

## El daño sobrevenido

Antonio Gálvez Criado

Facultad de Derecho  
Universidad de Málaga

### *Abstract*

*Solamente el daño cierto y no eventual puede ser indemnizado, siendo indiferente el momento temporal en el que surja (en el presente o en el futuro). En el Derecho español son indemnizables, en principio, todos los daños ciertos (actuales o futuros). Aparecido un daño sobrevenido, el plazo de prescripción para ser reclamado debe iniciarse una vez que el dañado puede razonablemente probar su existencia y su origen, pues en caso contrario se produciría una indefensión contraria al art. 24 CE. Por lo tanto, la reclamación del daño sobrevenido debe proceder aunque exista una sentencia judicial firme o una transacción o acuerdo anterior que haya resuelto la indemnización respecto a los daños surgidos en el pasado.*

*In Spanish Law only actual damage can give rise to compensation. Actual damage can appear at the time of the accident or may happen in the future. The statute of limitations provides that the plaintiff may only seek relief when it is possible to prove the existence of the damage and there is evidence of its origin. Otherwise, due process (article 24 of the Spanish Constitution) can not guaranteed, and it would undoubtedly lead to helplessness or to the lack of defense of the injured party. Consequently, in case of unexpected damage, the injured party can file a lawsuit despite the existence of final and absolute court judgment, a transaction or other previous agreement for damage caused in the past.*

*Title: Unexpected damage*

*Palabras clave: Daño cierto, daño sobrevenido, prescripción, sentencia firme, transacción, error.*

*Keywords: actual damage, unexpected damage, prescription, final judgment, transaction, mistake.*

## Sumario

### 1. Tipología de daños

1.1. Daño actual o presente y daño futuro. El daño cierto

1.2. El daño por pérdida de una oportunidad (*chance*) es ajeno a las cuestiones aquí planteadas

1.3. La relación daño emergente/daño presente y daño lucro cesante/daño futuro

### 2. La indemnizabilidad del daño sobrevenido en las mismas condiciones que el daño actual cierto

2.1. Razones básicas para mantener esta afirmación

2.2. Plazos de prescripción, plazos de garantía y plazos de decadencia o extinción de derechos como un problema (también) de dimensión constitucional

a) Plazos de prescripción

b) Plazos de garantía y plazos de decadencia o extinción de derechos

c) El daño sobrevenido y las cláusulas *claim made* en el seguro de responsabilidad civil

### 3. La fijación judicial y extrajudicial previa de una indemnización y su impugnación a causa de un daño sobrevenido

3.1. La fijación judicial previa y su impugnación a causa de un daño sobrevenido: cuestiones procesales relevantes

3.2. La fijación extrajudicial previa de una indemnización y su impugnación a causa de un daño sobrevenido

a) Exposición de los casos más frecuentes

b) Algunas cuestiones jurídicas que plantean los casos expuestos

### 4. Conclusiones

### 5. Tabla de sentencias utilizadas

### 6. Bibliografía

## 1. Tipología de daños

### 1.1. Daño actual o presente y daño futuro. El daño cierto

Sin perjuicio de su uso a efectos meramente didácticos, la tipología que distingue entre *daño presente* y *daño futuro* no aporta nada relevante al régimen jurídico de la responsabilidad civil, tanto si el daño es material o patrimonial (y tanto emergente como lucro cesante) como si es moral o físico. El dato decisivo no es si el daño ya se ha manifestado (o se está manifestando) en un determinado momento o si lo hará en un tiempo posterior, sino si jurídicamente concurren ya los presupuestos necesarios para su reclamación, porque el dañado puede ya probar razonablemente su existencia y cuantía, que son algunos de los presupuestos de los que depende la prosperabilidad de su reclamación, sea judicial o extrajudicial.

Y este dato decisivo viene determinado por la certidumbre del daño, de manera que la distinción relevante lo es entre el daño efectivo y cierto y el daño meramente hipotético o eventual, como ya pusieron de relieve los MAZEAUD y TUNC (1977, pp. 301 y ss), y la doctrina posterior les ha seguido en este punto<sup>1</sup>.

En realidad, el llamado daño futuro, entendiendo por tal aquel que ha de producirse como consecuencia del normal y probable discurrir futuro de los acontecimientos actuales, es entonces y en realidad un daño *actual* o *presente*, en el sentido de que puede ser objeto de reclamación y determinación en las mismas condiciones que el daño ya consumado en el patrimonio del dañado al tiempo de la fijación de la cuantía indemnizatoria (así por ejemplo, al tiempo de la sentencia judicial que pone fin al litigio, si ha sido objeto de reclamación por esta vía, que es entendido como el momento relevante a estos efectos<sup>2</sup>).

Y por otro lado, si el daño es simplemente hipotético o eventual, entonces habrá de esperarse para comprobar si este supuesto daño se manifiesta finalmente de forma efectiva y cierta, en cuyo caso podrá iniciarse una nueva reclamación en las condiciones que posteriormente se estudiarán, por tratarse entonces de un daño *actual* y *presente*, o lo que es lo mismo, cierto y efectivo. Quizás y a efectos didácticos a lo más que puede llegarse es a

---

<sup>1</sup> DE CUPIS (1966, pp. 304-307); SCOGNAMIGLIO (1969, p. 477); CERDÁ (1985, pp. 623-624); ZANNONI (1987, pp. 67 y ss); FEMENÍA (2010, pp. 82 y ss).

En la jurisprudencia esta terminología aparece mencionada en la STS, 1ª, 20.4.1988 en un caso de responsabilidad civil derivada de delito:

“Sabido es que en los denominados delitos de resultados viene siendo exigencia ineludible la existencia de un daño cuya concreción exige absoluta certeza. Es indudable que no se presenta la menor problemática cuando de *daños actuales* y evidentes se trata; incluso cuando de *daños futuros* se trata, la certidumbre puede predicarse la mayor parte de las veces por la previsibilidad del resultado final que pueda producirse mediante la agravación del daño; incluso también, puede predicarse del llamado *daño eventual*, habida cuenta de las facultades de discrecionalidad con que pueden juzgar los Tribunales de instancia”.

<sup>2</sup> FISHER (1928, pp. 120-121); MAZEAUD/ TUNC (1977 p. 313); ZANNONI (1987, p. 67); más detalladamente, MOISSET DE ESPANÉS (1975, pp. 199-200).

hablar de las repercusiones en el futuro de un daño presente, como dice GENTILE (1962, pp. 655-656), pues la dicción *daños futuros* es impropia.

En consecuencia con lo anterior y a efectos de determinación del régimen jurídico, creemos que los datos normativos disponibles exigen distinguir entre: a) *daño cierto* (aunque lo sea por repercusión en el futuro) y b) *daño incierto* (sea probable, improbable o absolutamente desconocido en el momento presente).

En la categoría general de daño incierto deben incluirse tanto aquellos cuya probabilidad de surgir en un momento futuro pueda ser mayor o menor (probables o improbables) de acuerdo con los conocimientos y experiencias previas acumuladas, como aquellos absolutamente desconocidos e incluso inimaginables, distinción que puede tener algunas consecuencias jurídicas en relación a los pactos que dañante y dañado puedan llegar a alcanzar para la cuantificación y liquidación de los mismos sin esperar a su verificación (o no) en un momento futuro.

La terminología habitual para referirse a esta categoría general de daño incierto es variada, pero suele ser habitual hablar de *nuevos daños*, *daños agravados*, o en la terminología que utilizaremos más frecuentemente a lo largo de este trabajo *daño sobrevenido*<sup>3</sup>.

En nuestra opinión, las anteriores consideraciones son, en buena medida, consecuencia directa de una decisión de política legislativa relativa al inicio del cómputo del plazo de prescripción (y en su interpretación y aplicación por los tribunales) y a la distribución de la carga de la prueba respecto a la reclamación del daño sobrevenido, que cuenta—dicha decisión— con el límite fundamental del respeto a los principios constitucionales afectados (básicamente y como se verá, el respeto a la tutela judicial efectiva de los derechos del acreedor-dañado). En este margen de discrecionalidad de que goza el legislador ordinario, éste puede acoger un criterio basado en datos objetivo-abstractos para la determinación del inicio del cómputo del plazo, en datos subjetivo-concretos o incluso adoptar una posición ecléctica.

Por ejemplo, el legislador alemán de 2001 estableció un plazo general de prescripción de tres años aplicable tanto a las obligaciones contractuales como a las extracontractuales, entendiéndose nacida la pretensión una vez que el acreedor conoce a la persona del deudor y el resto de circunstancias que le sirven para fundamentar su pretensión (es decir, los

---

<sup>3</sup> La expresión “daños sobrevenidos” es la utilizada en el apartado primero.9 del “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, que aparece como anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor: “La indemnización o la renta vitalicia sólo podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de aquellas o por la aparición de *daños sobrevenidos*”.

Actualmente, la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE nº 228, de 23.09.2015), establece en su art. 43 (modificación de las indemnizaciones fijadas) que “una vez establecida, la indemnización sólo puede revisarse por la alteración sustancial de las circunstancias que determinaron su fijación o por la aparición de *daños sobrevenidos*”, aunque esta Ley de reforma no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 2016.

fundamentos personales y materiales de la pretensión), salvo desconocimiento de estas circunstancias por culpa grave suya, iniciándose el cómputo del plazo el primer día del año natural siguiente (§ 199 BGB).

Nuestro legislador adoptó en la responsabilidad extracontractual claramente un criterio subjetivo-concreto en el art. 1968.2º CC “desde que lo supo el agraviado”, que la jurisprudencia se ha encargado de aplicar incluso de forma excesivamente favorable al dañado, mientras que en el ámbito contractual el art. 1969, tanto en su redacción anterior “desde el día en que [las acciones] pudieron ejercitarse” como actual (“desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”; y en las obligaciones continuadas de hacer o no hacer “el plazo comenzará cada vez que se incumplan”<sup>4</sup>) parece inclinarse por un criterio objetivo de inicio del cómputo, si bien en su aplicación a la responsabilidad civil tal criterio ha quedado bastante desvirtuado por la jurisprudencia y asimilado en buena medida al subjetivo, como se comprobará después.

Y decimos que la decisión legislativa estableciendo el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar y la distribución de la carga de la prueba determina las distintas categorías de daños antes señaladas porque el legislador es quien impone al perjudicado los medios de prueba con los que debe contar para hacer viable jurídicamente su reclamación, estableciendo a partir de ahí el momento del inicio del cómputo del plazo. Naturalmente, el legislador puede hacer coincidir el inicio del cómputo con el momento en el que concurren los presupuestos exigibles (subjetiva u objetivamente, respectivamente, arts. 1968.1º y 1969 CC) a la pretensión del dañado o puede fijarlo en un momento posterior (el primer día del año natural siguiente, como hace el alemán), pero creemos que no puede fijarlo antes sin vulnerar los derechos fundamentales del dañado, a quien impone, como regla, la carga de probar tales presupuestos.

Por ejemplo, si quien sufre una lesión ocular que le hace perder un 15% la visión tiene la carga de probar la existencia cierta de tan probable como improbable daño (sobvenido) consistente en la pérdida total de la visión, el legislador no puede establecer el inicio del cómputo del plazo para este daño hasta (al menos hasta) que razonablemente le sea posible al dañado probarlo, si no quiere vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva.

## **1.2. El daño por pérdida de una oportunidad (*chance*) es ajeno a las cuestiones aquí planteadas**

---

<sup>4</sup> La reciente Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 239, de 6.10.2015), incluye la modificación del art. 1964 CC en el sentido de reducir el plazo de prescripción de las acciones personales que no tengan establecido uno especial, de quince años a cinco, estableciendo también el inicio del cómputo de los plazos: Art. 1964.2: “Las acciones personales que no tenga plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación. En las obligaciones continuadas de hacer o no hacer, el plazo comenzará cada vez que se incumplan”.

Dicha modificación legal entra en vigor el día 7 de octubre, pero ello debe completarse con la previsión de la DT quinta, que remite al art. 1939 CC respecto a las acciones nacidas antes de la entrada en vigor de la reforma.

La probabilidad estadística de materializarse en el futuro un daño incierto o hipotético, pero posible, puede ser conocida en el momento presente. Piénsese en el posible, o más o menos probable, empeoramiento de las secuelas físicas derivadas de un accidente, respecto al que la ciencia médica nos dice que hay una determinada probabilidad estadística de que en un futuro más o menos cercano dichas secuelas ya padecidas (y evaluables económicamente) provoquen un empeoramiento o incluso la muerte de la persona que las sufre. ¿Cabe entonces reclamar, en el momento presente, una indemnización de ese daño incierto futuro en la misma proporción estadísticamente cierta de su probable acaecimiento en el futuro? ¿No nos encontraríamos entonces ante un supuesto de daño por pérdida de una oportunidad, que ha sido resuelto de esta manera en algunas ocasiones por nuestros tribunales?<sup>5</sup>.

Creo que habría que responder a esa pregunta con un rotundo no. Aparte de lo muy discutible que resulta un planteamiento como el anterior en un plano general, aquí creo que existe una razón evidente para excluir desde el principio esta forma de proceder: no nos encontramos ante un caso de daño por pérdida de una oportunidad o *chance*. Como ha puesto de manifiesto NAVEIRA (2006, p. 169) a la que sigue FEMENÍA (2010, p. 87)<sup>6</sup>, respecto a los daños futuros (léase, sobrevenidos) debe exigirse la misma certeza que la exigida en relación a los daños presentes, y la razón es evidente: siempre queda la posibilidad de solicitar su reparación *a posteriori*, una vez que el daño se materialice y alcance la suficiente certeza que permita su reclamación.

