, la debida diligencia en la llevanza del coto de donde proviene la pieza, corresponde al titular cinegético, de forma que la falta de esa prueba conlleva la declaración de responsabilidad.*

*En tal sentido, cabe citar las sentencias de esta misma Sección, de fechas 16-4-2007, 21-6-2007, 19-9-2007, 23-1-2008, 4-6-2008, 16-7-2009, 7/10/2010 y 9/10/2013.*

*Como se argumenta en la sentencia de fecha 4-6-2008, si el jabalí circula por la vía es debido a que el coto no estaba bien protegido, no estaba, luego, bien conservado, y de ello debe responder el titular del aprovechamiento porque es evidente que se produjo una falta de diligencia en la "conservación del terreno acotado", Si bien se debe reconocer que se trata de una interpretación que no ha sido acogida por sentencias posteriores.*

## **DAÑOS CAUSADOS POR CAZADORES.**

La SAP Girona, sec. 2ª, S 22-02-2010, nº 67/2010, rec. 72/2010 señala que:

*En el presente caso, el objeto del contrato son los riesgos derivados de la actividad de caza y se incluye la cobertura de la responsabilidad civil que pueda resultar de estas*



*actividades por parte del asegurado, por tanto, matar a un perro implica una responsabilidad extracontractual debido al valor que tiene el perro para su propietario. La AP considera que hay una restricción o limitación de la cobertura del riesgo ya que en el contrato quedan excluidos los daños producidos a los perros que participan en la batida de caza, por tanto, estas limitaciones deberán ser aceptadas expresamente por el asegurado y sólo en este caso le serán oponibles y también al perjudicado. En este supuesto no hay ningún tipo de aceptación expresa por parte del codemandado.*

La SAP Córdoba, sec. 3ª, de 14-07-2006, nº 172/2006, rec. 235/2006 desestima la demanda porque considera que no está probado que el asegurado fuera el causante del disparo.

*La normativa sobre la práctica de la caza está recogida fundamentalmente en la Ley 1/1970, de 4 de abril EDL 1970/1170, y en lo relativo al seguro correspondiente a dicha actividad, en sus artículos 3, 33 y 52 y siguientes y, en el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, aprobado por Real Decreto 63/1994, de 21 de enero EDL 1994/14619. Como resalta la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2000 EDJ 2000/15146, el principio informador de esta legislación es la imposición a toda costa de la cobertura aseguradora a los practicantes de la actividad cinegética, en evitación de sucesos productores de lesiones o, lamentablemente, de muertes, que dejen desamparada a la víctima o familiares de la misma, (...)se produjo el fatal accidente que acabó con la vida del menor. Y ello es así porque, conforme a la apreciación conjunta de la prueba practicada, encomiable e impecablemente analizada en la sentencia de instancia, cuyo resultado da este tribunal por reproducido, a fin de evitar inútiles repeticiones, no queda probado que el disparo fuera realizado por el asegurado con la demandada, José Antonio. En efecto, las pruebas balísticas, tanto de la Guardia Civil, como de la empresa especializada en accidentes de caza, descartan que el disparo se produjera a la distancia que mantienen el citado José Antonio y su cuñado Lorenzo, pues mientras que éstos afirman que el disparo se produjo desde un lugar que estaba a más de ochenta metros del vehículo en cuyo interior se encontraba el desgraciado niño, las pruebas objetivas revelan que el disparo se efectuó a unos nueve metros de distancia. Pero es que tampoco coinciden ni la trayectoria, ni la dirección del proyectil, pues según la versión de tales testigos debería ser de izquierda a derecha y de abajo a arriba, cuando lo cierto es que, tanto por las pruebas de impacto como por las lesiones en el cuerpo del menor (informe de autopsia), fue de derecha a izquierda y de arriba a abajo. Y junto a ello, existen pruebas documentales y declaraciones en el anterior procedimiento penal que hacen pensar que en lugar de los hechos había más personas, y como mínimo, otro menor, hijo de la persona que se autoinculpa del accidente. Además, la escopeta con la que supuestamente se realizó el disparo no aparece en el lugar donde se dice que se produjo éste, ni siquiera en las inmediaciones, o al lado del vehículo o del menor, si hubiera sido depositada allí cuando acudieron a auxiliarlo, sino que aparece guardada en su funda y en el maletero de la furgoneta. Y para cerrar el círculo, el cartucho disparado no aparece, lo que imposibilita la identificación objetiva del arma que realizó el disparo que puso fin a la vida de Iván. De todo ello, resulta que la versión sostenida por las dos personas mayores de edad que desde el principio aparecen como los únicos responsables intervinientes en la partida de caza está falseada, posiblemente con la intención de proteger a un tercero, que habría sido el verdadero autor del disparo. Consintiendo los demandantes dicha circunstancia, tanto por razones de familiaridad, como porque*

