



Roj: **SAP GC 531/2018 - ECLI: ES:APGC:2018:531**

Id Cendoj: **35016370032018100237**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **3**

Fecha: **26/02/2018**

Nº de Recurso: **1064/2016**

Nº de Resolución: **102/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN JOSE COBO PLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 4ª)

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 11 69 72

Fax.: 928 42 97 73

Email: s03audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0001064/2016

NIG: 3500442120150003483

Resolución: Sentencia 000102/2018

Proc. origen: Procedimiento ordinario Nº proc. origen: 0000354/2015-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Arrecife

Apelado: CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS; Abogado: Abogacía del Estado en LP

Apelante: DEUTSCHE ANGESTELLTEN KRANKENKASSE; Procurador: Jose Carlos Ronda Moreno

SENTENCIA

SALA

Ilmos/as. Sres/as.

Presidente

D. RICARDO MOYANO GARCÍA

Magistrados

Dª. ROSALÍA MERCEDES FERNÁNDEZ ALAYA

D. JUAN JOSÉ COBO PLANA (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 26 de febrero de 2018.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 1064/2016, los autos de juicio ordinario nº 354/2015, provenientes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arrecife.



Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución, siendo ponente el Sr. Magistrado D. JUAN JOSÉ COBO PLANA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Arrecife se dictó sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016 en los referidos autos cuya parte dispositiva literalmente establece:

Que desestimo la demanda presentada por D. CARLOS RONDA MORENO, en nombre y representación de DEUTSCHE ANGESTELLTEN KRANKENKASSE contra el Consorcio de Compensación de Seguros, y en consecuencia absuelvo al Consorcio de Compensación de Seguros de la reclamación efectuada de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora.

SEGUNDO.- La referida sentencia se recurrió en apelación por la representación procesal de DEUTSCHE ANGESTELLTEN KRANKENKASSE.

La representación procesal de CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS formuló escrito de oposición al mismo.

Tras ello, se elevaron las actuaciones a esta Sala, donde se formó rollo de apelación.

No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, sin necesidad de celebración de vista se señaló para deliberación, votación y fallo que tuvo lugar el día 11 de diciembre de 2017.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.1. DEUTSCHE ANGESTELLTEN KRANKENKASSE (en adelante "DAK") ejercitó en el proceso que nos ocupa, una acción directa de reembolso de los gastos médicos derivados del tratamiento de su afiliado D. Ceferino , en base al artículo 93.1.a) y b) del Reglamento comunitario 1408/71 contra el Consorcio de Compensación de Seguros.

La anterior reclamación trae causa de un accidente que tuvo lugar el día 15 de marzo de 2002, día en el que D. Ceferino circulaba en bicicleta por la LZ-2 sentido Arrecife-tias, cuando a la altura de la entrada a Ciudad Jardín resultó arrollado por la motocicleta con matrícula R-....-KGL conducida por D. Efrain .

Con motivo del accidente, D. Ceferino sufrió lesiones de las que se hizo cargo la DAK, gastos que cifra en 162.461,08 euros, de los que ha deudcido 2.407,57 euros que ya se encuentran reembolsados por el Consorcio de Compensación de Seguros, por lo que la reclamación efectuada queda determinada en 160.053,51 euros de principal, interesando asimismo la condena en costas a la parte demandada.

Sostiene su legitimación activa como entidad gestora de la seguridad social en Alemania, según alega, tratándose de una corporación de derecho público con administración propia equiparable a la Seguridad Social española.

1.2. El Consorcio de Compensación de Seguros (en adelante "CCS") se opuso alegando que la acción ejercitada se encuentra prescrita.

Sotenía que la fecha del siniestro fue el 15 de marzo de 2002, y que como consecuencia del mismo -cuya mecánica no discute- el Sr. Ceferino sufrió una serie de lesiones por las que CCS ya procedió a indemnizar al perjudicado, dada su calidad de aseguradora de la motocicleta causante del siniestro.

Alegaba que la acción ejercitada se encuentra prescrita ya que sería aplicable el plazo de un año que establece el artículo 1968.2 del Código Civil para la responsabilidad extracontractual o aquiliana, ya que el derecho de reembolso le asiste por subrogación en el derecho que la propia víctima ostenta frente al responsable del daño sufrido, por lo que al suceder la actora en una concreta parte del perjuicio irrogado, se subroga en la misma acción y posición que este ocupa, sometida al plazo prescriptivo de un año contemplado en el artículo 1.968 del Código Civil .