Este es un hecho decisivo que separa nítidamente el incierto daño sobrevenido y el daño por pérdida de una oportunidad: en éste, el hecho que determinó la pérdida de la oportunidad ya se ha consumado y lo único que cabe entonces es decidir si el daño resulta o no indemnizable, mientras que respecto al daño que está todavía por manifestarse (o no) en el futuro, es razonable esperar para comprobar si dicho daño se materializará (o no) definitivamente, de lo que se hace depender su certeza, y por tanto, su reclamación.

Por ejemplo, si el abogado no interpuso en plazo un recurso, este hecho del cual puede derivarse el daño ya se ha consumado y no hay nada que esperar ya en el futuro, pues nadie podrá interponer el recurso y la posibilidad de que éste prospere se esfumó. Pero en

---

<sup>5</sup> A partir de un determinado momento (SSTS, 1ª, 27.7.2006, 28.2.2008, 31.3.2010, 14.7.2010 y 22.4.2013, entre otras), el TS enjuicia los casos de pérdida de una oportunidad como supuestos de daño patrimonial (lucro cesante), consistente este daño en la disminución cierta de la posibilidad de obtener una ganancia. En principio, se trata de un daño hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. Sin embargo, parece que ha tenido fortuna en la jurisprudencia española el recurso a la idea de "probabilidad cualificada" para entender establecida jurídicamente la relación de causalidad (indemnizando la totalidad de la ganancia frustrada), pero en algunos casos la jurisprudencia ha caído también en la "tentación" de conceder una indemnización proporcional a la probabilidad de la oportunidad perdida, separándose de su general posición muy estricta respecto a la concesión del daño lucro cesante. Un buen ejemplo de ello es la STS, 1ª, 27.7.2006, que concede finalmente una indemnización de 12.000 euros a pesar de las "escasas posibilidades de éxito" del recurso que no pudo interponerse por la negligencia de un procurador, lo cual parece aceptarse como doctrina general en la STS, 1ª, 14.7.2010.

<sup>6</sup> También VICENTE DOMINGO (2008, p. 319) distingue entre daño eventual, daño lucro cesante y daño por pérdida de una oportunidad.

el caso que estamos analizando sí resulta razonable esperar a comprobar si el agravamiento de las secuelas se produce o no en un momento futuro y por ello debe rechazarse su reclamación judicial en un momento anterior por tratarse de un daño aún incierto o meramente eventual.

Sin embargo y probablemente por influencia de la exposición seguida por los MAZEAUD y TUNC, que analizan extensamente el daño por pérdida de una *chance* tras el daño futuro, la mayoría de los autores posteriores que han tratado el problema del daño futuro (lucro cesante, en este caso) lo han analizado desde los mismos parámetros que el daño por pérdida de una oportunidad, como un problema de certeza del daño, pero sin advertir en esta diferencia decisiva, lo que no resulta adecuado en nuestra opinión.

Cuestión distinta —como se verá— será el planteamiento que haya de seguirse cuando este daño futuro (sobrevenido) incierto haya sido incluido en una transacción o acuerdo similar entre dañante y dañado y se haya procedido a cuantificarlo e indemnizarlo. En este caso, los sujetos afectados y legitimados han llegado a un acuerdo para convertir en presentes y ciertas unas determinadas probabilidades de daño futuro con la clara intención de otorgarse una solución actual y definitiva, que impedirán en las condiciones que ya se verán— el planteamiento de una reclamación futura sobre el mismo si finalmente llegara a materializarse.

Imaginemos, por ejemplo, que se acuerda una indemnización en proporción a las probabilidades estadísticas de aparición de los nuevos daños o de agravación de los ya existentes en el futuro. El acuerdo puede participar incluso de la naturaleza de los negocios aleatorios en este punto, pero creo que no cabe dudar de su validez y la obligatoriedad de su cumplimiento.

### 1.3. La relación daño emergente/daño presente y daño lucro cesante/daño futuro

Podemos decir que existe acuerdo en la doctrina que ha prestado atención a este punto sobre que las categorías de daño emergente-lucro cesante y daño actual (presente)-daño futuro son categorías distintas y perfectamente compatibles entre sí las unas con las otras, de manera que tanto un daño futuro cierto (susceptible de ser indemnizado ya) como un daño nuevo o agravado susceptible de poder indemnizarse en el futuro, lo mismo pueden constituir daño emergente como lucro cesante o ambos a la vez<sup>7</sup>.

Lo mismo si pensamos en el daño futuro en sentido genérico en relación a otras categorías o tipos de daños a las personas, como el daño físico o corporal o el daño moral: el daño que, bien con seguridad, bien con alguna probabilidad, pueda surgir en un tiempo futuro lo mismo puede ser material, que físico o daño moral, o todos ellos de forma conjunta. Así por ejemplo, la agravación sobrevenida de unas secuelas sufridas en el pasado es susceptible de ocasionar cualesquiera de los daños mencionados anteriormente (y mucho más claramente si provocan el fallecimiento de la persona que las sufre).

En este punto se trata de dejar sentado que un daño que aparece sobrevenidamente en el futuro no constituye una categoría unitaria o autónoma en relación a los demás tipos de daños, de manera que cuando se contrapone a daño actual o presente lo único en que

---

<sup>7</sup> Así, DE CUPIS, (1966, pp. 303-304); ZANNONI (1987, p. 70), y muy ampliamente sobre esta cuestión, MOISSET DE ESPANÉS (1975, pp. 201 y ss).



difiere de éste es en el desconocimiento o en la incertidumbre sobre su aparición futura, pero nada más.

De esta manera, las mismas razones y condiciones jurídicas que nos permiten reclamar un daño cierto en el momento presente deben servir también para reclamar un daño que alcanza su certeza en un tiempo futuro (daño sobrevenido); en otras palabras, los presupuestos de la responsabilidad civil han de ser necesariamente los mismos una vez que un daño cierto puede jurídicamente imputarse a otra persona, lo sea en la actualidad lo sea en un tiempo posterior.

## ***2. La indemnizabilidad del daño sobrevenido en las mismas condiciones que el daño actual cierto***

### **2.1. Razones básicas para mantener esta afirmación**

Mantenemos la idea de que los presupuestos de la responsabilidad civil son los mismos en el llamado daño sobrevenido que en el daño actual o presente. En realidad y aunque lo razonable sería que quien mantenga diferencias aporte argumentos suficientes para ello, sin embargo, procuraremos a continuación aportar nosotros algunos para mantener esta equiparación, que nos parece muy clara por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup>) Es una imposición y mandato del art. 1902 CC en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, en cuanto establece un sistema de los llamados de “cláusula abierta” y de reparación íntegra de todos los daños que resulten probados como regla general (principio de reparación integral), sin distinguir entre daños actuales (incluidos los futuros ciertos) y daños sobrevenidos en cuanto a la procedencia de su reclamación.

Es más, las limitaciones establecidas respecto a los bienes afectados susceptibles de generar responsabilidad por los sistemas llamados de *daños típicos*, como el alemán, o las limitaciones establecidas por ambos sistemas al principio de reparación integral del daño (por ejemplo, algunas limitaciones que pueden derivarse de la aplicación de nuestros baremos indemnizatorios en el ámbito de los accidentes de circulación), en absoluto dependen de la dicotomía daño presente-daño sobrevenido, sino que tales limitaciones son establecidas en función de los bienes jurídicos protegidos<sup>8</sup> (las primeras) o aplicables a supuestos concretos y especiales de responsabilidad civil (las segundas).

El mismo mandato se recoge en el art. 1101 CC para la responsabilidad contractual, si bien en este caso limitado a los daños “previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación” por el art. 1107 CC cuando el daño es causado mediante negligencia (deudor de buena fe), y lo mismo en las leyes especiales que cuentan con normas de responsabilidad civil en sus respectivos ámbitos. En estas leyes especiales las

---

<sup>8</sup> La solución de compromiso adoptada por el art. 2:102 (Intereses protegidos) de los PETL lo recoge con claridad:

“(1) El alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad.

(2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia”.

limitaciones temporales que pueden establecerse a la indemnización actúan de forma transversal y referidas a cualesquiera daños y con independencia del momento de su aparición, como ocurre con la extinción de responsabilidad tradicionalmente existente en el ámbito de los daños causados por productos defectuosos: diez años desde la puesta en circulación del producto concreto causante del daño, conforme al actual art. 144 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (BOE nº 287, de 30.11.2007) (en adelante TRLGDCU).

En consecuencia, si un juez limitara la indemnización procedente basándose simplemente en el momento de aparición de unos daños ciertos y probados, no nos cabe duda alguna que tal sentencia podría ser recurrida sobre la base de la vulneración de las normas aquí mencionadas o de otras especiales aplicables según los casos.

2.<sup>a</sup>) Cuando el daño indemnizable lo fuera por vulneración o afectación de derechos fundamentales (típicamente el derecho a la vida o la integridad física o moral de las personas del art. 15 CE, pero también en otros casos), entonces creemos que una limitación indemnizatoria en las condiciones que venimos exponiendo, vulneraría directamente la protección jurídica (también indemnizatoria) que merecen estos derechos fundamentales, de manera que la sentencia judicial que así argumentara podría ser, en última instancia, recurrida en amparo con éxito ante el TC, o una ley que así lo estableciera debería ser declarada inconstitucional por el mismo motivo.

Decía al respecto PANTALEÓN (1997, p. 2082), en relación a los baremos indemnizatorios en el ámbito de la circulación de vehículos a motor (anteriores a la reforma de 2015), que no le cabe duda de la inconstitucionalidad de una norma que castigase el homicidio doloso sólo con una pena de multa y que “se vulnera el art. 15 en relación con el art. 53.1 CE, porque *el derecho a obtener la indemnización íntegra del daño patrimonial provocado por una lesión corporal, cuando menos del causante doloso o culposo de la misma, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física*”<sup>9</sup>. Y creemos que aquí puede utilizarse un argumento similar: un sistema indemnizatorio que excluya la indemnización de los daños sobrevenidos es incompatible con la protección jurídica que debe otorgarse a derechos que ostentan un rango superior en nuestro sistema jurídico, y que por ende, son merecedores de una protección jurídica máxima; las normas de responsabilidad civil no estarían entonces cumpliendo su (también) deber de protección de los derechos fundamentales. Las diferencias de régimen jurídico en estos casos exigen de una justificación muy clara y razonable, que no alcanzamos a conocer por nuestra parte.

3.<sup>a</sup>) Una posible limitación legal (o por sentencia judicial) de la indemnización a los daños actuales, con exclusión de los sobrevenidos, supone en nuestra opinión una discriminación intolerable entre víctimas que resulta contraria al art. 14 CE. Este argumento parece fácilmente sostenible como complemento del anterior cuando el daño proceda de la afectación de un derecho fundamental, pero creemos que lo mismo puede defenderse cuando no afecte a uno de estos derechos e incluso se trate de un daño a las cosas.

---

<sup>9</sup> PANTALEÓN (1995, p. 200).

Por ejemplo, si la contaminación de un río por el vertido ilegal de una empresa provoca el fallecimiento inmediato de cierto número de animales jóvenes o crías de una granja cercana, así como la intoxicación de otros tantos animales adultos cuyo pronóstico inicial es incierto pero que terminan enfermando y falleciendo en un momento posterior en el tiempo, ¿Cómo puede establecerse que unos daños deben ser indemnizados y otros no al mismo granjero? ¿Y qué decir, con más razón, si los dueños de unos y otros animales son distintos?. Con independencia de las alegaciones que pudieran establecerse sobre la protección jurídica que merece el derecho de propiedad en este tipo de casos, no parece dudoso que se trataría de una discriminación intolerable.

4.<sup>a</sup>) Por imperativo de los argumentos anteriores y del derecho a la tutela judicial efectiva del dañado (art. 24 CE), el inicio del cómputo de los plazos de prescripción debe ser el mismo tanto en el daño actual como en el daño sobrevenido futuro. Es un tema que trataremos que aclarar a continuación.

## 2.2. Plazos de prescripción, plazos de garantía y plazos de decadencia o extinción de derechos como un problema (también) de dimensión constitucional

### a) Plazos de prescripción

Tanto si procede aplicar el criterio claramente subjetivo adoptado por el art. 1968.2º CC (“desde que lo supo el agraviado”) como el *objetivo* del art. 1969 (“desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”), en su aplicación a las acciones de resarcimiento de daños, se llega a la misma solución a estos efectos: el cómputo del plazo no puede iniciarse respecto de un daño hipotético, eventual o incierto porque el supuesto dañado estaría entonces condenado a soportar un daño que es imposible demostrar, y con ello, repercutir sobre el patrimonio del supuesto dañante o de un tercero (como su asegurador).

Lo anterior es un presupuesto necesario para hacer efectivo el derecho del dañado a ser indemnizado conforme a las normas reguladoras de la responsabilidad civil (los generales arts. 1101, 1902 CC u otras normas especiales), la protección jurídica que merecen principios o derechos fundamentales del dañado ya señalados (arts. 14 y 15 CE), a los que hay que añadir ahora también el derecho a la tutela judicial efectiva del propio dañado (art. 24.1 CE), si ponemos en relación esta tutela con la jurisprudencia de nuestros tribunales sobre los requisitos de certeza y efectividad del daño (y su carga probatoria) para que proceda su indemnización.

En efecto, doctrina y jurisprudencia son terminantes en que no procede responsabilidad civil si no se acredita la existencia y certeza de un daño, sin perjuicio de ciertas presunciones legales, como la del art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE nº 115, de 14.5.1982) (en adelante LODH) y de la flexibilidad admitida en este punto respecto al daño moral<sup>10</sup>.