*posiblemente fuera el único medio de que obtuvieran un resarcimiento económico de alguien ajeno al círculo familiar, como es la compañía de seguros.*

También se alegó responsabilidad de la partida de caza. Se trata de una alegación que no se hizo en la demanda y que además era incompatible con la versión dada en la misma en la que se identificaba al autor del disparo.

La SAP Cádiz, sec. 3ª, S 08-07-1999, rec. 30/1999 establece que:

*Como se ha visto anteriormente, el art. 33.5 de la Ley de Caza establece la presunción de culpabilidad del autor del daño, salvo que se acredite que el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En este punto hay que señalar que los razonamientos contenidos en la sentencia impugnada no son compartidos por la sala, pues es necesario resaltar que la actividad cinegética con armas de fuego entraña un alto riesgo lesivo y por ello quien se dedica a su práctica había adoptar el máximo de precauciones, entre las que encuentra la de cerciorarse de que el campo de tiro se encuentra totalmente expedito, ya que en otro caso habrá de responder de los daños que pueda causar con su conducta; el hecho de que el perjudicado sea trabajador de la finca en la que se produjo el accidente y que conozca el terreno no relevan al autor del disparo de su obligación de cerciorarse de que puede efectuarlo sin peligro para terceras personas, dado que los participantes en la cacería conocían la existencia de personas y animales en la finca, así como que D. Angel habría abandonado la mano de caza para realizar sus labores, pues dado que se encontraban en terreno de monte bajo donde el control de los participantes tiene que ser constante por la presencia de matorrales que dificultan la visibilidad de los componentes de la mano, es evidente que D. Antonio no llevó a cabo la comprobación de los miembros de la partida antes de efectuar el disparo. Por otra parte, la localización de la lesiones a lo largo del cuerpo de la víctima indican que en el momento de efectuar disparos que ésta se encontraba desprotegida o visible en gran parte, lo que excluye la irrupción imprevisible*

La sentencias del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 30-09-2004, nº 932/2004, rec. 2548/1998 nos recuerda que:

*El hecho que las sentencias de instancia declaran probado -incólume en casación- es la lesión causada al menor por el codemandado D. Fermín y que ésta se produjo en la actividad de la caza (fundamento segundo, último párrafo, de la sentencia de primera instancia, aceptada por el fundamento primero de la de Audiencia Provincial objeto de casación).*

*Por tanto, el hecho dañoso queda cubierto por el apartado primero transcrito literalmente, del alcance de la cobertura del seguro: se produjo el daño con ocasión del ejercicio legal y reglamentario de la caza, tal como se ha declarado acreditado en las sentencias de instancia.*

La sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 28-04-2006, nº 449/2006, rec. 3089/1999 señala que:

*Y estos hechos comprenden la presencia de los tres demandados, y no únicamente del declarado rebelde, en la ocasión y lugar que se produjo el fallecimiento, si bien no puede hacer constar el autor del daño. Y a tal efecto conviene subrayar que en la declaración de hechos probados no se manifiesta la situación de los demandados asegurados por la recurrente en el momento del daño, sino su movilidad posterior al mismo. De todo lo cual se deduce que en la aplicación del precepto invocado como infringido ha sido, en contra de lo que manifiestan los recurrentes, razonable e inexcusable;*

La SAP Girona, sec. 2ª, 19-10-2000, nº 550/2000, rec. 699/1999, considera incluido en el seguro de caza el siguiente supuesto:

*La Audiencia declara en primer lugar, que el accidente ocurrió cuando el tomador se encontraba limpiando la escopeta en su casa y al ir a cerrarla se disparó, hiriendo al accionante, riesgo este por tanto, cubierto por el seguro voluntario concertado en ampliación de las coberturas establecidas en el seguro obligatorio,*

La SAP Ávila, sec. 1ª, S 23-03-2011, nº 70/2011, rec. 65/2011 excluye la culpa exclusiva de la víctima, considerando que el hecho de tener las yeguas dañadas libres no supone culpa alguna.