Refiere el CCS que han existido diversos periodos en que se ha superado el plazo de un año, sin que se haya ejercitado actividad interruptiva de la prescripción.



Para el caso de no estimarse la prescripción se oponía la parte demandada al tratarse los reclamados, de gastos efectuados en fecha posterior a la estabilización lesional, no acreditándose por la demandada, según alega, la relación de tales gastos con el siniestro, por lo que no se trataría de gastos indemnizables, amén de destacar la falta de acreditación documental de lo reclamado. Destaca que ha existido un retraso desleal en el planteamiento de la demanda y que el CCS abonó 340.000 euros en concepto de indemnización.

1.3. La sentencia de instancia aprecia la prescripción de la acción y desestima la demanda. La parte actora interpone recurso de apelación al que se opone la parte demandada.

SEGUNDO. La sentencia de instancia aprecia la prescripción de la acción puesto que, si bien reconoce que para la aplicación de dicho plazo de prescripción debe regir el derecho alemán, la parte actora no ha acreditado, como le correspondía, cuál era ese plazo y, en consecuencia, debe aplicarse supletoriamente el derecho español que fija en un año el plazo de prescripción.

Esta Sala debe mostrar su absoluta conformidad con las conclusiones a las que, de forma brillante, llega la juez a quo en su sentencia.

2.1. Dice la sentencia de instancia lo siguiente (el subrayado y la negrita es nuestra):

"SEGUNDO.- Examen de la prescripción. Normativa aplicable. Existe disparidad en nuestros Tribunales sobre la naturaleza de la acción directa que el actual art. 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social (T.R. aprobado por Real Decreto Legislativo de 1/1994 de 20 de junio), con antecedente en el antiguo art. 97.3 del T.R. aprobado por Decreto de 30 de Mayo de 1974, reconoce a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, Mutuas Patronales, etc... para reclamar el importe de las prestaciones sanitarias dispensadas a los asegurados, como consecuencia de un hecho que implique responsabilidad penal o civil de alguna tercera persona, frente al tercero responsable de dicho hecho o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones. Dependiendo de la naturaleza que se atribuya a dicha acción, el plazo prescriptivo aplicable resultará radicalmente distinto. Así algunas Audiencias Provinciales, respaldadas por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 1981, entienden que se trata de una acción de repetición o regreso que no tiene relación directa con el siniestro causante de las lesiones, el cual actúa como causa remota, sino con la efectiva prestación médica o asistencial en si misma considerada sobre la base de la relación de seguridad social, no ostentando el prestador de la asistencia el carácter de perjudicado por el siniestro, sino el de acreedor de unos servicios por derecho propio, que presta obligatoriamente con independencia del hecho causal que haya motivado la lesión requerida de tratamiento, motivo por el cual y a falta de disposición legal expresa, le resulta aplicable el plazo prescriptivo general de 15 años contemplado en el art. 1964 del Código Civil. Por el contrario otras Audiencias entienden que este derecho de reembolso les asiste por subrogación en el derecho que la propia víctima ostenta frente al responsable del daño sufrido, limitándose el art. 127.3 comentado a reconocer dicha facultad y no a instaurarla ex novo, con voluntad de someterla al mismo régimen por el que se rige la acción del perjudicado, pues la entidad sucede a este en una concreta parte del perjuicio que se le ha irrogado y se subroga en la misma acción y posición que este ocupa, sometida al plazo prescriptivo de un año contemplado en el art. 1968 del Código Civil.

Sea cual fuere la tesis por la que nos decantásemos, lo cierto es que en el presente procedimiento no acciona una entidad gestora de la Seguridad Social, Mutua Patronal o en su caso empresario de **nacionalidad** española, sino una gestora de **nacionalidad** alemana reclamando las prestaciones dispensadas a su asegurado, como consecuencia de un siniestro en la circulación ocurrido en España, frente a la Compañía Aseguradora del vehículo responsables del accidente.