Así las cosas, no resulta dudoso que cualquier juez o tribunal ha de rechazar de plano la reclamación de un daño (futuro) meramente eventual o hipotético, imponiendo al dañado

<sup>10</sup> Por todos, MAZEAUD/ TUNC (1977, pp. 301 y ss); VICENTE DOMINGO (2008, pp. 317-318).

la carga de esperar hasta que se verifique (si se verifica) la presencia de este daño cierto susceptible de ser reclamado, con independencia del tipo de daño de que se trate, lo cual resulta aplicable incluso respecto al daño moral, pues el dañado deberá demostrar, al menos, los hechos ciertos y ya consumados que permitan fundamentar la existencia de tal daño, por más que la determinación de su cuantía concreta corresponda fijarla equitativamente al juez. A este resultado han conducido siempre las reglas procesales relativas a la distribución de la carga de la prueba; en la actualidad, el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (BOE nº 7, de 8.1.2000) (en adelante LEC). Como dice SOLER, la certidumbre del daño es “un presupuesto procesal de la viabilidad de la pretensión indemnizatoria”<sup>11</sup>.

Esta ha sido la forma de proceder de nuestra jurisprudencia, que ha negado una indemnización por un daño futuro e incierto en casos tales como:

-Por la posible pérdida total o parcial definitiva de la visión del menor que recibió un disparo en el ojo que le provocó una catarata, pero que todavía no ha sido operado y se desconoce el grado de recuperación visual que alcanzará finalmente: STS, 1ª, 30.10.1956 (Ar. 3427; MP: Celestino Valledor).

-Por el posible agravamiento futuro de la lesión ocular sufrida por un menor cuando la sentencia había incluso sentado las bases para incluir en la indemnización los daños que se acreditaron en la fase de ejecución de la misma, como se hizo en efecto: STS, 1ª, 8.2.1983 (Ar. 867; MP: Jaime Santos Briz).

-Porque tras ser infectado de SIDA mediante transfusión realizada por el INSALUD (e indemnizado por ello) pueda posteriormente desarrollar (o no) la enfermedad: STS, 1ª, 11.2.1998 (Ar. 707; MP: Antonio Gullón Ballesteros).

-Por los hipotéticos daños futuros a un edificio colindante como consecuencia del riego de las tierras de los demandados: STS, 1ª, 2.12.1991 (Ar. 8902; MP: Francisco Morales Morales).

-Por las cantidades a las que pudiera ser hipotéticamente condenado a abonar el demandante en otro proceso judicial en tramitación y en el que debe decidirse todavía si existe daño y la cuantificación del mismo a cargo de aquél: STS, 1ª, 9.4.1996 (Ar. 2912; MP: Antonio Gullón Ballesteros).

-Dudosamente incluso, por el hipotético daño lucro cesante derivado de la depreciación que un edificio podrá sufrir en caso de su posible venta futura a terceros (causada por una inadecuada cimentación, que causó un desplazamiento de 12 cms. del edificio y que dio lugar a la condena del arquitecto a indemnizar otros daños): STS, 1ª, 24.4.1997 (Ar. 3396; MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez). Lo declarado en este caso resulta, no obstante, contrario a lo sostenido en supuestos de contaminación acústica excesiva, donde se ha admitido tal depreciación como daño real y efectivo: así, STS, 1ª, 31.5.2007 (Ar. 3431; MP: Francisco Marín Castán) (si bien como daño emergente y no como lucro cesante).

Se entiende entonces como consecuencia lógica de lo anterior, la posición jurisprudencial de que, respecto al daño futuro e incierto, el cómputo de los plazos de prescripción de las acciones de responsabilidad civil no empiecen a correr sino desde que el dañado puede razonablemente conocer el fundamento material (la existencia cierta del daño) y personal

---

<sup>11</sup> SOLER (1998, p. 73).

(quién se lo ha causado) de su pretensión (arts. 1968.2º y 1969 CC)<sup>12</sup>; esto es, que empiecen a computarse en las mismas condiciones en que lo harían si estuviéramos ante un daño presente y cierto.

Así lo declara abiertamente la STS, 1ª, 8.2.1983 (Ar. 867) :

“todo ello sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder al lesionado o a sus representantes legales para ejercitar en el futuro las acciones de resarcimiento de nuevos daños, en caso de reactivación de los mismos, concurriendo los requisitos de prueba en su caso, al modo como se deduce de la S. de esta Sala de 11 diciembre 1979, y toda vez que en tal supuesto, como resulta del art. 1969 del C. Civ., la acción podría ejercitarse desde que el agraviado tuviera conocimiento de la recaída o nueva manifestación de las consecuencias de su lesión, tal como evidencia la doctrina sentada por la S. de esta Sala de 25 junio 1966”.

Lo curioso del asunto es que todas estas consideraciones parecen presentarse por la jurisprudencia, en general, como aplicaciones concretas y puntuales de una interpretación y aplicación restrictiva general del instituto de la prescripción en este ámbito, que ha tratado de mitigar todo lo posible (probablemente por razones de equidad) la aplicación de un plazo excesivamente breve de prescripción como el establecido en el art. 1968.2º CC y que finalmente ha contagiado también la aplicación del art. 1969 en clave subjetivista. La STS, 1ª, 8.10.1988 (Ar. 7393; MP: Ramón López Vilas), junto a las allí citadas en el mismo sentido, es una muy buena muestra de ello:

“Conviene recordar en primer lugar que según la más reciente y reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala -Sentencias, entre otras, de 16 de marzo de 1981, 7 de julio y 8 de octubre de 1982, 31 de enero, 9 de marzo y 9 de diciembre de 1983, 2 de febrero y 16 de julio de 1984, 6 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1986 y 16 de diciembre de 1987- la figura de la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos asentada en el principio de seguridad jurídica, no debe ajustarse a una aplicación rigorista, sino que, por el contrario, en cuanto que es un instituto no fundado en Justicia intrínseca su aplicación ha de hacerse y entenderse de forma restrictiva. En caso de daño o lesión susceptible de indemnización que se mantiene durante tiempo, la reciente Sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1987 ha proclamado respecto al momento en que debe iniciarse la computación del plazo prescriptivo que «dicho momento ha de determinarlo el Juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto al artículo 1969 no es a estos efectos un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum*»”.

Y decimos que resulta curiosa la fundamentación cuando, en nuestra opinión, ello no es sino una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva del dañado conforme al art. 24.1 CE, pues quedaría vulnerado si el legislador (o el juez, en la interpretación de la norma) decidiera establecer reglas especiales para el cómputo de los plazos respecto al daño sobrevenido, sin otorgar al dañado la posibilidad real de iniciar una nueva reclamación en

<sup>12</sup> Una especie de *discovery rule* en la terminología del Derecho norteamericano (PEÑA, pp. 14-17).

REGLERO (2008, pp. 1236 y ss) recoge ampliamente la jurisprudencia sobre las principales cuestiones dudosas sobre el inicio del cómputo de los plazos: la necesidad de conocer la identidad del dañante, lo que debe entenderse por conocimiento del daño, el inicio del cómputo en el caso de los daños corporales, de los daños continuados y de los daños diferidos, el problema de la imposibilidad subjetiva del ejercicio de la acción, etc.

Un buen resumen de la doctrina del TS al respecto se encuentra también en PANTALEÓN (1983, pp. 622 y ss).

defensa de su derecho e interés legítimo a ser resarcido por causa de los nuevos daños sobrevenidos posteriormente.

Afortunadamente, también pueden citarse algunas sentencias que han seguido esta otra línea. Muy clara al respecto la STS, 1ª, 9.2.1988 (Ar. 771; MP: Adolfo Carretero Pérez) (que parece seguida por la de 20.4.1988; Ar. 3267; MP: Juan Latour Brotons), cuyo FD cuarto establece que la existencia de una previa sentencia penal firme, en la que también se había ventilado la indemnización procedente, no puede impedir al perjudicado entablar un nuevo proceso civil en caso de agravamiento imprevisible de los daños, pues en caso contrario se vulneraría el art. 24.1 CE (en el mismo sentido, STS, 1ª, 14.12.2006; Ar. 9600; MP: Adolfo Villagómez Rodil):

“(…) Es sabida y proclamada por constante jurisprudencia la prevalencia de la sentencia penal condenatoria sobre la civil en aquellos supuestos en los cuales, como en el presente, unos hechos ilícitos, culposos o negligentes, sean, al propio tiempo, constitutivo de delito o falta, en el orden de fijación de los elementos constitutivos del ilícito penal y de sus consecuencias en la responsabilidad civil -Sentencias de esta Sala de 4-XI-1986, 2-XI-1987 y 18-XI-1987, entre otras-, de tal manera que, dictada una sentencia penal condenatoria, no puede una sentencia civil posterior volver sobre el mismo asunto para suplir sus posible errores o deficiencias. Pero la aplicación de esta doctrina requiere que no se vuelva sobre hechos ya establecidos en la sentencia penal, pero en principio la sentencia civil puede servir de complemento a una penal para supuestos que, en ella, no se tuvieron ni se pudieron tener en cuenta -Sentencias de esta Sala de 27-1-1981 y 13-V-1985- y fundamentalmente ante la presencia de unos resultados de la conducta delictiva, imprevisibles en el momento en que se dictó la sentencia penal, se admiten la posibilidad de pedir por vía civil, la indemnización de aquellos resultados no previstos - Sentencias de esta Sala de 25-III-1976 y 11-XII-1979-, pues sería artificiosa solución, contraria a la naturaleza de las cosas, aquellas que pretenda negar la innegable realidad de un daño sobrevenido como consecuencia de una actuación ilícita que, cuando fue juzgada, presentaba mejores perspectivas dentro de las posibilidades, siempre falibles, de los criterios de valoración que, en aquel momento se podían aplicar racionalmente, pero que han sido desbordados por la realidad. En tales casos, ante la imposibilidad de plantear otro proceso penal para reenjuiciar la conducta básica, si se negara la viabilidad de la pretensión de resarcimiento por medio del proceso civil se produciría un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española pues se negaría el derecho a obtener la tutela efectiva de unos derechos y de unos intereses legítimos, supuestos por el genérico derecho a resarcirse de los males sufridos por conductas ajenas. Por estas razones, demostrada documentalmente la nueva situación, los motivos deben ser estimados en cuanto se debe pasar al estudio de la pretensión tendente a fijar la indemnización que corresponde por nuevos hechos sobrevenidos y proceso penal y no previstos en él”.

#### b) Plazos de garantía y plazos de decadencia o extinción de derechos

Como explica REGLERO (2008, pp. 1224 y ss), de quien hemos tomado la terminología, es frecuente que las leyes más modernas de responsabilidad civil, junto a los tradicionales plazos de prescripción, recojan otros plazos (llamados de caducidad, de garantía; en general, de decadencia o extinción de derechos) cuyo propósito es establecer un momento temporal a partir del cual ya no es posible reclamar la reparación del daño, con independencia de que éste se hubiera manifestado o no (y sin que en algunos casos sea posible la interrupción de dicho plazo). Mediante esta técnica—prosigue este autor— se busca “evitar que un eventual responsable esté sujeto a una eventual reclamación durante

un excesivo período de tiempo, mucho después de haber finalizado la actividad de que se trate”, lo cual vale tanto para los plazos de garantía en sentido propio como para los llamados de decadencia o extinción de los derechos.

Como ejemplos de los primeros (de garantía) podrían ponerse los plazos (decenal, trienal o anual) por defectos constructivos en la edificación establecidos en el art. 17 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (BOE nº 266, de 6.11.1999 (en adelante LOE) (lo mismo, el plazo decenal del art. 1591 CC), o los plazos de garantía por falta de conformidad en la venta de bienes de consumo del art. 123 del TRLGDCU. Como ejemplo de plazo de decadencia o extinción de los derechos podría citarse el art. 144, también del TRLGDCU, que establece un plazo de extinción de la responsabilidad respecto a los daños causados por productos defectuosos (diez años a contar desde la fecha en que se puso en circulación el producto) o el art. 121-24 del Código Civil de Cataluña, que establece un plazo de preclusión de treinta años<sup>13</sup>.

Así establecidos estos plazos, es claro que pueden incidir directamente en la reclamación del daño sobrevenido, cuando éste aparece de forma cierta una vez que han transcurrido los plazos de garantía o el determinado para la extinción de la responsabilidad. En estas circunstancias y dado que, junto a los preceptos (especiales) antes indicados, es posible recurrir a las normas generales de responsabilidad contractual y extracontractual —que no acogen este tipo de límites temporales (al margen de los plazos de prescripción) razonable preguntarse si tales límites resultan aplicables también a las pretensiones indemnizatorias basadas en las normas generales.

Respecto al art. 144 TRLGDCU la respuesta de la doctrina ha sido decididamente negativa, en el sentido de que dicho plazo extingue únicamente la responsabilidad objetiva del fabricante regulada en los arts. 128 y ss. TRLGDCU, pero no afecta a las pretensiones basadas en la responsabilidad general *ex art. 1902 CC* frente al fabricante<sup>14</sup>, pues este precepto se ha entendido en general como un contrapeso al régimen de responsabilidad objetiva establecido y relativo a unos bienes de producción en masa y sujetos a un marco científico y tecnológico cambiante, que debe quedar limitado también temporalmente<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Art. 121-24: “Cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido en la misma causas de suspensión o de que las personas legitimadas para ejercerla no hayan conocido o no hayan podido conocer los datos o las circunstancias a que hace referencia el artículo 121-23, en materia de cómputo de plazos”; el mismo plazo de treinta años se encuentra en el art. 14:307 PECL y III-7:307 DCFR para los daños personales, mientras que para el resto se establecen diez años.

Sin embargo, en algunos casos estos plazos de preclusión pueden interrumpirse o ampliarse: véase sobre este punto DOMÍNGUEZ/ ÁLVAREZ (2009, p. 18) y PEÑA (pp. 10-12).

<sup>14</sup> Así, PARRA (2011, pp. 197 y 300-301); REGLERO (2008, p. 1228); LAMARCA (2008, p. 848).