*La aseguradora apelante alega la existencia de un límite de cobertura de la póliza por los daños que se causen a animales o cosas, debiendo estimar el recurso en este punto tal y como se desprende de las condiciones generales del seguro de caza suscrito. En relación a la alegación de que existió culpa exclusiva del dueño de las yeguas en el accidente, entiende la Sala que debe ser rechazada en base al precepto de la Ley de Caza que establece que todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que cause cazando, excepto cuando el hecho sea debido a culpa o negligencia del perjudicado, y así el hecho de que, el demandante en la instancia, dejase sueltas las yeguas descritas en una extensión de varias hectáreas no supone que la culpa sea del perjudicado, sino del cazador que no tuvo la diligencia suficiente en la acción de cazar.*

En este caso se trata de una acción de repetición que interpone una aseguradora que ha cubierto el siniestro en base al artículo 43 de la LCS y se establece por la AP Guipúzcoa, sec. 3ª, S 03-11-2008, nº 308/2008, rec. 3359/2008 que:

*La consecuencia que de lo anterior se obtiene, con el contenido de las resoluciones anteriores, sera que no ha podido determinarse la procedencia de los disparos que produjeron el fallecimiento de uno de los integrantes de la partida, habiendose examinado e intervenido por la Ertzaintza únicamente tres armas de los integrantes de la partida, por lo que ello conducirá al establecimiento de la solidaridad antes señalada, en el caso concreto de autos, pues en modo alguno puede perderse de vista que el codemandado formaba parte de la partida en la que se produjo el fallecimiento,*

*ha quedado acreditado que dispone de cuatro escopetas, sin que pueda a tenor de la naturaleza del aseguramiento en materia de caza de carácter cuasiobjetivo, entenderse que de la prueba practicada pueda excluirse la intervención del apelante y este plenamente acreditado que el mismo no portaba una escopeta el día del accidente, por lo que ha de confirmarse la resolución recurrida.*

La AP Córdoba, sec. 1ª, de 21-02-2017, nº 124/2017, rec. 1337/2016 indica que el plazo de prescripción que no es el artículo 23 de la LCS sino el derivado de la responsabilidad que se solicita.

*Por otro lado, la acción contra la aseguradora aquí, una de las concurrentes en esa acción de caza, ha de encuadrarse en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro (EDL 1980/4219), como acción directa del perjudicado y así lo contempla la sentencia del Tribunal Supremo de 30.9.2004, recurso 2548/1998 (EDJ 2004/143917), en el caso de condena de condena a aseguradora por seguro de caza y tras accidente de caza. La cita que se hace de la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1ª, de 4.6.2014, recurso 40/2014, es correcta en la sentencia apelada, lo que sucede es que en ese caso esa resolución indicaba que el plazo de prescripción del perjudicado derivaba de la naturaleza contractual o extracontractual de la relación entre el perjudicado y el asegurado, y, en ese caso, era de arrendamiento de servicios, lo que remitía al artículo 1964 del Código Civil (EDL 1889/1), lo que no empieza a que, de ser otra la naturaleza de esa relación -aquí extracontractual-, el plazo sea el que corresponda a la misma, aquí el anual del artículo 1968 del Código Civil (EDL 1889/1), como correctamente se ha apreciado en la instancia.*

La SAP Toledo, sec. 1ª, de 04-03-2015, nº 64/2015, rec. 199/2014 considera que la responsabilidad de los integrantes de una partida de caza es solidaria impropia y por tanto la reclamación a uno de los integrantes no interrumpe la prescripción respecto al resto:

*lo que establece es una distribución de responsabilidad en el supuesto que se contempla, la existencia de una partida de caza en la que se integra una persona que es causante del daño pero que no puede ser determinada, de modo que se establece una responsabilidad genérica de los integrantes de la partida y también de las aseguradoras, más no por ello es un supuesto de solidaridad propia*

*En el presente caso estamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual porque Caser y el apelante no tenían ningún tipo de vínculo jurídico sino que la responsabilidad de aquella procede de un hecho nacido de culpa extracontractual. Es obvio que la ausencia de relación entre las partes de este recurso impide el que pueda deducirse que Caser sí tuvo conocimiento de las reclamaciones que el recurrente dirigía al otro demandado, por lo tanto no puede invocar la interrupción por tal motivo. Y no existe norma que imponga la solidaridad que se invoca.*

GRACIAS POR SU ATENCIÓN.