En tal caso el art. 93 nº 1 del Reglamento CEE 1408/71 del Consejo CEE de 14-6-1971, de aplicación directa en España, dispone que cuando una persona se halle disfrutando de prestaciones en virtud de la legislación de un Estado miembro por los daños subsiguientes a hechos acaecidos en territorio de otro Estado miembro, los eventuales derechos de la institución que satisface la prestación frente al tercero al que incumbe la obligación de reparar los daños quedan regulados del modo siguiente:

- a) cuando en virtud de la legislación que aplique la institución que dispensa la prestación esta se halle subrogada en los derechos que ostente el beneficiario frente a dicho tercero, tal subrogación será reconocida en todos y cada uno de los Estados miembros.
- b) Cuando la institución prestadora tenga algún derecho directo frente a dicho tercero, todos y cada uno de los Estados miembros se lo reconocerán.

Dicho precepto ha sido interpretado por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 2 de junio de 1994, en el sentido de que opera como una norma de conflicto de leyes, que impone al órgano jurisdiccional nacional ante el que se ejercita una acción de resarcimiento frente al causante del daño la aplicación no de su derecho nacional, sino del correspondiente a la entidad prestadora demandante, ello no



solo a los efectos de determinar si dicha institución se halla legítimamente subrogada en los derechos de la víctima o si dispones del derecho a recurrir directamente en vía jurisdiccional frente al tercero responsable, sino también para determinar la naturaleza y amplitud de los créditos en los que la institución se ha subrogado o que alega directamente. Dicha sentencia entiende que la normativa material aplicable para determinar la responsabilidad o no del tercero y en que medida es la propia del órgano jurisdiccional ante el que se haya planteado el litigio, mas los requisitos y el alcance del derecho de la institución que dispensó las prestaciones de Seguridad Social han de determinarse conforme al derecho del Estado al que esta pertenezca. Todo ello en lógica y equitativa correspondencia o complemento a la extensión de las obligaciones de las instituciones nacionales de Seguridad Social a la totalidad de los trabajadores residentes en los diferentes Estados miembros de la Comunidad que opera el propio Reglamento.

Así las cosas entendemos aplicable a la acción ejercitada por la entidad gestora demandante el plazo prescriptivo establecido en la legislación de su propia **nacionalidad**, en este caso Alemana. Tratándose de un derecho extranjero, el mismo debe ser acreditado según lo dispuesto en el artículo 281.2 de la LEC, de lo que únicamente se excluye la prueba del derecho nacional (estatal, autonómico y local) y del comunitario. (SAP de Palencia 25 de octubre de 2004). Sostiene el actor que la acción no se encuentra prescrita de conformidad con lo recogido en el artículo 116 del Código Social alemán. Sin embargo, ni de la documentación acompañada con la demanda, ni de la documentación acompañada como consecuencia de la contestación a la misma en la que se alegaba como primer motivo la prescripción de la acción, se infiere la regulación legal que sostiene de adverso la inexistencia de prescripción, no pudiendo acudir al Código Civil alemán para examinar que preceptua en orden a la prescripción de las acciones de responsabilidad civil extracontractual, con el fin de examinar si la acción en que la actora se subroga esta prescrita.

El documento aportado por la actora acompañando su demanda como "dictamen jurídico", no es suficiente para alzar tal carga probatoria, pues aunque consideráramos correctas sus valoraciones, si bien alude al artículo 116 del Código Social alemán, en modo alguno acredita -es más siquiera informa- aquellos preceptos del Código civil alemán que deben ser tenidos en cuenta en orden a examinar la prescripción, y es precisamente en materias como la que nos ocupa, cuando el Juez nacional debe aplicar normativa propia de otro estado, cuando debe acreditarse con rigor por quien solicita su aplicación, su existencia y su vigencia, lo que no se ha efectuado en el caso de autos.

...

TERCERO.- No acreditada la normativa alemana en materia de prescripción, debemos aplicar el derecho patrio, procediendo a examinar de conformidad con nuestro derecho, la acción ejercitada y si la misma se encuentra prescrita.

La acción ejercitada tiene su base en el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro. el Tribunal Supremo Sala 1ª, S 21-11-2011, num. 809/2011, rec. 1196/2008. Pte: Seijas Quintana, José Antonio señala que "la acción subrogatoria contemplada en el artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro permite al asegurador, una vez pagada la indemnización, ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. Como dice la sentencia de 11 de octubre 2007, se trata de una acción dirigida a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el responsable del siniestro, causante material del quebranto patrimonial indemnizable, que es la misma que tenía originariamente el perjudicado contra aquél, si bien con la particularidad de que el contenido patrimonial del derecho que otorga la subrogación legal al asegurador no coincide con el daño y perjuicio sufrido por el asegurado -perjudicado, sino que comprende, o alcanza, únicamente, la indemnización pagada por la aseguradora.