<sup>15</sup> Recoge esta opinión general—sin compartirla plenamente— LAMARCA (2008, pp. 833-836), que trae a colación en el mismo sentido el Preámbulo de la Directiva 1985/374/CEE, de 25 de julio, donde puede leerse, entre sus considerandos:

“Considerando que los productos se desgastan con el tiempo, que cada vez se elaboran normas de seguridad más estrictas y se avanza más en los conocimientos científicos y técnicos; que, por tanto, no sería razonable hacer responsable al productor del estado defectuoso de su producto por tiempo ilimitado; que

Naturalmente, tales apreciaciones han descansado también en normas concretas que avalan esta posición, básicamente el art. 128, que declara que “las acciones reconocidas en este libro no afecta a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual (...) o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”, que vendría a equivaler al art. 15 de la antigua Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (BOE nº 161, de 7.7.1994).

Sin embargo, no se muestra plenamente de acuerdo con esta justificación LAMARCA (2008, p. 838) quien considera que la existencia de plazos como el decenal del art. 144 del TR está íntimamente ligado al carácter subjetivo del inicio del cómputo de los plazos de prescripción (en este caso, el de tres años del art. 10 de la Directiva y 144 del TR), de manera que, puesto que el plazo no comienza a computarse hasta que el acreedor no conoce los fundamentos personales y materiales de su pretensión, “es por ello que como cierre del sistema de plazos breves con inicio subjetivo o indeterminado (*open-ended*), debe establecerse un plazo máximo objetivo o determinado (*a fixed-period time*), a contar desde el nacimiento de la pretensión”, lo que ya había sido defendido también por REGLERO (2008, p. 1237) con la finalidad de evitar la inseguridad jurídica que puede producir el inicio del cómputo de los plazos de prescripción conforme a criterios subjetivos, que pueden dejar temporalmente indefinido el ejercicio de la acción.

Llama la atención que esta idea sea defendida precisamente respecto a plazos bastante o relativamente breves (como el mencionado de 3 años por los defectos en los productos, o el de 2 años del art. 18 LOE), que contrastan con la generalizada existencia de otros plazos de prescripción muy superiores: así, el tradicional plazo general de 15 años (actualmente de 5 años) de las acciones personales y 20 años de la acción hipotecaria (art. 1964 CC) e incluso el de 30 años de las acciones reales sobre bienes inmuebles, sin que en estos casos existan ni se plantee la procedencia de aplicar estas “normas de cierre” que serían los plazos de decadencia o extinción de los derechos, por más que en muchas ocasiones el inicio del cómputo de los plazos en los ejemplos anteriores haya sido entendido por la jurisprudencia en clave subjetiva, reinterpretando el criterio general establecido en el art. 1969 CC (como precisamente ocurre respecto a los daños contractuales, como ya se ha mencionado).

En nuestra opinión, la explicación a la conveniencia de introducir tales normas, basada en el carácter legal (o jurisprudencial) subjetivo del inicio del cómputo de los plazos de prescripción y desvinculándola de regímenes jurídicos concretos (así, responsabilidad por producto, responsabilidad por defectos constructivos), supone *de facto* apostar por la aplicación generalizada de límites injustificados a cualesquiera pretensiones indemnizatorias en nuestro Derecho, donde el inicio del cómputo de los plazos ha sido entendido de esta forma como ya conocemos, tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual. Pasar de un planteamiento basado en el razonable contrapeso a un régimen especial de responsabilidad objetiva (y normalmente muy favorable al perjudicado, dentro de sus limitaciones) a un planteamiento basado en la forma en que se inician los cómputos de los plazos de prescripción (y por tanto aplicable también a los regímenes generales de responsabilidad civil) no parece obedecer a especiales razones de

---

la responsabilidad debería pues extinguirse transcurrido un plazo de tiempo razonable, sin perjuicio de las acciones pendientes ante la ley”.



carácter técnico o como una exigencia de seguridad jurídica, sino más bien de política jurídica, como un eficaz instrumento para limitar temporalmente las pretensiones indemnizatorias, lo cual exige proceder con mucha cautela y buscar un equilibrio justo entre los intereses en juego.

No creemos que, con carácter general, la seguridad jurídica necesite de estas normas de decadencia o extinción de derechos como una necesidad técnica, puesto que contamos con ejemplos que desmienten de forma clara este extremo: así, en el ámbito de los daños personales que requieren para su cura de un tratamiento médico es de sobra conocida la jurisprudencia sobre el inicio de la pretensión indemnizatoria una vez que se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas, de manera que el lesionado puede conocer de forma razonablemente cierta el alcance del daño indemnizable (el quebranto sufrido), lo que suele hacerse coincidir con la fecha del alta médica, y no puede decirse que haya planteado especiales problemas al dañante sobre su excesiva exposición en el tiempo a una reclamación indemnizatoria que resultaba evidente o muy probable y nada sorpresiva, ni siquiera respecto a los daños continuados o persistentes (permanentes) en el tiempo<sup>16</sup>.

Es más, tal jurisprudencia, como es conocido, ha sido establecida precisamente en interés del dañado, para mitigar el excesivamente breve plazo de prescripción de 1 año del art. 1968.2º CC. Y aplicada por la jurisprudencia de la misma forma a las pretensiones indemnizatorias sometidas al anterior plazo de 15 años de la responsabilidad contractual, tampoco en este caso el dañante había resultado perjudicado por ello. Seguramente resultaba excesiva la exposición del dañante a un plazo de 15 años, pero la culpa no la tenía el inicio del cómputo del mismo, sino que la solución estaba en reducir considerablemente este plazo, como finalmente se ha hecho, y no en establecer una norma de extinción de la responsabilidad civil sin más y no sujeta a interrupción o sujeta a unas muy estrictas causas de interrupción.

Además, resulta tremendamente injusto en relación a la reclamación del daño sobrevenido establecer este tipo de normas de forma generalizada, pues creemos que en los regímenes generales de responsabilidad civil ya existe un equilibrio entre los intereses del dañante y del dañado: el régimen probatorio impuesto al dañado, a quien corresponde demostrar

---

<sup>16</sup> Así por ejemplo, las SSTS, 1ª, 15.10.2008 y 19.1.2011, ambos casos respecto a las consecuencias indemnizatorias derivadas del contagio de hepatitis, establecen con claridad que aunque se trata de un daño de carácter crónico, no por ello puede quedar indeterminado el inicio del cómputo del plazo de prescripción, que ha de dar comienzo una vez que quedan suficientemente concretadas las secuelas producidas (y duraderas en el tiempo). En sentido parecido, las SSTS, 1ª, 2.2.2015, en este caso sobre los daños derivados de un contagio de VIH por la transfusión de sangre contaminada realizada sobre un bebe de ocho meses en 1986, y 18.12.2014 y 5.5.2010, respecto a enfermedades crónicas.

Por otra parte y aunque el hecho dañoso siga produciendo daños al tiempo de la interposición de la demanda, sin embargo, si tales daños ya eran conocidos suficientemente con anterioridad y podían individualizarse o fraccionarse, entonces ese momento determinará el inicio del cómputo de la prescripción. Así se determinó en la STS, 1ª, 8.7.1947, que declaró prescrita la acción a pesar de la prueba palpable de la existencia de los daños (*obiter dicta* se menciona el problema del fraccionamiento de los daños en etapas en la STS, 1ª, 22.10.1932).

Sobre la distinción entre daños continuados y daños permanentes véase SALVADOR CODERCH *et al.* (2014, pp. 10-16) y sobre la cuestión de la "sustantividad y autonomía propias" de los daños en el caso de daños continuados, véase PANTALEÓN (1983, pp. 623 y ss).

(como en el daño presente) la existencia y cuantía del sufrido, la relación de causalidad, y en algunos casos, la imputación subjetiva del dañante.

Respecto a la virtualidad de los plazos de garantía establecidos en el art. 17 LOE (incluida la muy discutible aplicación del art. 1591 CC), y por derivación, en el art. 1909 CC, en relación a la reclamación de los daños materiales en el edificio (únicos incluidos en su ámbito de aplicación) causados por defectos originarios y sobrevenidos una vez transcurridos estos plazos de garantía, entendemos también que tales limitaciones temporales deben quedar circunscritas al concreto ámbito de aplicación de la LOE y de sus específicas reglas de responsabilidad (daños materiales en el edificio derivados de defectos constructivos originarios y causados a los propietarios por los agentes de la edificación, como se ha dicho), sin que puedan afectar a los derechos de los perjudicados para reclamar conforme a las reglas generales, contractuales, extracontractuales u otras (las del TR, conforme a su art. 149 en la actualidad, respecto a las viviendas<sup>17</sup>) que resulten de aplicación según los casos.

La anterior constituye la opinión de MORENO-TORRES (2002, p. 334) a la que seguimos en este punto, que concluye afirmando que “la LOE no ha limitado temporalmente la responsabilidad de los agentes de la construcción por los vicios originarios de que adolezcan los edificios, sino que lo que ha hecho es establecer un particular régimen probatorio”. Ciñéndonos ahora a la acción de responsabilidad civil (el planteamiento de la autora abarca, lógicamente, todas las posibles acciones entre todos los posibles sujetos afectados, sean profesionales o no) esto vendría a significar que los propietarios perjudicados pueden reclamar frente a los agentes de la edificación por los daños materiales en el edificio derivados de defectos constructivos acudiendo a las reglas generales (contractuales o extracontractuales) o especiales (legislación de consumidores) aplicables, aunque hubieran transcurridos los plazos de garantía del art. 17 LOE, pues dichos plazos únicamente deben resultar eficaces en relación al específico régimen probatorio establecido en aquella norma.

#### c) El daño sobrevenido y las cláusulas *claim made* en el seguro de responsabilidad civil

Junto a los anteriores plazos de prescripción, caducidad o decadencia de derechos en general, deben ser mencionadas en la misma línea las denominadas en sentido genérico cláusulas *claim made* (la terminología denota su origen anglosajón) respecto al seguro de responsabilidad civil. En una de sus diversas posibilidades son cláusulas utilizadas para

---

<sup>17</sup> PARRA (2009, pp. 1760-1761):

“Los daños no cubiertos por el régimen de responsabilidad de la LOE que sí lo están por el art. 149 TRLGDCU son los daños personales sufridos por el ocupante, el usuario de la vivienda, los daños en bienes materiales de uso privado (muebles deteriorados), molestias, gastos de traslado o de alquiler sustitutivo por necesidad de domicilio.

(...)

No están cubiertos ni por la LOE ni por el régimen de responsabilidad del TRLGDCU los daños en edificios contiguos que no sean vivienda, los daños por lucro cesante pro la imposibilidad de utilizar un local o una oficina. Para estos daños habrá que acudir a las reglas generales y tradicionales de responsabilidad (arts. 1902 y 1909 CC)”.

delimitar temporalmente la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador dentro del periodo de vigencia del contrato o dentro de un plazo determinado posterior (periodo *post contractum*) o anterior (periodo retroactivo), funcionando en el primer caso como un plazo de caducidad del derecho del perjudicado a reclamar su indemnización<sup>18</sup>.

El problema se produce básicamente respecto a los nuevos o sobrevenidos daños, cuando media un periodo de tiempo determinado entre el hecho dañoso y el momento en el que se manifiestan estos daños (daño sobrevenido o daños diferidos), de manera que lo decisivo entonces es tanto el evento dañoso en sí (el hecho generador) como el momento en el que se produce la reclamación del mismo (en un sentido puro, en las cláusulas *claim made* la reclamación de los daños equivale al siniestro). Es fácil de imaginar la finalidad de este tipo de cláusulas: la inmunidad del asegurar frente a las reclamaciones derivadas de la aparición de unos daños que pueden surgir en un plazo de tiempo muy posterior a la extinción del contrato de seguro (lo que afecta tanto al perjudicado como al asegurado); daños difíciles de prever y que generan una gran incertidumbre y dificultan los cálculos actuariales al sector asegurador.

En España la admisibilidad de este tipo de cláusulas estuvo muy marcada por las SSTs, 1ª, 20.3.1991 (Ar. 2267; MP: Antonio Fernández Rodríguez) y 23.4.1992 (Ar. 3323; MP: Antonio Gullón Ballesteros)<sup>19</sup>, que rechazaron su aplicabilidad al seguro de daños sobre la base de que nuestra legislación (art. 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro) (BOE nº 250, de 17.10.1980) (en adelante LCS) establecía que el siniestro venía determinado por el hecho dañoso cubierto por la póliza y acaecido dura la vigencia del contrato, sin que pudiera condicionarse a la circunstancia del momento en el que el perjudicado realizaba su reclamación, lo que ya quedaba limitado por los correspondientes plazos de prescripción o caducidad de derechos aplicables.

Así las cosas, no tardaron en “reaccionar” las compañías aseguradoras y a sus esfuerzos parece que se debe, en buena medida, la modificación legal introducida en este art. 73 LCS por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE nº 268, de 9.11.1995), cuyo segundo párrafo estableció desde entonces que:

*“Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”.*

---

<sup>18</sup> En general, sobre estas cláusulas, véase LÓPEZ-COBO (1995, pp. 87 y ss); SÁNCHEZ CALERO (1997, pp. 7 y ss); CALZADA (1997, pp. 45 y ss); SOTO NIETO (1994, pp. 59 y ss); REGLERO (2008, pp. 769 y ss).

<sup>19</sup> REGLERO (2008, pp. 772-775), las analiza con detenimiento y la primera de ellas fue objeto de comentario por COCA (1991, pp. 427 y ss).

Resulta claro que estas cláusulas suponen una importante limitación a la reclamación del perjudicado frente al asegurador en los daños diferidos o el daño sobrevenido (y son claramente lesivas para el asegurado) y que su admisión no está exenta de críticas<sup>20</sup>. Por ejemplo, REGLERO (2008, p. 787) entiende injustificada su admisión de forma general para cualquier tipo de seguro de daños, pues deberían circunscribirse a aquellos riesgos caracterizados por una elevada probabilidad de existencia de daños diferidos o en los que sea difícil determinar con precisión el momento en el que se produce el hecho generador, y siempre que se adopten medidas suficientes de protección de los perjudicados. Pero también puede plantear problemas la sucesión en el tiempo de aseguradores distintos que cubren el mismo riesgo de manera ininterrumpida, pero que a través de las cláusulas *claim made* pueden provocar “vacíos de cobertura” entre el contrato antecedente (extinguido) y el subsiguiente (en vigor)<sup>21</sup>.

