



Roj: **SAP M 1597/2015 - ECLI:ES:APM:2015:1597**

Id Cendoj: **28079370252015100039**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **25**

Fecha: **02/02/2015**

Nº de Recurso: **439/2014**

Nº de Resolución: **42/2015**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **JOSE MARIA GUGLIERI VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoquinta

C/ Ferraz, 41 , 914933866 - 28008

Tfno.: 914933866

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0085557

Recurso de Apelación 439/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 55 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 211/2012

APELANTE Y DEMANDADA: MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA
PROCURADOR Dña. ADELA CANO LANTERO

APELADOS Y DEMANDADOS: ESTRUCTURAS CONTI SL

PROCURADOR D.FEDERICO RUIPEREZ PALOMINO

UTE-GENERAL RICARDOS GRUPO RAGA

PROCURADOR Dña. ALMUDENA ASTRAY GONZALEZ

APELADO Y DEMANDANTE : TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.

PROCURADOR Dña. MARIA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

SENTENCIA N° 42/2015

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D.FERNANDO DELGADO RODRÍGUEZ

D. JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

En Madrid, a dos de febrero de dos mil quince.

La Sección Vigésimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 211/2012 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 55 de Madrid a instancia de MAPFRE SEGUROS DE EMPRESAS COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA apelante - demandado, representado por la



Procuradora Dña. ADELA CANO LANTERO a contra ESTRUCTURAS CONTI SL, UTE-GENERAL RICARDOS GRUPO RAGA apelado - demandado, representados por el Procurador D.FEDERICO RUIPEREZ PALOMINO y por la Procuradora Dña. ALMUDENA ASTRAY GONZALEZ, respectivamente y TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U. como apelado-demandante representada por el Procurador Dña. MARIA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO a ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 20/03/2014 .

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D.JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 55 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 20/03/2014 , cuyo fallo es el tenor siguiente: Que estimando totalmente la demanda de Juicio Ordinario seguido ante este Juzgado bajo el número 211/2012, a instancia de "Telefónica de España SAU", contra UTE GENERAL RICARDOS Y ESTRUCTURAS CONTI, debo condenar y condeno a los citados demandados a que abonen solidariamente a la parte actora la cifra de 21.736,73 euros, más los intereses moratorios señalados en el fundamento quinto. Y estimando parcialmente la misma demanda frente a "Mapfre Seguros de Empresas", debo condenar y condeno a esta tercera demandada a que abone a la demandante, igualmente de modo solidario con UTE GENERAL RICARDOS Y ESTRUCTURAS CONTI, la misma cifra ya indicada, si bien en su caso hasta el límite de 18.736,73 euros de principal, siendo los intereses los devengados por dicha cifra, ello por aplicación de la franquicia correspondientes por valor de 3 mil euros. En materia de costas estese a lo dicho en el fundamento sexto de esta sentencia."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido y dándose traslado a la parte contraria presentó escrito de oposición al recurso entablado , y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales y señalándose para deliberación, votación y fallo el día 22 de Enero de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Mapfre Seguros de Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.U. alega en primer lugar como error en la valoración de la prueba, prescripción. Los email que valora la sentencia para su interrupción fueron impugnados y carecen de eficacia. Por la doctrina de la solidaridad impropia Estructuras Conti (E.C.) no guardaba vínculo de conexión o dependencia alguna con la UTE General Ricardos fuera de la obra contratada finalizando su relación al terminarse la misma y en consecuencia es inaplicable la interrupción de la prescripción ante la falta de requerimiento individual siendo extemporánea la reclamación de E.C. a Mapfre transcurrido el plazo que establece el art. 1968 del C.C .. Sobre este motivo del recurso la sentencia apelada (F.D. SEGUNDO) contiene la cronología de reclamaciones, estimando la interrupción de la prescripción por los vínculos de solidaridad derivada por el pacto convencional entre la U.T.E. y E.C. por la subcontrata de trabajos y entre E.C. y Mapfre por el contrato de seguro, tratándose de obligaciones solidarias en sentido propio.