Y en otro lugar el Tribunal Supremo Sala 1ª, S 24-3-2011, num. 193/2011, rec. 1476/2006. Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio dice que " el 43 LCS limita el ejercicio de la acción subrogatoria a la cantidad efectivamente satisfecha, pues la concede «una vez pagada la indemnización» y precisa que comprende los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieron al asegurado frente a las personas responsables del mismo «hasta el límite de la indemnización». Así lo ha admitido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 15 de junio de 1988 y 7 de mayo de 1993), precisando que el reembolso únicamente puede referirse a dicha indemnización cuando se halla dentro de la cobertura del Contrato de Seguro (STS de 5 de marzo de 2007, RC núm. 382/2000)".

En definitiva, la acción por subrogación, que se configura en el artículo 43 LCS, se confiere a la aseguradora contra las personas responsables del siniestro por razón de la indemnización abonada en función de éste, y sólo puede calificarse como tal aquél que comporta la realización del riesgo objeto de cobertura en merma del patrimonio del asegurado.

En línea con la doctrina seguida especialmente en materia de seguro marítimo por varias sentencias SSTS de 30 de marzo de 1985, 31 de marzo de 1997, 3 de octubre de 1997 y 20 de noviembre de 2001), sigue diciendo



la citada sentencia del Tribunal Supremo Sala 1^a, S 5-3-2007, num. 223/2007, rec. 382/2000 . Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio que la acción por subrogación de la aseguradora únicamente puede ejercitarse en relación con aquellas indemnizaciones que hayan sido satisfechas al perjudicado por hechos comprendidos en la cobertura del seguro de responsabilidad civil, puesto que en otro caso la subrogación que se configura en el artículo 43 LCS , fundada en el abono de la indemnización correspondiente al daño producido por el siniestro objeto de cobertura, carece de base por no responder a un pago con efectos subrogatorios. Esta acción, en efecto, se confiere a la aseguradora contra las personas responsables del siniestro por razón de la indemnización abonada en función de éste, y sólo puede calificarse como tal aquél que comporta la realización del riesgo objeto de cobertura en merma del patrimonio del asegurado " .

Son, pues, presupuestos básicos para el éxito de la acción subrogatoria del artículo 43 que se haya cumplido por el asegurador su obligación de abonar al asegurado la indemnización prevista en el contrato, y que exista un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero como consecuencia del mismo daño que ha motivado la indemnización del asegurador. La aseguradora ejercita un derecho propio de base legal que no contractual, y sobre la base de la protección de los derechos de terceros ajenos al causante de los daños, y así la propia aseguradora ejercita, por un lado, un derecho material propio y, por otro, ejercita su acción en nombre propio sobre un derecho propio y en consecuencia no ejercita la acción subrogatoria articulada en el artículo 1111 CC , lo que conlleva que la póliza de seguro no sea uno de los documentos esenciales para acompañar a la demanda y justificativos del derecho que se ejercita, bastando el recibo de haber pagado la indemnización por los daños ocasionados, y siendo a lo largo del procedimiento donde se deberá acreditar esa relación y el origen, causa y responsable de los daños cuya indemnización se reclamó (SAP Valencia, Sección Segunda de 7 febrero 2000) .

Pues bien, la cuestión del plazo de prescripción de la acción de subrogación regulada en el artículo 43 de la Ley de Contrato del Seguro no es pacífica en la doctrina. Para unos se trata de una acción personal que dimana del mero hecho de haber verificado el pago al asegurado, sin relación alguna con el artículo 1.902 del Código Civil , que surge ex novo, con perfiles propios, en favor del asegurador y que, por tanto, se rige en cuanto a su prescripción por el plazo general de 15 años propio de toda acción personal. Para otros se trata de una acción que se deriva del contrato de seguro por lo que sería de aplicación el plazo de dos años establecido en el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro . Finalmente, para otros, la acción de subrogación dimana del propio hecho imprudente que dio origen a la responsabilidad extracontractual o contractual del asegurado, abstracción hecha del pago llevado a cabo por el asegurador.