Por último y en mi opinión, creo que, siendo la finalidad última de estas cláusulas evitar una situación de incertidumbre o imprevisión al asegurador ante el surgimiento de un daño sobrevenido (imprevisible), por la misma razón, cuando la existencia de un daño presente y cierto (y ya indemnizado por el asegurador) haga como bastante o muy probable el nacimiento futuro de un daño mayor, creo que entonces la expresión “reclamación del perjudicado” a que hace referencia el art. 73 LCS debería hacerse equivaler a conocimiento de “reclamación muy probable del perjudicado”, de manera que abarque no solamente cualquier notificación –incluso al asegurado– en su sentido más amplio (también una simple declaración verbal de intenciones del perjudicado), sino también los casos en los que el asegurador no puede desconocer de buena fe una muy probable reclamación futura del perjudicado en atención a los hechos concurrentes en el caso concreto.

### ***3. La fijación judicial y extrajudicial previa de una indemnización y su impugnación a causa de un daño sobrevenido***

#### **3.1. La fijación judicial previa y su impugnación a causa de un daño sobrevenido: cuestiones procesales relevantes**

---

<sup>20</sup> La crítica más severa en CALZADA (1997, pp. 59 y ss). En la p. 63 esta autora escribe: “Ciertamente las cláusulas aparecen, en principio, como una delimitación del riesgo semejante a la delimitación causal, espacial y a la temporal en sentido propio que viene dada por la fijación de la duración del contrato. Pero bajo la apariencia de cláusulas adicionales de delimitación temporal, lo que se hace es alterar la regla básica del Contrato de Seguro según la cual el Asegurador está obligado si se produce el siniestro vigente el contrato, alterando, por ello, la esencia de la prestación del Asegurador y no limitando meramente su alcance. Porque, como se ha dicho, con ello no se excluyen de la cobertura supuestos determinados, sino que lo que en realidad se excluye es tiempo de cobertura (del tiempo en principio pactado) y, además, indeterminado”.

Se entiende entonces que, incluso tras la reforma del art. 73 LCS, el TS siga defendiendo la aplicación de este tipo de cláusulas solamente cuando supongan un beneficio y no un perjuicio para el asegurado o el perjudicado y siempre interpretadas en su beneficio: SSTs, 1ª, 19.6.2012 y 20.5.2014.

<sup>21</sup> Muy ampliamente sobre esta cuestión: CALZADA (1997, pp. 52 y ss); LÓPEZ-COBO (1995, p. 84).

Algunas normas reguladoras de nuestros procesos judiciales pueden incidir de una manera directa y decisiva en la reclamación del daño sobrevenido y plantear algunos problemas específicos. Empezando por el proceso civil, también por el carácter supletorio de la LEC respecto a los demás procesos judiciales (art. 4 LEC), hemos de mencionar los siguientes aspectos procesales relevantes:

1º) La preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos del art. 400 LEC

Conforme a esta regla, recae sobre el actor la carga de invocar en su demanda o reclamación todos los hechos y fundamentos jurídicos conocidos que puedan fundar su pretensión, lo que significa que si en un caso existen varias acciones que el actor puede ejercitar, con idénticos sujetos e idéntico *petitum*, debe ejercitarlas todas conjuntamente, sin que pueda reservarse para un proceso posterior algunas de estas acciones o causas de pedir sobre hechos o fundamentos jurídicos ya conocidos (art. 400.1 LEC).

De no hacerlo así, si el actor pretendiera ejercitar un ulterior proceso, podría alegarse la excepción de cosa juzgada (y litispendencia), pues “los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste” (art. 400.2)<sup>22</sup>.

En relación con una reclamación de daños en los términos por nosotros planteada, esto viene a significar que sobre el dañado pesa la carga de hacer valer todas las acciones de que disponga en relación a un daño que pueda tenerse por cierto, sea un daño ya manifestado en toda su extensión (daño presente), sea un daño que se manifestará con seguridad en el futuro, pero cuya existencia y alcance ya se conocen lo suficiente como para permitir su reclamación (daño futuro). Un proceso posterior solamente será admisible respecto a un daño incierto al tiempo de la reclamación judicial (daño sobrevenido).

Esto debe completarse con la previsión establecida en el art. 401 LEC, que no permite la acumulación de acciones una vez contestada la demanda, de manera que antes de ese momento el actor podrá ampliarla para ejercitar nuevas acciones o dirigirlas contra nuevos demandados, en cuyo caso se inicia un nuevo plazo para la contestación a la demanda.

En la práctica, el supuesto más frecuente es aquel en el que ya existe una previa sentencia penal condenatoria (responsabilidad civil derivada de delito), en cuyo caso y salvo que el perjudicado se haya reservado las acciones civiles para su ejercicio ante la jurisdicción civil, la sentencia penal condenatoria producirá efecto de cosa juzgada e impedirá un segundo proceso civil que se fundamente en la misma causa de pedir en relación a la cuestión indemnizatoria: extensamente, STS, 1ª, 2.7.2002 (Ar. 5776; MP: José Almagro Nosete) y las numerosas sentencias allí citadas en el mismo sentido.

2º) La prohibición del cambio de demanda (*mutatio libelli*) del art. 412 LEC

Conforme a esta norma, la fijación del objeto de proceso se produce con los escritos iniciales (en el juicio ordinario, mediante la demanda, contestación y reconvencción en su caso) de las partes, de manera que éste permanece inalterado con posterioridad y no es

---

<sup>22</sup> TAPIA (2000, pp. 27 y ss); DE LA OLIVA (1991, pp. 86 y ss); Díez-PICAZO JIMÉNEZ (2004, pp. 276-277).

admisible un cambio de demanda o *mutatio libelli*, siendo éste uno de los efectos de la litispendencia<sup>23</sup>.

A partir de este momento lo único que se permite a las partes es realizar alegaciones complementarias y aclaratorias (también peticiones accesorias o complementarias) en los términos del art. 426 LEC, sin que puedan alterarse sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas (también arts. 412.2, 413 y 433.1 LEC).

Para el daño sobrevenido resulta de especial interés la previsión del apartado 4 de dicho precepto, conforme al cual “si después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito, o hubiese llegado a noticia de las partes alguno anterior de esas características, podrán alegarlo en la audiencia” (incluso podría alegarse con posterioridad, siempre que no haya comenzado el plazo para dictar sentencia, conforme al art. 286 LEC).

La cuestión está en decidir si esta norma permite la reclamación, dentro del proceso ya iniciado, de un daño sobrevenido aparecido con posterioridad a la fijación del objeto de dicho proceso por la vía de las alegaciones complementarias. En mi opinión, aunque la cuestión de las alegaciones complementarias resulta, en general, un tema muy discutible en sí mismo, es que tal opción no es posible. En primer lugar, porque entiendo que se trataría de una alteración sustancial del proceso que incidiría directamente en las alegaciones fácticas y jurídicas principales de las partes, introduciendo un factor de alteración de las mismas muy importante, y en segundo lugar, porque la previsión del art. 412.4 LEC se refiere a hechos relevantes para fundamentar las pretensiones que las partes ya ejercitaron en sus escritos, pero no puede servir para la introducción de una nueva pretensión por parte del actor sobre la base de un daño nuevo o sobrevenido con posterioridad, que ha de sustanciarse en un nuevo proceso, cuyo objeto será distinto<sup>24</sup>.

Creo que esta idea queda reforzada en el propio art. 286 LEC, que permite la alegación de hechos nuevos de relevancia para la decisión del pleito incluso con posterioridad, pero siempre en relación con las pretensiones de las partes aducidas en sus escritos iniciales (o complementadas posteriormente), pero no en relación a nuevas pretensiones (y hechos) basadas, por ejemplo, en la aparición de un daño sobrevenido. Las ventajas en términos de economía procesal limitaría de forma poco razonable la necesaria y suficiente contradicción entre las partes y el aseguramiento de una ordenada tramitación del proceso<sup>25</sup>.

3º) Los efectos de la cosa juzgada material: el art. 222 LEC

Conforme a lo que acaba de decirse en los dos puntos anteriores, el art. 222.2 LEC ratifica que “se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en

---

<sup>23</sup> TAPIA (2000, pp. 67 y ss).

<sup>24</sup> Como afirma Díez-PICAZO JIMÉNEZ (2004, p. 284), “lo que la prohibición de *mutatio libelli* significa, por tanto, es que ni al demandante le está permitido ejercitar nuevas acciones, ni al demandado oponer nuevas excepciones (que pudo oponer en su contestación)”.

<sup>25</sup> Así, ORTELLS (2008, p. 332) y Díez-PICAZO JIMÉNEZ (2004, p. 284); MONTERO *et al.* (2008, pp. 200-201).

el proceso en que aquéllas se formularen”, lo cual determina, como ya se ha dicho, que un daño sobrevenido con posterioridad a la preclusión de los actos de alegación ha de dar lugar a una nueva tutela que se sustanciará en un nuevo proceso judicial con un objeto distinto<sup>26</sup>. De la misma forma, la cosa juzgada se extiende a las acciones que el actor debió acumular en los términos del art. 400 LEC, ya analizado.

En las SSTs, 1ª, 19.2.1973 (Ar. 480; MP: Julio Calvillo Martínez), 25.3.1976 (Ar. 1428; MP: Federico Rodríguez Solano y Espín) y 31.10.1977 (Ar. 4080; MP: Francisco Bonet Ramón) se ponen de manifiesto estos límites temporales a la cosa juzgada, que no afecta a los nuevos daños o agravación de los ya existentes con posterioridad al primer proceso (en los tres casos, un proceso penal en el que se habían ventilado también las cuestiones civiles indemnizatorias que luego se reclaman nuevamente en un proceso civil posterior, razón por la que son rechazadas ahora). En concreto, en la primera de las sentencias citadas puede leerse lo que constituye doctrina reiterada al respecto:

*“(…) la eficacia de la cosa juzgada civil, dimanante de una sentencia condenatoria de la jurisdicción criminal, puede tener un límite temporal, en cuanto a la responsabilidad civil se refiere, cuando el curso cronológico de las lesiones muestre la aparición de un daño nuevo o una agravación del anteriormente apreciado, es menester para ello que este daño o su agravación se manifieste o descubra en fecha posterior a la de la sentencia penal, circunstancia que aquí no concurre, dado que la Sala sentenciadora, entre los hechos que fija formalmente, establece que la invalidez del lesionado ya se había manifestado cuando el inculpado fue enjuiciado en el proceso criminal, no obstante lo cual no la reconoció la jurisdicción militar por haber aceptado un informe facultativo que refería la nueva fractura ósea a una causa distinta, e independiente de la que produjo las lesiones primitivas, apreciación correcta o equivocada que no puede ser discutida ante la jurisdicción civil, ya que ésta, según tiene declarado repetidamente esta Sala, no tiene por misión subsanar errores o suplir omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción”.*

Es de resaltar que en el caso resuelto por la STS, 1ª, 25.3.1976 (Ar. 1428), en el proceso civil se rechazó la pretensión indemnizatoria respecto a unas lesiones (artrosis en la articulación de la cadera izquierda) que tampoco habían sido indemnizadas en el proceso penal previo, porque en el informe de sanidad emitido en el proceso penal tales lesiones ya constaban y la responsabilidad civil derivada de ellas no había sido invocada por el actor en el momento procesal oportuno del juicio penal, por lo que no era admisible que las invocara ahora en un nuevo proceso (cosa juzgada), pues no se trataba de unos daños nuevos y posteriores en el tiempo. La misma doctrina había sido establecida en la STS, 1ª, 9.2.1974 (Ar. 486; MP: Baltasar Rull Villar; se había desestimado la petición indemnizatoria en un proceso penal anterior por falta de prueba de los daños alegados por parte del querellante, razón por la que dicho pronunciamiento previo tiene efecto de cosa juzgada).

Distinto en su resultado es el supuesto enjuiciado por la STS, 1ª, 26.10.1971 (Ar. 4158; MP: Julio Calvillo Martínez): dos casas habían resultado declaradas en ruina a causa de los trabajos mineros realizados por las empresas demandadas. Con anterioridad, en el año 1963, sus dueños habían reclamado los daños derivados de las grietas que habían aparecido en las casas, pero en 1969 se produce la declaración de ruina total de los inmuebles, lo que

<sup>26</sup> Estaríamos ante los límites temporales de la cosa juzgada, pues los objetos de ambos procesos serían distintos y por ello no existiría efecto de cosa juzgada respecto al segundo proceso: ORTELLS (2008, pp. 572-573). Muy ampliamente sobre esta cuestión, DE LA OLIVA (1991, pp. 560-564).

no da lugar —a juicio del TS— a una reclamación por unos daños continuados desde 1963, sino a una petición de indemnización “por un resultado nuevo, la ruina total, determinante de unos daños y perjuicios que no eran conocidos en su plenitud en el año 1963 ni consta que entonces fueran previsibles”.