SEGUNDO .- La razón, pues, de aplicar la interrupción de la prescripción (art. 1974 párrafo primero C.C .) reside en esta calificación de los vínculos y obligaciones que se derivan de aquellos en un doble escenario: la subcontrata de trabajos y el contrato de seguros; serían vínculos y obligaciones solidarias en su acepción de solidaridad propia. La controversia que plantea Mapfre como apelante es que no se trataría de un supuesto de solidaridad propia sino impropia y por ello no le alcanzan los efectos interruptivos de la prescripción según la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión (por ejemplo S.S.T.S. 19 de Octubre y 4 de Junio de 2007). Este planteamiento se mantiene después. Por todas, la S.T.S. de 18 de Julio de 2011 establece:

UNDÉCIMO.- Interrupción de la prescripción. A) Es reiterada la jurisprudencia que declara que existe solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única. Esta responsabilidad, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena (SSTS 17 de junio de 2002 , 21 de octubre de 2002 , 14 de marzo de 2003 , 2 de octubre de 2007, RC n.º 3779/1999). Se trata de una responsabilidad in solidum [con carácter solidario], que obedece a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades (SSTS 18 de mayo de 2005 , 15 de junio de 2005 , 28 de octubre de 2005 , 17 de marzo de 2006 , 18 de abril de 2006 , 31 de mayo de 2006 , 7 de septiembre de 2006 , 2 de enero de 2007, RC n.º 1340/2006 , 20 de mayo de 2008, RC n.º 1394/2001). B) Desde la STS de 14 de marzo de 2003, RC n.º 2235/1997 , esta Sala ha mantenido el



criterio según el cual el párrafo primero del artículo 1974 CC únicamente contempla el efecto de interrumpir la prescripción en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente. Este criterio se considera sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.

En el caso actual la fecha que se alega sobre el conocimiento de los hechos es el 7 de Julio de 2011 por la comunicación que le efectuó su asegurada. Ahora bien, la opuesta solidaridad impropia se basa en un criterio generalista: los supuestos de intervención subjetiva compleja y el distinto origen de una y otra modalidad de las obligaciones solidarias. Aunque la aplicación a este caso se centre en la ausencia de conexión o dependencia con la UTE fuera de la obra contratada para reparación de la calle General Ricardos, el problema de la solidaridad en el ámbito de la subcontrata requiere, al menos, puntualizar su contenido al ejercitarse las acciones de los arts. 1902 y 1903 C.C. y 76 L.C.S. . El concepto de dependencia no es de carácter estricto ni se limita al ámbito jurídico-formal, ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento del control, vigilancia y dirección de las labores encargadas. No se considera, pues, contratista independiente, como ha subrayado la doctrina científica, a quien actúe formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control del demandado o se encuentra incardinado en su organización. Cabe, pues, incorporar al vínculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de "culpa in eligendo" o "culpa in vigilando" en la selección o respecto de la actuación del contratista, cuya concurrencia depende, en el primer caso, de que las características de la empresa contratada para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, caso en el que podrá apreciarse la existencia de "culpa in eligendo" (que la más moderna doctrina y jurisprudencia consideran no como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC, sino como una responsabilidad derivada del artículo 1902 CC, por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista.

Cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas no resulta aplicable el artículo 1903, salvo en aquellos casos en los que el comitente se reserva funciones de vigilancia y de control. En estos casos, en efecto, se aprecia por la jurisprudencia que entre el contratista (o subcontratista) y su comitente ha existido dependencia, de forma que aquél no es autónomo cuando el dueño de la obra se ha reservado la vigilancia o la participación en los trabajos encargados al subcontratista (SSTS de 20 de diciembre de 1996, 25 de mayo de 1999, 12 de marzo de 2001, 16 de mayo de 2003, 22 de julio de 2003, entre muchas otras). *"El fundamento de ello radica en que sólo debe entenderse inexistente la relación de dependencia cuando el contratista es una empresa autónoma en su organización y medios y asume de manera exclusiva sus propios riesgos"*. Lo cual no consta que ocurriera en el presente caso, por la propia valoración de la testifical del encargado de obra de la UTE, Sr. Ruperto al manifestar su función supervisando la obra (minutos 29,20 y 34 del reloj de grabación del juicio), actuación supervisora incardinada en una actividad de vigilancia o control y con entrega del libro con los servicios de cada manzana con todas las canalizaciones que había, proporcionando así datos para la realización de la obra (minuto 30-30,20).

En conclusión: para que el dueño de la obra no responda de los actos realizados por terceros en la ejecución de aquélla, además de no estar unidos por una relación de jerarquía o dependencia, ha de haber elegido diligentemente a los profesionales encargados de dicha ejecución, de suerte que, de haber encargado la realización de las labores a personas no cualificadas, incurre en una responsabilidad directa ex art. 1903 CC por "culpa in eligendo". En este sentido, la STS de la Sala 1ª de 25 de enero de 2007, en un supuesto similar, establece que *«es asimismo jurisprudencia de esta Sala la que señala que puede también incorporarse al vínculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa en la elección, cuya concurrencia depende de que las características de la empresa contratada para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, caso en el que podrá apreciarse la existencia de responsabilidad -que la más moderna doctrina y jurisprudencia no consideran como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC, sino como una responsabilidad derivada del artículo 1902 CC por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista - (SSTS de 18 de julio de 2005; 3 de abril y 7 diciembre de 2006)»*. En parecidos términos se pronunció la posterior Sentencia de 30 de marzo de 2007, que apreció, asimismo, "culpa in eligendo" e "in vigilando" en los daños producidos por una empresa contratista poco cualificada a terceros, en la figura del comitente, en aplicación de la interpretación jurisprudencial del art. 1903 CC".

En este sentido es significativa la calificación que la UTE expresa sobre la actuación de E.C. en su escrito de oposición al recurso al considerarla "claramente negligente". Por lo tanto, nos encontramos ante un supuesto



de solidaridad, pero propia por razón de estas circunstancias concretas de la subcontratación y con origen en dicho pacto contractual.

TERCERO. - Además la solidaridad no solo se proyecta en este ámbito del pacto convencional sino que se extiende al específico del contrato de seguro entre E.C. y Mapfre que es distinto pero complementario del anterior y que supone un vínculo de solidaridad propia. Se produce así un escenario de doble vinculación solidaria: la de la subcontrata y la del contrato de seguro, ambas, propias concluyéndose por consiguiente que sí se interrumpió la prescripción por estos vínculos de solidaridad propia que permiten la aplicación del art. 1974 C.C. conforme a la relación cronológica de reclamaciones detalladas en el F.D. SEGUNDO de la sentencia apelada al que nos remitimos. En cuanto a la falta de legitimación pasiva, se refiere a la cláusula de exclusión: "... si el asegurado no pudiera justificar de modo fehaciente que había solicitado los planos, etc. En este sentido la declaración del testigo Sr. Ruperto sería insuficiente para desvirtuar el rechazo de la cobertura del siniestro. Recuerda la posición de Telefónica al respecto, a quien no constaba la solicitud de los planos o información sobre canalizaciones telefónicas subterráneas, centrando el punto controvertido de este tema en el análisis de la propia exclusión y justificación de la solicitud de modo "fehaciente". Esta cuestión replantea la causa del rechazo de Mapfre para quien no se trata de una cláusula limitativa del derecho sino de exclusión delimitadora del riesgo, cuestión desarrollada ampliamente en su contestación a la demanda y reiterada en el recurso que prácticamente reproduce aquélla en toda la extensión del debate. Mapfre aportó en su doc.3 una copia de la póliza de responsabilidad 0960470005659 (folios 214-231), en concreto de las Condiciones Particulares en que figuran como Datos del Riesgos la empresa dedicada a "... Como subcontratista de grandes constructoras de obra pública (Metro, puentes, aeropuertos, túneles) " y un apartado V "Cláusulas aplicables " referido a unas Condiciones Especiales adjuntas en las cuales queda definida la extensión de las coberturas;

sin embargo estas condiciones: objeto y alcance del seguro con una remisión a las obras y trabajos descritos en las condiciones particulares adolecen de precisión descriptiva. Así, en los datos del riesgo se citan trabajos de estructura y encofrado y en el alcance, obras de cimentación "... y similares" amparando "... obras preexistentes". En las Exclusiones Comunes a Todas las Coberturas aparece la de daños "... canalizaciones subterráneas si el asegurado no pudiera justificar de forma fehaciente que había solicitado (antes de la iniciación de los trabajos) los planos de situación... etc. Ante esta imprecisión descriptiva, la copia aportada es cuestionable en este punto e incompleta por más que se indique la habitualidad de esta cláusula en los condicionados de las pólizas como cláusula delimitadora del riesgo. Precisamente y sobre este problema la Sentencia de esta misma Sección 25ª de la A.P. de Madrid, de 14 de Julio de 2005 , señalaba:

«De la literalidad de las cláusulas expuestas es incuestionable el riesgo cubierto por la aseguradora por los daños causados por la actora en las conducciones de Telefónica. Lo que por la aseguradora se define como cláusula definitoria del riesgo no es tal en la medida en que, la exclusión de cobertura, se hace depender de la actuación diligente que se requiere de la asegurada a los efectos de obtener, antes de llevar a cabo las ejecuciones correspondientes, los planos de situación de las conducciones que se pudieran ver afectadas por los trabajos. Así las cosas, no se trata de un riesgo excluido de cobertura, cubierto por la póliza, si no de un supuesto de limitación de la cobertura contratada en caso de no realizar una actuación concreta previa a los trabajos a realizar. Si se tratara de una exclusión de riesgo tendría reflejo en la prima. La cláusula expuesta no puede tener dicho reflejo en la medida en que en principio no excluye la cobertura del riesgo contratado, salvo en el supuesto de no cumplimiento de la condición anudada a la cobertura, circunstancia que debe llevar a entender dicha cláusula como limitativa de los derechos contratados y no definitoria del riesgo. En efecto, la cláusula expuesta constituye y supone una condición impuesta al asegurado para poder exigir el cumplimiento de la obligación asumida por la aseguradora, limitando así el derecho a obtener las prestaciones contratadas en la póliza.

El criterio anteriormente expresado fue correctamente recogido en la resolución recurrida estando así obligada la recurrente a cubrir los daños y perjuicios causados por la asegurada demandante a Telefónica, artículo 73 de la LCS .

De la póliza aportada no se desprende la concurrencia de los requisitos contenidos en el artículo 3 de la LCS a los efectos de validez de las cláusulas limitativas, al no constar expresamente destacada y estar incluida de forma incorrecta entre las referentes a los riesgos excluidos, confusión imputable a la aseguradora, no estando además específicamente aceptada por escrito.»

Idéntico criterio se mantiene en Sentencia de 9 de Diciembre de 2013 de la Sección 14ª de esta misma Audiencia Provincial que citaba la anterior:

«Y en la cláusula particular 3, como número 20 de las 25 que la integran, bajo el título "exclusiones", sin destacar en absoluto de las restantes 24 causas de exclusión, ni de las demás cláusulas particulares, por tener todas

el mismo tipo de letra, se incluye la litigiosa: "Daños a conducciones subterráneas cuando el asegurado no posea los planos de situación y distribución de las mismas".

Tal cláusula, es limitativa de derechos, no delimitadora del riesgo, ya que producido éste y el derecho del asegurado a que el asegurador tome a su cargo las consecuencias pecuniarias de la responsabilidad civil que puedan derivarse para el asegurado, de acuerdo con la normativa legal vigente, por los daños materiales y personales y perjuicios causados a terceros en el ejercicio de su actividad de limpieza de alcantarillado y fosas sépticas, pocería, alcantarillado, redes de saneamiento, desratización, desinfección, limpieza y mantenimiento de alcantarillado y fosas sépticas, reforma y/o construcción ocasional de canalizaciones y fosas sépticas, - aquí por los daños causados en las conducciones de Telefónica de España S.A.U., lo limita a los daños que se hayan causado previa actuación diligente exigida a la asegurada para obtener, antes de llevar a cabo las ejecuciones correspondientes, los planos de situación de las conducciones subterráneas que se pudieran ver afectadas por los trabajos -sin indicar siquiera, en este caso, quien debe realizarlos y suministrarlos-, y que es cláusula limitativa de derechos ya lo declaró esta Audiencia Provincial, sección 25ª, en sentencia de 14 de julio de 2005 , al analizar la naturaleza de una cláusula similar a la litigiosa.»

Después añadía:

«Y tal cláusula limitativa de los derechos del asegurado no cumple los requisitos del artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro , pues ni está resaltada o destacada especialmente, ni ha sido aceptada expresamente por la tomadora-asegurada.

La fórmula utilizada en la hoja final de la póliza, a saber, "el tomador del seguro declara recibir estas condiciones particulares que constan de 17 páginas, aceptando expresamente las cláusulas limitativas, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre del contrato de seguro ", no basta para dar por cumplidos tales requisitos ya que tal declaración aparece inserta entre varias declaraciones, unas anteriores y otras posteriores, y no se identifican en modo alguno cuáles son esas cláusulas limitativas de derechos, que aparecen entremezcladas con otros delimitadores del riesgo, sin nota o rasgo que las diferencie de éstas.»

Estos principios adquieren especial relevancia en el supuesto que nos ocupa puesto que únicamente se aportó una copia (duplicado del original) de la póliza que hace decaer su calificación de exclusión de cobertura a la estipulación que refiere el apartado 19 de los 24 previstos. De todas formas, que a Telefónica no le constase la solicitud de "... los planos o información de mi mandante..." tampoco adquiere mayor relevancia porque en la propia estipulación controvertida aquella solicitud no se limita como dirigida "a los organismos competentes", sea Telefónica u otra entidad sino que también puede solicitarse "... o al contratista de la obra", en este caso la UTE. En este supuesto, la disposición de planos por E. CONTI fue reiteradamente explicada por el Sr. Ruperto con una serie de detalles perfectamente lógicos y comprensibles: que se les entregó los planos facilitando el libro con los servicios de cada manzana con todas las canalizaciones que había (minutos 29,50 - 30,20 y 32,40 aprox. del reloj de grabación del juicio). Por consiguiente si se admitía que la solicitud de planos podía dirigirse al contratista y el encargado de obra explica al detalle toda la información que facilitó, la interpretación de la "fehaciencia" no se puede resolver en contra del asegurado sino a su favor, entendiéndose por ello justificada la suficiencia de la declaración testifical para acreditar que se cumplió esta exigencia.

CUARTO .- Sobre la falta de justificación de nexo causal se reitera la impugnación de los informes periciales, posteriores en dos años a la fecha de los siniestros. En realidad lo que se cuestiona es el origen de los daños por falta de diligencia de E. Conti y la aplicación del principio de responsabilidad objetiva. Sin embargo lo cierto es que E. Conti se responsabilizó de aquéllos, que entre los datos de los partes figura que se causaron por vehículo o máquina, que existían signos externos de las canalizaciones: prismas y arquetas, que se entregaron los planos y que se causaron daños en unas conducciones cuya imagen gráfica se aprecia en las fotografías incorporadas a las Actas Notariales, siendo, pues, evidente la falta de pericia e inobservancia de la *lex artis* en la ejecución de unos trabajos bajo una dirección y supervisión de las codemandadas independientemente de la valoración de los informes periciales, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso.

QUINTO .- Conforme al art. 398 LEC las costas de esta alzada deben imponerse al apelante.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Mapfre Seguros de Empresas, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.U., contra la sentencia de 20 de Marzo de 2014 del Juzgado de 1ª Instancia nº 55 de Madrid dictada en procedimiento 211/12 confirmamos dicha resolución con imposición de las costas de esta alzada al apelante.



MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 3390-0000-00-0439-14, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