La opinión doctrinal mayoritaria sostiene que el principio de la identidad del crédito frente al tercero, que es objeto de la subrogación, trae como consecuencia que el régimen de prescripción del crédito subrogado ha de someterse a la naturaleza del mismo, que no nació del contrato de seguro, sino del hecho que originó la responsabilidad del tercero frente al asegurado, de tal manera que el plazo de prescripción del crédito, el inicio de su cómputo y el régimen de la interrupción dependerán de esa naturaleza del crédito, que puede provenir de una responsabilidad extracontractual o del cumplimiento de un contrato de muy variada clase, y, también, que el plazo de prescripción esté regulado por el Código Civil o el de Comercio; el crédito del asegurado frente al tercero, de conformidad con la Ley de Contrato de Seguro, no sufre variación alguna por el hecho de la sucesión del asegurador en la titularidad del mismo, sin que la subrogación suponga una interrupción en el plazo de prescripción, pues, en otro caso, la circunstancia de la subrogación podría perjudicar al tercero responsable, de modo que el cómputo del plazo de prescripción comienza desde el día en que el asegurado pudo ejercitar su acción contra ese responsable y no desde el día del pago de la indemnización por el asegurador. Esta postura es la seguida por el Tribunal Supremo (SS. 11/nov/91 , 29/oct/97 , 28/feb/2006 , 1/oct/ 2008) y por tanto su aplicación al caso de autos, determina que, al subrogarse la aseguradora en la posición del asegurado en virtud de lo dispuesto en el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro , la acción que le asiste frente al supuesto causante del daño es la misma que aquél tenía, la de culpa extracontractual sujeta al plazo del año que establece el artículo 1968 del Código Civil .

...

En consecuencia, la acción del asegurador contra el tercero responsable no tiene un plazo de prescripción " ad hoc", sino el propio de la acción en que se ha subrogado y habiéndolo sido en la del artículo 1.902 del Código Civil , es patente que el plazo de prescripción es el de un año según el artículo 1.968.2º del mismo texto legal . A partir de esta circunstancia, cabe añadir lo siguiente:

1º) Que a tenor del artículo 1.969 del Código Civil , el plazo anual de prescripción ha de contarse desde que la acción pudo ejercitarse, y ésta, la del artículo 1.902 del mismo Cuerpo legal , que es, como se ha indicado, la que, en definitiva, se ejercita, pudo hacerse valer desde el día en que se produjo el daño, es decir, desde el 27 de diciembre de 2.009.



2º) Que al no constituir la subrogación un cambio de acción, sino sólo de la persona del accionante, la acción es la misma que correspondía al asegurado, y siendo, por tanto, idéntico el "tempus prescriptionis", carece de sentido computarlo, no desde que se produjo el daño, sino desde que la aseguradora satisfizo a su asegurado la indemnización correspondiente a ese daño (11/mar/2010), pues eso sería tanto como dar prórroga al plazo prescriptivo del artículo 1.968.2º del Código Civil, que es improrrogable y, a su vez, dejaría en manos de la aseguradora la determinación del "dies a quo", a partir del cual podría ejercitarse la acción.

En consecuencia interpuesta la demanda rectora en fecha 15 de mayo de 2015, cuando el siniestro tuvo lugar el día 15 de marzo de 2002, se efectuaron actos interruptivos de la prescripción hasta el 26 de octubre de 2006, no volviendo a realizarse reclamación alguna ni judicial ni extrajudicial (art. 1.973 CC) hasta el 26 de septiembre de 2008, transcurridos casi dos años, por lo que la acción habría prescrito. Plazo de dos años que se repite entre el 19 de septiembre de 2011 y el 2 de septiembre de 2013 siendo que las últimas actuaciones reseñadas son sucintos telegramas de reclamación de cantidad cursados "a efectos de interrupción según código civil".

Las anteriores conclusiones, llevan necesariamente a la desestimación de la demanda, entendiendo prescrita la acción ejercitada."

2.2. La parte apelante reconoce que no se ha acreditado el plazo de prescripción de la acción que ejercita según el derecho alemán, pero sostiene que quien tenía que acreditar dicho plazo era la parte demandada y no la actora.

Esta Sala no puede estar de acuerdo con dicha alegación.

Parte la sentencia apelada de una consideración acertada.

A falta de prueba del derecho extranjero que pudiera regular el plazo de prescripción de la acción ejercitada en el presente litigio, lo procedente es interpretarlo según el derecho nacional.