En el mismo sentido, la STS, 1ª, 19.4.1972 (Ar. 1820; MP: Juan Antonio Linares Fernández), sobre una reclamación de daños y perjuicios derivados de un accidente de circulación entre una motocicleta y un vehículo. El actor, que viajaba en el sillín posterior de la motocicleta había reclamado en un proceso penal anterior una indemnización por las lesiones que se habían consumado hasta ese momento, reservándose el ejercicio de acciones futuras por los daños que en ese momento no hubieran podido ser evaluados. El proceso de curación posterior fue muy largo y concluyó con la amputación de una pierna, quedando el actor incapacitado de forma total y permanente para su profesión, por lo que solicitó una nueva indemnización en un proceso civil, que finalmente le fue concedida. Tanto el TS como la Audiencia desestimaron la excepción de cosa juzgada (y de prescripción) por entender que “la causa de pedir en el juicio civil, es ajena y distinta a la que resolvió la sentencia penal, que expresamente la dejó fuera de lo resuelto y que por tal falta de coincidencia en las causas de la reclamación, no puede producirse la cosa juzgada, lo que obliga a la desestimación del motivo”.

Esta doctrina es reiterada en la jurisprudencia posterior hasta la actualidad, en la mayor parte de los casos en supuestos de responsabilidad civil derivada de delito: SSTS, 1ª, 11.12.1979 (Ar. 4360; MP: Antonio Sánchez Jáuregui; no admitiendo en este caso una nueva indemnización porque el actor no probó su alegada reactivación de unas lesiones ya indemnizadas), 8.2.1983 (Ar. 867; posibilidad genérica de entablar una nueva reclamación por los nuevos daños que se pudieran reactivar en el futuro), 9.2.1988 (Ar. 771; agravación de secuelas y nuevas lesiones constitutivas de una incapacidad permanente absoluta que causa daños sobrevenidos físicos y morales, estos últimos también causados a la esposa del actor), 20.4.1988 (Ar. 3267; agravación de los anteriores y nuevos daños posteriores no discutidos en el informe de sanidad que constituyó la base indemnizatoria del proceso penal previo), 11.5.1995 (Ar. 4229; MP: Alfonso Villagómez Rodil; admitiendo esta posibilidad por daños sobrevenidos a los que no afecta la cosa juzgada, pero denegándola en el caso concreto por haber sido tenidos ya en cuenta en la sentencia penal previa), 11.9.2006 (Ar. 8542; MP: José Almagro Nosete; denegando también la pretensión por la misma razón), 14.12.2006 (Ar. 9600; también rechazada en este caso), 16.11.2009 (Ar. 105; MP: José Antonio Seijas Quintana; también se denegó en el caso concreto puesto que los daños reclamados ya se habían indemnizado en el proceso que se había seguido ante la jurisdicción laboral) y 7.11.2011 (Ar. 1366; MP: Juan Antonio Xiol Ríos; importantes secuelas sobrevenidas y agravación de las existentes e indemnizadas previamente en el proceso penal, causantes de una declaración de gran invalidez, y que dieron lugar a la concesión de una importante indemnización en el proceso civil posterior).

Además de lo anterior, en este punto nos interesa también resaltar el llamado efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada<sup>27</sup>, establecido en el apartado 4 del art. 222 LEC:

<sup>27</sup> Al respecto, DE LA OLIVA (1991, pp. 44 y ss); TAPIA (2000, pp. 207 y ss).



“Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”.

Sin obviar las dificultades interpretativas derivadas de un precepto como el reproducido y la determinación de lo que deba entenderse por “antecedente lógico de lo que sea su objeto”, sin embargo, creo que resulta de interés la aplicación de esta norma a algunas cuestiones relativas al daño sobrevenido. Por ejemplo, entendemos que si en el proceso anterior se declaró como hecho probado la culpa del dañante (así, del conductor del vehículo a motor causante del accidente), esta misma afirmación debería mantenerse (como antecedente lógico) en el nuevo proceso iniciado para reclamar un daño sobrevenido basado en los mismos hechos causantes y entre los mismos sujetos, por más que el dañado deba probar que ese nuevo daño sobrevenido deriva causalmente de la negligencia de aquel sujeto. Pero no debería poder volver a discutirse si la actuación del causante fue o no correcta si ello ya se dilucidó en el primer proceso.

En este sentido y cuando el primer proceso haya dado lugar a una sentencia penal condenatoria donde se hayan dilucidado también las cuestiones civiles indemnizatorias, es conocida la doctrina que establece la vinculación del juez civil a los hechos declarados probados en el proceso penal: SSTS, 1ª, 2.7.2002 (Ar. 5776), 17.5.2004 (Ar. 3067; MP: Pedro González Poveda), 11.9.2006 (Ar. 8542; MP: José Almagro Nosete), 6.10.2010 (Ar. 7312; MP: Francisco Marín Castán), entre otras muchas.

Y lo mismo podría decirse respecto a otras alegaciones ya discutidas y decididas en el proceso anterior, tales como la existencia o no de culpa exclusiva o concurrente de la víctima, la intervención de un tercero en la causación del daño, la existencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, etc. Sí podrían discutirse de nuevo estas alegaciones si se basaran en hechos nuevos posteriores y relativos a la nueva reclamación.

En los procesos penal, laboral y contencioso-administrativo, las cuestiones procesales respecto a las demandas de responsabilidad civil por daño sobrevenido funcionarían de una forma muy similar a la aquí estudiada, debiendo tenerse en cuenta que la LEC es norma supletoria en estos otros procesos (art. 4 LEC). En el proceso penal las cuestiones relativas a la responsabilidad civil dan lugar a un proceso civil acumulado al penal, que se rige por los principios propios del proceso civil.

En el proceso contencioso-administrativo se establecen unas reglas y unos principios básicos similares a los ya estudiados respecto al proceso civil. No obstante, el art. 36 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (BOE nº 167, de 14.7.1998) (en adelante LJCA) permite la ampliación del recurso contencioso-administrativo (de la demanda) antes de dictar sentencia respecto a pretensiones que puedan ser objeto de acumulación conforme al art. 34, que produce la suspensión del proceso y su traslado a las partes para que formulen alegaciones<sup>28</sup>. Fuera de este caso, el

---

<sup>28</sup> “Si antes de la sentencia se dictare o se tuviere conocimiento de la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde con el que sea objeto del recurso en tramitación la relación prevista en el artículo 34, el demandante podrá solicitar, dentro del plazo que señala el artículo 46, la ampliación del recurso a aquel acto administrativo, disposición o actuación”.

art. 65.1 reitera que en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones nuevas no suscitadas en la demanda o en su contestación, de manera que no podrá alterarse la pretensión, sin perjuicio de las potestades con las que cuenta el juez en este proceso para plantear cuestiones no planteadas por las partes pero relevantes para el fallo (arts. 33 y 65.2 LJCA)<sup>29</sup>.

Por último, lo mismo podría decirse del proceso laboral, pues una vez fijado el objeto del proceso con la demanda (y la contestación oral del demandado en el acto del juicio, así como la reconvencción cuando sea procedente), no pueden variar sustancialmente en fase de alegaciones o de conclusiones las pretensiones que se formularon en la demanda, tal y como establecen los arts. 85.1 y 87.4 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción laboral (BOE nº 245, de 10.10.2011) (en adelante LJL), de forma similar a como se establecía en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de procedimiento laboral (BOE nº 86, de 11.4.1995)<sup>30</sup>.

### **3.2. La fijación extrajudicial previa de una indemnización y su impugnación a causa de un daño sobrevenido**

#### a) Exposición de los casos más frecuentes

En general, las resoluciones judiciales que resuelven la procedencia o improcedencia de impugnar un acuerdo previo, en un sentido amplio, en el que se ha tratado de fijar de una manera definitiva la indemnización procedente, a causa de la aparición de un daño sobrevenido, suelen seguir el siguiente patrón: a) accidente de circulación; b) acuerdo previo entre dañante o asegurador y dañado para la fijación definitiva de la indemnización procedente, con expresa renuncia del dañado al ejercicio de acciones futuras basadas en dicho accidente; c) aparición de lo que el dañado entiende como nuevos daños o agravación de los ya indemnizados con el mismo origen, y d) reclamación judicial en la que el dañado solicita una nueva indemnización por el daño que entiende como sobrevenido y que no fue reparado.

---

<sup>29</sup> Véase al respecto, GONZÁLEZ PÉREZ, (2013, pp. 675 y ss).

<sup>30</sup> Así y en relación a las alegaciones de las partes en el acto del juicio, MONTOYA (2008, p. 776) escribe: “En tal sentido, el demandante comienza exponiendo su pretensión, normalmente para ratificar el contenido de su demanda, o también para ampliarlo, siempre que ello no se traduzca en una «variación sustancial» de la demanda (art. 85.1 LPL), entendiéndose por tal variación la que «modifica la causa o razón de pedir», alterando la «base de la demanda» (TS/SOC 25.9.1963).

La razón prohibitiva de las variaciones sustanciales es clara: si la demanda fija y precisa «el ámbito y el objeto del litigio» e «identifica la pretensión actora», y si de tal fijación depende la contestación y excepciones que pueda oponer el demandado (TS/SOC 28.10.1983), fácilmente se comprende la situación de indefensión que crearía en este último el cambio sobrevenido en el contenido de la demanda. Justamente, «el criterio para distinguir la variación prohibida y la que es admisible estará en ponderar si existe o no indefensión de la parte contraria [...] pues el art. [...] citado no puede interpretarse con un rigor formal excesivo, que no es propio del proceso laboral (TCT 26.6.1982)».

Lo mismo, RAMÍREZ (2008, pp. 757, 760 y 762) y MONEREO (2012, pp. 231-232).

Así ocurrió en la STS, 1ª, 6.11.1965 (Ar. 5331; MP: Federico Rodríguez Solano y Espín), en relación a un accidente entre una moto y un vehículo, en el que la actora había renunciado por escrito a toda indemnización por creer erróneamente que estaba totalmente curada (aceptó una indemnización de 15.000 ptas) y ante la aparición de nuevos daños solicitaba una nueva indemnización de 200.000 ptas., con deducción de la cantidad ya abonada. El JPI había desestimado la demanda, pero la AT aceptó la nulidad de la “renuncia y transacción” y condenó a abonar a la actora con 80.000 ptas., por entender que se trataba de un error sobre un aspecto no controvertido de la transacción (*error in caput non controversum*). Finalmente, el TS declaró no haber lugar al recurso.

Se anuló la transacción aplicando los arts. 1817, 1265 y 1266 CC, al considerar que podía “dicho convenio invalidarse cuando el consentimiento se haya otorgado con error sobre la sustancia de la cosa que le sirva de objeto”. Previamente el TS afirma:

*“(...) si bien es cierto que en la transacción es de esencia eliminar por recíprocas concesiones la incertidumbre en que las partes se encuentran respecto a la existencia o exigibilidad de un determinado derecho en litigio o pendiente de hallarse en semejante situación (sentencia 13 julio 1940), no menos exacto es que la inseguridad propia de dicho negocio jurídico no se refiere al elemento objetivo de la relación obligacional transigida, que necesariamente debe ser cierto, preciso, conocido y determinado según se ha proclamado por la jurisprudencia de esta Sala entre otras, en su sentencias de 8 mayo 1920 y 20 octubre 1954, sino al resultado de la decisión jurisdiccional que pudiera poner fin a las diferencias de los contratantes, lo cual constituye el factor psicológico (timor litis), que les mueve al otorgamiento del contrato (...)”.*

También la STS, 1ª, 27.5.1982 (Ar. 2604; MP: Carlos de la Vega Benayas) resolvió sobre un accidente de circulación, tras el cual el demandante había firmado un finiquito con la aseguradora en virtud de tres pólizas contra accidentes que tenía suscritas, que después entendía nulo por error en el consentimiento y demandaba una indemnización mayor a consecuencia de los nuevos daños. El JPI estimó la demanda, declaró la nulidad por error del negocio jurídico de finiquito y condenó a abonar la cantidad que procedía conforme a las pólizas, descontando lo ya recibido. La AP confirmó esta resolución y el TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

Las cantidades recibidas inicialmente eran las adecuadas a la fecha del finiquito, respecto a las lesiones oculares y pérdida de visión probadas, sobre la base de que sólo alcanzaba al ojo izquierdo y que se habían estabilizado, aunque con posterioridad la situación evolucionó causando la incapacidad permanente en ambos ojos. La nulidad por error fue decretada básicamente conforme a las reglas generales de los contratos (arts. 1261, 1265 y 1266 CC), pero también aplicando los arts. 1809, 1815, 1816 y 1817.2ª CC en materia de transacción.

Alegaba la aseguradora recurrente que la previsión del empeoramiento de las lesiones oculares era elemento propio de la transacción convenida, pero el TS, como el JPI y la AP, entendió que existía un error sobre la situación tomada como base cierta y firme a la hora de transigir (la estabilización definitiva de las lesiones oculares):

*“Que, consecuentemente, la Sala de instancia hizo correcta aplicación de los artículos que se citan como infringidos porque, supuesto o admitido que de transacción se tratara, no hizo mas que seguir la normativa del C. Civ. que a dicho contrato se refiere, aunque no citara el precepto concreto, es decir, el art. 1817, que salvo la excepción de su párr. 2.º, sanciona con la nulidad -por su remisión al art. 1265- la transacción en que intervenga error, tal como declara probado, según apreciación que soberanamente le incumbe -SS. 10 octubre 1962, 20 enero 1964, 23 marzo 1966, etc.-, el Juzgador de instancia, quien por lo*

*demás no hizo sino un enjuiciamiento razonable del tema, acorde asimismo con el sentido del art. 1815 del C. Civ., que limita los efectos de la transacción a los objetos expresados determinadamente en ella o que se inferan necesariamente de sus palabras, lo que a «sensu contrario» elimina de su ámbito una previsión, una realidad o una situación distinta, tal como algún Código extranjero (el art. 779 del alemán), por ejemplo, precisa al decir que la transacción es ineficaz cuando la situación tomada como base firme, según el contenido del contrato, no corresponde a la realidad y el litigio o la incertidumbre no habían nacido con conocimiento de la situación verdadera, y evidente y claro resulta aquí que el asegurado -e incluso la aseguradora- no pudieron tener en cuenta una consecuencia tan grave como la incapacidad total sobrevenida, a cuyo resarcimiento según el contrato de seguro no podía renunciar el asegurado, ni en buena lógica tenerlo judicialmente como tal, vista la equivocación inducida por un primer certificado médico, después rectificado por la realidad”.*

La STS, 1ª, 23.2.1995 (Ar. 1702; MP: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa) trató también de un accidente de circulación entre un vehículo y un animal que irrumpió en la vía por la que circulaba, dando lugar a la incoación de un proceso penal (juicio de faltas), con reserva de las acciones civiles. A consecuencia de las secuelas derivadas del accidente se declaró una incapacidad parcial y permanente del conductor para su trabajo habitual, siendo indemnizado por la compañía aseguradora del dueño del animal y habiendo firmado un finiquito y una renuncia al ejercicio de acciones civiles por su parte, por considerarse suficientemente indemnizado en sus lesiones y gastos en el año 1986, que después fue aportado al proceso penal en curso.

Un año después se inició un nuevo expediente por parte de la Seguridad Social que concluyó con una declaración de invalidez permanente absoluta para todo trabajo, debido a lesiones neurológicas derivadas del traumatismo craneo-encefálico causado por el accidente, por lo que solicitaba a la aseguradora una nueva indemnización de 10 millones de ptas.

El JPI estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad por error de la renuncia al ejercicio de las acciones civiles efectuada por el actor, lo que fue confirmado por la AP y el TS. Tanto el JPI como la AP habían calificado este negocio jurídico como una transacción.

Afirma el TS:

*“(…) el lesionado señor A. G. desconoció el real alcance y trascendencia de las secuelas que padecía a las fechas de firmar el finiquito del pago indemnizatorio y la renuncia al ejercicio de las acciones civiles, 2 de marzo de 1987, y de ser protocolizada su firma ante Notario, 3 de marzo de 1987, pues no cabe olvidar que ese conocimiento lo tuvo a partir de la terminación del expediente administrativo, 2 de julio, que no junio, de 1987, lo que, a su vez, conduce necesariamente a considerar que al momento del otorgamiento del finiquito y renuncia referidos, el interesado tuvo un conocimiento defectuoso sobre cuantas circunstancias tenían que haber contribuido en orden a una correcta formación del consentimiento para realizar tales actos dispositivos, a cuyo error no es posible negarle su categoría de esencial, de acuerdo con las prescripciones del artículo 1266 del Código Civil, al afectar a la intrínseca índole de las secuelas producto del accidente. En atención a la categoría de dicho error, resulta indiscutible que originó un vicio radical en la formación del consentimiento dicho, produciendo, en su proyección jurídica, la nulidad insubsanable del tan repetido consentimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1265, como, con todo acierto, resolvieron los juzgadores de instancia, y ello, sin necesidad de adicionar a ese error, como hizo el Tribunal «a quo», el argumento de encontrarse mermadas las facultades intelectivas del actor. Consecuencia insoslayable de la meritada nulidad, fue el juicio de valor al que llegaron, con igual acierto, aquellos juzgadores, esto es, negar eficacia y valor liberatorio pleno a la renuncia y transacción llevada a cabo por la parte actora -actual recurrido-, en aras de una correcta observancia e interpretación de los artículos 1265, 1266 y 1817 del Código Civil, y de aquí, que como se dijera al principio del presente fundamento, resulte inaplicable al caso concreto enjuiciado la interpretación efectuada en los motivos quinto, sexto y séptimo del recurso en torno a la infracción de la doctrina de los actos propios, de la*

*jurisprudencia y de los preceptos del Código Civil, lo que determina, en definitiva, el fracaso de tales motivos; y su improcedencia, así como la de los restantes ya estudiados, formulados todos ellos en el recurso de casación interpuesto por la entidad «Banco Vitalicio de España, SA de Seguros», lleva consigo, en virtud de lo dispuesto en el párrafo final del ritualario artículo 1715, la declaración de no haber lugar al mismo, con imposición de las costas a dicha recurrente, y la pérdida del depósito constituido”.*

En el caso resuelto por la STS, 1ª, 20.12.2000 (Ar. 352; MP: Pedro González Poveda) se trataba, otra vez, de una transacción y una renuncia derivada de los daños ocasionados por un accidente de circulación, que el demandante afirmaba que era nula, a pesar de que se había realizado una renuncia ante notario y otra (por parte de su esposa) ante el Juzgado. La renuncia lo era a cuantos derechos y reclamaciones pudieran derivarse de dicho accidente, por haber sido debidamente indemnizado (había quedado tetrapléjico). El JPI desestimó la demanda y la AP confirmó esta resolución excepto en lo relativo al pronunciamiento sobre costas, mientras que el TS declaró no haber lugar al recurso.

El demandante alegaba la nulidad por falta de causa, o alternativamente, por error, por aplicación de los arts. 1809, 1817, 1265, 1266 y 1300, entre otros, pero lo cierto era que no había nuevos daños ni agravación de las secuelas, sino que el supuesto error se refería a la cuantificación de las partidas indemnizatorias que realmente le eran debidas al demandante, por lo que el TS entendió que sería, en todo caso, un error no es excusable, trayendo a colación la doctrina de las SSTS, 1ª, 20.3.1951 (Ar. 1001; MP: Mariano Miguel y Rodríguez; sobre el error de derecho) y 6.11.1965 (Ar. 5331; MP: Federico Rodríguez Solano y Espín), cuya doctrina reproduce literalmente.

Por último, la STS, 1ª, 23.11.2007 (Ar. 25; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz) trató de otro accidente de circulación y el dañado había aceptado y recibió la indemnización ofrecida por la aseguradora. Posteriormente aparecieron nuevas secuelas postraumáticas (defecto amnésico y síndrome ansioso-depresivo) que produjeron una declaración de incapacidad permanente. Se había renunciado al ejercicio de acciones (como es frecuente), pero el perjudicado reclamaba los nuevos daños, solicitando que: o bien que la renuncia o transacción fue nula por error esencial, o bien, que fuera válida, pero limitando sus efectos a los concretos daños conocidos por el actor en el momento de efectuarlas (la renuncia o transacción), por lo que se pedía una indemnización descontando las cantidades ya percibidas. El JPI desestimó la demanda y la AP desestimó el recurso, pero el TS declaró haber lugar al mismo.

Entendió el TS que no se trataba de una transacción, sino de una renuncia de derechos (negocio jurídico unilateral), razonando que dicha renuncia no podía ir referida a unos daños que todavía no habían aparecido, sino que se limitaba a los ya existentes al tiempo de la misma (daños presentes), por lo que declaró que no había error en la renuncia, sino que procedía una nueva indemnización conforme a los infringidos arts. 1902 y 1106 CC, con expresa referencia a la STS, 1ª, 23.2.1995 (Ar.), antes referida:

*“Por tanto, no hay error en la renuncia: renunció a lo que tenía derecho (derecho subjetivo) que eran los daños presentes, ni faltó consentimiento alguno. Lo que sí es cierto es que no renunció a lo que no existía, no pudo renunciar a un derecho subjetivo que no había nacido a la vida jurídica, ni podía conocer que se produciría más tarde.*

*Este mismo supuesto fue contemplado por la sentencia de 23 de febrero de 1995 que llega a la misma solución que aquí se propone, si bien lo hace confirmando la sentencia de instancia que había apreciado*

*error esencial en la declaración de renuncia. Así, dice literalmente, en lo que se refiere a este extremo: el lesionado Sr. Marco Antonio desconoció el real alcance y transcendencia de las secuelas que padecía a las fechas de firmar el finiquito del pago indemnizatorio y la renuncia al ejercicio de las acciones civiles, 2 de marzo de 1987, y de ser protocolizada su firma ante Notario, 3 de marzo de 1987, pues no cabe olvidar que ese conocimiento le tuvo a partir de la terminación del expediente administrativo, 2 de julio, que no junio, de 1987, lo que, a su vez, conduce necesariamente a considerar que al momento del otorgamiento del finiquito y renuncia referidos, el interesado tuvo un conocimiento defectuoso sobre cuantas circunstancias tenían que haber contribuido en orden a una correcta formación del consentimiento para realizar tales actos dispositivos, a cuyo error no es posible negarle su categoría de esencial, de acuerdo con las prescripciones del artículo 1.266 del Código Civil, al afectar al intrínseca índole de las secuelas producto del accidente. En atención a la categoría de dicho error, resulta indiscutible que originó un vicio radical en la formación del consentimiento dicho, produciendo, en su proyección jurídica, la nulidad insubsanable del tan repetido consentimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.265, como, con todo acierto, resolvieron los juzgadores de instancia”.*

(...)

*“El motivo cuarto, por otra parte, queda rechazado al no admitir la anulación del negocio jurídico por error, ya que el enfoque jurídico ha sido distinto. La renuncia es válida y lo que se aprecia es que la misma no alcanza al daño sobrevenido y en este sentido se orientará el fallo estimatorio de este recurso de casación”.*

## b) Algunas cuestiones jurídicas que plantean los casos expuestos

En primer lugar, creo que puede decirse que el TS adopta un criterio muy flexible sobre la exacta calificación jurídica del negocio jurídico en virtud del cual se fija convencionalmente la cuantificación de los daños (presentes), de manera que no puede hablarse de una calificación rigurosa de cada negocio jurídico concreto. No obstante, las más de las veces se alude al contrato de transacción, bien como negocio único bien vinculándolo a una renuncia de derechos (“transacción y renuncia”) o a la calificación del documento material donde se recoge (finiquito), que no debe ser otra cosa hoy que la aceptación por parte del perjudicado de la oferta motivada a que se refiere el todavía vigente art. 7.2 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (BOE nº 267, de 5.11.2004) (en adelante LRCSCVM).

En cualquier caso, parece que se trata de una forma deliberada de proceder y que permite combinar la aplicación de normas especiales del contrato de transacción (arts. 1809, 1815, 1816 y 1817 CC) con las normas generales de los contratos (arts. 1261, 1265, 1266 y 1300 básicamente) a efectos de declarar nulo por error dicho negocio jurídico, sin necesidad – parece querer darse a entender– de justificar cuándo procede aplicar unas y cuándo las otras, a lo que sin duda contribuye la letra del primer párrafo del art. 1817 CC, remitiendo expresamente a esas normas generales<sup>31</sup>. También permite prescindir de abordar directamente la muy debatida cuestión de la relevancia a estos efectos de la distinción entre error *in caput controversum* y error *in caput non controversum*, por más que la distinción “sobrevuele” la mayor parte de estas sentencias<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Según este párrafo: “La transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos, está sujeta a lo dispuesto en el artículo 1265 de este Código”.

El segundo aspecto que parece importante es la claramente establecida posición jurisprudencial en el sentido de que los daños que deben entenderse incluidos en tales acuerdos extrajudiciales entre el dañado y el dañante o su compañía de seguros son exclusivamente los daños que, al tiempo del acuerdo, el dañado podía razonablemente conocer, y por tanto, reclamar en ese momento. Por ello, deberán entenderse, en mi opinión, incluidos en el acuerdo o transacción todos los daños entonces ciertos, tanto presentes como futuros, en los mismos términos en que lo serían si la reclamación que hubiera dado origen a su fijación se hubiera planteado ante los tribunales. El demandado podrá oponer, respecto a estos daños, la excepción de transacción frente a una nueva reclamación que tuviera por objeto los mismos, tanto los ya indemnizados como los que, pudiendo haberlo sido al tiempo de la transacción, no se reclamaron<sup>33</sup>. Pero el daño sobrevenido queda al margen del acuerdo o transacción y resulta totalmente viable su reclamación, una vez demostrado el nexo causal respecto al hecho dañoso originario.

En este sentido, debe tenerse también en cuenta que el art. 7.3-b) LRCSCVM establece, entre los requisitos que debe cumplir la oferta motivada que ha de presentar el asegurador conforme a esta Ley, que “se hará constar que el pago del importe que se ofrece no se condiciona a la renuncia por el perjudicado del ejercicio de futuras acciones en el caso de que la indemnización percibida fuera inferior a la que en derecho proceda corresponderle”<sup>34</sup>, en consonancia con el apartado 9 de los criterios para la determinación de las indemnizaciones conforme a los baremos indemnizatorios, que permite la modificación de dichas indemnizaciones cuando se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias que determinaron su fijación.

En cuanto al cauce jurídico concreto para reclamar el daño sobrevenido, el TS parece admitir que el perjudicado cuenta con una doble opción: primera, anular la transacción por error (o declarar no válida la renuncia) y solicitar una nueva indemnización completa que integre todos los daños causados (los ya indemnizados y los sobrevenidos), aunque lógicamente con deducción de las cantidades ya entregadas en virtud de la transacción previa, que habrán de tenerse por un pago parcial; y segunda, mantener la validez del acuerdo previo o transacción y solicitar una indemnización adicional que comprenda los daños sobrevenidos (como se hace en la STS, 1ª, 23.11.2007; Ar.)<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Sobre esta cuestión, véase GULLÓN (1964, pp. 166 y ss); ALBALADEJO (1989, pp. 447-450; también 2011, pp. 858-863); LUNA (1980, pp. 107 y ss); RUIZ-RICO (1991, pp. 1093 y ss).

<sup>33</sup> Así, RUIZ-RICO (1991, pp. 1150-1151); PELÁEZ, (1987, pp. 191 y ss); VIOLA (2003, p. 343).

<sup>34</sup> No obstante, entiende REGLERO (2007, p. 719), que sería posible que en los casos en los que los daños se hayan consolidado de una manera definitiva el asegurador podría incorporar esa renuncia de futuras acciones en la oferta vinculante (lo que es muy frecuente en la práctica), si bien el pago de la indemnización no podría condicionarse a la aceptación de dicha renuncia.

<sup>35</sup> Esta parece también la opinión de RUIZ-RICO (1991, pp. 1154 y ss), que no cierra totalmente las puertas a una reclamación adicional, aunque se muestra partidario de la anulación de la transacción como solución primera y principal, que es lo que suele suceder en la práctica jurisprudencial.