En efecto, no basta la invocación del derecho extranjero para que sea aplicado en España, pues, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 281. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y de conformidad con reiterada jurisprudencia - en éste sentido (al margen de las ya citadas en la resolución recurrida), SSTS 13-4-1992, 11-5-1989, 4-10-1982, 28-10-1968, entre otras muchas-, para la aplicación del Derecho extranjero resulta exigible no sólo la alegación sino también la correspondiente prueba por quien lo invoca, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente. De éste modo, aunque en ésta materia los Tribunales hayan de ser flexibles y resulte exigible al efecto una colaboración de los órganos judiciales conforme a la disposición indicada, atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, y conforme interpretación dada por la STC 10/2000, de 17 de enero, del referido precepto constitucional en relación a ésta materia, de la que se desprende que a las partes les resulta exigible un principio de prueba, resulta de lo actuado en el presente caso la parte invocó el derecho extranjero para entender que la acción no estaba prescrita, pero no lo acreditó. No sirviendo a tal fin probatorio la aportación de un dictamen jurídico.

Y, por mucho que insista la parte apelante, ante la alegación de prescripción de la acción formulada en la contestación a la demanda, era dicha parte actora la que tenía que acreditar que según del derecho alemán por ella invocado dicho plazo de prescripción no había corrido.

De todas formas, da igual quien tuviera la carga de acreditar cuál es el plazo de prescripción en el derecho alemán.

Lo cierto es que ese plazo no se ha acreditado.

En tal situación de desconocimiento del Derecho extranjero (el Derecho alemán que pudiera ser aplicable en materia plazo de prescripción para la acción ejercitada), la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2015 indica que "la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español"; y que "así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, en las sentencias citadas, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la Constitución".

Y aplicando el derecho español, tal y como acertadamente expone la juez a quo en su sentencia, el plazo de prescripción el plazo de prescripción es el de un año según el artículo 1.968.2º CC.

A partir de esta circunstancia, cabe tener en cuenta lo siguiente:

1º) Que a tenor del artículo 1.969 del Código Civil, el plazo anual de prescripción ha de contarse desde que la acción pudo ejercitarse, y ésta, la del artículo 1.902 del mismo Cuerpo legal, que es, como se ha indicado,



la que, en definitiva, se ejercita, pudo hacerse valer desde el día en que se produjo el daño, es decir, desde el 27 de diciembre de 2.009.

2º) Que al no constituir la subrogación un cambio de acción, sino sólo de la persona del accionante, la acción es la misma que correspondía al asegurado, y siendo, por tanto, idéntico el "tempus prescriptionis", carece de sentido computarlo, no desde que se produjo el daño, sino desde que la aseguradora satisfizo a su asegurado la indemnización correspondiente a ese daño (11/mar/2010), pues eso sería tanto como dar prórroga al plazo prescriptivo del artículo 1.968.2º del Código Civil, que es improrrogable y, a su vez, dejaría en manos de la aseguradora la determinación del "dies a quo", a partir del cual podría ejercitarse la acción.

En consecuencia interpuesta la demanda rectora en fecha 15 de mayo de 2015, cuando el siniestro tuvo lugar el día 15 de marzo de 2002, se efectuaron actos interruptivos de la prescripción hasta el 26 de octubre de 2006, no volviendo a realizarse reclamación alguna ni judicial ni extrajudicial (art. 1.973 CC) hasta el 26 de septiembre de 2008, transcurridos casi dos años, por lo que la acción habría prescrito. Plazo de dos años que se repite entre el 19 de septiembre de 2011 y el 2 de septiembre de 2013 siendo que las últimas actuaciones reseñadas son sucintos telegramas de reclamación de cantidad cursados "a efectos de interrupción según código civil.

Por cuanto antecede, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia, con expresa imposición de costas a la parte apelante, tal como prescribe el art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no apreciarse en el caso serias dudas de hecho o de derecho.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

Que se debe desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DEUTSCHE ANGESTELLTEN KRANKENKASSE contra la sentencia de fecha 5 de septiembre de 2016, confirmando dicha resolución, con expresa imposición de costas al apelante.

Contra esta sentencia podrán las partes legitimadas interponer recurso extraordinario por infracción procesal, en los casos del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; o el recurso de casación, en los del artículo 477. El recurso se interpondrá ante este Tribunal en el plazo de 20 días desde el siguiente a su notificación, y será resuelto por la Sala Civil del Tribunal Supremo, conforme a la Disposición Final decimosexta.

La SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, adoptó un "Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal".

<http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/02/Acuerdos-criterios-de-admision-2-2017.pdf>

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha. Certifico.