Parece un argumento favorable a esta posición el propio art. 1815 CC, interpretando que los nuevos daños no formarían parte del objeto de la transacción y que “la renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción”<sup>36</sup>, aunque la coherencia lógica debería llevar a defender entonces la validez de la transacción y la posibilidad de reclamar únicamente una indemnización adicional a la ya obtenida, pero no la nulidad de la transacción en sí.

En cualquier caso y de acuerdo con esta jurisprudencia, una u otra opción vendrá determinada por el modo en que el demandante haya planteado al órgano judicial, de acuerdos con sus intereses, su nueva reclamación, aunque parece una buena regla práctica plantear ambas pretensiones de forma alternativa o subsidiaria, otorgando al juez o tribunal la facultad de aplicar una u otra solución sin incurrir en incongruencia. En su caso, la nulidad de la transacción u otro acuerdo o de la renuncia de derechos a él vinculada podría verse reforzada por la aplicación de la normativa protectora de los consumidores y usuarios cuando proceda (básicamente, el art. 86.7 TRLGDCU), por resultar especialmente estricta en cuanto a la renuncia de derechos futuros.

Por último, creo que debe plantearse otra cuestión como es la admisibilidad de transigir, válida y eficazmente, sobre daños futuros inciertos (también los consumidores), pero siempre que se conozca la posibilidad real o probabilidad de que tales daños puedan llegar a concretarse o materializarse en el futuro, asumiendo la transacción como un negocio aleatorio en parte. Por ejemplo, se conoce la posibilidad del agravamiento de las lesiones en el futuro y se pacta una indemnización conforme a la probabilidad médica que, en efecto, ello se produzca. ¿Por qué debe permitirse después a un contratante impugnar por error esta transacción? ¿Dónde está el error?. Se trataría simplemente de la asunción voluntaria y cuantificación de un riesgo o probabilidad de daño ya conocida.

Estaríamos ante uno de esos casos en los que, en palabras de MORALES (1988, pp. 246-247), los contratantes “han admitido (por la razón que fuere) la incertidumbre de ciertos hechos o situaciones, y contando con esa incertidumbre han organizado sus intereses de un determinado modo”, de manera que “las partes pactan sobre la base de cierta aleatoriedad, que se incorpora al contrato”. Por tanto, se asume un riesgo que impide después poder impugnar el contrato así celebrado por un error que recaiga sobre la *res dubia* o extremo controvertido aceptado voluntariamente.

En este caso, la transacción tendría como objeto la naturaleza o el alcance de las lesiones mismas y creo que no debe dudarse de su validez, siempre que el perjudicado estuviera perfectamente informado de unos riesgos ciertos perfectamente cuantificados. Otra cosa puede ser la renuncia anticipada a una indemnización en estos casos.

#### 4. Conclusiones

En atención a todo lo anterior, creemos poder establecer las siguientes conclusiones:

---

<sup>36</sup> Sobre la aplicación de la norma en estos casos, RUIZ-RICO, (1991, pp. 1158-1159). Parece seguir la jurisprudencia, con base en este art. 1815 CC, un criterio de interpretación estricta o restrictiva en relación al objeto del negocio transaccional, de manera que su eficacia (también la renuncia que a veces conlleva) no puede traspasar los límites estrictos del objeto controvertido: MARÍN/ PERTÍÑEZ (2009, pp. 3528-3530).



**Primera.** En nuestra opinión, los presupuestos de la responsabilidad civil son los mismos para el llamado daño sobrevenido que para el daño actual o presente. Por ello y con carácter general, una resolución judicial o un acuerdo extrajudicial que haya fijado previamente una indemnización conforme al daño cierto y efectivo existente en aquel momento no puede impedir que el perjudicado pueda iniciar, en las mismas condiciones, una nueva reclamación de los nuevos daños o daños sobrevenidos aparecidos con posterioridad.

**Segunda.** Respecto a la prescripción y por diversas razones (entre ellas, el derecho a la tutela judicial efectiva del dañado *ex art. 24 CE*), las reglas aplicables al inicio del cómputo de los plazos de prescripción, respecto al daño sobrevenido, deben ser también las mismas. En este sentido, el cómputo del plazo no puede iniciarse mientras se trate de un daño hipotético, eventual o incierto, porque el supuesto dañado estaría entonces condenado a soportar un daño que le es imposible demostrar, y con ello, repercutir, sobre el patrimonio del supuestos dañante o de un tercero (como su asegurador), teniendo en cuenta la jurisprudencia de nuestros tribunales sobre los requisitos de certeza y efectividad del daño (y su carga probatoria) para que proceda su indemnización.

**Tercera.** En nuestra opinión, el legislador debe proceder con mucha cautela y prudencia a la hora de establecer, como reglas generales, plazos de decadencia o preclusión de derechos, entendidos como el momento temporal a partir del cual ya no es posible reclamar la reparación del daño, con independencia de que éste se hubiera manifestado o no (aunque en algunos de los casos ya existentes el plazo puede interrumpirse o prolongarse). Creemos que la realidad jurisprudencial española desmiente que los criterios subjetivos de inicio de los cómputos de los plazos de prescripción (al menos en el caso de al reclamaciones de daños y perjuicios) hayan provocado un problema de inseguridad jurídica que justifique el establecimiento de tales plazos generales de decadencia o preclusión, restrictivos de los derechos del dañado, sobre todo con las reformas legales ya puestas en marcha en la línea de reducir los plazos de prescripción de las acciones.

## 5. Tabla de sentencias utilizadas

### *Tribunal Supremo*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia (Ar.)</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 20.3.1951	1001	Mariano Miguel y Rodríguez
STS, 1ª, 30.10.1956	3427	Celestino Valledor
STS, 1ª, 6.11.1965	5331	Federico Rodríguez Solano y Espín
STS, 1ª, 26.10.1971	4158	Julio Calvillo Martínez

STS, 1ª, 19.4.1972	1820	Juan Antonio Linares Fernández
STS, 1ª, 19.2.1973	480	Julio Calvillo Martínez
STS, 1ª, 9.2.1974	486	Baltasar Rull Villar
STS, 1ª, 25.3.1976	1428	Federico Rodríguez Solano y Espín
STS, 1ª, 31.10.1977	4080	Francisco Bonet Ramón
STS, 1ª, 11.12.1979	4360	Antonio Sánchez Jáuregui
STS, 1ª, 27.5.1982	2604	Carlos de la Vega Benayas
STS, 1ª, 8.2.1983	867	Jaime Santos Briz
STS, 1ª, 9.2.1988	771	Adolfo Carretero Pérez
STS, 1ª, 20.4.1988	3267	Juan Latour Brotons
STS, 1ª, 8.10.1988	7393	Ramón López Vilas
STS, 1ª, 2.3.1991	2267	Antonio Fernández Rodríguez
STS, 1ª, 1.12.1991	8902	Francisco Morales Morales
STS, 1ª, 23.4.1992	3323	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 23.2.1995	1702	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 1ª, 11.5.1995	4229	Alfonso Villagómez Rodil
STS, 1ª, 9.4.1996	2912	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 24.4.1997	3396	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS, 1ª, 11.2.1998	707	Antonio Gullón Ballesteros
STS, 1ª, 20.12.2000	352	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 2.7.2002	5776	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 17.5.2004	3067	Pedro González Poveda
STS, 1ª, 11.9.2006	8542	José Almagro Nosete
STS, 1ª, 14.12.2006	9600	Adolfo Villagómez Rodil
STS, 1ª, 31.5.2007	3431	Francisco Marín Castán

STS, 1ª, 23.11.2007	25	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS, 1ª, 16.11.2009	105	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 6.10.2010	7312	Francisco Marín Castán
STS, 1ª, 7.11.2011	1366	Juan Antonio Xiol Ríos

## 6. Bibliografía

Manuel ALBALADEJO GARCÍA (1989), *Derecho civil*, Tomo II, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona.

María Ángeles CALZADA CONDE (1997), "La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro", *RES*, nº 89, enero/marzo 1997, pp. 45 y ss.

Miguel CERDÁ OLMEDO (1985), "Responsabilidad civil por daños futuros", *ADC*, pp. 623 y ss.

Miguel COCA PAYERAS (1991), comentario a la STS de 20 de marzo de 1991, *CCJC*, nº 26, abril/agosto 1991, pp. 427 y ss.

Adriano DE CUPIS (1966), *Il danno*, Vol. I, Milano, Giuffrè.

Andrés DE LA OLIVA SANTOS (1991), *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

Ignacio DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ (2004), en DE LA OLIVA SANTOS/ DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO/ Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2009), "La prescripción en los PECL y en el DCFR", *InDret*, 3/2009.

Santiago ESPIAU ESPIAU (2015), "La aplicación de la regulación del Libro I del Código Civil de Cataluña relativa a la prescripción de las pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual", *InDret*, 1/2015.

Pedro FEMENÍA LÓPEZ (2010), *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Hans FISHER (1928), *Los daños civiles y su reparación*, trad. del alemán por W. Roces, Edersa, Madrid.

Guido GENTILE (1962), voz "Danno alla persona", *Enciclopedia del Diritto*, XI, Ed. Giuffrè, pp. 655 y ss.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2013), *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, comentario al art. 65, Ed. Civitas-Thomson, Navarra.

Antonio GULLÓN BALLESTEROS (1964), *La transacción*, Tratado práctico y crítico de Derecho civil, Tomo XLIII, Vol. II, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.

Albert LAMARCA I MARQUÉS (2008), "Extinción de la responsabilidad", en SALVADOR CODERCH/ GÓMEZ POMAR, *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Thomson-Civitas, Navarra.

Claudio LÓPEZ COBO (1995), *Los límites temporales del seguro de responsabilidad civil*, Ed. Nacional de Reaseguros.

Agustín LUNA SERRANO (1980), "La ineficacia de la transacción", *AAMN*, Tomo XXIII, pp. 107 y ss.

Juan José MARÍN LÓPEZ/ Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2009), en PASQUAU LIAÑO (Director), *Jurisprudencia Civil Comentada*, Tomo III, comentario al art. 1815 CC, Ed. Comares, Granada.

Henri y León MAZEAUD/ André TUNC (1977), *Tratado teórico y práctico de responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo 1º, Vol. I, traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Luis MOISSET DE ESPANÉS (1975), "Reflexiones sobre el «daño actual» y el «daño futuro», con relación al «daño emergente» y al «lucro cesante», *RGLJ*, Tomo LXX, pp. 195 y ss.

José Luis MONEREO PÉREZ (2012) (Director), *Manual de Derecho procesal laboral: teoría y práctica*, Ed. Tecnos, Madrid.

Juan MONTERO AROCA *et al.* (2008), *Derecho jurisdiccional*, Tomo II (proceso civil), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Alfredo MONTOYA MELGAR (2008), *Derecho del trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid.

Antonio Manuel MORALES MORENO (1988), *El error en los contratos*, Ed. Ceura, Madrid.

María Luisa MORENO-TORRES HERRERA (2002), en RUIZ-RICO RUIZ/ MORENO-TORRES HERRERA, *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Ed. Comares.

Maita María NAVEIRA ZARRA (2006), *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid.

Manuel ORTELLS RAMOS (2008), *Derecho procesal civil*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1983), comentario a la STS de 27 de mayo de 1983, *CCJC*, nº 893, abril/agosto 1983, pp. 617 y ss.

- (1995), "Los baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas", *Documentación Jurídica*, nº 81, 1995, pp. 171 y ss.

- (1997), "De nuevo sobre la inconstitucionalidad del sistema para la valoración de los daños personales en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor", *La Ley*, Vol. 1, pp. 2080 y ss.

María Ángeles PARRA LUCÁN (2009), en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Ed. Aranzadi, Navarra.

- (2011), *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Ed. Reus, Madrid.

Francisco PELÁEZ (1987), *La transacción. Su eficacia procesal*, Ed. Bosch, Barcelona.

Fernando PEÑA LÓPEZ (2011), "El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de *soft law* y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación", *InDret*, 4/2011.

Juan RAMÍREZ RAMÍREZ (2008), en RAMÍREZ RAMÍREZ (Director), *Curso de Derecho del trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Luis Fernando REGLERO CAMPOS (2007), *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro (Estudios del texto refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, reformado por la Ley 21/2007, de 11 de julio)*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra.

- (2008), en REGLERO CAMPOS (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, Ed. Thomson-Civitas, Navarra.

José Manuel RUIZ-RICO RUIZ (1991), "El error en la transacción", *ADC*, Tomo III, pp. 1093 y ss.

Pablo SALVADOR CODERCH *et al.* (2014), "Daños tardíos. Ante c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº 90 Madrid, 19.11.2013, sobre los daños causados por la talidomida", *InDret* 1/2014.

Fernando SÁNCHEZ CALERO (1997), “La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, nº 89, enero/marzo 1997, pp. 7 y ss.

Renato SCOGNAMIGLIO (1969), “Appunti sulla nozione di danno”, *RTDPC*, pp. 464 y ss.

Ana SOLER PRESAS (1998), *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Ed. Aranzadi, Navarra.

Francisco SOTO NIETO (1994), “Delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil y la validez de las cláusulas delimitativas. Alcance de la doctrina del Tribunal Supremo”, *Iniuria*, n.º 1, pp. 59 y ss.

Isabel TAPIA FERNÁNDEZ (2000), *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Ed. La Ley, Madrid.

Elena VICENTE DOMINGO (2008), “El daño”, en REGLERO CAMPOS (Coordinador), *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, Ed. Thomson-Civitas, Navarra.

Isabel VIOLA DEMESTRE (2003), *El contrato de transacción en el Código civil*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Eduardo ZANNONI (1987), *El daño en la responsabilidad civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires.