

nº 51

Tercer Trimestre. Año 2014



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

**El nuevo régimen
de Responsabilidad
Civil por atropello
de especies
cinegéticas**

**La Responsabilidad
Civil de los
administradores
concuriales**

**El derecho de
subrogación de las
aseguradoras en el
seguro de daños**

asociacionabogadosrcs.org

Lo que no se encuentra ...¿no existe?...

JURISPRUDENCIA y MUCHO+

sentencias analizadas
jurisprudencia comentada
resoluciones y autos

LEGISMEDIA

legislación consolidada
repertorio de legislación
diario de legislación

UTILIDADES

información
cálculo
calendario

FORMULARIOS

ACTUALIDAD PLUS+

boletines temáticos
lo + destacado
reformas al detalle

MONOGRAFÍAS

DOCTRINA y CONSULTAS

artículos doctrinales
encuestas jurídicas
cuadros comparativos

SERVICIOS

consultas
documentación

CRONUS JURÍDICO

SOLUCIONES JURÍDICAS en **tiempo récord**


Una MÁQUINA de PRECISIÓN

S
editorial jurídica
sepin



nº51

Tercer Trimestre. Año 2014



**REVISTA DE LA
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA
DE ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 51

EDITORIAL

Sabadell, la ciudad que teje su futuro

Por *Javier López y García de la Serrana*..... 5

DOCTRINA

- El nuevo régimen de Responsabilidad Civil por atropello de especies cinegéticas
Eugenio Llamas Pombo..... 9
- La Responsabilidad Civil de los administradores concursales
M^a de la Cabeza Palomino López..... 33
- El derecho de subrogación de las aseguradoras en el seguro de daños
Juan Manuel Paniagua Manchado..... 51

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 4 de septiembre de 2014.
RESPONSABILIDAD CIVIL: La actividad agraria de un tractor, que no consista en circular por una vía pública o privada, también está dentro del concepto de “circulación de vehículo”, al considerar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que este concepto se refiere no sólo a la circulación de vehículos sino que engloba también “el uso” o “la utilización del vehículo” para fines distintos a la circulación..... 67

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4^a), de 26 de junio de 2014.
RESPONSABILIDAD CIVIL: El factor de corrección de la Incapacidad Permanente sirve sólo para reparar los perjuicios personales de actividad causados por las secuelas padecidas..... 79
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^a), de 10 de julio de 2014.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad del fabricante de medicamentos por defectos de información del producto. Indemnización del daño moral consistente en saberse expuesto a un riesgo no concretado en un daño corporal..... 91

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de 25 de julio de 2014.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Delito de apropiación indebida de una procuradora en el desarrollo de su actividad profesional objeto de cobertura por el seguro de responsabilidad civil profesional. Responde la compañía aseguradora en base a la inaplicabilidad del principio de inasegurabilidad del dolo para este supuesto -al no tratarse de un hecho derivado de la circulación-, así como por la preeminencia de la norma especial recogida en el artículo 76 LCS sobre la regla general del artículo 19 LCS101

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 11 de septiembre de 2014.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Se concede una indemnización a la actora por importe de 80.000 euros al dañar en una intervención quirúrgica una zona ajena y distante de la zona afectada, así como al entender que existe un diagnóstico tardío por el centro médico que agrava los daños119

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José Mª Hernández-Carrillo Fuentes133

ENTREVISTA A...

Juan Francisco Garnica Martín

Por Mª Carmen Ruiz-Matas Roldán145

NOTICIAS

- ➔ III Congreso de Responsabilidad Civil y Seguro. 23 y 24 de octubre de 2014. Alicante149

EDITA:

Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro
C/Trajano, 8, Esc. 1ª - 1ºC · 18002 Granada · Tel.: 902 361 350
C.I.F.: G-18585240

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

M^ª Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Carmen Reyes Vargas

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Mariano Medina Crespo (Presidente), Andrés Cid Luque (Vicepresidente), Javier López y García de la Serrana (Secretario General), José María Hernández-Carrillo Fuentes (Secretario de Actas-Tesorero), Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Luis A. Orriols Martínez, Carmelo Cascón Merino, Diego Elum Macias, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Javier Muro Insausti, Susana Sucunza Totoricagüena y José Antonio Badillo Arias.

MIEMBROS DE HONOR:

Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paúl Velasco, Fernando Reglero Campos (), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos y José Manuel López García de la Serrana.*

DISEÑO:

*Aeroprint Producciones S.L.
Tlf. 958 292 739 • info@aeroprint.es*

IMPRIME:

*Aeroprint Producciones S.L.
www.aeroprint.es*

D.L. GR-1228/02

ISSN 1887-7001



asociacionabogadosrcs.org

Sabadell, la ciudad que teje su futuro

por **Javier López y García de la Serrana**
Director

En los momentos actuales, muchas economías continentales se dirigen hacia una nueva reindustrialización, la crisis económica y los nuevos mercados emergentes han hecho que los países europeos examinen su propia industria y vean la necesidad de un cambio hacia una modernización industrial y una reconversión por la especialización tras la senda de la innovación. Nada nuevo en el devenir histórico, del que siempre es posible extraer lecciones del pasado para los tiempos presentes, Sabadell con su importante pasado industrial es un buen ejemplo de ello.

El siglo XIX con sus avances en el campo de la ciencia y de los transportes propició la Revolución Industrial que venía gestándose desde mediados del siglo anterior, la nación que despertó al genio del vapor, Gran Bretaña, se convirtió en la punta de lanza de esta nueva era industrial. Todo empezó con las mejoras en las hilanderías y el tejido de algodón, hasta que el escocés James Watt en 1782 desarrolló la primera máquina de vapor. La máquina de vapor abrió un enorme campo de acción a la industria y las nuevas formas de producción industrial otorgaron una absoluta supremacía a los productos británicos.

Las naciones de Europa se encontraban ante el desafío de una modernización industrial que suponía la adopción de estas nuevas tecnologías y nuevos conceptos de producción y distribución de las mercancías. La producción fabril empezaba a extenderse, las máquinas de vapor eran cada vez más complejas, la producción aumentaba ostensiblemente y requería de obreros especializados. Las ciudades crecían con la población que engrosaba las filas de los que abandonaban el campo, buscando la prosperidad de los grandes centros industriales. La revolución en los transportes vino de la mano de la locomotora, autentico emblema del empuje industrial y los caminos de hierro empezaron a enlazar ciudades llevando pasajeros y mercancías hasta los puertos donde los barcos de vapor batían los mares hasta los últimos rincones del planeta.

La pujante burguesía catalana que dominaba el mercado de los tejidos desde el siglo XVIII no perdería la oportunidad de modernizarse, Sabadell junto con Terrassa en el sector lanero, lideraron el cambio en uno de los contados focos en que se produjo una exitosa transición de la industrial rural a la industria moderna. Se estableció así la importación de maquinaria moderna para el establecimiento de las primeras fábricas y las orillas del río Ripoll se jalonaron de centros fabriles para la nueva industria textil.

Las nuevas oportunidades de mercado requerían la instalación de los centros fabriles, para lo que era necesario el acceso al crédito debido al capital que requería la maquinaria y el establecimiento industrial, no es de extrañar que en el último tercio del siglo XIX la asociación de industriales y comerciantes diera origen al Banco Sabadell con objeto de financiar la incipiente industria.

La moderna industria lanera de Sabadell desarrolló una pujanza tal que la hizo ser conocida como el Manchester español, convirtiéndose en la ciudad lanera más importante de España, aumentando su población aglutinada en los nuevos barrios que fueron creándose para atender la creciente demanda de mano de obra. No sería tampoco ajeno a este desarrollo el mundo del seguro, cubriendo incendios o pérdidas de manufacturas, garantizando contratos o servicios y permitiendo expandir el comercio y con ellos el desarrollo económico y social.

La industria lanera en Sabadell hace tiempo que cerró sus puertas pero dejó en toda la ciudad un importante patrimonio industrial, que se está poniendo en valor buscando su mejor conexión con la moderna Sabadell, para devolver a la ciudad estos espacios industriales con un nuevo uso social. La identificación de Sabadell con su pasado industrial se hace patente en la adopción como símbolo de la ciudad del edificio de la torre del agua, realizado con el fin de solucionar los problemas de suministro de agua que el crecimiento demográfico por el desarrollo industrial había propiciado.

Siempre es importante buscar en nuestro pasado los rasgos de la innovación y el espíritu emprendedor, que nos impulsaron hacia el futuro para tomarlo como ejemplo de cómo aprovechar las nuevas oportunidades y saber adaptarnos a los nuevos tiempos. Como ocurre con Fira Sabadell, sede de nuestro congreso y magnífico ejemplo de edificio industrial transformado para uso civil manteniendo la estructura original, hecho que lo convierte en una obra arquitectónica singular y única. El complejo ha mantenido el espíritu industrial de los orígenes y se ha abierto a la ciudad mediante dos impresionantes muros cortina de 19 metros de altura. Las instalaciones innovadoras y versátiles convierten a Fira Sabadell en un centro moderno, preparado para acoger cualquier tipo de acontecimiento. La excelente recuperación del edificio ha sido merecedora de la 16ª edición de los Premios Bonaplata a la mejor restauración de patrimonio industrial.

Y es que Sabadell, capital de la comarca del Vallés Occidental, es uno de los más importantes municipios catalanes, tanto por número de habitantes –más de doscientos mil–, como por su relevancia económica, social y cultural, siendo por ello que, en este momento en el que se encuentra el derecho de seguros y responsabilidad civil, inmerso en un proceso de cambio y mejora, así como de adaptación al Derecho Europeo, resulta simbólico el municipio escogido



por nuestra Asociación para celebrar este decimocuarto Congreso Nacional, pues Sabadell siempre ha sido un símbolo de evolución y desarrollo, pionera donde las haya y un referente industrial, cultural y económico.

Por tanto, es en este hermoso enclave catalán del Vallés Occidental donde este año celebraremos los próximos días 6, 7 y 8 de noviembre nuestro XIV Congreso Nacional, en el que, como no podía ser de otra forma, se analizarán temas de máxima actualidad –en nueve ponencias y una mesa redonda–, comenzando con la intervención del presidente de la Sección 15ª, de la Audiencia Provincial de Barcelona, **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN**, conocido magistrado muy respetado en el ámbito jurídico, quien nos presentará un interesantísimo trabajo sobre el **“Alcance de la responsabilidad civil de los administradores sociales dentro y fuera del concurso de acreedores”**. Ya la temática escogida hace ver lo interesante del tema elegido, el cual al ser tratado por un experto en la materia ofrece un estupendo trabajo donde se aborda no sólo la responsabilidad civil



de los administradores societarios, sino además una especial mención sobre un tema de gran actualidad como es la responsabilidad civil de los administradores dentro del concurso de acreedores, así como la coordinación entre ambas.

Asimismo el prestigioso magistrado, **JORDI SEGUÍ PUNTAS**, presidente de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, ofrecerá en su ponencia, la segunda de este congreso, una interesante perspectiva sobre la **“Responsabilidad Civil de Bancos e instituciones financieras por contratos declarados nulos o cláusulas declaradas abusivas, con referencia en particular a la reparación del daño material y moral causado por dichas entidades”**, donde partiendo de un exhaustivo estudio de las obligaciones y deberes de las entidades financieras y de crédito en materia de información precontractual, delimitará las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento, analizando asimismo las posibilidades en materia resarcitoria de que disponen los perjudicados como consecuencia de la declaración de nulidad de dichos contratos o

cláusulas, y que abarcan tanto los daños materiales que el referido contrato o cláusula les ha podido causar, como incluso los daños morales, también resarcibles, causados por las entidades financieras autoras de los mismos.

La tercera ponencia vendrá de la mano de un gran conocido por los miembros de nuestra Asociación, **JOSÉ ANTONIO BADILLO ARIAS**, director regional en Madrid del Consorcio de Compensación de Seguros, quien ofrecerá su perspectiva sobre una cuestión que genera una importante litigiosidad en la práctica jurídica, esto es, el **“Ámbito material de la LRCSCVM: Los conceptos de vehículo a motor y hecho de la circulación”**. De esta forma se nos ofrecerá una visión general de la problemática, así como los supuestos que más controversia generan, para finalizar con la perspectiva judicial y en concreto, con la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia, que interpreta que en el concepto de «circulación de vehículos» se incluye la utilización de un vehículo conforme con la función habitual de dicho vehículo, dado que entiende que no puede considerarse que el legislador de la Unión Europea haya deseado excluir de la protección conferida a los perjudicados por un accidente causado por un vehículo con ocasión de su utilización, si ésta es conforme con la función habitual de dicho vehículo.

En todo caso, no hay duda que por su rabiosa actualidad el núcleo central de este Congreso es el análisis del resultado del trabajo realizado durante estos 4 años tanto por el Comité de Expertos como del Grupo Plenario Consultivo, constituido para elaborar la propuesta del nuevo Sistema Legal Valorativo de Daños Personales en Accidentes de Circulación (Baremo). Para ello, se exponen en tres ponencias las “piezas” claves de este trabajo. La exposición sobre el futuro “Baremo” comenzará con la cuarta ponencia, **“Las líneas generales de la Propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas”** de la mano de **MIQUEL MARTÍN CASALS**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona, y presidente de la Comisión de Expertos donde se abordará la estructura y contenido del baremo, así como las cuestiones generales que se han modificado o bien actualizado para poder dar cobertura al principio que rige en nuestro ordenamiento de restitución íntegra del daño que tanto se alude en la práctica jurídica y que en pocas veces se logra aplicar de manera efectiva.

En ésta línea, **MARIANO MEDINA CRESPO**, miembro también de la referida Comisión de Exper-

tos, ha sido el encargado de preparar la quinta ponencia, en la que abordará las **“Novedades en la estructura y conceptos que integran la Propuesta de reforma del sistema valorativo. El resarcimiento de los perjuicios personales”**. Desde su amplia experiencia en el ámbito de la responsabilidad civil, y en concreto, el resarcimiento del daño personal, el presidente de nuestra Asociación, nos trasladará qué tratamiento otorga la propuesta de reforma del sistema valorativo a los perjuicios personales dentro de sus distintas modalidades, así como las principales modificaciones introducidas por el mismo.

Como bien es conocido por todos, una de las principales novedades que introduce la propuesta de reforma del sistema legal valorativo, habiendo resultado a su vez, uno de los principales puntos de discordia entre los distintos sectores que han participado en el mismo, es el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales. Pues bien, este es el tema que analizará la sexta ponencia cuyo preparación y exposición le fue encomendada a nuestro compañero **JOSÉ PÉREZ TIRADO**, miembro de la Comisión de Expertos en interés de las asociaciones de víctimas de accidentes de circulación, que ha elaborado el magnífico trabajo titulado **“El resarcimiento de los perjuicios patrimoniales, con especial mención al lucro cesante en caso de incapacidad permanente o fallecimiento. Comparativa de la regulación vigente y de la regulación propuesta”**, donde se nos ofrece una perspectiva práctica sobre las principales diferencias cuantitativas y sobre todo cualitativas introducidas por la propuesta de reforma del “Baremo”, consecuencia en su mayor medida del resarcimiento de forma vertebrada del perjuicio patrimonial, y en concreto, del lucro cesante en supuestos de fallecimiento e incapacidad permanente, objeto de tantas discusiones doctrinales en los últimos años.

Este año hemos contado también con la siempre interesante participación del miembro de honor de nuestra Asociación, **EUGENIO LLAMAS POMBO**, catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Salamanca, quien afrontará en la séptima ponencia **“El nuevo régimen legal de responsabilidad civil por atropello de especies cinegéticas”**. En ella el autor hace repaso a la diferente legislación existente en la materia con el objetivo de marcar unas líneas que dejen claro cuál es el criterio seguido actualmente y tras la reforma para el análisis de la responsabilidad en este tipo de accidentes, analizando también cada una de las excepciones a lo que podríamos llamar la regla general.

La octava ponencia estará desarrollada por el flamante magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo **EDUARDO BAENA RUIZ**, quien afronta un tema muy controvertido, la **“Intervención provocada en los supuestos de Responsabilidad Civil solidaria. Evolución y situación actual de la Jurisprudencia”**. En la misma analizará un supuesto que a la vista de la Jurisprudencia cambiante, pocas veces ha resultado claramente resuelto, haciendo especial referencia a su relación con lo previsto en la LOE y marcando cuáles son los criterios jurisprudenciales que actualmente rigen en este asunto. Sin duda alguna un trabajo que nos clarificará dónde nos encontramos actualmente en relación a esta materia.

La novena y última de las ponencias, correrá a cargo de **ANTONIO SALAS CARCELLER**, magistrado en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y gran colaborador de nuestra Asociación, que la titula **“Consecuencias de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de seguro. Supuestos que dejan sin contenido al contrato e imposibilitan su cumplimiento.”** Este tema tan debatido y estudiado, se afronta ahora desde la perspectiva de los medios existentes para el control de la inclusión de este tipo de cláusulas y su posible nulidad, así como los efectos de dicha nulidad, y todo ello dado el carácter especial de estos contratos de adhesión donde las condiciones generales le son impuestas al asegurado y en cuya redacción éste no interviene. Asimismo el ponente afirma con gran certeza, en el texto de dicha ponencia ya facilitado por el mismo para su inclusión en el libro de ponencias, que tanto las cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto como las limitativas de los derechos de los asegurados, deben respetar siempre el principio de congruencia con el propio objeto del seguro, no pudiendo vaciarlo de contenido, pues de lo contrario habría de ser declarado el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Por último quisiera agradecer a la **EDITORIAL SEPÍN**, a quien debemos la edición del libro de ponencias del congreso, que se convertirá, como cada año decimos, en un instrumento de trabajo imprescindible para poder recordar en cualquier momento las consideraciones y reflexiones expresadas por los distintos ponentes en la exposición de sus trabajos. Esperamos como siempre que en este XIV Congreso Nacional de Sabadell 2014 aprendamos conviviendo y compartiendo nuestras inquietudes y experiencias profesionales de todo el año.

Octubre 2014

El nuevo régimen de Responsabilidad Civil por atropello de especies cinegéticas



Eugenio Llamas Pombo
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Salamanca
Abogado

Sumario

- 1.- La especial problemática del atropello de especies cinegéticas y sus vías teóricas de tratamiento jurídico**
- 2.- Evolución legislativa**
 - 2.1.- El artículo 1906 del CC
 - 2.2.- El artículo 33 de la Ley de Caza de 1970 y la legislación autonómica concordante
 - 2.3.- El artículo 35.b) del Reglamento de la Ley de Caza
 - 2.4.- El cambio de modelo a partir de la Ley 10/2001
 - 2.5.- La disposición adicional 9ª de la Ley de Tráfico tras la Ley 17/2005
 - 2.6.- La (de momento) última redacción de la disposición adicional 9ª, tras la Ley 6/2014
- 3.- La responsabilidad del conductor tras la reforma de la Ley 6/2014**
 - 3.1.- El silencio acerca de su ratio legis
 - 3.2.- La regla general: responsabilidad del conductor. Sí, pero poca
 - 3.3.- La primera excepción: la acción de la caza
 - 3.4.- La segunda excepción: el cuasi dolo eventual del titular de la vía
 - 3.5.- Los motivos de crítica

1.- La especial problemática del atropello de especies cinegéticas y sus vías teóricas de tratamiento jurídico

La irrupción en la calzada de animales, tanto silvestres como domésticos y domesticados, constituye un hecho que muy frecuentemente se involucra en la causación de accidentes de circulación, con todas las consecuencias que éstos conllevan, en cuanto a daños materiales, lesiones o muerte de personas. En el año 2011¹, y según los datos de la Dirección General de Tráfico (que o incluyen los registros del País Vasco² y Cataluña³), por ejemplo, provocó más de 17.000 accidentes de tráfico; en más de 650 de ellos se registraron víctimas, con un balance de diez personas fallecidas y 84 heridos graves. Según los mismos datos de la DGT, en 2012 se produjeron 484 siniestros con víctimas por el atropello de animales, en los que cuatro personas murieron, 51 resultaron heridas graves y 586 heridas leves. En los cerca de 140.000 kilómetros de carreteras que integran la red viaria española, se recogen unos 1.000 animales diarios, de todo tipo: topillos, liebres, pájaros, ciervos, vacas, caballos, jabalíes, etc. Por comunidades autónomas, Castilla y León (con un 36% sobre el total de accidentes) y Galicia (con el 18%) son las que registran mayor incidencia. Entre los animales silvestres, jabalíes (involucrado en el 31% de los accidentes) y corzos son los que mayor número de accidentes provocan. Y en cuanto a los domésticos, los perros (que intervienen en el 23,7% de los siniestros) son los que aparecen más frecuentemente, sobre todo los abandonados y asilvestrados.

En el ámbito europeo, las cifras estadísticas recogen un total de 507.000 colisiones con animales al año, con 300 víctimas mortales (lo que supone menos del 1% del total), 30.000 heridos y un coste aproximado de 800 millones de euros.

¹ Tomo estos datos del artículo "Animaladas en el asfalto", *Tráfico y Seguridad Vial*, nº 213. Puede consultarse también el informe realizado por el RACC, por encargo de la DGT: *Accidentes de tráfico con animales. Análisis de la situación a nivel europeo y español*, abril, 2011. En éste último se manejan datos de 2009, año en que se contabilizaron 13.900 accidentes de tráfico provocados por animales en la calzada, de los que 387 dejaron víctimas, con 9 fallecidos, 61 lesionados graves y 508 con lesiones leves.

² La Dirección de Tráfico del Gobierno Vasco indica, "con carácter provisional", que se registraron en ese año 20 accidentes con víctimas por atropello de un animal, sin que consten fallecimientos.

³ El Servei Català de Trànsit, que admite que carece de datos exhaustivos, contabilizó en ese año 2011 un total de 12 accidentes, con 7 heridos graves.



Para terminar con este breve apunte estadístico, parece que en España hay cerca de 50.000 cotos de caza privados.

Destaca con agudeza **ELENA VICENTE**⁴ que las especies cinegéticas se mueven con la absoluta libertad que les da su condición animal y como no reconocen ni fronteras, ni zonas de seguridad, ni titularidades o tipos de aprovechamiento cinegéticos, causan importantes daños en cosechas, personas, bienes... y, con demasiada frecuencia, accidentes de circulación, con las consecuencias que acabamos de destacar. Es remarcable, además, el importante aumento que se ha producido en el número de accidentes derivados de esta etiología a lo largo de las últimas dos décadas, lo que obedece a muy diferentes factores, que en ocasiones presentan una difícil explicación en cuanto a su relación causa-efecto. Se suele destacar, especialmente,

⁴ VICENTE DOMINGO, "Accidentes de circulación causados por la caza", *Actualidad Civil*, 2006, T.I, pág. 256.



el progresivo abandono del medio rural como medio de vida y las medidas legales de conservación del medio ambiente, para tratar de limitar los efectos de la acción o de la omisión del hombre sobre el mismo. En este sentido, se afirma que la caza contribuye eficazmente al aprovechamiento racional de los recursos cinegéticos y su gestión, y según las numerosas leyes autonómicas que regulan esta actividad, «se convierte en una herramienta para la conservación del medio natural, y todo ello con el objetivo complementario de ver optimizadas sus conocidas y valiosas potencialidades sociales y económicas»⁵.

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, en el caso de los animales domésticos, la cuestión parece presentar pocas dificultades: su dueño (o, mejor, su poseedor) responde de los daños causados, bajo criterios que se apro-

ximan mucho a los de un supuesto de responsabilidad objetiva, que viene consagrado legalmente en el artículo 1905 del CC, precepto de honda y larga tradición jurídica. En efecto, su precedente remoto se encuentra en la romana *actio de pauperie*, que protegía frente a los daños procedentes de animales cuadrúpedos: *si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit*⁶, y en la *actio de pastu pecoris*, que reprimía el pastoreo en terreno ajeno. Y en las Partidas también se regula de “*como es tenuto el señor del cavallo o de otras bestias mansas de pecha el daño que algunas dellas fizieren*”⁷. El carácter objetivo de esta responsabilidad viene a ponerse de relieve en la STS 28 enero 1986, cuando afirma que “el artículo 1905 del CC contempla una responsabilidad de carácter no culpabilista o por riesgo, inherente a la utilización del animal, que procede en principio por la mera causación del daño y con exoneración en los singulares casos de fuerza mayor, lo que significa exclusión del caso fortuito, y culpa del perjudicado, en el bien entendido que según se desprende del texto legal y así lo destaca la doctrina, la responsabilidad viene anudada a la posesión del semoviente y no por modo necesario a su propiedad, de donde se sigue que basta la explotación en el propio beneficio para que surja esa obligación de resarcir, como también lo ha declarado la jurisprudencia al analizar los caracteres y los elementos de la figura en cuestión (SSTS 14 mayo 1963, 14 marzo 1968, 26 enero 1972, 15 marzo 1982, y 28 abril 1983)... pues como el poseedor del animal responde del daño causado aún en el supuesto de que mediare caso fortuito, obviamente se trata de una responsabilidad objetiva, exigible aunque no exista culpa y por lo tanto cuando el semoviente se evade a pesar de que la cerca o valla reúne las condiciones que se entendieron adecuadas según una previsión ordinaria».

El principal problema práctico que presenta en ocasiones esta responsabilidad derivada de

⁶ D. 9, 1, 1, 3. A su vez, la *actio de pauperie* hunde sus raíces en la Ley de las Doce Tablas (Tabla VIII), que facultaba al dueño del animal doméstico que causa un daño, para optar entre la entrega del animal al que lo sufrió (*in noxam dare*) y la indemnización pecuniaria del daño causado (*noxiam sarcire*): *Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege XII tabularum descendit, qua lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerri*. Para el tema, en profundidad, puede verse SAUVAGEOT, *Responsabilité civile du fait des animaux*, Dijon, 1903, págs. 11 y ss.; RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 22 y ss.

⁷ Ley 22, Tit. 15, Partida 7ª. Vid. el estudio del estado de la cuestión en el Derecho medieval en RAMOS MAESTRE, *op. cit.*, págs. 32 y ss.

⁵ Exposición de Motivos de la Ley de Caza de la Comunidad Valenciana de 29 diciembre 2004.

los daños causados por los animales domésticos radica, frecuentemente, en la identificación de dicho poseedor, si bien en los últimos tiempos ha venido a paliarse a través de la generalización del marcado de dichos animales mediante microchip identificativo, en el que constan registrados los datos del animal y de su dueño.

Frente a este régimen reservado a los animales domésticos que acabo de apuntar, en el caso de las especies silvestres, la imputación de los daños causados por los animales resulta mucho más problemática, y admite un variado número de posibles soluciones diferentes. En el orden teórico, las alternativas son las siguientes:

1º) Hacer pechar en todo caso al conductor del vehículo con las consecuencias del siniestro, por considerar que la irrupción en la calzada de un animal salvaje o silvestre constituye un caso fortuito o, mejor, un supuesto de fuerza mayor que forma parte de los riesgos normales de la conducción del vehículo, sólo (parcialmente) combatibles desde una extrema diligencia en la adopción de precauciones por parte de los conductores: es el juego del denominado “riesgo normal de la vida”.

2º) En el caso de las especies cinegéticas, atribuir la responsabilidad del accidente al titular (privado o público) del aprovechamiento cinegético, coto o terreno del que procede el animal que lo causó. Y ello sobre la base argumental de que quien se aprovecha directamente de una determinada actividad, es justo que soporte también las consecuencias negativas o indeseables de la misma.

3º) En el supuesto de especies silvestres en general, considerar que es la Administración Pública que tiene atribuida la conservación de las mismas quien debe asumir la reparación de los daños que provocan cuando irrumpen en la calzada. Si el interés público aconseja la implementación de políticas de defensa y protección de determinadas especies silvestres, lo que, sin duda, conlleva su proliferación, es justo que los mismos servicios públicos se hagan cargo de las consecuencias económicas de los daños que causen esas políticas.

4º) Atribuir la responsabilidad en todo caso al titular de la vía pública en la que se produce el accidente, en la mayor parte de los casos, también la Administración Pública, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones en la conservación de la misma y en su señalización. Ello equivale a considerar que el accidente se produce como consecuencia del

“funcionamiento normal o anormal” del servicio público que constituye la red viaria.

El mayor o menor peso de los diversos intereses que laten detrás de cada una de estas posibilidades teóricas ha provocado una intensa evolución legislativa sobre la materia, en la que a medida que el legislador adoptaba una determinada solución, la jurisprudencia (sobre todo, la “menor” de las audiencias provinciales) venía a aplicarla mediante determinados paliativos y matices. Y con independencia de la justicia de las respuestas ofrecidas legalmente, lo cierto es que ello ha contribuido a generar una situación de singular confusión e inseguridad jurídica. Máxime cuando buena parte de los textos legislativos reguladores de la materia son de ámbito autonómico, y no siempre homogéneos entre sí, de manera que el lugar de acaecimiento del siniestro (según pertenezca a una comunidad o a otra) es otro factor a tener en cuenta a la hora de determinar sus consecuencias jurídicas.

2.- Evolución legislativa

2.1. El artículo 1906 del CC

Desde ciertos trabajos doctrinales y algunas sentencias de las audiencias provinciales, y para razonar la imputación de la responsabilidad del accidente a los titulares de los cotos de caza de manera objetiva, en ocasiones se ha acudido a la aplicación del artículo 1905 del CC. Sin embargo, parece claro que esta opción ha de ser descartada, por dos razones:

En primer lugar, porque difícilmente cabe sostener que el titular de un coto de caza “posee” a los animales de especies cinegéticas que allí se encuentran, los cuales son, por definición, animales silvestres, no domésticos ni domesticados, que no permiten una verdadera apropiación (salvo mediante el mismo ejercicio de la caza, que supone en términos estrictamente jurídicos un acto de ocupación), ni la tenencia física, el contacto persona-cosa que entraña toda posesión. Desde este punto de vista, ya las fuentes romanas dejaban fuera de la *actio de pauperie* a los animales salvajes: “Más respecto de las fieras, no tiene lugar esta acción por razón de su natural ferocidad; y por lo tanto, si huyó un oso y así hizo daño, no puede ser demandado el que fue su dueño, porque dejó de ser dueño en cuanto la fiera se le escapó; y por consiguiente, también si yo lo maté, es mío el cuerpo”⁸.

⁸ D. 9,1,10. Me he permitido transcribir la versión en castellano, para mayor claridad expositiva.

Y en segundo término, porque (seguramente consciente de lo que acabo de señalar) el propio Código Civil incorpora a renglón seguido de mencionado precepto legal un artículo 1906, que se refiere de manera específica a los daños causados por los animales que se encuentran en “las heredades de caza”: *“El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla”*⁹. Y, en consecuencia, es al texto de dicho artículo 1906 al que hemos de referir, en primera instancia, la responsabilidad por los daños derivados de los accidentes de circulación que causan las especies cinegéticas cuando irrumpen en la calzada. Texto que, en cierta medida, atenúa el carácter objetivo de la responsabilidad del poseedor de animales domésticos conforme al artículo 1905, por cuanto refiere la responsabilidad del titular del coto de caza a la falta de diligencia en el control de multiplicación de las especies cinegéticas, o sea, a la existencia de una cierta culpa o negligencia.

Sin embargo, como en seguida veremos, la Ley de Caza de 1970 contempla también una regulación específica de la responsabilidad por los daños causados por la caza, en términos de responsabilidad objetiva pura y dura. Y dicha Ley porta una Disposición Final 3ª derogatoria de «cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley», que, por lo demás, resulta ley posterior y especial frente a la regulación general del Código Civil. Y en consecuencia, se mire como se quiera, ha de entenderse que el artículo 1906 del CC está derogado por la Ley de Caza de 1970. Es verdad que han existido algunas dudas y vacilaciones a este respecto en la jurisprudencia, y todavía alguna audiencia provincial se refiere al artículo 1906 del CC, lo cierto es que a partir de la STS 27 mayo 1985 la cuestión parece estar bastante clara: «La disp. final 3.ª de la Ley de 4 de abril de 1970 que contiene la Cláusula derogatoria, establece en su último párrafo que «quedan derogadas cuantas

disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley» entre las que, evidentemente, tiene que incluirse la del art. 1906 del Código, cuyo sistema individualista-subjetivo de la responsabilidad del propietario se opone al criterio objetivo que implanta la nueva ley, al margen de la acción u omisión directa que comportan la mediación de culpa que es preciso probar¹⁰». Más tarde, en STS 22 diciembre 2006 se afirma la inaplicabilidad del artículo 1906 del CC a un supuesto de lesiones de un automovilista al chocar su vehículo contra unos jabalíes que atraviesan la carretera en la provincia de Zamora, por considerar que dicho precepto legal encuentra su ámbito en el conflicto de intereses entre la actividad agrícola y la cinegética, “sin comprender por tanto los daños personales ni a vehículos”.

Hemos de dejar a un lado, por consiguiente, el mencionado artículo 1906, para centrar la atención en su derogatoria Ley de Caza.

2.2. El artículo 33 de la Ley de Caza de 1970 y la legislación autonómica concordante

La Ley de Caza de 1970 vino a establecer, como decimos, una responsabilidad objetiva del titular del coto de caza, y subsidiariamente del propietario, por los daños causados por las especies cinegéticas¹¹. Así, su artículo 33 establece lo siguiente:

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

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

3. *De los daños producidos por la caza procedente de refugios, reservas nacionales y parques nacionales y de los que ocasione la procedente de terrenos de caza controlada res-*

⁹ Esta distinción entre el régimen general de la responsabilidad por daños causados por animales, y el específico de los animales de caza, no se encontraba en los textos prelegislativos de nuestro Código Civil, y fue incorporada en el artículo 17 del Anteproyecto de 1882-1888, verdadero antecedente próximo del “vigente” (ya veremos en qué medida lo está) artículo 1906: “El propietario de una heredad de caza -decía- responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación, o cuando haya dificultado la acción de los dueños de aquéllas para perseguirlas”. *Vid.* LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. Codificación civil, IV*, vol. II, Madrid, 1970, pág. 742.

¹⁰ La sentencia, de la que fue ponente D. José BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, afirma con toda claridad la derogación del artículo 1906 del CC, que ya habían anticipado las SSTS 14 julio 1982 y 17 mayo 1983, que más tímidamente habían afirmado que “el artículo 1906 del CC *debe integrarse* con los artículos 33 de la Ley de Caza de 1970 y 35 de su Reglamento”.

¹¹ El carácter objetivo de esta responsabilidad se proclama en las SSTS 27 mayo 1985, 30 octubre 2000, 22 diciembre 2006 y 23 julio 2007.

ponderarán los titulares de los aprovechamientos de caza y subsidiariamente el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales».

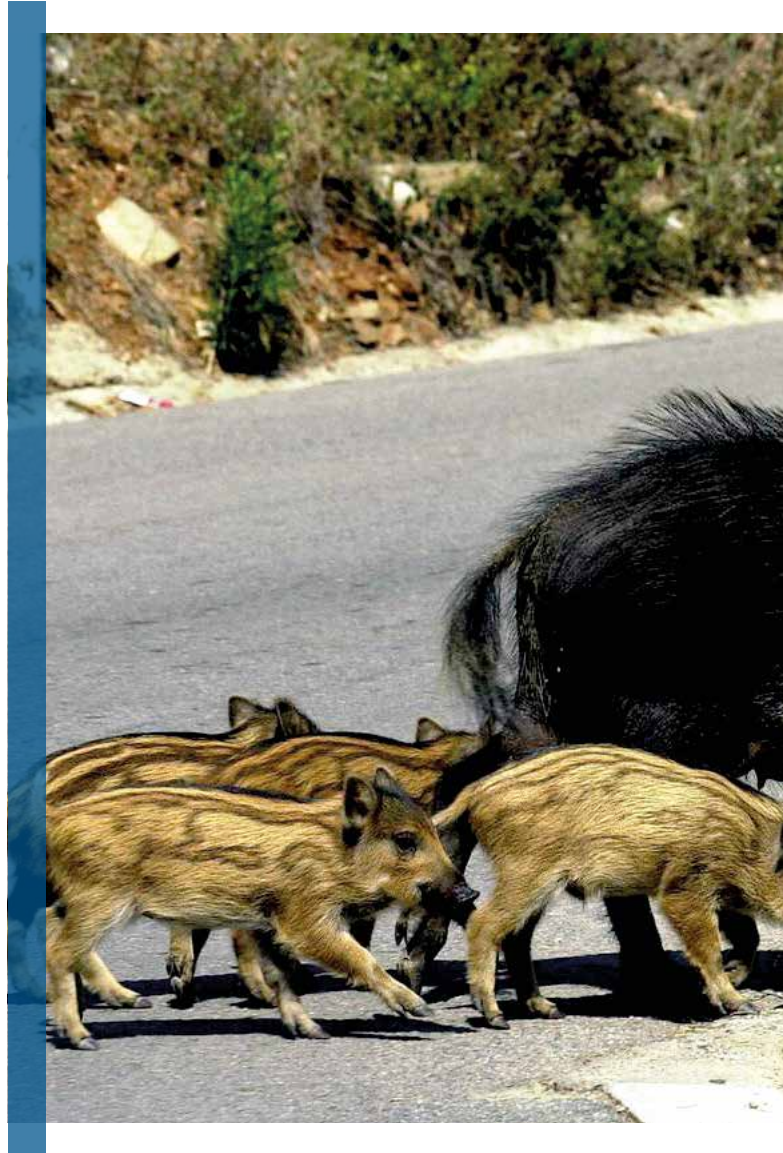
Este precepto legal rige en todas las Comunidades Autónomas que no tienen legislación de caza específica y en aquellas que, aun teniéndola, no regulan esta materia, dado el carácter supletorio del Derecho del Estado conforme al artículo 149.3 de la CE. Ha de recordarse aquí que el artículo 148.11 de la CE contempla la caza como materia atribuida a las Comunidades Autónomas, que ciertamente legislaron sobre dicha materia desde hora muy temprana. Como explicaba bien Olea Godoy¹², se puede clasificar dicha legislación autonómica con arreglo a lo siguiente:

a) Comunidades Autónomas carentes de regulación específica, sometidas a la vigente la Ley de Caza de 1970: En este grupo se encuentran las Comunidades de Madrid, Cataluña y País Vasco, siendo significativa esta última Comunidad por haber dictado en el Territorio Histórico de Álava la Norma Foral 8/2004, de 14 de junio, de Caza, la cual, en su texto original, no contiene normativa específica sobre responsabilidad. No obstante, mediante la Norma Foral 5/2006, de 27 de marzo, se modificó el art. 11 de la norma de caza, la cual, en su Exposición de Motivos, reconoce que la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a Motor y Seguridad Vial, ha cambiado el marco normativo y la atribución de responsabilidades en el caso de accidentes de tráfico ocasionados por especies cinegéticas, por lo se modifica el art. 11 de la Norma Foral 8/2004, de 14 de junio, de Caza del Territorio Histórico de Álava, integrando literalmente la Disposición Adicional Novena de la Ley 17/2005 en el apartado 2 del artículo de la norma foral citada.

b) Comunidades Autónomas que a pesar de haber promulgado legislación especial sobre caza, no contienen precepto alguno referido a la responsabilidad inherente a los daños ocasionados por animales cinegéticos:

- La Comunidad Autónoma de Castilla y León regula esta materia en la Ley 4/1996, de 12 de

¹² OLEA GODOY, "La Responsabilidad Civil en materia de accidentes provocados por especies cinegéticas", ponencia en el VI congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro: www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/6congreso/ponencias/Ponencia%20de%20Wenceslao%20Olea%20Godoy.pdf. Vid. también Silvosa Tallón, *loc. cit.*



julio, cuyo art. 12 recoge, por un lado, la responsabilidad por los daños producidos por las piezas de caza en los terrenos cinegéticos, refugios de fauna y zonas de seguridad remitiendo a la legislación estatal, y por otro lado, la responsabilidad por los daños producidos por las piezas de caza, que será del propietario de los terrenos vedados, excepto cuando el daño sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero.

- La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha legisló en materia de caza mediante la promulgación de la Ley 2/1993, de 15 de julio, la cual regula únicamente en su art. 17 la responsabilidad de los titulares cinegéticos por los daños causados en las explotaciones agrarias.
- A su vez, la Región de Murcia promulgó la Ley 7/2003, de 12 de noviembre, de Caza y



Pesca Fluvial, que no recoge de forma explícita ninguna regulación en esta materia, debiendo por tanto remitirse a la legislación estatal.

c) Comunidades Autónomas con normativa específica de caza que sí contienen una regulación sobre la responsabilidad:

- La Comunidad Autónoma de Andalucía regula la materia en la Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y la Fauna Silvestre, que en su artículo 34 contempla la responsabilidad por daños y establece la responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos indicando que serán responsables de los daños causados en las personas, bienes y en las explotaciones agrarias por los ejemplares de especies cinegéticas y piscícolas incluidas en el plan técnico y que procedan de los citados aprovechamientos. Subsidiariamente, serán
- responsables los propietarios de los terrenos. Establece como novedad que sólo estará incluido para exigirles la responsabilidad las especies cinegéticas y piscícolas incluidas en el plan técnico.
- En las Islas Baleares, la Ley 6/2006, de 12 de abril, sobre Caza y Pesca Fluvial, es posterior a la reforma estatal en materia de tráfico y efectúa una remisión expresa a la legislación civil y de tráfico en su art. 50 al establecer que la responsabilidad por daños ocasionados por animales de caza queda limitada a los casos que no se puedan imputar a culpa o negligencia del perjudicado, ni a fuerza mayor, de acuerdo con la legislación en materia civil y de tráfico.
- La Comunidad Autónoma de Galicia legisló sobre caza en la Ley 4/1997, de 25 de junio, aunque el artículo que recogía la responsabilidad fue modificado por la Ley 6/2006, de 23 de octubre, en aplicación de la normativa estatal en materia de seguridad vial.
- La Comunidad Autónoma de Canarias promulgó la Ley 7/1998, de 6 de julio, que en su art. 32.3 establece la responsabilidad del titular del aprovechamiento de los terrenos, sea persona pública o privada, por daños ocasionados por especies cinegéticas, estableciendo una responsabilidad subsidiaria de los propietarios de los terrenos con una remisión a la legislación civil ordinaria en otro caso.
- La Comunidad Autónoma de Valencia regula la materia en la Ley 13/2004, de 27 de diciembre, y concretamente en su art. 41, para distinguir entre los daños producidos a cultivos o inmuebles y los de distinta naturaleza, y para este último tipo de daños la responsabilidad se imputa a los titulares de los aprovechamientos, pero con la condición de que el animal que lo ocasione esté comprendido dentro de dicho aprovechamiento, con la salvedad de que los propios perjudicados, por culpa o negligencia, hayan contribuido a la producción del daño.
- La Comunidad Autónoma de Aragón, en la Ley 5/2002, de 4 de abril, parte también de la distinción entre daños de naturaleza agraria y los de cualquier otra naturaleza, y el régimen de responsabilidad lo recoge en el art. 71.3, según la cual «Los propietarios de terrenos clasificados como zonas no cinegéticas voluntarias, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, serán responsables de los

daños de cualquier naturaleza ocasionados por las especies cinegéticas procedentes de los mismos, salvo que el daño causado sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero ajeno al titular de la explotación». Asimismo, la referida norma conceptúa las zonas no cinegéticas voluntarias en su art. 34.2, y las que define como aquellas que, teniendo superficie suficiente para constituir en ellas un coto de caza, no hayan sido así declaradas por voluntad expresa del titular de los derechos cinegéticos, o aquellas que, sin alcanzar dicha superficie, no se han integrado en un coto de caza por voluntad de su propietario o se encuentran enclavadas en él. Por Ley de 15/2006 se introdujo un nuevo artículo, el 71 bis, que regula la indemnización por daños no agrarios y donde se establece una responsabilidad de la Administración Regional, la cual podrá establecer los mecanismos aseguradores oportunos. Esta responsabilidad de la Administración Regional se establece con la lógica salvedad de que el daño sea ocasionado por el perjudicado o un tercero.

- La Comunidad Autónoma de Asturias reguló la materia en la Ley 2/1989, de 6 de junio, dentro de la cual requiere una especial mención su art. 38, que establece la responsabilidad de la Administración del Principado respecto de los daños ocasionados por especies de la fauna silvestre no susceptibles de aprovechamiento cinegético, cualquiera que sea su procedencia, pero previa instrucción del oportuno expediente y valoración de los daños efectivamente producidos. Cuando los animales sean especies cinegéticas, y los terrenos tengan un Régimen Cinegético Especial cuyo titular no sea el Principado de Asturias, la indemnización de los daños producidos por las especies cinegéticas será responsabilidad del titular. Al no distinguir el citado artículo entre daños agrarios o de otra naturaleza, debe aplicarse dicha responsabilidad en los accidentes automovilísticos.
- La Comunidad Autónoma de Extremadura en la Ley 8/1990, de 21 de diciembre, de Caza, y concretamente su art. 74 en la redacción dada por la Ley 19/2001, de 14 de diciembre, imputa la responsabilidad de los daños ocasionados por las piezas de caza, indicando en primer lugar, que cuando el daño esté propiciado por el perjudicado, un tercero o causa de fuerza mayor, no será responsable el titular del coto, pero en los casos que cause daños la pieza de caza cuando el animal proceda del mismo. Asimismo, la Administración Autonómica será responsable siempre que el animal proceda de terrenos sometidos a régimen cinegético especial distinto de los cotos, y es exigible respecto de cualquier animal cinegético con independencia de que se trate o no de época de veda, o de sexo y edad.
- La Comunidad Autónoma de La Rioja establece el régimen de responsabilidad para las piezas de caza en la Ley 9/1998, de 2 de julio, en su art. 13, e imputa la misma a los titulares de los aprovechamientos y la Comunidad Autónoma en los vedados no voluntarios y en las zonas no cinegéticas, destacando una peculiaridad exclusiva de las demás normas autonómicas, recogida en el art. 6.3 del Reglamento de Caza, en el sentido de que cuando no se pueda precisar la procedencia de las piezas de caza respecto a uno de los varios terrenos cinegéticos de los que pudieran proceder, la responsabilidad por los daños originados en ella por las piezas de caza será exigible immancomunadamente a los titulares de todos ellos.
- En la Comunidad Autónoma de Cantabria se promulgó la Ley 12/2006, de 17 de julio de Caza, cuyo art. 63 establece la responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas, e imputa la responsabilidad de los daños causados por las especies cinegéticas a los titulares de los terrenos mismos. Pero cuando no procedan de dichos terrenos, responderá la Comunidad Autónoma siempre que procedan de Reservas Regionales de Caza, Cotos Regionales de Caza, Refugios Regionales de Fauna Cinegética y de los Vedados de Caza que se correspondan con terrenos incluidos en los espacios naturales protegidos o en el ámbito de presencia de especies amenazadas. Y cuando procedan de terrenos no incluidos en los supuestos anteriores, habrá que estar a lo dispuesto por la legislación civil. Se establece también una responsabilidad solidaria en el supuesto de que no resulte posible precisar la procedencia de las especies cinegéticas respecto a uno determinado de los varios terrenos de los que pudieran proceder, la responsabilidad por los daños causados será exigible solidariamente a los titulares cinegéticos o propietarios de todos ellos.
- La Comunidad Foral Navarra representa la excepción respecto de las anteriores Comunidades, al tener una regulación concreta en materia de accidentes por atropello, la Ley Foral 17/2005, de 22 de diciembre, de Caza

y Pesca de Navarra, que en su Exposición de Motivos destaca la importancia del aumento de los accidentes de circulación por atropello de especies cinegéticas, calificándolo de un problema social, y reconoce la implicación en este tipo de sucesos de la Administración, conductor y titulares del coto y de los aprovechamientos cinegéticos, cada uno de ellos con su respectiva participación y circunstancias. En el art. 86 regula los daños causados por estas especies, e imputa la responsabilidad:

1º) Al conductor del vehículo accidentado, en los casos en que éste no hubiera adoptado las precauciones necesarias para evitar el atropello o se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación.

2º) Al titular del aprovechamiento cinegético o, en su caso, del terreno acotado, sólo en los casos en los que el accidente sea consecuencia de la negligencia en la gestión del terreno acotado o de la acción de cazar.

3º) A la Administración competente en materia de caza, en los supuestos en que el accidente sea consecuencia de las disposiciones de ordenación del aprovechamiento cinegético.

4º) Al titular de la explotación de la vía pública en que se produzca el accidente, siempre y cuando esté motivado por la falta de conservación en relación con las medidas de protección frente a invasión de la vía por animales, cuyo mantenimiento sea responsabilidad del titular de la explotación de la vía, o por ausencia de señalización adecuada de paso de fauna cinegética.

La Ley navarra, además, establece una ayuda para apoyar económicamente el establecimiento de un mecanismo asegurador que cubra la eventual responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos de Navarra, de manera que mientras no se establezca el mecanismo asegurador, las ayudas equivaldrán a la totalidad del daño indemnizable, siempre que el mismo no sea consecuencia de negligencia en la gestión cinegética.

Pues bien, la adecuada interpretación del artículo 33 de la Ley de Caza, y sus homólogos autonómicos, ha dado lugar a una larga jurisprudencia y, a menudo, posiciones discrepantes sobre alguno de sus aspectos fundamentales. El más peliagudo de todos, que constituye el caballo de batalla en buena parte de los litigios sobre responsabilidad civil de los titulares de cotos de

caza, es determinar qué se debe entender por la expresión “procedente de los terrenos acotados”. Explica CUENCA ANAYA¹³ que pueden encontrarse dos posturas sobre esta cuestión:

a) Considerar que la pieza procede del terreno de donde sale, como estiman las SSAAPP León 13 marzo 1997 y 16 octubre 1997; Zamora 12 mayo 1998; Segovia 12 mayo 1999; Valladolid 21 octubre 1999, etc. La primera mencionada señala: «no estimamos nosotros que la expresión «procedente del coto» que utiliza el art. 33.1 de Ley de Caza deba entenderse en el sentido de exigir una situación de permanencia estable o prolongada en el tiempo de la pieza de caza, sino que entendemos que la exigencia legal se cumple con el simple hecho de que la pieza de caza «salga» del coto, es decir, estuviera en el momento inmediatamente anterior a su irrupción en la calzada». Y la de la AP de Valladolid antes citada afirma que «acreditar la procedencia o el nacimiento en un coto determinado sería imposible»¹⁴.

b) Entender que la pieza procede del terreno donde tiene su hábitat, lo que parece mucho más razonable, pero acaba convirtiendo en diabólica la prueba del hecho fundamental configurador de la responsabilidad objetiva que proclama el mencionado artículo 33. Así lo afirma la STS 30 octubre 2000: “Ha de entenderse el término procedencia en sentido amplio para referirlo a las zonas donde los animales viven en libertad y que abandonan, al salir de las mismas, contando con las facilidades necesarias para ello, para entrar en fincas privadas que no son su propio refugio natural asignado, lo que ocasiona la responsabilidad establecida reglamentariamente y que alcanza a todos los titulares y dueños de los acotados colindantes (art. 35.1 b del Reglamento y sentencia de 14 de julio de 1982”. En similares términos, la STS 22 diciembre 2006 exoneró al titular del coto de caza colindante con la carretera donde el demandante lesionado chocó contra unos jabalíes que atra-

¹³ CUENCA ANAYA, “Accidentes provocados por las piezas de caza en la Ley 17/2005, que reforma la de seguridad vial”, *Diario La Ley* 21 septiembre 2005.

¹⁴ El autor citado en la nota anterior critica duramente esta posición jurisprudencial, y considera que estas sentencias parten de una equiparación inadmisibles de los verbos proceder y salir que no tiene justificación gramatical y que lleva a resultados absurdos, agravados cuando se establece la responsabilidad aunque el coto de donde sale el animal sea de caza menor. “No es razonable que asuma la responsabilidad el titular del coto que linda con la carretera, porque las piezas de caza mayor, sobre todo los jabalíes, recorren muchos kilómetros en busca de alimentos, agua o hembras en celo, por lo que la que causa el daño puede proceder de un coto situado a larga distancia, no del que sale”.

vesaban la calzada, porque aun reconociendo que el artículo 33 de la Ley de Caza “regula un supuesto de nacimiento de la obligación de indemnizar por la mera producción del daño, sin exigir culpabilidad alguna por parte del titular del aprovechamiento..., la exigencia de que las piezas de caza procedan de los terrenos acotados sólo se cumple cuando éstos, además de haber sido el punto relativo de salida de los animales, constituyen para la especie un hábitat adecuado o un lugar de paso más o menos frecuente”. Y la STS 23 julio 2007 exige una “cierta conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento cinegético próximo a la carretera”, para concluir la exoneración del titular del coto por la muerte del conductor de un automóvil que colisionó con otro vehículo a causa de la irrupción de jabalíes en la calzada.

Lo que sucede es que las piezas cinegéticas no portan carnet de identidad, y (sobre todo en el caso de los cotos aislados) no resulta fácil saber dónde vive una pieza de caza mayor, cuál es su hábitat, lo que obliga a realizar un esfuerzo interpretativo de las reglas que disciplinan la carga de la prueba (básicamente, el artículo 217 de la LEC), y aplicarlas en todas sus dimensiones.

Así, por ejemplo, la SAP Navarra 13 febrero 1998 aplica una suerte de inversión de la carga de la prueba, cuando presume que la pieza de caza procede (o sea, según la señalada intelección del precepto, habita allí) del terreno de donde sale, lo que traslada al demandado la carga de desvirtuar tal presunción, mediante la cumplida demostración de que era otra la procedencia. Frente a esta posición, la mencionada STS 23 julio 2007 afirma que “la atribución por parte del legislador de una naturaleza objetiva a la obligación de responder no invierte la carga de la prueba, sino que únicamente excluye la necesidad de que se pruebe la culpa del autor del daño y deben probarse todos los otros extremos exigidos por la norma para que pueda imputarse la responsabilidad en base a la misma y, por tanto, el actor debe probar la procedencia de la caza”, en el sentido de que “los jabalíes tuviesen su hábitat en el coto demandado”.

La aplicación del artículo 33 de la Ley de Caza ha provocado otras dudas y controversias. Por ejemplo, el supuesto en que el accidente resulta provocado por una pieza de caza mayor que procede de un coto de caza menor. Explica **CUENCA ANAYA**¹⁵ que algunos tribunales se basan en una interpretación literal del artículo 33 para

establecer la responsabilidad del coto de caza menor en estos casos, pues dicho precepto legal nada dice sobre la clase de coto de donde el animal procede, y si la Ley no distingue, tampoco debe distinguir su intérprete. En este sentido, las SSAAPP Ciudad Real 5 marzo 1997; Burgos 26 abril 1997; León 16 octubre 1997 y 16 febrero 1998; Castellón 12 abril 2000; Lérida 6 febrero 2003; STSJ La Rioja 23 diciembre 2002; etc.

Por el contrario, otras numerosas resoluciones niegan la responsabilidad del coto de la caza menor, con el argumento que resume la SAP Gerona 23 enero 1999 en los siguientes términos: «Si se trata de un terreno acotado para un tipo de caza como es la caza mayor, es normal que sus titulares, que se benefician y aprovechan de la riqueza cinegética de caza mayor, respondan de los daños que los animales, incardinables en dicha categoría, según el art. 4 de la Ley de Caza, produzcan, pero si se trata de un terreno en que los titulares del coto sólo tienen derecho a cazar y beneficiarse de las piezas de caza menor, no debe alcanzarles la responsabilidad por los daños que ocasionen las especies de animales de caza mayor, sobre los que en principio no dispondrían de facultades para impedir su multiplicación o para adoptar otras medidas dirigidas a suprimir o limitar la capacidad dañina». En sentido similar, las SSAAP Huesca 7 febrero 1994; Lugo 9 noviembre 1994, 13 febrero 1996, 16 enero y 25 febrero 1998; Valladolid 15 noviembre 1994; León 2 junio 1995; Toledo 24 de julio de 1996; Soria 20 mayo 1996 y 10 julio 1996; Palencia 10 junio 1996; Cáceres 28 mayo 1996; Navarra 6 febrero y 1 abril 1997; Orense 30 de marzo 1999; Lérida 19 marzo 1991, etc.

Con todo, la aplicación a esta clase de accidentes de tráfico de los preceptos de la Ley de Caza sigue siendo frecuente en la práctica de los tribunales, como demuestra la doctrina de las audiencias provinciales, pues “...la referida Ley de Caza y de su Reglamento, (...) sancionan el concepto de procedencia de la caza como parámetro a tener en cuenta para imputar la responsabilidad, llevándolo incluso, a criterios extremadamente objetivos» (SAP Guadalajara 2 junio 2004), y consideran que, en aplicación de la normativa autonómica de caza, los particulares no pueden considerarse, a estos efectos, como concesionarios de un derecho de caza, sino como *titulares de los correspondientes derechos para el aprovechamiento cinegético privado* y, que desde el momento de la correspondiente autorización administrativa, quedan sujetos al régimen de responsabilidad del art. 74. 2 de la Ley de Caza, que tiene, como ya conocemos, marcado rigor

¹⁵ CUENCA ANAYA, *loc. cit.*

objetivista: “Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado. En la práctica de la caza, si no consta el autor del daño causado a las personas o sus bienes, son responsables civilmente y de forma solidaria de tales daños todos los miembros de la partida de caza...” (SAP Cáceres 10 mayo 2004). Esta sentencia añade que “lo que (...) la Ley somete al régimen administrativo que denomina como concesión es el aprovechamiento cinegético privado, concepto éste que no se confunde con el derecho a cazar ni con la actividad venatoria ni con el régimen jurídico de la adquisición de la propiedad de las piezas cazadas, puesto que para dedicarse a esa actividad como titular concesionario de terrenos destinados a ese fin no siempre es necesario ostentar un derecho a cazar conforme al art. 3.1 de la Ley. (...) Porque las piezas de caza son una *res nullius* cuya propiedad se adquiere mediante ocupación y no un bien accesorio a la propiedad de los terrenos por los que libremente transitan, el titular de predios susceptibles de aprovechamiento cinegético queda sometido por la ley a una doble condición para el ejercicio de la caza sobre los mismos: o bien permitir la caza, en condiciones de igualdad, a las demás personas administrativamente autorizadas para ello y titulares del derecho de caza (...), o bien, solicitar de la Administración permiso para poder practicar con exclusividad la caza sobre tales terrenos aprovechamiento cinegético privado reservándola para sí y para aquellas otras personas a las que autorice bajo el oportuno control administrativo (...). En definitiva (...) el derecho a cazar (...) y el derecho a la propiedad de las piezas cazadas (...) no son derechos equiparables a la actividad consistente en dedicar terrenos al aprovechamiento cinegético privado y, en consecuencia, en modo alguno quedan sometidos al régimen administrativo de la concesión...”.

Por tanto¹⁶, queda claro que en aplicación de estos preceptos legales, es entonces al *titular del aprovechamiento cinegético* a quien hay que imputar la responsabilidad, independientemente de las características particulares del coto de caza, por cuanto la declaración del mismo lleva consigo *la esencia del derecho de caza* de las especies cinegéticas que existan en aquél y que el animal causante del daño sea un

animal de caza y proceda de la finca propiedad de aquél. Precisamente, las resoluciones insisten en que *la imputación de responsabilidad al titular del aprovechamiento cinegético se realiza por ser el perceptor de los beneficios* que su desarrollo supone: «... la responsabilidad de lo ocurrido se traslada al coto, no ya por aplicación del art. 33 de la Ley de caza de 1970, sino en función del criterio general, contenido entre otras en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1992, que hace responder de los daños causados por una actividad a quien percibe los beneficios que su desarrollo comporta y es ineficaz la cita de los preceptos de la Ley de Caza que se refieren a la forma de revertir los beneficios obtenidos de la explotación del coto para desvirtuar un hecho patente, cual es que la sociedad demandada es la que explota directamente el coto y la que percibe también directa e inmediatamente los rendimientos que su explotación origina y como tal, ha de ser responsable en principio de los daños que se deriven de la tenencia del coto...» (SAP Asturias 25 mayo 2004).

2.3. El artículo 35.b) del Reglamento de la Ley de Caza

Como decíamos, el principal problema para la aplicación del artículo 33 de la Ley de Caza radica en la precisa y exacta determinación del punto por el que la pieza salió a la zona de seguridad, o la verdadera procedencia del animal causante del accidente. Por ello, el Reglamento de la Ley de Caza, en su art. 35 b) establece que «*en los casos en que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno de los varios acotados que colinden con la finca, la responsabilidad por los daños originados en la misma por las piezas de caza será exigible solidariamente de todos los titulares de acotados que fueren colindantes y subsidiariamente de los dueños de los terrenos*».

Esta responsabilidad solidaria de todos los cotos colindantes extralimita, en cierto modo, la potestad reglamentaria, pues poco tiene que ver con la responsabilidad solidaria de los miembros de una partida de caza que causa daños durante su práctica. Y es verdad¹⁷ que tal proclamación reglamentaria, que por lo demás ha sido aplicada sin más vacilaciones que las ya apuntadas por la jurisprudencia¹⁸ en la práctica ha dado lugar a una cierta picaresca y a que los conductores dirijan sus reclamaciones a los

¹⁶ Vid. GARCÍA GÓMEZ, “Daños causados por irrupción de animales en la calzada”, *Práctica Derecho de Daños*, nº 28, 2005.

¹⁷ Así lo apunta VICENTE DOMINGO, *loc. cit.*

¹⁸ La STS 30 octubre 2000 constituye un buen ejemplo.

cotos que garantizan su solvencia por la tenencia de contrato de seguro. La norma provocó un importante incremento en la contratación de seguros de responsabilidad civil por parte de los titulares de los cotos de caza, lo que ha provocado que otros muchos acotados hayan quedado libres como efecto colateral de la aplicación de las reglas de responsabilidad civil de la legislación de caza.

Ello no obstante, la cumplida demostración del punto por el cual accede a la calzada el animal que provoca el accidente y la colindancia con el coto, constituyen datos esenciales a demostrar por el demandante, como pone de relieve la SAP Salamanca 30 julio 2010¹⁹: “La legislación especial en materia de caza establece una responsabilidad para los titulares de los acotados o terrenos cinegéticos, imputándole responsable por los daños causados por las piezas de caza procedentes del coto en los términos que en tal legislación se establecen y que han quedado reflejados con anterioridad. El problema, pues, consiste en determinar cuándo la pieza de caza causante del daño procede precisamente del coto, y no de otro terreno cinegético o no cinegético, de que es titular la persona o entidad a la que se reclama la indemnización correspondiente. Puede no existir duda en cuanto a que la pieza de caza causante del daño procede de un determinado coto cuando el lugar en que se ocasiona el daño se encuentra comprendido dentro de los terrenos integrantes del coto. Cuando el lugar en que se ocasiona se encuentra, por el contrario, ya fuera de los terrenos integrantes del coto, la procedencia de la pieza de caza respecto de un determinado coto, cuando tal pieza ni siquiera pueda encontrarse comprendida dentro de un plan de aprovechamiento cinegético para un concreto coto, sólo podrá establecerse, con carácter general, a modo de presunción fundada en la colindancia o incluso proximidad del coto con el lugar concreto en que se ocasionó el daño, al ser lógico que en condiciones normales, y salvo prueba en contrario, cuando más próximo se halle el lugar en que se produjo el daño del terreno integrante de un determinado coto más probable será que la pieza de caza proceda del referido coto”.

En relación con esta responsabilidad solidaria, a propósito de la SAP Burgos 31 marzo 2003, manifiesta **BOTANA** que “en este tipo de casos son conocidas las dificultades probatorias con las que se encuentran los propietarios

¹⁹ El texto transcrito se extrae de comentario a la misma de BOTANA GARCÍA, en *Práctica Derecho de Daños*, nº 86, 2010.





de los vehículos que sufren daños por piezas de caza sobre el lugar de donde dichas piezas proceden, y que conducen en muchos casos a la absolución del demandado si por algunas manifestaciones e indicios, que son del todo fiables, puede presumirse, y casi nunca con certeza, que el animal salió de una parte distinta de la carretera donde se encuentra el coto de la parte demandada. Para salvar esta dificultad se acude en muchos casos a la solidaridad que establece el art. 35.1 b) del Reglamento de Caza, de 25 de marzo de 1971, que desarrolla en este punto el art. 33.1 de la Ley de 1970, sobre responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, por los daños causados por las piezas de caza procedentes de los mismos, cuando no sea posible determinar el lugar de procedencia del animal. Sin embargo, esta solidaridad resulta también insatisfactoria en los casos, que son mayoría, en los que no es posible determinar con seguridad el lugar de procedencia del animal, pero el demandado se ve favorecido con presunciones que son las que, a la postre, determinan su absolución. En estos casos, la solución de acudir a un nuevo pleito contra el segundo titular resulta frustrante, si a la vez que se han tenido que sufragar los gastos del primer juicio, resulta también incierto el resultado del segundo, en el que también por los mismos motivos podría recaer una sentencia absolutoria. Y si, por el contrario, en el segundo pleito se apreciara la doctrina de la solidaridad, le resultaría poco menos que imposible al titular del coto, que ha sido condenado, poder repetir contra el propietario del coto colindante, respecto del cual su absolución sería cosa juzgada. Se destaca como un paso más, en la línea de proteger a los conductores de esta clase de accidentes, lo apuntado en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000. En dicha sentencia se señalaba que ha de entenderse el término procedencia en sentido amplio para referirlo a las zonas donde los animales viven en libertad, y que abandonan, al salir de las mismas, contando con las facilidades necesarias para ello, para entrar en las fincas privadas que no son su refugio natural asignado, lo que ocasiona la responsabilidad establecida reglamentariamente, y que alcanza a todos los acotados colindantes. Con esta noción de procedencia no es difícil vincular al animal causante del daño en una zona de seguridad, no solo con el coto de donde haya salido inmediatamente antes del accidente, sino también con el que colinde por el lado contrario, por constituir uno y otro la zona en la que el animal se mueva con libertad. Es decir, sin que por la circunstancia en buena medida aleatoria de que el accidente

se produzca cuando el animal transita de un coto a otro tenga que atribuirse la procedencia del mismo al coto de salida y no al coto de entrada”²⁰.

2.4. El cambio de modelo a partir de la Ley 10/2001

Hasta aquí, por lo tanto, el panorama resultaba bastante claro: se proclamaba como regla general la responsabilidad de los titulares de los cotos de caza por los accidentes de circulación que causaran las piezas de caza, con todos los matices y paliativos que hemos mencionado.

Sin embargo, el panorama cambia radicalmente a partir de la Ley 19/2001 de 19 de diciembre, que agregó una disposición adicional 6ª al texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial de 2 de marzo de 1990, con el siguiente tenor:

«En accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, será causa legal que permita atribuir la responsabilidad al conductor del vehículo por los daños producidos en un accidente de circulación, el hecho de que se le pueda imputar un incumplimiento de las normas de circulación que pueda ser causa suficiente de los daños ocasionados; ello sin perjuicio de la responsabilidad que sea exigible a quien corresponda conforme a la normativa específica y de que sean probadas debidamente las circunstancias del accidente».

Se trata del primer texto que abiertamente pone el acento en la conducta del conductor del vehículo, al que se atribuye la responsabilidad civil del accidente, cuando ha cometido alguna infracción de las normas de circulación, que pueda encadenarse causalmente con la producción del siniestro, e inaugura un rosario de sucesivas disposiciones que han ido escalando hacia la práctica total exoneración de responsabilidad para los titulares de los cotos de caza.

Como observa la doctrina²¹, de esta forma, cuando del atestado policial o por otros medios, resulte probado el incumplimiento por parte del conductor de las normas de circulación como causa suficiente del accidente, el titular del coto podrá, en teoría, quedar total o parcialmente exonerado de responsabilidad civil por los daños causados, mediante la invo-

cación de este precepto que regula de manera excluyente la responsabilidad derivada de los atropellos de especies en accidentes de tráfico. En el fondo, ello no parece más que una concreción o aplicación legal de la doctrina de la culpa exclusiva de la víctima, que exonera de responsabilidad a quien se encuentra en situación de responder por llevar a cabo una actividad de riesgo. Inicialmente, esta proclamación legislativa fue acogida con indisimulado alborozo por los titulares de los cotos, quienes vieron en la misma el fin de una situación que consideraban injusta, y que les hacía responsables de todo accidente causado por un animal cinegético, incluso cuando el siniestro era causalmente imputable a una infracción de las normas de tráfico por parte del conductor del vehículo.

A partir de la entrada en vigor de este precepto legal, por una vez (y, a mi modo de ver, con razonable justificación), quien desarrolla una actividad que entraña un riesgo de causar daños a terceras personas, y se beneficia directamente de ello, no va a tener que pechar con las consecuencias de tales daños si es capaz de demostrar que éstos se debieron a una actitud negligente (en principio, incumplir las normas de circulación lo es, cuando es causa suficiente de un accidente) de la propia víctima.

Sin embargo, en la práctica, es verdad que tal proclamación legislativa no sirvió al fin perseguido y tuvo poca aplicación real, dada la dificultad que a menudo entraña probar la infracción del conductor.

Comparto la opinión de **ELENA VICENTE DOMINGO** de que la regla establecida en esta primera redacción de la Ley de Tráfico, correctamente aplicada, es la solución más ecuánime para el problema de los accidentes provocados por las especies cinegéticas. Por un lado, permite exonerar de responsabilidad (o reducir el alcance de la misma) a los titulares de los cotos, en la medida en que la conducta del conductor del vehículo haya contribuido causalmente en la producción del accidente. Y por otro, mantiene el ámbito de responsabilidad de dichos titulares, quienes obtienen el *commodum* del ejercicio de la caza y promueven la proliferación de las especies cinegéticas, y es justo que también deban soportar el *incommodum* que supone responder por los daños causados.

Sin embargo, como vemos seguidamente, no ha sido éste el camino seguido por el legislador, pues esta disposición fue muy pronto derogada en virtud de la Ley 17/2005.

²⁰ BOTANA GARCÍA, *Comentario a la SAP Burgos 31 marzo 2003, Práctica Derecho de Daños*, nº 12, 2004.

²¹ VICENTE DOMINGO, *loc. cit.*

2.5. La disposición adicional 9ª de la Ley de Tráfico tras la Ley 17/2005

En efecto, la Ley 17/2005, de 19 de julio, reforma nuevamente la Ley de Tráfico, e introduce una Disposición Adicional 9ª con el siguiente tenor:

«En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación. Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, sólo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización».

En consecuencia, la regla general es la exoneración de los titulares de los cotos de caza no son responsables de los accidentes de circulación causados por las especies cinegéticas. Ello diferencia abiertamente a dichos titulares respecto de los que regentan explotaciones agrícolas y, sobre todo, ganaderas. Dicha exoneración viene aderezada con la imputación de responsabilidad:

a) Al conductor del vehículo si se demuestra que cometió infracción de las normas de circulación. A primera vista, puede parecer que la norma no difiere del texto de su antecesora, en cuanto la exoneración de los titulares de los cotos se basa en la infracción de las normas de tráfico por el conductor del vehículo. Es muy destacable, sin embargo el cambio radical que introduce este precepto, pues a tenor de su literal dicción, para imputar la responsabilidad del accidente al conductor del vehículo, basta acreditar *cualquier incumplimiento* de las normas de circulación, sin que ya sea precisa una relación de causalidad entre dicho incumplimiento y la generación del accidente, que hasta entonces sí se exigía en la medida en que el precepto tipificaba la infracción como *causa eficiente* de la colisión. Con el texto de 2001, siempre podía establecerse ésta a partir de un ligero exceso de velocidad sobre la limitación genérica de la vía, o de la distracción inherente al uso del teléfono móvil; pero no por otras infracciones que no guardan relación causal alguna con el atropello de un animal que atraviesa la vía inopinadamente. Con la redacción de 2005, desaparece toda

exigencia de relación causal entre la (demostrada) infracción del conductor y el hecho del atropello: una placa de matrícula rotulada con pintura no reglamentaria, no portar en el coche un chaleco reflectante o las gafas de repuesto, o sobrepasar el plazo de revisión obligatoria por la Inspección Técnica de Vehículos, constituyen evidentes infracciones de las normas de circulación, que (a tenor del texto literal de este precepto) deberían acarrear la inmediata imputación del atropello al conductor del vehículo, aunque nada tengan que ver con su causación.

b) Al titular de vía de circulación (casi siempre alguna Administración Pública) si se demuestra que existen defectos de conservación o de señalización de la misma. Es decir, la Administración titular de la carretera será responsable de los daños sufridos por el atropello de la pieza de caza cuando las condiciones de la vía concurrieran causalmente a la producción del siniestro, bien por una mala señalización (a menudo, la inexistencia de la correspondiente señal indicadora de la existencia de animales, cuando ya se han producido otros siniestros similares en el mismo tramo de la vía), o bien porque el firme no se encontraba en buen estado o porque las cunetas no estaban limpias, en los términos previstos en los artículos 21 y 22 de la Ley 25/1988, 29 de julio de carreteras.

c) Aunque el precepto legal comentado no lo diga, también cabe la imputación de la responsabilidad del accidente a la Administración por una vía diferente a la de la titularidad de las carreteras, y es necesario recordarla en este punto. La Administración puede aparecer implicada como titular de los terrenos cinegéticos o, en los terrenos vedados o, en los refugios de fauna y en reservas nacionales, cuando la pieza procede de los mismos, pues en tal supuesto, la responsabilidad viene impuesta y regulada por el mencionado artículo 33 de la Ley de Caza, en relación con la (mal) denominada responsabilidad patrimonial de la Administración regulada por la LRJPAC, y últimamente vergonzosamente matizada por las diferentes normas autonómicas en la materia, que han venido a exonerar a las administraciones autonómicas de responsabilidad en buena parte de los supuestos, con clara vulneración de principios constitucionales.

Frente a dicha regla general de exoneración de los titulares de los cotos de caza, el “nuevo” precepto de 2005 contempla la excepción: Dichos titulares sólo responden del accidente de circulación (nótese el carácter deliberadamente restrictivo de esta redacción) cuando éste sea consecuencia directa de la acción de cazar o



de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. Pues bien, según el artículo 2 de la Ley de Caza “*se considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por tercero*”. Y, en consecuencia, con arreglo esta regulación de 2005, para poder imputar la responsabilidad del accidente al titular del coto, el demandante deberá de probar que éste estaba cazando en ese momento y que

además, ésta fue la causa directa del accidente, lo que, sin duda, constituye una verdadera prueba diabólica: ¿Cómo y cuándo caza el titular del coto dentro del mismo? ¿Qué día o días de la semana? ¿A qué hora? ¿En qué zona del coto lo hacía ese día? ¿Perseguía a tiro limpio a la pieza de caza en el momento en que ésta se internó en la calzada?

Temprano y con agudeza comentó **ELENA VICENTE** que todavía resulta más difuso y entraña menos seguridad jurídica para responsables y perjudicados, el supuesto de responsabilidad



del titular por el incumplimiento de las obligaciones de conservación de los terrenos y de las piezas como causa de imputación. El régimen de responsabilidad del titular del coto que se basaba en el criterio objetivo del aprovechamiento, es decir, en el conocido principio *ubi emolumentum ibi onus*, se ha convertido en un régimen subjetivo basado en la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de conservación. Por otro lado, con esta regulación ya no resultaba posible hacer responsable al titular de un coto de caza menor si la pieza es de caza mayor.

¿*Quid* del supuesto en que se acredite una infracción de las normas de circulación por parte del conductor y una determinada falta de diligencia de los titulares en la conservación del terreno? Difícilmente podrá aplicarse la regla general de toda responsabilidad civil, mal llamada “compensación de culpas”, pues ésta en realidad no es sino una “concausación del daño” que obliga a compensar el importe de la indemnización, imponiendo a cada uno de los corresponsables del daño la correspondiente cuota reparatoria. Pero en este caso, en la medida que la infracción del conductor no precisa ya ser constitutiva de *causa eficiente* del accidente, no vemos cómo (con qué medida, quiero decir) puede operar dicha compensación del *quantum*. Es más, si el accidente es la consecuencia directa de la acción de cazar, no veo ya cómo es posible invocar la concurrencia con el conductor.

La intención del legislador (quien a partir de esta reforma empieza ya a dar muestras de ser también un buen aficionado a la caza) parecía clara. Sin embargo, el sentido común y los criterios de equidad han llevado a la jurisprudencia menor a aplicar en esta materia la doctrina de la facilidad probatoria del artículo 217.7 de la LEC, cuando no la consolidada y tradicional inversión de la carga de la prueba.

De este modo, dicha doctrina jurisprudencial menor ha exonerado a los conductores de los vehículos siniestrados de la carga de probar el negligente cumplimiento de las obligaciones de conservación del coto, y por el contrario, ha venido imponiendo a los titulares de los cotos la carga de la prueba de haber agotado la diligencia exigible en orden al cumplimiento de sus deberes de seguridad y control, y les ha imputado la responsabilidad del accidente en todos aquellos supuestos en que no acrediten el puntual agotamiento de dicha diligencia. Ello supone un evidente paliativo (se podría afirmar incluso que, en ocasiones, opera *contra legem*), que reconduce el modelo legal a los estrictos cauces de la doctrina general de la responsabilidad civil, en los que la relación de causalidad entre el hecho imputable al responsable y la producción del daño constituye una constante difícil de soslayar, por más que el legislador se empeñe. Algunos ejemplos de esta doctrina pueden verse en las SSAAPP Coruña (Secc. 5.ª) 25 noviembre 2013; (Secc. 3.ª) 8 noviembre 2013, y STS (Sala 3ª) 22 septiembre 2009 entre otras muchas.

Con todo, la reforma de 2005 ya planteó algunas dudas importantes a la jurisprudencia

cia. Explica **SILVOSA TALLÓN**²² el debate establecido en las Audiencias Provinciales sobre la vigencia del artículo 33 de la Ley de Caza de 1970. Así, la Audiencia Provincial de Orense ha interpretado que se produce su derogación tácita. La Audiencia Provincial de Cáceres mantiene también la derogación tácita del mismo y de las normas autonómicas que establecían la responsabilidad objetiva, al ser competencia exclusiva del Estado la legislación civil y por tanto dentro de ésta, la que regula la responsabilidad civil extracontractual, de conformidad con el art. 149.1 de la Constitución. En sentido opuesto se pronuncia la Audiencia Provincial de Burgos, la cual establece otra interpretación posible ante la falta de derogación de la Ley nacional de caza y la ausencia de toda exposición de motivos en la nueva regulación que permita aclarar las dudas que se suscitan, que sería entender compatibilizadas ambas regulaciones, la DA 9.^a, cuando habla de la responsabilidad del acotado o del titular de los terrenos limitada a las dos causas que describe, es decir aquellos en que ha concurrido la culpa del conductor del vehículo, en cuyo caso sólo en esos dos supuestos responderá el acotado, mientras que cuando no concorra la culpa del conductor regirá la previsión general del artículo 33 de la Ley de caza.

2.6. La (de momento) última redacción de la disposición adicional 9.^a, tras la Ley 6/2014

La Ley 6/2014, de 7 de abril, confiere una nueva redacción a la Disposición Adicional 9.^a del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial, en los siguientes términos:

“Disposición adicional novena. Responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas.

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

No obstante, será responsable de los daños a personas o bienes el titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno, cuando el accidente de tráfico sea consecuencia directa de una acción de caza

colectiva de una especie de caza mayor llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de aquél.

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

En pocas palabras: el conductor del vehículo será siempre responsable, frente a sí mismo y frente a los ocupantes del vehículo, salvo que directamente se produzca la irrupción del animal durante una acción de caza o si la Administración encargada del cuidado de la vía, una vez advertida, no ha reparado su cerramiento o no ha señalado el peligro por animales sueltos.

3.- La responsabilidad del conductor tras la reforma de la Ley 6/2014

3.1. El silencio acerca de su *ratio legis*

Como decíamos, la Ley 6/2014, de 7 de abril, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, ha venido a dar una última vuelta de tuerca a la escalada exoneratoria de los cotos de caza y las administraciones públicas, para consagrar una suerte de responsabilidad del conductor del vehículo a todo evento, con la única salvedad o excepción del supuesto en que directamente se produzca la irrupción del animal durante una acción de caza o si la Administración encargada del cuidado de la vía, una vez advertida de la peligrosidad del tramo donde se produce el accidente, no ha reparado su cerramiento o no ha señalado el peligro por animales sueltos.

Como agudamente se ha señalado, en la práctica, los conductores que sufran un accidente por causa de la irrupción en la calzada de un animal catalogado como especie cinegética, y aunque no incumplan ninguna norma de circulación, no recibirán indemnización alguna si resultan heridos o sus familias si mueren. Y además, serán también responsables frente a los ocupantes de su coche que resulten lesionados o muertos. Eso sí, pueden quedar agradecidos, pues no se lleva dicha responsabilidad hasta sus últimas (que serían, por lo demás, razonables) consecuen-

²² SILVOSA TALLÓN, “Los accidentes ocasionados por atropello de especies cinegéticas”, *Actualidad Civil*, 2010, T. I, págs. 872 y ss.

cias: ise les exime de pagar la pieza de caza atropellada!²³

A la búsqueda de la *ratio legis* que subyace a esta nueva reforma, parece razonable indagar, como primer expediente, en la *mens legislatoris* a través de la Exposición de Motivos de la norma, donde se nos explica que “en los últimos años, la normativa relacionada con el tráfico y la seguridad vial ha sido objeto de importantes modificaciones desde varias perspectivas formales, incidiendo especialmente en la adecuación de los comportamientos de los conductores a una conducción que permita reducir la siniestralidad en calles y carreteras. En este sentido, hay que hacer obligada referencia, en primer lugar, a la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos;

²³ No ahorra calificativos, y expresa en términos de claridad aplastante su posición (que compartimos sin ambages) sobre la reforma, YAÑEZ DE ANDRÉS, “Otra animalada legislativa”, *Diario La Ley*, nº 8301, 30 abril 2014: Nuestro Congreso de los Diputados acaba de aprobar una reforma de la Ley del Tráfico y Seguridad Vial, que, abundando en la línea ya iniciada en la regulación anterior, lleva a consagrar la total irresponsabilidad de los aprovechamientos cinegéticos de caza por los daños causados por sus animales que irrumpen en las calzadas al normal paso de los vehículos. Parece que toda la evolución jurídica producida desde hace más de 2.000 años quiere ser borrada de un plumazo y, en contra de lo que dicta el sentido de la Justicia y el más elemental sentido común, se fije el principio de «irresponsabilidad del culpable» y de «responsabilidad del inocente», porque la otra cara de la moneda de esta reforma pretendida es que el conductor del vehículo será siempre responsable, frente a sí mismo y frente a los ocupantes del vehículo, salvo que directamente se produzca la irrupción del animal durante una acción de caza o si la Administración encargada del cuidado de la vía, una vez advertida, no ha reparado su cerramiento o no ha señalado el peligro por animales sueltos. En la práctica, los conductores que sufran un accidente por esta causa, y aunque no incumplan ninguna norma de circulación, no recibirán indemnización alguna si resultan heridos o sus familias si mueren. Y además, serán también responsables frente a los ocupantes de su coche que resulten lesionados o muertos.

Sencillamente demencial, completamente arbitrario y como tal proscrito por el art. 9.3 de nuestra Constitución. ¿Pero en qué estarán pensando nuestros legisladores para proyectar semejante «animalada»?

Poner por encima una actividad de recreo como es la caza o un animal, sobre una vida humana, como bienes jurídicos a proteger en caso de conflicto, es verdaderamente retroceder en el curso de la civilización, en forma lamentable. Mucho más sencillo y práctico sería obligar a los titulares de los cotos de caza a concertar un seguro de responsabilidad civil que cubriese los daños causados por los animales provenientes del mismo y a la Administración a extremar la diligencia en el cuidado de los cerramientos de las vías de circulación de vehículos, inspeccionándolos debidamente y, si se quiere, asegurando los efectos dañosos de sus posibles deficiencias. ¡Pero hacer responsable a una víctima inocente es un verdadero despropósito inadmisibles!

... en cualquier caso, la reforma proyectada, deviene injusta y arbitraria y, por consecuencia, inaplicable con el alcance que se pretende, al entrar en contradicción con nuestro CC, y con nuestra propia Constitución, cuya superioridad normativa vulnera”.

en segundo lugar, a la modificación del Código Penal en lo que se refiere a los delitos contra la seguridad vial, y, en tercer lugar, a la reforma del procedimiento sancionador operada por la Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora. Una vez que se han abordado los cambios más integrales en lo que respecta a los comportamientos más seguros en la conducción, ahora es el momento de incorporar al ordenamiento adaptaciones o modificaciones que no se centran tanto en el conductor, sino que se dirigen a otros aspectos que en los últimos años no han sido tan prioritarios, pero que es necesario asumir normativamente para ir mejorando distintos aspectos de la seguridad vial. Se trata de acometer un ajuste en varios preceptos del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que no presentan un hilo argumental común, pero que, uno a uno, corrigen disfunciones sobre las que no se ha actuado hasta ahora”. Con dicho propósito, se incorpora por aluvión toda una serie de reformas, que van desde la organización burocrática del Consejo Superior de Tráfico, Seguridad Vial y Movilidad Sostenible, hasta la realización de obras en la calzada, pasando por el uso de cinturones de seguridad, la prohibición de los sistemas de detección de radares y cinemómetros, la conducción bajo la influencia de las drogas, el establecimiento de límites de velocidad para vías, vehículos y conductores, y la modificación del régimen sancionador.

A todo ello se refiere luego, con mayor o menor extensión y fortuna, la Exposición de Motivos. Sin embargo, no hemos sabido encontrar en todo el texto motivador ni una sola referencia a las razones que han movido al legislador a imputar al conductor del vehículo la responsabilidad por todo atropello de especies cinegéticas, y adoptar así una decisión legislativa que rompe abiertamente no sólo con toda nuestra tradición jurídica, sino también con la lógica del sistema jurídico de responsabilidad civil y, en fin, con los postulados de la más elemental justicia. Y ello, sin duda, hubiera merecido al menos un par de líneas en la Exposición de Motivos, que no sólo ayudarían a comprender la *ratio* de la reforma, sino que disiparían (o, cuando menos, mitigarían) las especulaciones y sospechas de que sean determinados intereses o influencias poco confesables los que se encuentran detrás del nuevo texto legal.

Es más, desde el punto de vista de la más estricta técnica legislativa, la doctrina ya ha des-

tacado agudamente la curiosidad de que la disciplina de esta responsabilidad por accidentes de tráfico se ha sacado de la legislación general sobre responsabilidad civil del automóvil, para llevar la cuestión a la legislación sobre tráfico debido a la presión del lobby de cazadores. Hay que notar que se trata ésta de la única mención a la responsabilidad civil por accidentes de circulación que se contiene en toda la Ley de Tráfico, ya que el lugar natural para esta regulación no es una norma esencialmente administrativa sino la legislación sobre responsabilidad civil y seguro en el ramo de autos²⁴.

3.2 La regla general: responsabilidad del conductor. Sí, pero poca

Como vengo señalando, la nueva redacción de la disposición adicional 9ª de la Ley de Tráfico establece, como regla general, la responsabilidad del conductor de todos los daños “a personas o bienes” derivados de los accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas en las vías públicas. Es una norma de atribución o imputación legal objetiva de responsabilidad al conductor del vehículo, que no se basa, por tanto, en su nivel de diligencia o negligencia en la conducción del vehículo, ni en el incumplimiento de las normas de tráfico. En el juicio crítico que sigue explicaré que, en realidad, no se sabe cuál es el fundamento de tal imputación que, obviamente, no puede encontrarse tampoco en el riesgo (uno de los típicos factores de atribución objetiva), pues si alguien es ajeno a la irrupción del animal de caza, es precisamente el conductor. No se puede hacer responder por riesgo a quien no lo crea. El riesgo aquí no lo “pone”, desde luego, el que circula normal y correctamente con su vehículo por una vía pública, sino, en todo caso (permítasenos la ironía) el animal que irrumpe en la calzada, quien quiera que sea el responsable del mismo.

Sorprendentemente, sin embargo, la norma no lleva esta imputación de responsabilidad hasta sus últimas consecuencias, para, según la conocida fórmula **TOULEMON-MOORE**, hacer responder “de todo el daño y de nada más que el daño”. Por el contrario, exime expresamente al conductor de la obligación de pagar el valor de los animales que causaron el accidente. O sea, responsabilidad, pero poca. Y ello es algo que tampoco encuentra fácil explicación: si el conductor es responsable, debería serlo de todas las consecuencias del accidente, incluidas las que afectan a la pieza de caza. Y si no lo es, no debería responder de ninguna.

²⁴ MARTÍNEZ NIETO, “Aspectos de la Ley de Tráfico tras la reforma de 2014”, *Tráfico y Seguridad Vial*, 10 junio 2014, epígrafe 14.





Ello nos lleva a pensar que, en realidad, este precepto no encierra más que un vulgar y cínico eufemismo, pues lo que en verdad quiere decir es: “los titulares de los cotos (a diferencia del resto de los ciudadanos en general y los practicantes de actividades de riesgo en particular) no responden de los daños, muerte y lesiones que causen las piezas de caza que salen de dichos cotos”. Y ya de paso, como el Estado, además de legislador es titular de buena parte de las vías públicas, aprovecha también para afirmar que “el titular de la vía pública sólo responderá en caso de dolo eventual”.

3.3. La primera excepción: la acción de la caza

Frente a dicha regla general, sólo hay un supuesto excepcional en el que cabe atribuir la responsabilidad del accidente al titular del aprovechamiento cinegético o, en su defecto, el propietario del terreno: el supuesto en el que el accidente de tráfico sea consecuencia directa de una acción de caza. Una simple lectura del precepto nos lleva a la conclusión de que este caso excepcional aparece tan cargado de requisitos legales, que difícilmente podrá encontrar una verdadera aplicación práctica. Veamos muy simplemente dichos requisitos, cuya concurrencia cumulativa permitirán al conductor del vehículo exonerar su responsabilidad:

1º) La atribución de la responsabilidad se hará, en primera instancia, al conductor del vehículo, de acuerdo con la regla general que establece el párrafo primero del precepto. Todas las circunstancias que siguen, por lo tanto, *deben ser acreditadas puntualmente por dicho conductor*, quien no podrá (según el tenor literal de la norma) valerse de la doctrina de la facilidad probatoria, cuya aplicación atribuiría obviamente a los cazadores la carga de probar las circunstancias, horas, fechas y otros detalles de la acción de caza en cuestión.

2º) El accidente ha de ser *consecuencia directa* de la acción de caza, es decir, ha de establecerse un preciso y directo nexo causal entre el hecho de cazar y la irrupción del animal en la calzada. En otras palabras, habrá que demostrar que los cazadores perseguían a tiro limpio a la pieza de caza en el momento en que ésta, huyendo, se interna en la calzada. Ya hemos señalado que, con arreglo al artículo 2 de la Ley de Caza, “se considera acción de cazar la ejercida por el hombre mediante el uso de artes, armas o medios apropiados para buscar, atraer, perseguir o acosar a los animales definidos en esta Ley como piezas de caza, con el fin de darles muerte, apropiarse de ellos o facilitar su captura por tercero”.

3º) Dicha acción de caza debe ser de naturaleza *colectiva*, de manera que por más que la irrupción de la pieza de caza se debiera de manera directa a la acción de cazar, si el cazador era individual, el titular del aprovechamiento cinegético queda igualmente exonerado de toda responsabilidad, la cual se mantiene a cargo del conductor en tal supuesto.

4º) La acción de caza que provoca la irrupción del animal y, por tanto, el accidente, debe tratarse de una especie de *caza mayor*, pues de lo contrario no opera la excepción. El legislador sale así al paso de la interpretación que había venido efectuando la jurisprudencia, como hemos visto²⁵.

²⁵ La SAP Lleida (Secc.2ª) 9 septiembre 2002, con cita de las SSTs 17 de mayo de 1983, 27 mayo 1985, 6 febrero 1987 y 30 octubre 2000, estableció: Cierta es que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales no ha seguido un criterio unánime en la interpretación del art. 33.1 Ley de Caza, según el cual los titulares de aprovechamientos cinegéticos serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados y, subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos. Y así, de un lado, se sigue el criterio de que la responsabilidad del titular del coto ha de entenderse unida a la procedencia del animal, entendiendo tal expresión en el sentido de exigir una permanencia estable o prolongada de la pieza de caza en el lugar, sin que baste la mera presencia coyuntural en el coto, mientras que otra corriente jurisprudencial, sigue un criterio contrario, en el sentido que la responsabilidad es independiente del tipo de aprovechamiento cinegético de que se trate. Para la Audiencia ha de partirse de un hecho fundamental probado, cual es que el jabalí tiene su hábitat en los cotos de los demandados. En relación con los dos cotos de que se trata, si bien el aprovechamiento es para caza menor, ello viene determinado por la decisión del titular del coto que es quien decide cazar o no unas determinadas especies y, en ambos casos, a cualquiera de los dos titulares se les podría atribuir la licencia para la caza del jabalí, incluso aunque no alcanzasen la superficie mínima exigida, siendo tradicional concederlo como elemento auxiliar aunque el aprovechamiento principal sea la caza menor. Con tales premisas, siendo que según reiterada doctrina jurisprudencial la Ley de Caza (art. 33.1) y su Reglamento (art. 35) establecen una responsabilidad de carácter marcadamente objetivo, al igual que los arts. 1905 y 1906 Código Civil, en aplicación del principio de responsabilidad por riesgo derivado del uso, explotación o simple tenencia de determinados bienes, sea con carácter lucrativo o para simple disfrute u ostentación, concluye la Audiencia Provincial que en el caso de autos han de responder los titulares de los cotos que, además, son los propietarios de los terrenos ya que, si bien por voluntaria decisión y a efectos meramente administrativos, tienen concedida la licencia para el aprovechamiento cinegético de caza menor (como aprovechamiento principal), bien podrían obtenerlo también para la caza del jabalí y, en cualquier caso, dado que ha de resultar fácilmente apreciable para quien conoce y explota las fincas la posibilidad de asentamiento de dichos animales en sus terrenos al existir en ellos condiciones favorables para su estancia más o menos prolongada, adoptar las medidas pertinentes para evitar el previsible daño que puedan causar a terceros, siendo significativo que pese a la colindancia con la carretera comarcal no se ha acreditado, ni siquiera alegado, la existencia de vallas u otro tipo de cierres con tal finalidad.

5º) Por último, esa partida de caza causante del accidente debió ser llevada a cabo el mismo día o que haya concluido doce horas antes de acaecer el siniestro.

3.4. La segunda excepción: el cuasi dolo eventual del titular de la vía

La nueva regulación de la materia también se lo pone especialmente difícil al conductor del vehículo si, dado que va a ser prácticamente inviable trasladar la responsabilidad del accidente al titular del aprovechamiento cinegético, decide reclamar al titular de la vía pública donde se produce el accidente. A tal objeto debe demostrar algo así como una suerte de dolo eventual por parte de dicho titular, quien:

1º) A sabiendas de que la valla de cerramiento de la vía de circulación se encuentra rota, no la repara dentro de un determinado plazo, ya sea éste regulado reglamentariamente en las disposiciones autonómicas²⁶, o sea derivado de lo que resulta razonable a la vista del riesgo que entraña su deterioro. Una vez más, la lógica jurídica se tambalea: supongamos que el conductor del vehículo demuestra que el accidente se produce cuando el titular de la vía se encuentra todavía en plazo para reparar la valla, pero sabe que está rota; y que el animal irrumpe en la calzada a través del tramo roto de la valla. ¿No sería más lógico y justo imputar la responsabilidad al titular de la vía defectuosa que al conductor que, literalmente, “pasaba por allí”? ¿Por qué motivo jurídico se justifica la exoneración del titular de la vía en este supuesto?

2º) A sabiendas de que se trata de un tramo con alta accidentalidad por colisión de vehículos con animales, omite la señalización específica de animales sueltos. Dicho llanamente: ¿cuántos muertos hacen falta para considerar que un tramo es de alta accidentalidad o de “concentración de accidentes” (según la denominación reglamentaria)? ¿debe ser la accidentalidad el criterio a seguir, o tal vez fuera razonable prevenir las consecuencias derivadas de la proximidad

²⁶ No hemos sabido encontrar una regulación de estos plazos en la legislación estatal de carreteras. El artículo 21 del RD 345/2011, de 11 de marzo, sobre gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias en la Red de Carreteras del Estado, establece que “Las inspecciones de seguridad viaria darán como resultado una propuesta de las actuaciones preventivas que requieran una actuación de mantenimiento. La Dirección General de Carreteras incluirá estas medidas en los programas de mejora de la seguridad viaria y las ejecutará en el menor plazo posible en función de su idoneidad técnica y de la disponibilidad presupuestaria”.

dad de cotos de caza, sin necesidad de que ya se hayan registrado accidentes?²⁷

Como decía, son casos de verdadero dolo eventual: si el titular de la vía sabe que la valla está rota y no la repara, u omite la señalización a pasar de la alta siniestralidad, habría que ir pensando en una eventual responsabilidad de índole penal, dada la gravedad de la negligencia que todo ello constituye y de las consecuencias que puede acarrear.

3.5. Los motivos de crítica

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, y sin entrar en otras consideraciones de índole social, que parecen estar imbricadas en el tema, la norma no puede resultar más defectuosa técnicamente, a tenor de los siguientes argumentos:

1º) Es una norma insólita, desde el momento en que la regla general imputa una responsabilidad de carácter objetivo que no obedece a ninguno de los criterios standard de imputación: No se basa en el incumplimiento de las normas de circulación; ni tampoco en la culpa o negligencia del responsable; ni siquiera en el riesgo, puesto que no es el conductor quien controla o realiza la actividad que provoca el peligro de la verdadera causa eficiente del accidente, que no es otra que la irrupción del animal en la calzada. Entonces, ¿cuál es la base en la que el legislador sustenta la imputación de responsabilidad? No se sabe, sencillamente. Ya nos hubiera gustado que la Exposición de Motivos aclarase, al menos, este extremo, pues

²⁷ El artículo 15 del RD mencionado en la nota anterior, en relación con la gestión de la seguridad de las infraestructuras de las vías en servicio, prescribe lo siguiente: “La gestión de la seguridad en las carreteras incluidas dentro del ámbito de aplicación de este real decreto incluirá la identificación y el tratamiento de los tramos de concentración de accidentes (TCA) y de los tramos de alto potencial de mejora de la seguridad (TAPM).

La identificación de TCA y de TAPM se llevará a cabo cada tres años sobre la base del análisis de la accidentalidad en la red de carreteras en servicio con los criterios establecidos en el anexo III.

La Dirección General de Carreteras realizará un estudio detallado de los TCA y los TAPM detectados que tendrá como fin identificar los elementos de la configuración de la carretera que pudieran contribuir a que se acumulen los accidentes y proponer las medidas correctivas o preventivas adecuadas. Los técnicos encargados de la realización de los estudios detallados de actuaciones deberán cumplir los requisitos establecidos en el artículo 12.c).1.

Por otro lado, la Dirección General de Carreteras velará por el establecimiento de la señalización y el balizamiento adecuados para anunciar a los usuarios los tramos de carretera que se encuentren en obras con arreglo a la normativa vigente”.

el silencio del legislador en este punto puede llevarnos a pensar en el carácter arbitrario de la norma.

2º) La norma subvierte el esquema general de toda responsabilidad civil, puesto que imputa *ope legis* la responsabilidad a un sujeto que, dicho lisa y llanamente, **no causa el daño**, en términos de la causalidad adecuada más elementales. Lo que causa el accidente no es la circulación del vehículo por una vía pública, en condiciones absolutamente normales de prudencia y diligencia y sin contravenir norma de tráfico alguna; la causa adecuada del siniestro es la irrupción del animal en la calzada. Y, en consecuencia, no se imputa la responsabilidad a quien “causa daño a otro” (artículo 1902 del CC), sino más bien al primero que lo padece.

3º) Algo de esto debía pasar por la mente del legislador cuando no tuvo arrestos para llevar dicha responsabilidad hasta sus últimas y coherentes consecuencias: si el conductor es responsable de los daños derivados del accidente, debería serlo *de todos ellos*. ¿Por qué excluir el valor del animal que causó el daño? La respuesta es fácil de intuir: porque en tal caso la injusticia de la norma resultaría más evidente todavía de lo que ya es y alcanzaría los límites de lo intolerable. Ya he manifestado más arriba el “cinismo legislativo” que ello entraña.

4º) Semejante opción legislativa carece, como hemos podido comprobar a lo largo de estas breves páginas, de toda tradición en nuestro ordenamiento jurídico. La lógica hace que, desde los textos más antiguos hasta la más “reciente” Ley de Caza, se imputara la responsabilidad por los daños que causan las piezas de caza a los titulares de las explotaciones cinegéticas. Junto con otros textos legales del siglo XX (accidentes de trabajo, circulación de vehículos, navegación aérea, manejo de la energía nuclear, etc.), la Ley de Caza fue siempre uno de los ejemplos paradigmáticos de responsabilidad objetiva frente al modelo “general” del Código Civil, basado en la culpa. El ejercicio de la caza se consideró siempre una de esas actividades que, “excepcionalmente”, merecían una imputación de responsabilidad sin necesidad de culpa del causante del daño. Curiosamente, con la nueva regulación de la materia, dicha responsabilidad efectivamente se mantiene, con la única excepción de los accidentes de tráfico que dichos animales provocan cuando irrumpen en las vías de circulación, que son, por cierto, la

fuerza más cruenta de daños causados por la actividad de la caza.

5º) La norma, nótese, no busca tanto imputar la responsabilidad a los conductores de los vehículos, cuanto, lisa y llanamente, exonerar de la misma a los titulares de las explotaciones cinegéticas, quienes, por ello, se convierten en ciudadanos privilegiados: los únicos que ejercen una actividad susceptible de generar riesgos para terceras personas (criar animales salvajes lo es, razonablemente), y se ven eximidos de pechar con las consecuencias que ello genere. Como recientemente se ha señalado, “un accidente por atropello de animales sueltos en las vías públicas es un evento no imprevisible en el medio rural; de ahí que los conductores deben estar alerta ante esta posibilidad. Pero también es cierto que la actividad cinegética en los cotos de caza es una práctica deportiva como otra cualquiera, que debe asumir las consecuencias de los riesgos creados como ocurre con el resto de actividades de riesgo sometidas además a un aseguramiento obligatorio”²⁸.

Por buscar un ejemplo que resulte cercano a la propia temática: Un ciudadano que ejerce la actividad ganadera y cría vacas o caballos, responde objetivamente de cualesquiera daños que tales animales causen, cuando irrumpen en las vías de circulación. Aquel otro sujeto que ejerce o explota la actividad cinegética y cría ciervos o jabalíes, mucho más dañinos y potencialmente mucho más peligrosos, queda exonerado de tal responsabilidad por el simple ministerio de la ley.

Debemos aceptar que no resulta demasiado razonable hacer responder de los daños causados por las piezas de caza al titular de un coto, sin tener la certeza y seguridad de que la pieza que provocó el accidente tenía su hábitat en dicho coto. Pero la solución para tan injusta situación no radica, desde luego, en imputarle la responsabilidad al conductor del vehículo, que “pasa por allí” y nada tiene que ver con la caza ni con coto alguno.

6º) Lo más grave, sin duda, es que esta opción legislativa se da de bruces contra la lógica de todo nuestro sistema de responsabilidad civil. Como es bien sabido, éste ha ido evolucionando desde el modelo subjetivista del Código Civil, basado en la culpa de quien causa el daño, hacia un modelo objetivo, casi siempre basado en el riesgo (aunque puede hacerlo en

otros factores), que hace recaer la obligación de reparar el daño a aquel sujeto que realiza (*rectius*, si se prefiere, “se beneficia directamente de la realización de”) una actividad de riesgo. Parece justo que quien obtiene el *commodum* de dicha actividad, haya de soportar también el *incommodum*. Tal fundamento soporta la responsabilidad objetiva (o cuasi-objetiva, cuando cesa en caso de culpa exclusiva de la víctima) de conductores de vehículos de motor, empresas ferroviarias, empresarios en general por los accidentes de trabajo, usuarios de la energía nuclear, etc. Ciertamente, el riesgo no es el único elemento de imputación objetiva que existe; por ejemplo, cuando se imputa objetivamente al fabricante o importador de un producto defectuoso la responsabilidad por los daños que provoca, no es por razón del riesgo, sino por un silogismo similar al ya expresado: quien obtiene legítimamente el lucro derivado de la puesta en el mercado de un producto, debe pechar también con las consecuencias derivadas de los daños que dicho producto genere.

En otras palabras, cualquier instrumento legal de imputación objetiva viene siempre soportado por un determinado fundamento, que además frecuentemente viene explicitado en la exposición de motivos de la norma que lo establece. Lo que aquí no sucede, y ha llevado a algunos a afirmar, con sorna, que “el legislador es cazador”, como única explicación posible.

7º) Puede afirmarse que el texto de la regulación que en esta materia introduce la Ley 6/2014 infringe no uno, sino todos los principios que sustentan nuestro sistema de responsabilidad civil, pues no respeta ni las reglas generales de la imputación, ni las reglas de la causalidad, ni las que presiden la reparación del daño. En efecto, en el presente supuesto, con la única finalidad de exonerar de responsabilidad a los titulares de los cotos de caza, se imputa la responsabilidad:

- A quien no causa el daño, sino a quien lo padece.
- A quien no crea el riesgo, sino que es víctima del mismo.
- Al margen absolutamente de su conducta diligente o negligente.
- Con el inexplicable “paliativo” de no cubrir los daños sufridos por el animal que causó el accidente.

²⁸ MARTÍNEZ NIETO, *loc. cit.*

La Responsabilidad Civil de los administradores concursales*



M^a de la Cabeza Palomino López

Abogada

Departamento de Seguros de HispaColex

Sumario

1. Introducción

2. Legislación aplicable a la responsabilidad civil de la administración concursal

3. La responsabilidad civil de los administradores: Elementos, naturaleza jurídica y acciones de responsabilidad

3.1. Funciones de la administración concursal

3.2. Acciones de responsabilidad

3.3. Elementos para la existencia de responsabilidad de los administradores concursales y auxiliares delegados y el ejercicio de las acciones

3.4. Otros aspectos a analizar del art. 36 de la LC

4. El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales

5. Conclusiones

6. Jurisprudencia

7. Bibliografía

* Este artículo está basado en parte de mi *Trabajo Fin de Máster* presentado en la 1ª Edición del *Máster en Responsabilidad Civil* organizado por la Fundación de Estudios y Practicas Jurídicas de Granada, tutelado por mi maestro *Javier López y García de la Serrana*, a quien agradezco su apoyo y dedicación, habiendo obtenido *Mención Especial como mejor Trabajo Fin de Máster*.

1. Introducción

La diligencia exigida a un administrador concursal, en el ejercicio de su cargo, ha de venir integrada por la conducta de un ordenado administrador y un representante leal, a tenor de lo dispuesto en el art. 35.1 de la LC, equiparando dicha diligencia requerida al auxiliar delegado, que en virtud del art. 32 de la LC, podrá ser nombrado en atención a la complejidad del concurso, descansando sobre el mismo, determinadas funciones y revistiendo el carácter obligatorio en supuestos muy concretos, siéndole de aplicación el régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad atribuido a los administradores concursales y sus representantes. Así en el referido art. 35.1 de la LC, queda establecido el principio básico para el nacimiento de la responsabilidad civil de los administradores concursales, con una doble exigencia, que desde un inicio asimila la posición del administrador concursal a la del cualquier administrador de una sociedad en el desempeño de sus funciones empresariales, proclamada en los arts. 225 y 226 de la Ley de Sociedades de Capital, pero sin perder de vista la diferencia entre la responsabilidad civil que se deriva de sendas posiciones y que se pone de manifiesto entre la jurisprudencia, siendo dignas de citar entre otras, la Sentencia nº 118/2008 de 4 abril de Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª)¹ o la Sentencia nº 202/2013 de 15 de mayo de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), que considera que la función desempeñada por los administradores concursales, es inminentemente concursal, y no como la de administradores de una sociedad, considerados como gestores que realizan una compleja actividad, propia del mercado.

Se habrá de valorar la actuación de la administración concursal bajo una doble perspecti-

¹ Fundamento de derecho Tercero de la Sentencia: "2. En el contexto liquidatorio, frustrado el convenio, la diligencia de un ordenado administrador a que se refiere el art. 35.1 LC (RCL 1988, 1642) no debe asimilarse a aquélla que resulta exigible a los administradores de una empresa mercantil; los miembros de la AC están llamados a desempeñar una función específicamente concursal, distinta de la compleja actividad propia del mercado. Abierta la liquidación, la sustitución consecuente no implica que los AC se conviertan propiamente en administradores de la sociedad concursada; siguen siendo administradores concursales, no gestores de una empresa obligados a mantener su continuidad en el mercado a toda costa o en todo caso. La diligencia exigible se orienta a la obtención del mayor valor posible en la liquidación de la masa activa, de modo que deben valorar si la continuidad de la explotación de la empresa va a procurar mayores beneficios para la masa que su interrupción, porque va a generar ingresos superiores a los costes de la explotación y a los gastos del concurso."

va: qué hubiera hecho un ordenado administrador y un representante leal en el caso concreto enjuiciado, cómo hubiera debido cumplir la obligación legalmente impuesta, qué comportamiento hubiera debido observar en ausencia de previsión legal expresa y qué era lo exigible conforme a dichos parámetros².

Del incumplimiento de los referidos deberes del administrador concursal, con esa doble caracterización de ordenado administrador y representante leal, nace la responsabilidad de éste, frente al deudor y a los acreedores, de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia, o bien por aquellos que lesionen directamente los intereses de éstos o de terceros, proclamada en la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, modificada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, a partir de la cual nace el imperativo legal que tiene el administrador concursal de suscribir un seguro de responsabilidad civil, o garantía equivalente, al aceptar su nombramiento (art. 29 LC).

Es precisamente la naturaleza y alcance de la labor desarrollada como administrador concursal, debiendo ser considerada como una actividad de riesgo ante la posición que ocupa y la trascendencia de sus decisiones en situaciones de dificultad extrema, la que da lugar al establecimiento de un sistema de responsabilidad amparado por un seguro, que otorgue cobertura a diversas actuaciones de los administradores concursales, mediante la reparación del daño ocasionado a posibles perjudicados.

2. Legislación aplicable a la responsabilidad civil de la administración concursal

La responsabilidad de los administradores concursales, tiene su encaje en una serie de normas que merecen una referencia y desarrollo:

No será hasta la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a través de su art. 36, cuando se establezca un régimen de responsabilidad civil para los administradores concursales y los auxiliares delegados, como órganos de la administración concursal.

La meritada Ley, supuso un importante avance legislativo, al reestructurar y unificar la cantidad de normas existentes hasta la fecha en torno a la insolvencia económica de las socieda-

² Sentencia nº 142/2008, de 7 de julio de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª), Fundamento de Derecho Tercero *in fine*.

des de capital para con sus acreedores, lo que provocaba una gran lentitud en el desarrollo de los procedimientos judiciales dilatados injustificadamente en el tiempo, por la aplicación de una farragosa normativa. Así en palabras de **MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.** *La Ley Concursal, se inspira en la necesidad de unificar en un solo texto la dispersa normativa vigente, poniendo fin al laberinto existente, contrario a la más elemental seguridad*³. En igual sentido, opina **SEQUEROS SAZATORNIL, F.** que destaca la unidad legal, unidad de disciplina por razones subjetivas y unidad de sistema⁴.

Así las cosas, centrándonos en el régimen de responsabilidad de los administradores concursales, hemos de dirigirnos al Título II de la citada Ley 22/2003, en sus artículos 26 a 39, sin pasar por alto la más importante de sus reformas, a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, precisamente por la nota diferenciadora en torno a dicha cuestión y que ha de ser analizada con más detenimiento. El referido Título II, regulador de la Sección Segunda del concurso de acreedores, comprenderá, como señala el art. 26 LC, *todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales*. En este punto se ha de llamar la atención sobre la implicación de la citada reforma concursal, mediante la modificación del art. 29 de la LC, que obliga al administrador concursal a comparecer ante el juzgado, al momento de su nombramiento, para acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto, en los términos que se desarrollen reglamentariamente, para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función y manifestar si acepta o no el encargo, evidenciándose como el legislador de la reforma, manteniendo el régimen de responsa-

bilidad de los administradores concursales, viene a fortalecer su regulación.

Como consecuencia de esa obligación legal de un aseguramiento que venga a cubrir el riesgo del ejercicio de la actividad profesional realizada, nace el Real Decreto Legislativo 1333/2012, de 21 de septiembre por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales, y que configura, ya en su preámbulo, la vigencia de este seguro o garantía equivalente como presupuesto para la aceptación del cargo, no pudiéndose llevar a cabo el mismo, sin acreditar convenientemente por parte del administrador concursal, que goza de esa cobertura en los términos determinados por este texto normativo. Una cobertura que tienen el deber de mantener durante la tramitación del proceso concursal y que al igual que en otros muchos seguros obligatorios, el deber legal se conforma con carácter general, como *conditio sine qua non* para poder aceptar el nombramiento. No se trata, pues, de un seguro por concurso, sino de un seguro para ser administrador concursal o, más exactamente, para poder aceptar el cargo y para poder desempeñarlo a lo largo del procedimiento.

Encontrándonos dentro del campo del aseguramiento, resulta inevitable referirnos a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que vendrá a completar, como no podía ser de otro modo a las normas del anterior real decreto legislativo. Y por supuesto el Código Civil, y su regulación del responsabilidad contractual y extracontractual.

Además de lo anterior y con carácter preliminar al desarrollo posterior, debemos de enunciar en virtud del art. 36 de la LC, el doble régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales, por los daños causados a la masa del concurso, frente a los producidos por lesión directa de los intereses del deudor, acreedor o tercero; así como la relación de causalidad, entre el daño y la actuación u omisión de la administración concursal, produciéndose así una relación causa-efecto.

3. La responsabilidad civil de los administradores: Elementos, naturaleza jurídica y acciones de responsabilidad

3.1. Funciones de la administración concursal

Es necesario realizar un breve análisis de las funciones atribuidas a la administración concursal en el ejercicio del cargo, para conformar un esquema real de su régimen de responsabilidad.

³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Comunicación discutida en Sesión del Pleno de Académicos de Número el día 10 de febrero de 2003, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

⁴ "Bajo el tríptico inspirador de «unidad legal, de disciplina y de sistema», recogido en su Exposición de motivos, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha irrumpido como una bocanada de aire fresco en el panorama legislativo aportando un conjunto de normas con auténtica vocación renovadora en los ámbitos civil y mercantil, a la vez que reestructurando y ordenando la antigua y caótica normativa existente hasta la fecha, recogida en nada menos que veintinueve leyes". Diario La Ley, Número 6412. Miércoles, 1 de febrero de 2006 "La Responsabilidad civil y penal de los administradores en el derechos concursal".

Se ha de partir de la función principal de la administración concursal, que es la de velar por el patrimonio del concursado, posicionándose como órgano administrador de la deudora en el ejercicio de su actividad empresarial, o bien ejerciendo el control de las actuaciones llevadas a cabo por ésta, cuando se estime la pertinencia de continuar con la administración y disposición de los bienes y derechos que integran su patrimonio, pero siempre con un objetivo, salvaguardar el derecho de crédito de los acreedores y procurar dentro de lo posible la supervivencia de la sociedad. La propia exposición de motivos de la Ley 22/2003, en su apartado IV, establece que son funciones esenciales de este órgano las de intervenir los actos realizados por el deudor en el ejercicio de sus facultades patrimoniales o sustituir al deudor cuando haya sido suspendido en ese ejercicio, destacando la importancia de las funciones que se le encomiendan debiéndose ejercer de forma colegiada, y señalando que sólo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el proceso concursal, concediendo al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso, y atribuyendo al administrador concursal importantes funciones y facultades, siempre bajo la tutela del juez como moderador.

Al margen de lo anterior, se ha de referir que son varias y no menos importantes las funciones de gestión y emisión de informes que se le atribuyen a este órgano de administración a lo largo del articulado legal que lo regula. *“La administración concursal es, por tanto, un órgano único de actuación colegiada, que desempeñara tanto funciones de gestión, como de intervención o sustitución en la actividad del deudor, según los casos, y también de defensa de los acreedores, sin olvidar la función auxiliar y de cooperación judicial”*⁵.

De esta forma, las funciones de la administración concursal, pueden ser clasificadas dentro de tres simples categorías:

- Facultades de intervención de los actos realizados por el deudor en el ejercicio de sus facultades patrimoniales.

- Facultades de sustitución del deudor en los actos a realizar por éste en el ejercicio de sus facultades patrimoniales.

- Facultades auxiliares y de cooperación judicial preparando informes, inventarios, listas de acreedores y, acaso, evaluación de las propuestas de convenio.

Funciones éstas que en virtud de la complejidad de ciertos concursos, deberán ser afrontadas por los administradores concursales, junto a los auxiliares delegados, figura regulada en el art. 32 de la LC.

Finalmente, y en virtud del art. 181 de la LC, se regula la rendición de cuentas a la que viene sometida la administración concursal, debiendo detallar de manera justificada la aplicación de las facultades de administración que le han sido asignadas para con el deudor y los acreedores, a través de los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso, en los que se informará del estado de las operaciones y el resultado final de las mismas, sujetos siempre a la aprobación del juez del concurso.

Realizada esta síntesis de las funciones de la administración concursal, sin entrar pormenorizadamente en el detalle de cada una de ellas, por no ser objeto del presente estudio, se ha de culminar con la mención al régimen de responsabilidad aplicable por el incumplimiento de las mismas, contenido en el art. 36 LC, ante los daños que se pudieran ocasionar a la masa del concurso o a los intereses directos del deudor, acreedores o terceros.

3.2. Acciones de responsabilidad

Si bien, el administrador concursal puede incurrir en responsabilidades de diversa naturaleza⁶ como tributaria, penal, civil y disciplinaria⁷, nos centraremos en la responsabilidad civil, pero sin dejar de mencionar al resto, debiendo hacer la advertencia, de que son muy pocas las sentencias dictadas en materia de respon-

⁵ Auto nº 32/2008 de 31 de marzo, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5ª), que en su Razonamiento Jurídico Tercero realiza una magnífica numeración en 68 apartados de las distintas funciones de la administración concursal.

⁶ Véase LÓPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. *La responsabilidad de los administradores concursales*. Capítulo 14 de la Guía Práctica de Derecho Concursal, Editorial Sepin (En prensa). Aporta una visión completa y práctica de la materia, desde los distintos puntos de vista, disciplinaria, civil, penal y tributaria, exponiendo diferentes casos prácticos abordados en nuestros Tribunales.

⁷ Sobre la responsabilidad tributaria de los administradores concursales véanse MUÑOZ VILLAREAL, A. *La responsabilidad tributaria de los síndicos, liquidadores, administradores concursales y auxiliares delegados*, Revista Jurídica

sabilidad de los administradores concursales, y la mayoría absuelven a estos. Ello puede ser debido, en gran medida, a que será el juez del concurso el competente para conocer de las acciones de responsabilidad ejercidas contra la administración concursal, implicación que tendrá en la mayoría de los casos como resultado la desestimación de dichas acciones de responsabilidad, precisamente por la relación creada entre el juez y el administrador concursal, que trabajarán codo con codo en el devenir del proceso concursal⁸.

Si bien, hemos de realizar una distinción radical entre la responsabilidad civil derivada del art. 36 de la LC y por la que se podrá llevar a cabo dos tipos de acciones contra la administración concursal, y aquella que podrá reclamar este órgano concursal a los administradores de derecho y de hecho, auditores o liquidadores en el desarrollo de sus actividades en el seno de la sociedad concursada⁹.

Centrando nuestra atención en la primera de las responsabilidades, esto es, aquella que nace de la omisión o actuación negligente o contraria a la ley de los administradores concursales, o en su caso de los auxiliares delegados, y que tiene su encaje jurídico en el art. 36 de la LC, distingue la ley dos acciones diferenciadas para la exigencia de dicha responsabilidad, merecedoras de análisis, y así se extrae de la literalidad de dicho precepto, con su doble régimen de responsabilidad en función del elemento o interés que haya resultado dañado, señalado en los apartados 1 a 6 del art. 36 de la LC.

de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 23, 2012. Acerca de la responsabilidad penal vid. SEQUEROS SAZATORNIL, *La responsabilidad civil y penal de los administradores en el derecho concursal*, Diario La Ley, número 6412, 1 de febrero de 2006; En cuanto a responsabilidad disciplinaria, véase MUÑOZ DE BENAVIDES, C. *La responsabilidad de los administradores concursales*, Diario La Ley, núm. 7522, Sección Tribuna, 2 de diciembre de 2010.

⁸ IRIBARREN BLANCO, M, opina que "Parece improbable que ese mismo juez sea muy favorable a condenar a los administradores concursales", *El Seguro de Responsabilidad Civil de los administradores concursales*. Anuario de Derecho Concursal, número 29, pg. 22.

⁹ SEQUEROS SAZATORNIL, F: "*Un análisis cabal del marco de la responsabilidad en la administración concursal obliga a diferenciar las dos situaciones antagónicas que antes, durante y después de su vigencia pueden darse en el marco del procedimiento iniciado. Situaciones de las que necesariamente resulta un status contrapuesto del administrador como protagonista de las mismas y que pueden dar lugar a la legitimación activa y pasiva de éste para el ejercicio de acciones de responsabilidad dentro del procedimiento concursal*". Diario La Ley, Número 6412. Miércoles, 1 de febrero de 2006 "La Responsabilidad civil y penal de los administradores en el derechos concursal".

Así las cosas, en su apartado uno, se establece la responsabilidad del administrador concursal por los daños y perjuicios causados a la masa a consecuencia de los actos y omisiones contrarios a la ley o aquellos realizados sin la debida diligencia, y de los que deberá responder frente al deudor y frente a los acreedores. Responsabilidad que habrá que diferenciar de la recogida en el apartado 6 del art. 36 de la LC, originada por los actos y omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados, que lesionan directamente los intereses del deudor, los acreedores o terceros, estando estos legitimados para el ejercicio de las acciones de responsabilidad en reclamación de los daños y perjuicios que se pudieran derivar.

De esta forma, hablaremos de una acción social o común de responsabilidad en interés de la masa del concurso, frente a una acción individual de responsabilidad frente a la lesión directa de los intereses del deudor, acreedor o terceros. A pesar de la diferenciación inequívoca entre ambas, no existe unanimidad en la doctrina en torno a la denominación de estas dos acciones. Así, algunos autores, las denominan concursal y extraconcursal, respectivamente, identificando a la primera con la infracción de deberes concursales, y de carácter contractual, al considerar que existe un contrato específico de administración¹⁰ frente a la segunda que sería provocada por la infracción de deberes no concursales, de carácter extracontractual¹¹.

Si bien, la jurisprudencia, se decanta por denominar a la acción común o social, derivada del art. 36.1 de la LC, como acción colectiva, cuyo fin último es el de preservar el patrimonio del concursado, en aras de garantizar el beneficio de los acreedores. En este sentido y para acreditar la distinción entre los dos tipos de acciones de exigencia de responsabilidad a los administradores concursales, se ha de traer a colación nuevamente, la Sentencia nº 142/2008, de 7 de julio la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, que señala un tipo de res-

¹⁰ En este sentido se pronuncian QUIJANO GONZÁLEZ, J, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, ISSN 1698-4188, Nº. 18, 2013. Existiendo autores que restan importancia al carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad derivada de los daños ocasionados a la masa concursal, estableciéndola como una responsabilidad concursal, de carácter orgánico y legal. ROMERO FERNÁNDEZ, J.A. (2009), *Aproximación al estudio de la responsabilidad civil de los administradores concursales*, Universidad de Sevilla, 2ª Edición.

¹¹ ROCA GUILLAMÓN, J. (2009), "Responsabilidad civil de los administradores concursales", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 10.

ponsabilidad como concursal o colectiva, cuyo objeto es la reparación del daño sufrido por la masa a raíz de la negligencia en su actuar de la administración concursal y cuyo interés es proteger la integridad de dicha masa, legitimando como sujetos activos para su ejercicio al deudor o cualquier acreedor, y en contraposición a una responsabilidad individual en reclamación de los daños y perjuicios causados al patrimonio del deudor, acreedor o tercero¹².

En la misma línea se pronuncia la Sentencia nº 669/2013 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 11 de noviembre, que entiende que habrá que determinar el destino de la indemnización, para saber si estamos ante una acción colectiva o una individual, tratándose de una acción colectiva si éste es la masa, a pesar de que el perjuicio sea contra el interés de los acreedores, y por supuesto la acción en reclamación de responsabilidad sea ejercida por alguno de éstos, pero por un perjuicio ocasionado sobre la masa¹³.

Pero volvemos a ver la similitud entre el administrador concursal y el administrador societario en diversas sentencias de las Audiencias Provinciales, que fijan esa misma dis-

¹² Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia: *“El artículo 36 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) regula dos tipos diferentes de acciones de exigencia de responsabilidad a los administradores concursales. Una, a la que se refieren los seis primeros números de dicho precepto, y que es denominada por la doctrina como responsabilidad “concursal” o “colectiva”, que tiene por objeto reparar el daño sufrido por la masa como consecuencia de actos u omisiones ilícitos de la administración concursal; se trata de una acción que se relaciona con el interés colectivo de preservación de la integridad de la masa y puede ser ejercitada indistintamente tanto por el deudor como por cualquier acreedor. Otra, prevista en el apartado séptimo del indicado artículo, conocida por la doctrina como “individual”, que permite al deudor, a los acreedores o a terceros reclamar por los daños y perjuicios que les hayan causado los actos u omisiones de los administradores concursales directamente en su patrimonio”.*

¹³ Fundamento de Derecho Décimo de la Sentencia *“La acción de responsabilidad ejercitada se basa en la previsión contenida en el art. 36.1 LC (RCL 2003, 1748), según la cual, “ los administradores concursales y sus auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarias a la ley o realizados sin la debida diligencia “. Este precepto legitima a los acreedores para ejercitar una acción de responsabilidad por un perjuicio ocasionado a la masa, que redundará indirectamente en perjuicio suyo, en cuanto la conducta haya podido mermar sus posibilidades de cobro. No es por lo tanto una acción individual, sino colectiva, razón por la cual el destino de la indemnización hubiera ido a parar a la masa. Se trata de una responsabilidad basada en la causación de un daño o perjuicio a la masa, por una conducta del administrador concursal, activa u omisiva, contraria a la ley o a la diligencia que le resulta exigible en el ejercicio de la función para la cual ha sido nombrado”.*



tinción entre sendas acciones para el segundo de los administradores, así habrá que destacar la Sentencia nº 288/2008 de 17 de octubre de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª), que establece para saber si estamos ante una u otra acción, la exigencia de precisar el beneficiario económico de la acción, estando ante una acción social, común o colectiva cuando éste es la masa, la propia sociedad y el patrimonio común de todos los socios, sin perjuicio del reflejo que pueda tener sobre el patrimonio de los acreedores, enfrentada a esa acción individual, en la que el destino de la cantidad objeto de indemnización es el patrimonio personal de los acreedores o terceros¹⁴.

En este cotejo entre el régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores concursales con la responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, que si bien, tienen gran paralelismo¹⁵, no se puede considerar una plena equiparación entre ambos regímenes, a pesar de la concurrencia de los principios rectores de la responsabilidad

¹⁴ Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia: “La acción social de responsabilidad tiene como finalidad restablecer el perjuicio patrimonial causado a la propia sociedad por aquellos actos de los administradores contrarios a la Ley, a los Estatutos o producidos sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, siendo el beneficiario económico de la acción la propia sociedad y el patrimonio común de todos los socios. Por su parte, la acción individual pretende la reparación del perjuicio directamente causado por los Administradores en el patrimonio de los socios o de los acreedores, como así lo determinaba ya el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8143), si bien bajo el amparo de la legislación anterior, al indicar: “La recurrida acciona de responsabilidad contra los administradores por negligencia grave, fundada en los arts. 79 y 81 Ley de sociedades anónimas de 1951 (RCL 1951, 811, 945). Tal fundamento es acertado. El art. 79 determina las causas por las que pueden originarse responsabilidad para los administradores, exigibles por la vía del art. 80 mediante la llamada acción social de responsabilidad, o por la del art. 81 mediante la acción individual, consistiendo la diferencia en que en el primer caso el patrimonio social es el inmediatamente afectado, sin perjuicio de que haya un reflejo perjudicial para el de los accionistas y acreedores sociales, mientras que en el segundo es alcanzado inmediatamente el personal de los accionistas o terceros (entre ellos, los acreedores sociales) [S 28 Nov. 1990 SIC (RJ 1990, 9050)]”.

¹⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 7 de febrero de 2012, Fundamento de Derecho Tercero: “*Que el artículo 36 de la Ley Concursal dispone que los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o los realizados sin la debida diligencia. Dicho precepto, en su redacción anterior a la Ley 38/2011, vigente al tiempo de interponerse la demanda, regula extensamente la llamada responsabilidad concursal o colectiva y la acción para hacerla efectiva, que se asemeja a la acción social contra de los administradores sociales de las sociedades de ca-*

civil. Así, se ha de matizar que en el Derecho Societario, la regulación en torno al régimen de responsabilidad está dirigido al administrador societario y no al administrador concursal, cuyas funciones e intereses tienen un carácter diferente, al igual que la relación jurídica entre el administrador societario, el acreedor societario y los socios, que puede ser considerada como contractual, a diferencia de la existente entre la administración concursal y el deudor concursado o sus acreedores¹⁶.

Como ya se puso de manifiesto al inicio del presente trabajo, la diligencia de un *ordenado administrador* a que se refiere el art. 35.1 de la LC no debe asimilarse a aquélla que resulta exigible a los administradores de una empresa mercantil; los miembros de la administración concursal están llamados a desempeñar una función específicamente concursal, distinta de la compleja actividad propia del mercado¹⁷.

No obstante existen resoluciones que parten de esa semejanza y la doctrina se encuentra dividida en esta cuestión en torno al grado de similitud entre los dos regímenes jurídicos de responsabilidad¹⁸.

Como ya se introducía al inicio de esta exposición, al realizarse una comparación entre las responsabilidades que venimos describiendo de la administración concursal con la de los

pital. (...) Junto a dicha acción, el último apartado del artículo 36 deja a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores, o a terceros por actos u omisiones de la administración concursal y a auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquellos. Dicha acción, que es de naturaleza extracontractual, se asemeja a la acción de responsabilidad individual de los administradores sociales”.

¹⁶ VALPUESTA GASTAMINZA, E. “*esta equiparación resulta ser un tanto equívoca, ya que mientras el administrador societario administra una empresa asumiendo riesgos, el administrador concursal tiene más bien una labor conservativa de bienes y de intervención o sustitución de la actividad del deudor mientras se alcanza un acuerdo o se procede a la liquidación*”, Comentario a la Ley Concursal, Aranzadi, 2004.

¹⁷ Fundamento de derecho Tercero de la Sentencia núm. 118/2008 de 4 abril de Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª).

¹⁸ VALPUESTA GATAMINZA, E. “La responsabilidad de los administradores concursales guarda un excesivo paralelismo con ciertos aspectos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas y limitadas (arts. 133 a 135 LSA y 69 LSRL), lo cual no deja de ser bastante equívoco”, Comentarios a la Ley Concursal, Editorial Aranzadi, SA, Diciembre de 2009. ISBN 978-84-9903-404-1. Señalan también este paralelismo BARRERO RODRÍGUEZ, E. “La responsabilidad de los administradores concursales y auxiliares delegados en la Ley Concursal”, en Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Editorial Marcial

administradores societarios, debiendo indagar aún más en los deberes que priman por encima del resto, o sobre los que se apoyan las demás obligaciones derivadas de la administración en ambas situaciones. Así en el articulado de la ley concursal se precisan los deberes concretos que debe cumplir el administrador concursal en el ejercicio de su cargo, predominando, a modo de proceder, el deber de actuar como un ordenado administrador y representante leal, de cuyo incumplimiento deriva el régimen de responsabilidad que venimos analizando, del art. 36 de la LC, en sus apartados 1 y 6, los cuales han de ser confrontados con el deber de diligencia que dimana del Derecho Societario, con su regulación general de la Ley de Sociedades de Capital, que en sus arts. 225 y 226, subrayan ese patrón de comportamiento que rige las labores de los administradores societarios, que han de desempeñar su cargo como un ordenado empresario (art. 225 LSC) y un representante leal en defensa del interés social. Pero este deber de diligencia, requerido al administrador concursal en mayor medida que a los propios administradores societarios deriva de la propia cualificación y profesionalidad que se les presume, exigiéndosele conocimientos específicos y una preparación superior a la media exigible a cualquier administrador societario. Si bien, a ambos tipos de administradores se les exigirá el deber de actuar como un representante leal, entendido éste, como el actuar diligente de un organizado y prudente administrador, que vela por los intereses de la sociedad, anteponiendo en nuestro caso, el interés del concurso al suyo propio; se ha de atender a esa diferencia terminológica entre ordenado administrador y ordenado empresario del administrador concursal o societario respectivamente, precisamente porque los intereses perseguidos en uno y otro caso resultan dispares, de manera que el ordenado empresario, conocerá los pormenores de la actividad empresarial, y el diligente administrador deberá ampliar su labor a desarrollar por encima de administrar bienes ajenos, debiendo proteger el patrimonio concursal y aumentar su rendimiento económico, así como tomando decisiones empresariales cuando proceda la sustitución del administrador de la sociedad.

Como último punto a analizar en este epígrafe, como consecuencia de las funciones inherentes al administrador concursal de dirigir, gestionar y representar inherentes al administrador concursal, el mismo, goza de la legitimación para ejercitar acciones de responsabilidad contra los administradores de derecho y de hecho, auditores y liquidadores

por el desempeño defectuoso o erróneo de sus funciones¹⁹.

3.3. Elementos para la existencia de responsabilidad de los administradores concursales y auxiliares delegados y el ejercicio de las acciones

En primer término, y siguiendo lo introducido anteriormente, se ha de diferenciar, dentro de la responsabilidad de los administradores concursales, la derivada de los daños causados a la masa, de aquella que nace de la lesión directa de los intereses del deudor, acreedores o terceros.

a) En relación a la primera de ellas (art. 36.1 de la LC), existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad, catalogándola como una responsabilidad de carácter resarcitorio que requiere ineludiblemente para su apreciación, de la existencia de un daño, culpa, y un nexo causal entre los dos, requisitos predicables de la responsabilidad extracontractual del art. 1.902 del Código Civil²⁰ y así se pronuncia la Sentencia nº 142/2008, de 7 de julio de la Audiencia Provincial de Córdoba, fijando como presupuestos materiales de esta responsabilidad, el daño y perjuicio a la masa, la realización por parte de los administradores concursales de actos contrarios a la ley o negligentes y la relación de causalidad

PONS; CORTADAS/LLATJÓS/CAPDEVILA/CAPDEVILA, *La Administración Concursal*, editorial Bosch: “Como se dijo al comentar el art. 35 LCon, es peligroso aplicar de forma acrítica a los administradores concursales parámetros y construcciones doctrinales construidos para un tipo de administración distinta. En la última obra citada, sin embargo, se remite al patrón de responsabilidad de los administradores societarios y además se propone la aplicación de los arts. 127 bis a 127 quater LSA”.

¹⁹ SEQUEROS SATAZORNIL, F., realiza una espléndida delimitación de todos aquellos que pueden ser sujetos pasivos de las acciones de responsabilidad que puede llevar a cabo el administrador concursal en su artículo *La responsabilidad civil y penal de los administradores en derecho concursal, apartado IV, el Régimen de responsabilidad de los administradores en el concurso y su ámbito de expansión*, Revista La Ley.

²⁰ Así lo considera DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., en su ponencia del V Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro sobre “La Responsabilidad Civil en la Ley Concursal”, a cuyo tenor “Descartada otra posible interpretación, a mi juicio, la responsabilidad a que se refiere ese apartado 1 del art. 36 LC, es una especie o modalidad del género de la responsabilidad civil, entendida como extracontractual”, argumentado después “Creo sostenible la tesis de que la regla de responsabilidad que nos ocupa pueda verse beneficiada por el principio jurisprudencial de presunción de culpa, instalado -aunque con matices- en la aplicación del régimen común de responsabilidad del artículo 1.902 del Código civil”.

entre el evento dañoso y el resultado lesivo²¹. De esta forma, estaremos ante una responsabilidad subjetiva²², y así se desprende del art. 36 de la LC, cuando señala los “actos y omisiones” de la administración concursal o los auxiliares delegados, aludiendo la norma a un criterio subjetivo de imputación (la culpa)²³.

Así, la administración concursal incurrirá en responsabilidad por el incumplimiento de sus deberes impuestos por la LC para el ejercicio de sus funciones, responsabilidad que debe tener su origen en una actuación culposa, pudiendo consistir dicha actuación en un hacer que nunca debió llevarse a cabo, como de un olvido, o la falta de actuación que le era exigible como consecuencia de sus deberes concursales²⁴. Así, el perjudicado,

²¹ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia: “Respecto a la primera modalidad de responsabilidad, la propiamente concursal, se configura en la Ley Concursal como una responsabilidad subjetiva, por culpa y por daño, derivada del incumplimiento de obligaciones específicas -las previstas en la Ley- y genéricas -las que surgen del deber de diligencia exigible (“Los administradores concursales desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal”, ex artículo 35.1 de la Ley Concursal)-. Son presupuestos materiales de dicha responsabilidad, según se desprende inequívocamente del propio artículo 36, la existencia de daños y perjuicios en la masa, la realización por parte de los administradores concursales de actos contrarios a la ley o negligentes y la relación de causalidad entre tales actos y el resultado lesivo”.

²² LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J, “Se configura en la Ley como una responsabilidad subjetiva, por culpa y daño, derivada del incumplimiento de las obligaciones específicas -las previstas en la Ley- y genéricas -las derivadas del deber de diligencia exigible a los administradores concursales-”. *La responsabilidad de los administradores concursales*, Capítulo 14 de la Guía práctica de Derecho Concursal, Editorial Sepin (En prensa).

²³ Así se manifiesta nuevamente DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. en su ponencia del V Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro sobre “La Responsabilidad Civil en la Ley Concursal”, cuando dice “El contraste entre esas dos fórmulas (actos y omisiones “contrarios a la Ley”, de un lado, y actos y omisiones “realizados sin la debida diligencia”, del otro) puede dar lugar a la opinión de que, en el primer caso, la mera contravención de cualquier precepto legal desencadena por sí la responsabilidad de los administradores (por ejemplo, ILLESCAS RUS, que añade que “aunque a efectos dialécticos cupiera admitir la eventualidad de un incumplimiento no culpable de los deberes normativamente impuestos a los administradores, acreditado el daño la fuente de responsabilidad se sitúa en el simple hecho del incumplimiento (responsabilidad típica)”. No obstante, y aun aceptando que es poco verosímil -aunque no imposible- un acto u omisión culposos de incumplimiento de una regla legal, estimo que en los dos supuestos debe seguirse un criterio de imputación basado en la culpa; porque no encuentro argumento para defender una suerte de responsabilidad objetiva, ni siquiera en el caso de actos u omisiones “contrarios a la Ley”.

²⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. o DIEZ-PICAZO, L, “Será responsable quien se abstenga de actuar con intención de dañar a quien, sin dicho propósito, omita un deber impuesto por la ley”.

en este caso que será la masa concursal, deberá ser resarcido por las consecuencias derivadas del daño producido, devolviendo su patrimonio al estado anterior a la consecución de daño.

De esta forma, el daño o perjuicio ha de ser causado contra la masa, con independencia de que el mismo, tenga su reflejo de forma directa o indirecta sobre el deudor o el acreedor. Pero ante todo, el daño debe serle imputable al administrador concursal, respondiendo a título de culpa, de aquello que siendo previsible y evitable causó un daño sobre la masa concursal. En este sentido, **DÍEZ PICAZO, L.**, recoge lo ya manifestado por **REGLERO CAMPOS, L. F.**, que dice que la culpa no es identificable únicamente con los supuestos en que el sujeto debió prever el daño que se derivaría de una actividad, sino también cuando según las reglas de la experiencia humana debió prever el acontecimiento de un hecho o de un suceso dañoso, o cuando era razonable por sus circunstancias determinadas que lo hubiera previsto²⁵. Por ello es importante atender a las circunstancias personales exigidas por la Ley Concursal para el nombramiento de administrador concursal, sus deberes legales y sus funciones para poder enjuiciar correctamente la existencia o no, en el caso concreto, de algún criterio de imputación de la responsabilidad. En este sentido, podría hablarse de dolo o culpa como voluntad de producir un daño u omisión de la diligencia debida y que conlleva el acto dañoso. Según **CASTÁN TOBEÑAS, J.** *“la obligación de indemnizar surge o porque el sujeto tuvo intención de causar el daño, o bien, porque pudiendo y debiendo preverlo, no lo previó por negligencia inexcusable. Sólo se responderá de aquello que se hubiera podido prever”*. En igual sentido, se postula **PANTALEÓN, F.** en atención a los requisitos de la culpa del art. 1105 del Código Civil cuando dice *“actúa culposamente quien no prevé o no evita una falta de cumplimiento o evento dañoso que podría haberse previsto y evitado empleando la diligencia que, en las específicas circunstancias del caso era razonablemente exigible de una persona media en el sector del tráfico en cuestión”*.

Ahora bien, del precepto analizado, el art. 36.1 LC y de su propia redacción, al referirse a los actos u omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia, hace surgir un debate, en torno a la naturaleza de la responsabilidad que del mismo se deriva, pues se viene a distinguir los actos que lesionan los intereses de la masa por la infracción de deberes

legales, por ir en contra de la ley, de aquellos actos u omisiones que primados por la culpa, son causantes del daño. Con lo cual, podríamos pasar de la responsabilidad subjetiva, con la culpa como criterio de imputación, de la que veníamos hablando anteriormente, a través de la cual, al llevarse a cabo una actuación por parte de la administración concursal, o suprimir una conducta, que de no haber sido así se hubiera evitado el daño, y que por lo tanto convierte en condicionante ineludible el hecho de que la administración concursal pueda probar que actuó con la diligencia de debida para exonerarse de responsabilidad, a una responsabilidad objetiva, por la cual, el incumplimiento legal por parte de la administración concursal, conllevará la atribución de responsabilidad, sin necesidad de probar la culpa.

En este sentido, se han venido decantando algunos autores, por este carácter objetivo de la responsabilidad que se deriva del incumplimiento legal, al haber generado una actividad que conlleva un riesgo, o que haya podido desembocar en la causación del daño, siendo el actuar en contra de la norma, el único elemento generador de la responsabilidad, con independencia que exista o no culpa. Así se distinguirían en el propio art. 36.1 LC, dos supuestos, tales como el incumplimiento de la norma (responsabilidad objetiva) de la falta de diligencia (responsabilidad subjetiva por culpa).

Sin embargo, otro sector de la doctrina, considera que no podremos estar ante una responsabilidad objetiva, pues es necesario probar la culpa para que surja la responsabilidad del administrador concursal, y que en todo caso, pudiendo presumirse la culpa, pero en ningún caso llevarse a cabo la objetivación de la responsabilidad²⁶.

²⁵ Para **BOTANA AGRA, M. J.** *“En torno a la responsabilidad civil de los administradores concursales por daños a la masa activa del concurso”* (2009): *“aunque la responsabilidad del administrador concursal en estos casos no debe considerarse objetiva, ello no obsta para que pueda entenderse que existe una presunción iuris tantum de que el administrador concursal que incumple un precepto legal de estas características es porque no ha desplegado la diligencia debida”*. **GIMENO-BAYÓN COBOS, R.** y **ORELLANA CANO, N.** *“La responsabilidad de los administradores. Comentario al art. 133 de la LSA”*, Órganos de la Sociedad de Capital, Tirant lo Blanch, 2008, consideran que el concepto de infracción legal o estatutaria no siempre aparece unido al vocablo negligencia, no debiendo presumirse la culpa, ya que en ocasiones la falta de claridad de la ley puede ser la causa de estas infracciones. De este modo, no puede afirmarse que la responsabilidad sea siempre objetiva en el supuesto de infracciones legales o estatutarias, debiendo existir algún género de culpa o negligencia para poder depurar responsabilidades. En esta línea **ROCA GUILLAMÓN** y **ROMERO FERNÁNDEZ**.

²⁶ **REGLERO CAMPOS, L. F.** *“Los sistemas de responsabilidad civil”*, Tratado de Responsabilidad Civil, Aranzadi, 2010.

Nos hemos de remitir nuevamente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 4 de abril de 2008²⁷, en la cual el demandante ejerciendo una acción de responsabilidad contra la administración concursal, prueba el daño causado contra la masa, pero no la culpa, al considerar que la responsabilidad del art. 36.1 LC es cuasiobjetiva, lo que conlleva una inversión de la carga de la prueba, resolviendo la sentencia, en el sentido de reconocer la necesidad de probar la culpa de los administradores concursales para determinar la incurrancia en responsabilidad por parte de éstos, salvo los casos de infracción legal²⁸. En igual sentido la Sentencia nº 142/2008 de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 7 de Julio, establece como presupuestos para el nacimiento de este tipo de responsabilidad, la existencia probada de un daño, siendo esto el elemento esencial para la exigencia de responsabilidad, y añadido al segundo requisito con el que debe estar conectado, que ha de ser el comportamiento ilícito (antijurídico y culpable) de los administradores concursales²⁹.

Al margen de lo anterior, será el daño sobre la masa activa del concursado el elemento determinante para el nacimiento de la responsabilidad, con independencia del incumplimiento o no por parte del administrador concursal de al-

guna norma legal, que en cualquier caso puede dar lugar a una responsabilidad disciplinaria³⁰.

Por último, en torno a esta cuestión, hemos de aludir al nexo causal entre el evento dañoso y el resultado lesivo, surgiendo nuevamente diferentes posiciones doctrinales y la jurisprudencia que lo desarrollan, destacando la “teoría de la equivalencia de las condiciones”, que establece que todo resultado o efecto es consecuencia de una multitud de condiciones, siendo todas igualmente necesarias y por consiguiente equivalentes; y la “teoría de la causalidad adecuada”, para la cual la causa es aquella que generalmente es adecuada para producir un resultado mediante los criterios de previsibilidad objetiva, cualquiera lo pudiera prever, y diligencia debida; si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible, el resultado se mantiene en la esfera de lo permitido.

b) En relación a la segunda de las responsabilidades derivadas del art. 36.6 de la LC, la misma nace al lesionar de forma directa los intereses del deudor, acreedores o terceros, conocida como acción individual.

Así el art. 36.6 de la LC, a cuyo tenor: “*Quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquellos*”, es un calco del art. 241 de la LSC, que dice textualmente: “*Quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos*”.

Al igual que ocurría con la similitud ya planteada anteriormente, que no igualdad plena, entre la responsabilidad por daños a la masa

²⁷ Véase análisis jurisprudencial de la acción colectiva llevada a cabo por LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J, *La responsabilidad de los administradores concursales*, Capítulo 14 de la Guía práctica de Derecho Concursal, Editorial Sepin (En prensa).

²⁸ Fundamento de Derecho Tercero, dice textualmente: “no se trata de que los demandados, por el mero hecho de ser administradores del concurso, deban responder de cualquier suceso perjudicial o dañoso, sino que su conducta debe aparecer teñida de un aspecto subjetivamente reprochable: el propio art. 36.1º LC (RCL 2003, 1748) alude a “actos u omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia”. Como bien se expone en la sentencia apelada, “la culpa representa un criterio de imputación subjetiva de responsabilidad en todos los supuestos previstos legalmente” de responsabilidad de los administradores, estándose insita en aquellos actos contrarios al ordenamiento jurídico y siendo precisa su concurrencia en los definidos como “negligentes” o faltos de la debida diligencia.

²⁹ Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia: “En relación con el fondo de la cuestión, la existencia probada de daños y perjuicios es, sin género de dudas, el presupuesto o requisito esencial para la exigencia de la responsabilidad concursal, pues precisamente se fundamenta esta responsabilidad en la necesidad de obtener la reparación del perjuicio patrimonial producido a la masa activa, a través de la correspondiente indemnización. En cuanto al segundo requisito, para que surja este género de responsabilidad frente al deudor y los acreedores, el daño a la masa ha de estar causalmente conectado con un comportamiento ilícito (antijurídico y culpable) de los administradores concursales; lo que hace antijurídicos los actos y omisiones es la contravención de lo dispuesto legalmente o la inadecuación al estándar

de diligencia exigida en el desempeño del cargo. Respecto de los deberes legales, se incluyen los establecidos en cualquier norma imperativa, sea o no concursal, aunque en la práctica tengan mayor significación los deberes impuestos en la propia Ley Concursal (RCL 2003, 1748); mientras que respecto a los actos negligentes, el estándar de diligencia ha de ser integrado por el transcrito artículo 35.1 de la propia Ley, que hace referencia a la conducta del ordenado administrador y representante leal”.

³⁰ ROCA TRIAS, E. *El daño como la lesión de un interés jurídicamente relevante*. En este contexto debe entenderse todo aquel daño patrimonial que se produzca a la masa del concurso, ya sea por incremento de su pasivo o por cualquier detrimento de su activo, por falta de incremento del activo o por un incremento menor. Y ello sin perjuicio de los daños que puedan afectar de forma indirecta a deudor y acreedores.

concurzal, con la responsabilidad por daños a la sociedad, ocurre con la responsabilidad por la lesión directa contra el deudor, los acreedores o terceros, por parte de la administración concursal y la que incumbe al administrador societario, precisamente por la diferencia en la relación jurídica entre los miembros de una y otra situación, a la que nos remitimos. Sin embargo, en cuanto a esta acción de responsabilidad individual, la vías de acción no vienen recogidas en el Ley Concursal, sino que habrá que dirigirse al marco normativo de la responsabilidad societaria.

La ya referida Sentencia de la Audiencia Provincial del Córdoba, de 7 de julio de 2008, diferenciaba entre la acción concursal o colectiva y la acción individual, considerando a ésta última, como aquella que permite al deudor reclamar por los daños y perjuicios que se le hayan causado por los actos u omisiones de los administradores concursales directamente en su patrimonio.

Por lo tanto, y al no regularse una acción concreta en la Ley Concursal, con respecto a esta responsabilidad, se habrá de regir por el art. 1902 y ss. de Código Civil, en materia de responsabilidad civil extracontractual.

En este tipo de responsabilidad, serán presupuestos exigibles para su determinación, al igual que la jurisprudencia viene atendiendo para la referencia a esta responsabilidad de los administradores societarios³¹, la existencia de un daño, causado directamente al patrimonio del deudor, acreedores o terceros, provocado por la actuación culposa o negligente del administrador concursal, debiendo existir un nexo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido³².

Se ha pronunciado la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén, a este respecto, me-

³¹ Estos mismos presupuestos son exigidos por la jurisprudencia para depurar responsabilidades frente a la administración societaria por lesión directa de los intereses de terceros y socios, siendo a su vez configurada como una acción de responsabilidad extracontractual. En este sentido podemos citar la STS, Civil, 25.2.2002 (RJ 2002\1908; STS, Civil, 18.7.2002 (RJ 2002\6256); STS, Civil, 14.11.2002 (RJ 2002\9762); STS, Civil, 24.12.2002 (RJ 2002\10969); STS, Civil, 30.12.2002 (RJ 2002\332); STS, Civil, 4.4.2003 (RJ 2003\2772); STS, Civil, 23.2.2004 (RJ 2004\1138); STS, Civil, 8.2.2008 (RJ 2008\2664); STS, Civil, 14.2.2008 (RJ 2008\2926; MP); STS, Civil, 29.7.2008 (RJ 2008\4634); STS, Civil, 12.2.2010 (RJ 2010\533; STS, Civil, 14.10.2010 (RJ 2010\8866); STS, Civil, 14.11.2010 (RJ 2010\8868).

³² A favor de la exigencia de estos presupuestos, VALPUESTA GASTAMINZA, ROCA GUILLAMÓN y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA.





diante la Sentencia nº 239/10, de 29 de octubre, al referirse a la responsabilidad del art. 36.6 LC, como consecuencia del ejercicio de una “acción individual”, al señalar la necesidad de que concurren los presupuestos indicados para que la misma prospere. En esta ocasión los administradores concursales quedaron libres de toda responsabilidad al no quedar acreditada ni la falta de diligencia ni la relación de causalidad existente entre el daño producido y la omisión alegada por la recurrente³³.

De igual forma, se ha de traer a colación la Sentencia nº 97/2010, de 23 de junio, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Huelva, que resuelve a favor de la inexistencia de responsabilidad de los administradores concursales al no observar la falta de diligencia alegada por la apelante respecto al impago de los servicios del Letrado, así como por la no suspensión de los pagos a los acreedores.

3.4. Otros aspectos a analizar del art. 36 de la LC

A) Responsabilidad solidaria del administrador concursal por los actos u omisiones lesivos de los auxiliares delegados.

Regulada en el apartado 2 del art. 36 de la LC, a cuyo tenor: “*Los administradores concursales responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño*”. Se ha de partir de la equiparación en el régimen de responsabilidad para los auxiliares delegados al de la administración concursal, derivado del art. 32.3 de la LC, pero sin embargo las funciones desarrolladas por ambos no son iguales, ni su importancia ha de ser la misma, implantando el legislador la regla de la solidaridad ante los actos y omisiones lesivas del auxiliar delegado y ello por la culpa in

³³ Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia: “Ninguna de dichas alegaciones, que no son sino meras afirmaciones sin sustento que las justifique, puede servir para modificar la conclusión a la que llega la sentencia de que no resulta probada la actuación negligente o falta de la debida diligencia de los demandados. Es obvio que no basta con alegar que existe una deuda y la documentación suficiente para fundar una reclamación judicial, para de ahí deducir que al no formularse dicha reclamación, el administrador incurre en responsabilidad por falta de la diligencia debida. Debía la parte haber acreditado, y no lo ha hecho, que dicha reclamación tenía visos de prosperar, lo que niegan los demandados y se convierte, por tanto, en hecho controvertido, necesitado de prueba concluyente, cuya carga recae en el que sostiene la falta de diligencia y la prosperabilidad de las reclamaciones no efectuadas”.

viligando e eligiendo en la que puede incurrir el propio administrador concursal, propias de la responsabilidad por hecho ajeno que proclama el art. 1903 del Código Civil, que requiere la relación de jerarquía o de dependencia entre los sujetos. Precisamente el administrador concursal, debe dirigir, gobernar y supervisar la labor llevada a cabo por el auxiliar delegado³⁴, lo que implica una presunción de culpa por parte del administrador concursal, debiendo recordar el criterio enormemente restrictivo que la jurisprudencia adopta para exonerar al empresario de la responsabilidad por culpa de su empleado.

B) Procedimiento para exigir la responsabilidad, y plazo prescriptivo.

Remitiéndonos al apartado 3 del art. 36 de la LC, a cuyo tenor: *“La acción de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso”*, se regula el procedimiento judicial para el ejercicio de la acción común, concursal o colectiva, y en su apartado 4 se establece el plazo para ejercitar dicha acción de responsabilidad: *“La acción de responsabilidad prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo”*.

Sin embargo, en cuanto a la acción por responsabilidad del administrador concursal por la lesión directa de los intereses del deudor, los acreedores o terceros, prescribirá por el transcurso del plazo de un año desde la toma de conocimiento del daño ocasionado, precisamente por la naturaleza atribuida a esa responsabilidad, que no encuentra encaje en la normativa concursal, sino en el art. 1.902 del Código Civil y por lo tanto, será de aplicación el 1.968.2 del Código Civil.

³⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., ponencia presentada al V Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro sobre “La Responsabilidad Civil en la Ley Concursal”. *“Puede sostenerse que la relación jurídica entre la administración concursal y el auxiliar delegado es la de arrendamiento de servicios; pero con una implícita reserva, por parte de la administración concursal, de facultades de dirección y supervisión de las funciones del auxiliar delegado, lo que significaría la aplicabilidad del régimen de responsabilidad del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil, según interpretación analógica de la jurisprudencia”*. El mismo reconoce, el derecho de repetición de la administración concursal, en virtud del art. 1.904 del Código Civil., para el caso de que sea condenada.

4. El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales

Es a partir de la Ley 38/20011, de 10 de octubre, que venía a reformar la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuando se da carta de naturaleza al aseguramiento de la responsabilidad civil de la administración concursal, mediante su desarrollo legal a través del Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. Así el art. 29 de la LC, de la aceptación del cargo por parte del administrador concursal, resulta modificado a través de dicho cambio normativo, obligando a éste a comparecer en el juzgado dentro del plazo de los cinco días siguientes de haber recibido la comunicación de su nombramiento, para acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto en los términos que se desarrollen reglamentariamente, para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función, además de manifestar si acepta o no el encargo. De esta forma en el apartado segundo de dicho precepto, se señala la consecuencia del nombramiento de un nuevo administrador concursal, por parte del juez del concurso para el supuesto en el que no se disponga de dicho seguro de responsabilidad civil, o garantía equivalente suficiente, convirtiendo el tener suscrito un seguro de responsabilidad o garantía equivalente en un requisito ineludible para el ejercicio del cargo de administrador concursal desde el momento de la aceptación, y ello desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2012, según se establecía en la disposición transitoria de la meritada Ley 38/2011, pudiéndose incluir cuantas coberturas pacten las partes, o ampliar el ámbito y los límites de la cobertura (Art. 10 del RD).

Dicha exigencia sobre el aseguramiento de las funciones de la administración concursal, estaba íntimamente vinculada con el nacimiento de sociedades que de algún modo venían a profesionalizar la actividad concursal³⁵ y la previsión legal del art. 27 de la LC, de las condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales. Así Los Jueces Mercantiles de Madrid, el 13 de diciembre de 2011, acordaron por unanimidad que las personas jurídicas, que

³⁵ DE LA MORENA SANZ, G. y DE LA MORENA, A., “El seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de los administradores concursales”, *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 18, 2013.

se postularan como administrador concursal, deberían constituirse como sociedades profesionales, cualquiera que fuera el tipo societario adoptado³⁶, al igual que sería suficiente con una póliza única de aseguramiento de la responsabilidad profesional del administrador concursal, que estuviera en vigor a la fecha de la aceptación del cargo³⁷.

De la lectura del referido RD 1333/2009, se extraen una serie de elementos dignos de su análisis, pues a priori parece bastante clara la regulación jurídica de esta cuestión, y del aseguramiento del ejercicio del cargo del administrador concursal, la cual tiene una extensión jurisprudencial escasa, a pesar de ser muy amplia en materia de seguros de responsabilidad civil profesional, en profesiones como la abogacía, la economía o la auditoría³⁸.

³⁶ Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011. *“Por lo demás, para las personas jurídicas que se postulen como administradores concursales, se entienda que deberán constituirse como sociedades profesionales, cualquiera que sea el tipo societario adoptado bajo tal clase, ya que: (i).- el régimen jurídico de las sociedades profesionales es el que guarda mayor coherencia con la profesionalidad, rigor y responsabilidad propia del ejercicio del cargo de Administrador concursal (véanse los arts. 9 y 11 LSP); (ii).- dicho cargo se imputa directamente a la persona jurídica, tal cual ocurre con la actividad de las sociedades profesionales (art. 5 LSP); (iii).- ofrece cierta garantía de estabilidad en los socios integrantes de la misma, en cuya atención se puede haber deferido el cargo de Administrador concursal (art. 12 LSP); (iv).- evita problemas relacionados con la propia personalidad jurídica, y por tanto con la posibilidad de ser nombradas Administrador concursal, de las sociedades en formación o irregulares (art. 8.1 LSP); o (v).- incluso permite establecer ciertos paralelismos entre las exigencias de la LC y el desarrollo de su actividad (v. gr. art. 9.4 LSP).- Hay que entender que cuando la LC ha empleado la expresión “persona jurídica”, ha utilizado tal término genérico porque precisamente la sociedad profesional no es un tipo societario concreto, sino una clase que puede englobar bajo sus previsiones distintos tipos sociales de los existentes en la legalidad de la sociedad.”*

³⁷ Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal de 13 de diciembre de 2011. *“No será exigible un contrato de seguro por cada designa en un concurso, sino que bastará una póliza única de cobertura de responsabilidad profesional para ese sujeto designado Administrador concursal, que esté en vigor a la fecha de la aceptación y que dé cobertura a los siniestros que pudieran generarse en el desarrollo de su actuación como tal Administración concursal. - Es un deber de la Administración concursal mantener la vigencia de la póliza durante todo el ejercicio del cargo. el seguro de responsabilidad civil sería exigible”.*

³⁸ PONS ALBERTOSA, L. *El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los administradores concursales. La solución reglamentaria en curso.* Revista El Derecho. *“La jurisprudencia (...) ha puesto de manifiesto que la redacción no resolverá multitud de cuestiones que sólo la práctica deberá ir encajando en cada sitio y caso concreto”*

Como ya ha quedado expuesto, la responsabilidad derivada del ejercicio del cargo como administrador concursal, no sólo es de carácter civil, por lo que a priori, hemos de aclarar que todas las responsabilidades de carácter patrimonial exigibles en las distintas jurisdicciones se encuentran incluidas dentro de la cobertura del riesgo previsto en el comentado RD 1333/2012, pues el objetivo de dicho aseguramiento es el resarcimiento de los daños y perjuicios generados a la masa del concurso o de forma directa al deudor, los acreedores o terceros, en que pueda incurrir la administración concursal en el desarrollo de su cargo, como consecuencia del incumplimiento de una norma legal o la falta de diligencia debida en su actuar. De esta forma, y siguiendo lo ya manifestado en el preámbulo de dicho texto legal, las normas de este real decreto se han de completar, no sólo con la Ley 22/2003, de 9 de julio, sino también con la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y de ahí que la regulación de este tipo de contrato de seguro de responsabilidad civil, al igual que el resto, se prevea en los arts. 73 a 76 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro.

Remitiéndonos al articulado del RD 1333/2012, que de forma sistemática da sentido a la cobertura riesgo a cargo del propio administrador concursal, asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función a través de la suscripción de un contrato de seguro o garantía equivalente, y así se establece en el art. 1 del RD, como ese deber del administrador concursal, al momento de la aceptación del cargo, y que se corresponde con el art. 39.1 de la LC,

En cuanto al ámbito subjetivo y objetivo, el art. 2 del RD, en sus apartados 1 y 2, señala a los sujetos que tienen el deber de aseguramiento, recayendo sobre el administrador concursal, ya sea persona física o jurídica, incluyendo en este segundo caso, la responsabilidad en que puedan incurrir los profesionales que actúen por cuenta de esta, formando parte de este ámbito subjetivo, el administrador concursal procedente de los acreedores, cuyo nombramiento deriva del art. 27.2.3 de la LC³⁹. Sin embargo, nada dice el RD sobre si el auxiliar delegado ha de estar obligado a la suscripción de este seguro obligatorio. En torno a dicha cuestión se suscitan varias opiniones, de manera que para YAÑEZ EVAGELISTA, no existe obligación por parte de los auxiliares delegados, de suscribir un seguro obligatorio, pues a pesar del régimen

³⁹ MUÑOZ VILLAREAL, A. *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 31, septiembre de 2013.

de responsabilidades al que se encuentra sometido, de idénticas características al de los administradores concursales en virtud del art. 32.3 de la LC, no se hace mención alguna a dicha obligación en el RD, quedando exento de dicha imposición⁴⁰. Sin embargo, otro sector mayoritario de la doctrina se decanta por dar cobertura al riesgo creado por estos auxiliares delegados, cuando sean los administradores los que de manera solidaria hayan de responder en virtud del art. 36.2 de la LC⁴¹.

Por lo que respecta al ámbito objetivo, la cobertura del seguro, se ha de extender a la responsabilidad de indemnizar al deudor o a los acreedores por los daños y perjuicios causados a la masa activa del concurso por los actos y omisiones realizados, en el ejercicio de sus funciones, por el administrador concursal o por el auxiliar delegado de cuya actuación sea responsable, y que sean contrarios a la ley o hayan sido realizados sin la debida diligencia, a la responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios por actos u omisiones del administrador concursal que lesionen directamente los intereses del deudor, de los acreedores o de terceros. Debiéndose cubrir los gastos necesarios que hubiera soportado el acreedor que ejercite la acción en interés de la masa, siempre que se declare por sentencia la responsabilidad del administrador.

En otro orden de cosas, y refiriéndonos a la acreditación y vigencia del seguro, con las obligaciones de las notificaciones a la asegura-

dora de las fechas de nombramiento y aceptación del administrador concursal, y la duración de la póliza así como su prórroga, se establece el compromiso de exhibir y adecuar el seguro del que se disponga a la nueva suma asegurada, aumentándolo o disminuyéndolo, en función de que la aceptación del cargo conlleve dicho aumento, o la disminución se derivara de la terminación de otros concursos para los que hubiera sido designado, debiendo comunicar las sucesivas renovaciones del seguro. De igual forma, la norma impone la obligación al asegurador de poner de inmediato en conocimiento del Juzgado que conozca del concurso cualquier modificación del seguro, la falta de pago de la prima, la oposición a la prórroga, la suspensión de la cobertura y la extinción del contrato, indicando que en tanto no transcurra un mes a contar desde la fecha en que el asegurador hubiera comunicado al Juzgado alguna de las circunstancias descrita, subsistirá la cobertura (art. 7 del RD).

Aludiendo a la suma asegurada, en virtud del art. 8 del RD, se establece un mínimo de 300.000 de euros pudiendo variar hasta 4.000.000 de euros, dependiendo de los condiciones recogidas en dicho precepto, tales como el número de concursos de los que se tenga la condición de administrador concursal⁴², al momento de la aceptación; la especial transcendencia del concurso de acuerdo con el art. 27 bis LC; la condición de persona jurídica del administrador concursal; se trate de un concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, de servicios de inversión; o del concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora.

En relación a la delimitación temporal de la responsabilidad, primero hemos de dejar claro que el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra el administrador concursal es de cuatro años para los

⁴⁰ "Otra vuelta de tuerca al seguro obligatorio de la administración concursal", *Iuris&Lex*, 26 de octubre de 2012.

⁴¹ DE LA MORENA SANZ, GREGORIO y DE LA MORENA, ANA, "El seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de los administradores concursales", *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*. En igual sentido se pronuncia IRIBARREN, J. M. "Seguro", señala cómo "la responsabilidad de los auxiliares delegados estará asegurada cuando respondan con ellos los administradores concursales. La Ley de contrato de Seguro así lo establece: impone la extensión de la cobertura a los auxiliares delegados al excluir la subrogación del asegurador, pagada la indemnización, frente a aquellos sujetos de cuyos actos el asegurado deba responder -entre ellos, los auxiliares delegados- (art. 43) (...). Ahora bien, los administradores concursales no siempre responden de los actos y omisiones lesivos de los auxiliares delegados (...). En suma, la responsabilidad de los auxiliares delegados queda sólo parcialmente cubierta por el seguro o garantía obligatorios. Cobertura parcial que produce una laguna o vacío de cobertura si efectivamente se delegan facultades, pues la delegación conduce a que quede sin garantizar una parte de la responsabilidad derivada en puridad del ejercicio de funciones propias de los administradores concursales. Laguna que podría colmar-se si se exigiera a los auxiliares delegados que dispusieran de un seguro propio que cubriese su responsabilidad en el ejercicio de las competencias delegadas, al menos en la medida en que no lo hiciera el seguro o garantía de los administradores concursales".

⁴² IRIBARREN, J. M., "Seguro", afirma que "De los criterios empleados para fijar la suma asegurada mínima no es acertado el que se basa en el número de concursos de acreedores en que interviene el administrador concursal. La razón es sencilla: ser administrador en más concursos elevará simplemente la probabilidad de causar daños -lo que repercutirá, a su vez, sobre la prima aplicada por la compañía-, pero no tiene nada que ver con la entidad de los daños que pueda causar. Es mucho más probable, por poner un ejemplo, que los daños causados en el ejercicio de la administración sean cuantiosos si se interviene en un único concurso, pero de especial transcendencia, que si se posee esa condición en varios concursos de dimensiones más modestas".

daños contra la masa del art. 36.1 de la LC, estableciéndose la extensión de la responsabilidad del administrador a los cuatro años siguientes al cese del concurso, habiéndose producido dichos daños durante el período de vigencia del cargo de administrador concursal, y de un año para los daños que lesionen directamente los intereses del deudor, los acreedores y terceros del art. 36.6 de la LC.

Finalmente se regulan dos cuestiones tales como la acción directa contra el asegurador para el cumplimiento de la obligación de indemnizar en los términos previstos en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (art. 11 RD), y la posibilidad de sustituir el aseguramiento obligatorio a través de póliza de contrato de seguro por una garantía solidaria de contenido equivalente constituida por entidad de crédito conforme las limitaciones cuantitativas y temporales ya expuestas.

5. Conclusiones

1.- La normalización de la administración concursal se produce en el Título II de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dividido en dos capítulos, que regulan el nombramiento de los administradores concursales y su estatuto jurídico respectivamente, con independencia de las distintas funciones atribuidas a este órgano de administración que se extenderán a lo largo de la meritada ley.

2.- El ejercicio del cargo de la administración concursal, así como el de los auxiliares delegados, estará primado por la diligencia de un ordenado administrador y un representante leal, en virtud del art. 35.1 de la LC, dando lugar la ausencia de dicha diligencia, al nacimiento de responsabilidad por parte de la administración concursal, pudiendo ser la misma de carácter tributario, penal, civil o disciplinaria. No obstante y habiéndose centrado el presente análisis en la responsabilidad civil de la administración concursal, nos hemos de remitir al art. 36 de la LC, pudiendo derivarse la misma frente al deudor y a los acreedores, por los daños y perjuicios causados a la masa como consecuencia de los actos y omisiones contrarios a la ley o los realizados sin la debida diligencia, o bien por aquellos que lesionen directamente los intereses de éstos o de terceros.

3.- Se pone de manifiesto la equiparación entre el administrador concursal y el administrador societario, de manera que la responsabilidad del primero guarda un excesivo paralelismo con ciertos aspectos de la responsabilidad

de los administradores de las sociedades anónimas y limitadas. Ahora bien, los miembros de la administración concursal están llamados a desempeñar una función específicamente concursal, distinta de la compleja actividad propia del mercado, de ahí que la función principal de la administración concursal, sea la de velar por el patrimonio del concursado, con el objetivo de salvaguardar el derecho de crédito de los acreedores y procurar dentro de lo posible la supervivencia de la sociedad, desde su condición de órgano administrador de la deudora en el ejercicio de su actividad empresarial, o bien ejerciendo el control de las actuaciones llevadas a cabo por ésta, cuando se estime la pertinencia de continuar con la administración y disposición de los bienes y derechos que integran su patrimonio. En este sentido destacar que la diligencia exigida a ambos guarda una gran similitud, siendo elemento común la de un representante leal.

4.- Distinguir entre la responsabilidad civil derivada del art. 36 de la LC, para ejercer las acciones de responsabilidad pertinentes contra la administración concursal, y aquella que podrá reclamar este órgano a los administradores de derecho y de hecho, auditores o liquidadores en el desarrollo de sus actividades en el seno de la sociedad concursada.

5.- La responsabilidad civil derivada del art. 36 de la LC, podrá ser ejercida mediante dos acciones en función del elemento o interés que haya resultado dañado: Acción común o concursal ejercida por los daños ocasionados a la masa concursal, que pretende proteger el patrimonio del concursado, al objeto de garantizar el beneficio de los acreedores, siendo sujetos legitimados el deudor o cualquier acreedor, y gozando dicha responsabilidad de un carácter eminentemente resarcitorio, que requiere ineludiblemente para su apreciación, de la existencia de un daño, culpa, y un nexo causal entre los dos, siendo el plazo de prescripción el de cuatro años; frente a la responsabilidad individual, que requiere de los tres elementos referidos, pero su ejercicio será llevado a cabo en reclamación de los daños y perjuicios causados directamente al patrimonio del deudor, acreedor o tercero, en el plazo prescriptivo de un año, por serle de aplicación el art. 1902 y el 1968.2 ambos del CC, por carecer de regulación en la LC. En este sentido se vuelve a manifestar la similitud con los administradores societarios, debiendo determinar el beneficiario económico de la acción, para saber realmente ante qué tipo de acción estamos, siendo común o colectiva cuando éste es la masa, la propia sociedad y el patrimonio común

de todos los socios, sin perjuicio del reflejo que pueda tener sobre el patrimonio de los acreedores; e individual, cuando el destino de la cantidad objeto de indemnización es el patrimonio personal de los acreedores o terceros.

6.- De igual forma se ha de tener en cuenta el carácter solidario de la responsabilidad del administrador concursal por los actos u omisiones lesivos de los auxiliares delegados, en virtud del art. 36.2 de la LC, y ello por la culpa *in viligando e in eligendo* en la que puede incurrir el propio administrador concursal, propias de la responsabilidad por hecho ajeno que proclama el art. 1903 del Código Civil.

7.- Con la reforma de la Ley Concursal, a través de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, se dispone con carácter obligatorio para el administrador concursal, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil, o garantía equivalente, al aceptar su nombramiento (art. 29 LC), por el riesgo que entraña el desarrollo de su labor y la transcendencia de sus decisiones, otorgando así, cobertura a diversas actuaciones de los administradores concursales, mediante la reparación del daño ocasionado a la masa del concurso y a posibles perjudicados tales como el deudor, los acreedores o terceros. Nace de esta forma para dar contenido jurídico a la anterior exigencia, el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales, debiéndose completar las normas de este real decreto, no sólo con la Ley 22/2003, de 9 de julio, sino también con la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, cuya regulación para este tipo de contrato de seguro se encuentra prevista en los arts. 73 a 76 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro.

7. Bibliografía

- BARRERO RODRÍGUEZ, E. Estudios sobre la Ley Concursal, Libro Homenaje a Manuel Olivencia, editorial Marcial Pons. “La responsabilidad de los administradores concursales y auxiliares delegados en la Ley Concursal”.

- BOTANA AGRA, M. J. “En torno a la responsabilidad civil de los administradores concursales por daños a la masa activa del concurso” (2009).

- CASTÁN TOBEÑAS, J.

- CORTADAS/LLATJÓS/CAPDEVILA/CAPDEVILA, La administración Concursal, editorial Bosch.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., Ponencia del V Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro: “La Responsabilidad Civil en la Ley Concursal”.

- DE LA MORENA SANZ, G. y DE LA MORENA, A., Revista de Derecho concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, núm. 18, 2013 “El seguro de responsabilidad civil y garantía equivalente de los administradores concursales”.

- GIMENO-BAYÓN COBOS, R. y ORELLANA CANO, N. Órganos de la Sociedad de Capital, Tirant lo Blanch, 2008, “La responsabilidad de los administradores. Comentario al art. 133 de la LSA”.

- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J, Capítulo 14 de la Guía Práctica de Derecho Concursal, Editorial Sepín (En prensa).

- MUÑOZ DE BENAVIDES, C. Diario La Ley, núm. 7522, Sección Tribuna, 2 de diciembre de 2010, “La responsabilidad de los administradores concursales”.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. Comunicación discutida en Sesión del Pleno de Académicos de Número el día 10 de febrero de 2003, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

- MUÑOZ VILLAREAL, A. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 23, 2012, “La responsabilidad tributaria de los síndicos, liquidadores, administradores concursales y auxiliares delegados”.

- MUÑOZ VILLAREAL, A. Revista Jurídica de Castilla y León, nº 31, septiembre de 2013.

- PANTALEÓN, F. Enciclopedia Jurídica Básica, 1995.

- PONS ALBENTOSA, L. “El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los administradores concursales. La solución reglamentaria en curso”. Revista El Derecho

- QUIJANO GONZÁLEZ, J. Revista de derecho concursal y paraconcursal: “Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, ISSN 1698-4188, Nº. 18, 20132.


- REGLERO CAMPOS, L. F. Tratado de Responsabilidad Civil, Aranzadi, 2010 “Los sistemas de responsabilidad civil”.

- ROMERO FERNÁNDEZ, J. A. (2009), Aproximación al estudio de la responsabilidad civil de los administradores concursales, Universidad de Sevilla, 2ª Edición.

- ROCA GUILLAMÓN, J. (2009), Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 10, “Responsabilidad civil de los administradores concursales”.

- SEQUEROS SAZATORNIL, F. Diario La Ley, Número 6412. Miércoles, 1 de febrero de 2006 “La Responsabilidad civil y penal de los administradores en el derechos concursal”.

- VALPUESTA GASTAMINZA, E. Comentario a la Ley Concursal, Aranzadi, 2004; y Comentarios a la Ley Concursal, Editorial Aranzadi, SA, Diciembre de 2009. ISBN 978-84-9903-404-1.



El derecho de subrogación de las aseguradoras en el seguro de daños

Juan Manuel Paniagua Manchado
Abogado

Sumario

- I.- Introducción
- II.- Naturaleza del derecho de subrogación derivado del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro
- III.- Finalidad de la acción subrogatoria
- IV.- Presupuestos del derecho de subrogación
- V.- Exclusiones del ejercicio del derecho de subrogación cuando se acciona en perjuicio del asegurado
- VI.- Otras consideraciones del derecho de subrogación: derecho de subrogación vs derecho de repetición
- VII.- La acción de subrogación en el proyecto de Código Mercantil

I.- Introducción

Se podría afirmar que la figura de la subrogación en el ámbito del seguro de daños constituye un instrumento fundamental que permite a las aseguradoras recobrar del tercero causante el perjuicio producido en el patrimonio de su asegurado el cual, previamente y en virtud del contrato de seguro, ha sido indemnizado o reparado por la compañía que pretende ejercitar la acción subrogatoria.

Ahora bien, debido a la creciente complejidad del tráfico mercantil, el ejercicio de este derecho plantea en la práctica ciertas cuestiones que conviene plantearse en voz alta y que afectan fundamentalmente tanto a la legitimación activa y/o pasiva de las compañías, como al propio contenido del derecho, considerando que la solución para resolver estas cuestiones, debe partir del análisis previo de la naturaleza jurídica de la acción subrogatoria y de la finalidad de la misma ya que, en definitiva, la regulación de cualquier figura jurídica obedece a un finalidad concreta.

II.- Naturaleza del derecho de subrogación derivado del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro

Aunque no es objeto de este artículo hacer un análisis pormenorizado de las acciones que pudiera ejercitar el que paga en nombre de otro, sí creo conveniente, tal y como acabamos de indicar, hacer una breve referencia a la naturaleza del derecho que la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, en su artículo 43 confiere a las aseguradoras, a efectos de tratar de clarificar un poco más el asunto que nos ocupa.

El pago efectuado por tercero y las consecuencias derivadas de dicho desembolso, ha sido objeto de interesantes debates doctrinales, así como de criterios jurisprudenciales diversos debido, en gran medida, a la redacción un tanto genérica de los preceptos que lo regulan.

El artículo 43 LCS concede una acción muy concreta a las aseguradoras que no deja de tener su fundamento en la novación modificativa por cambio de acreedor que contempla el artículo 1.203.3 del Código Civil en relación con los artículos 1.209 párrafo segundo, 1.210.3 y 1.212 del mismo Cuerpo Legal, con las particularidades que analizaremos más adelante.

Efectivamente el artículo 1.210 CC dice: Se presumirá que hay subrogación:

1º Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente.

2º Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor.

3º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda.

De la lectura del citado precepto podemos distinguir dos supuestos:

- a) Cuando quien paga es un tercero interesado en la obligación (artículo 1.210.1º y 3º CC). En este caso la Ley nada dice sobre la necesidad de que medie el consentimiento del deudor, ni siquiera que éste tuviera conocimiento del pago, si bien algunos autores, entre los que podemos citar a Manuel Albaladejo¹, opinan que es requisito para que este tipo de subrogación pueda darse que el deudor no se oponga al pago.
- b) Cuando paga un tercero no interesado en la obligación, con la necesaria aprobación, expresa o tácita, del deudor (artículo 1.210.2º CC).

Si tuviéramos que encuadrar la subrogación de las aseguradoras en uno de estos dos supuestos, parece claro que encajaría en el primeramente enumerado y más concretamente en el párrafo tercero del artículo 1210 CC, toda vez que las compañías de seguros, por un lado tienen un interés en el pago, interés derivado del cumplimiento del contrato que le vincula con su asegurado y en segundo lugar por no ser necesario el consentimiento de dicho pago por parte del deudor, pues, en bastantes ocasiones, se indemnizan o reparan a los asegurados siniestros que no tienen su origen en el propio riesgo asegurado, sino que el causante del daño es un tercero. En todos estos casos y sin necesidad de que el deudor apruebe el pago e incluso sin que tenga constancia de la existencia del siniestro, el asegurador del perjudicado-acreedor, asume o puede asumir las consecuencias económicas en virtud de la cobertura que otorga la póliza para, una vez resarcida la merma patrimonial a su cliente, subrogarse en su posición frente al causante del evento dañoso.

¹ MANUEL ALBALADEJO, *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones Vol. Primero*. Interpretado a sensu contrario al establecer los requisitos de la subrogación legal, en la que exige en todo caso consentimiento previo o coetáneo del pago, bien expreso bien tácito por parte del deudor, lo que implica necesariamente conocimiento del mismo.

Otro elemento que define la naturaleza del derecho que estamos tratando es que, a diferencia de la subrogación convencional, que es aquella que nace del mero acuerdo entre el antiguo acreedor y el tercero que le paga (nuevo acreedor), la subrogación enmarcada en el artículo 43 LCS se trata de una subrogación legal, es decir, se produce *ope legis*, una vez efectuado el pago.

Para finalizar con este apartado, me gustaría poner de relieve la diferencia entre la subrogación y la cesión de créditos y ello porque en ocasiones se ha entendido que la subrogación constituye una cesión de créditos frente al causante del daño, pero lo cierto es que existen algunas diferencias que impiden equiparar ambas figuras, pudiendo destacar entre las más relevantes las siguientes: 1) La cesión de derechos se formaliza necesariamente mediante contrato, mientras que la subrogación, salvo la convencional, no. 2) Para poder subrogarse en la posición del acreedor es necesario que con carácter previo se haya pagado, en cambio la cesión de créditos no conlleva necesariamente un pago, tal es el caso de la cesión gratuita. 3) Por la vía de la subrogación únicamente se puede recobrar lo que se haya abonado, a diferencia de lo que ocurre con la cesión, que permite cobrar el total del crédito, incluso si el cesionario hubiese pagado una cantidad menor.

Como bien apunta la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 19 de noviembre de 2.013, cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. **SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL**, en su Fundamento de Derecho Cuarto, apartado II, que trata precisamente de la naturaleza jurídica de la subrogación: *“Aunque se sostiene por algunos que la subrogación constituye una cesión de créditos, o un supuesto atípico de sucesión en el crédito del asegurado frente al tercero responsable, o un supuesto particular de subrogación por pago, es lo cierto que el art. 43 LCS establece una subrogación legal -aunque no se produzca automáticamente-. Como destaca la doctrina, mientras la cesión es el cauce para realizar el interés de la circulación del crédito, la subrogación atiende a la satisfacción de un interés subrogado para recuperar, por vía de regreso, un desembolso patrimonial efectuado por el asegurador”*.

III.- Finalidad de la acción subrogatoria

La doctrina coincide en señalar que la subrogación del asegurador en la posición de su asegurado descansa en un triple objetivo:

- I. Evitar que el tercero responsable quede exento de su obligación de resarcir el daño causado, gracias a la existencia de un seguro (no propio, sino del perjudicado) que ampare las consecuencias económicas derivadas del siniestro.
- II. Evitar el enriquecimiento injusto del asegurado. Este segundo objetivo está directamente relacionado con el artículo 26 LCS: *“El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro”*. La subrogación impide que el asegurado, 'a costa del siniestro', pueda obtener un doble beneficio económico mediante el ejercicio de dos acciones: La que puede ejercitar frente a su aseguradora en virtud de la cobertura que le otorga su propia póliza y la que le confiere el artículo 1.902 CC frente al tercero causante del siniestro o frente a su aseguradora, en su caso.
- III. Evitar el incremento de las primas. Este tercer motivo opera en beneficio de los propios asegurados, pues si bien es verdad que la subrogación es el instrumento del que se valen las aseguradoras para recobrar del causante la indemnización satisfecha a su cliente, precisamente ese recobro hace que el coste del siniestro sea 'cero', permitiendo así que la prima a abonar por el asegurado no se vea incrementada.

La exposición de motivos del Código de Comercio de 1885 ya hacía referencia a estas tres razones en el último párrafo del seguro contra incendios:

“Satisfecho el asegurado de cualquiera de los modos indicados, es de estricta justicia que, como consecuencia de este acto, quede subrogado 'ipso' jure el asegurador en todos los derechos del asegurado, contra los terceros que sean responsables del incendio, por cualquier título o concepto; pues ni el asegurado, una vez percibida la indemnización, puede exigir de éstos otra, lo cual constituiría un lucro o beneficio, en oposición con la naturaleza fundamental del mismo contrato, ni los terceros quedan libres de su responsabilidad en virtud del seguro, como acto ajeno a ellos, siendo, por el contrario, muy ventajosa esta subrogación al mismo asegurado, que obtendrá por ella alguna rebaja en la cuantía del premio del seguro”.

IV.- Presupuestos del derecho de subrogación

La regulación de la acción subrogatoria que la Ley confiere a las compañías de seguros la encontramos en el Título II, Seguros contra daños, Sección 1ª, artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguros, siendo el tenor literal de este precepto el siguiente:

“El asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse.

El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.

En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”.

De la lectura de este artículo y de conformidad con la reiterada y abundante doctrina jurisprudencial al respecto (SSTS de 1 de octubre de 2008, 12 de junio de 2013, 19 de noviembre de 2013, entre otras) podemos establecer tres requisitos imprescindibles que se deben de dar para que una aseguradora pueda ejercitar las acciones correspondientes a su asegurado:

1.- Cumplimiento por el asegurador de su obligación de indemnizar (o reparar) a su asegurado en virtud del contrato suscrito entre ambos y dentro de los límites establecidos en el mismo.

Es por tanto condición *sine qua non* que el asegurador acredite:

A.- En primer lugar la existencia de un contrato de seguro vigente a fecha de ocurrencia del siniestro. Si la aseguradora pretende accionar vía subrogación frente al tercero causante, deberá acreditar su legitimación activa mediante la aportación de la póliza que le vincula con su asegurado. En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 29 de enero de 2008: *“Efectivamente, resulta harto sorprendente que la entidad actora se haya limitado a presentar una certificación de aseguramiento creada unilateralmente y no haya acompañado la póliza suscrita con D. 0000 en punto al vehículo... -GVY, no sólo con el escrito instaurador de las actuaciones, cual correspondía por basar en el mismo la acción que ejercita, sino en el acto de la audiencia previa, una vez esgrimida la excepción de falta de legitimación activa, siendo así que la póliza, en tanto que entidad aseguradora, tiene que obrar en su poder, y, consiguientemente, debió haberla aportado para comprobar el alcance del aseguramiento –es llano que no hasta acreditar cualquier aseguramiento, sino que ha de justificarse el tipo de cobertura concertada-, e incluso por razones de transparencia procesal para que el debate jurídico pudiese plantearse sin cortapisas. No menos sorprendente es que se haya presentado la factura, donde no se encuentra firmada en el lugar reservado al cliente, ni se haya adjuntado documento justificativo de la forma de pago con que se hizo efectivo el importe de la reparación, por lo que siendo así es paladino que no se colmen los presupuestos a que se subordina la prosperabilidad de la acción subrogatoria, al estar desprovisto de todo refrendo heurístico que el pago de la factura fuese hecho efectivo por la demandante; razonamientos que, unidos a los expresados en la fundamentación jurídica de la sentencia debatida, apareja la claudicación del recurso”.*

B.- En segundo lugar, el pago y con ello su legitimación activa, debiendo acreditarse el mismo mediante la aportación de toda la documentación que obre en su poder (finiquitos, copia de cheque, justificantes de transferencias, facturas, certificados bancarios...). La experiencia nos permite poner de manifiesto en este punto que es aconsejable para los intereses de las aseguradoras, acreditar el pago mediante documentación que no merezca la calificación de unilateral. A este respecto podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, de 24 de octubre de 2013, en relación al recurso interpuesto por la Compañía demandante al no estimarse sus pretensiones en primera instancia: *“Y en el presente caso no se aprecia error en la valoración de la prueba, a*

los efectos de la legitimación cuestionada, por cuanto resulta que el requisito legitimador, a los efectos de que la aseguradora pueda ejercitar la reclamación por subrogación prevista en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, viene constituido porque previamente haya desembolsado la correspondiente indemnización a su asegurado y precisamente es lo que no se ha acreditado fehacientemente cuando los documentos en que pretende fundar esa realidad (n.º 5 y 6 de los presentados con la demanda) han sido objeto de impugnación expresa y no dejan de ser documentos de creación unilateral de la aseguradora, por más que se pretenda solventar de forma insuficiente esa falta de acreditación con la propia existencia de la póliza o la coincidencia en el número de cuenta en el que se abona la prima, ya que la demandante podría perfectamente haber probado la realidad de la indemnización a su asegurado a través del correspondiente recibo, oficiando a la entidad bancaria o por el propio testimonio del asegurado, teniendo en cuenta los principios de disponibilidad y facilidad probatoria establecidos en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que nada de ello haya verificado”.

C.- Que el pago se realice de conformidad con la cobertura otorgada por la póliza y dentro de los límites indemnizatorios contenidos en la misma.

Efectivamente ese pago debe realizarse en virtud del contrato pactado con su asegurado y dentro de los límites cuantitativos establecidos en el mismo, de lo que se desprende nuevamente la necesidad de que la aseguradora aporte la póliza y cuanta documentación sea necesaria para acreditar, además de la existencia de contrato de seguro y el pago, que la indemnización se ha satisfecho en cumplimiento del contrato, por tratarse de un siniestro con cobertura.

A este respecto, se pronuncia la AP de Lleida de fecha 26 de junio de 2.013, al desestimar una demanda por no acreditar que el pago al asegurado se realizó dentro de las coberturas de la póliza, o la de la AP de Salamanca de fecha 18 de marzo de 2.013 en cuyo Fundamento de Derecho Segundo recoge a su vez la doctrina de la Sentencia de TS de 24 de marzo de 2011, en la que siendo ponente el Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** 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 n.º 382/2000)”.

En este mismo sentido se pronuncia el Excmo. Sr. D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** en la STS de 5 de marzo de 2007: “Resulta asimismo admitido por las partes (en línea con la doctrina seguida especialmente en materia de seguro marítimo por varias sentencias de esta Sala, como las SSTS de 30 de marzo de 1985, 31 de marzo de 1997, 3 de octubre de 1997 y 20 de noviembre de 2001) 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”.

A pesar de considerar necesario acreditar las coberturas de la póliza, la jurisprudencia no es unánime, encontrándonos sentencias en contra, como la más reciente del Juzgado de Primera Instancia 5 de Orense de 27 de junio de 2014, que sin tener en cuenta la Jurisprudencia de Tribunal Supremo que acabamos de ver y a pesar de haberse alegado por la parte demandada que no ha quedado acreditado que el pago se ha realizado al amparo de la cobertura que otorga la póliza, el Juez no entra siquiera a valorar este aspecto y estima la demanda al interpretar los presupuestos del derecho de subrogación de una forma muy general, apoyando su resolución judicial en la Jurisprudencia contradictoria de diferentes Audiencias Provinciales: “Acorde con la SAP Castellón de fecha 7 de noviembre de 2000 «el derecho que ejercita la aseguradora tiene su origen legal en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, que en su primer párrafo establece que el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón

del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización. Se trata, por lo tanto, de una subrogación que se produce «ope legis» cuando se hayan cumplido las siguientes condiciones: 1. a) que el asegurador haya hecho pago de la indemnización al asegurado como consecuencia de un contrato de seguro; y 2.a) que haya nacido a favor del perjudicado una acción de responsabilidad contra el tercero, contra quien no sea ni el tomador del seguro, ni el asegurado ni el asegurador, lo que presupone, naturalmente, una culpa en dicho tercero». En el mismo sentido las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 5 y 10 de febrero de 2012.

Sobre dicha base no cabe apreciar la falta de legitimación activa a la parte actora porque se ha demostrado la relación de aseguramiento y la realización del pago en cumplimiento del mismo, tal como se desprende del recibo de abono de la prima del contrato de seguro suscrito por la Sra. 0000, de las manifestaciones vertidas por la asegurada en el acto del plenario, reconociendo que la compañía actora abonó los daños causados en su vivienda, y de la lectura del propio documento número 3 adjunto a la demanda”.

La importancia práctica que tiene para el sector la necesidad de acreditar que el pago se ha realizado dentro de las coberturas de la póliza en virtud del contrato de seguro, o no ser necesaria su acreditación, radica en dos supuestos frecuentes en la práctica que analizaremos a continuación; debemos tener en cuenta que de lo que estamos hablando es de la acción que puede ejercitar una Compañía cuando realiza un pago al asegurado ante la existencia de un tercero causante, y no es lo mismo que se accione por subrogación, a que se haga por repetición, en consecuencia, la acción que la aseguradora podrá ejercitar, dependerá del hecho de considerar necesario acreditar, o no, este requisito que estamos analizando.

El primero de los supuestos lo encontramos en los casos en los que una Compañía realiza un pago a su asegurado por razones no técnicas. Existe un contrato en vigor pero en la póliza no se ha contratado una determinada cobertura, puede que por causas imputables al asegurado o por causas ajenas al mismo, pero aun así se realiza un pago; o puede que, por motivos igualmente no técnicos, se abone una indemnización por un siniestro con cobertura, pero que excede del límite pactado.





En este caso, consideramos, haciéndonos eco además de la doctrina del Tribunal Supremo, que no se puede ejercitar la acción del artículo 43 de la ley de contrato de seguro al no cumplirse todos los requisitos exigidos por el mismo.

La acción que se debería poder ejercitar en estos supuestos, es la de repetición derivada del artículo 1158 del Código Civil, desde el momento en el que el asegurador ha realizado un pago por cuenta de otro, otro que no deja de ser el causante del siniestro y que debe responder por ese daño causado a quien ha sufrido la pérdida económica por su actuación negligente. Sorprende ver como numerosas sentencias analizadas al respecto, fundamentan la desestimación de las demandas planteadas a la luz de este precepto, al entender, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 26 de junio de 2013, que la Aseguradora no ha abonado una deuda ajena sino propia, sin embargo, entendemos que la acción derivada del artículo 1158 del código Civil, no deja de ser una manifestación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

En cualquier caso, siempre se podría ejercitar una acción personal general precisamente basada en este principio general del Derecho, que a pesar de no estar regulado en dicho Cuerpo Legal, los requisitos de su ejercicio han sido elaborados por la Jurisprudencia constituyéndose este principio en una de fuente de obligaciones. Los presupuestos son: 1) que el demandado haya visto incrementado su patrimonio, bien por la incorporación de bienes al mismo, bien evitando su disminución, 2) que dicho enriquecimiento carezca de fundamentación, 3) que exista el correlativo detrimento del patrimonio del demandante y 4) que exista un nexo causal entre el incremento del patrimonio del causante y el detrimento del patrimonio del perjudicado. Entendemos que los cuatro requisitos se dan cuando se abona una indemnización basada en motivos sin cobertura técnica.

El segundo de los supuestos es aún más complicado de analizar desde el punto de vista jurídico que el primero y su solución más compleja.

Es hartamente conocida por todos los agentes que de una forma u otra intervenimos en los procedimientos judiciales derivados del seguro de daños, la teoría de las cláusulas limitativas de derechos de los contratos de seguro, lo que plantea un serio problema a la hora de tramitar

los expedientes en los que el asegurado ha resultado perjudicado por un siniestro en el que existe un claro causante, pero existe una cláusula que para la Aseguradora es delimitadora del riesgo si bien por el principio *in dubio pro asegurado* en caso de acudir a los tribunales, irremediablemente dicha cláusula se va a convertir en limitativa de derechos obligando al pago del principal más los intereses y las costas. Qué pasa en estos casos cuando las Aseguradoras, conectoras de las resoluciones judiciales adoptadas por los tribunales en defensa de los intereses de los asegurados, se ven 'obligadas' a realizar pagos en evitación de un procedimiento judicial, ¿el asegurador puede subrogarse en los derechos de su asegurado o debería ejercitar una acción de repetición o, en su caso, de enriquecimiento injusto?, y de ejercitarse la acción por subrogación del artículo 43 de la LCS ¿se puede oponer la excepción de falta de cobertura por el causante del daño?, ¿los Tribunales en estos casos deberían entrar a conocer si se ha abonado a pesar de existir una exclusión en la póliza al entender que la cláusula era limitativa de derechos?

2.- Existencia de un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero responsable, como consecuencia del mismo daño que motivó la indemnización (SSTS 18 diciembre 1989, 29 diciembre 1993, 9 julio 1994, 18 julio 1997, 5 de febrero de 1998; 14 julio 2004, entre otras). Es decir, requiere un derecho de crédito a favor del asegurado contra el causante, lo que hace que este requisito sea quizás el más problemático, toda vez que obliga a las aseguradoras a probar la responsabilidad del deudor, a ellas les corresponde la carga de la prueba.

Buen ejemplo de esta problemática lo encontramos en los siniestros de incendio pues, en gran número de casos, todas las pruebas desaparecen y a pesar de que los peritos puedan establecer y localizar más o menos exactamente el origen o foco, no es posible determinar una causa exacta que permita fijar el nexo causal entre el daño y la acción u omisión negligente del causante. En este tipo de siniestros, la jurisprudencia ha tendido a objetivizar en ciertos momentos la responsabilidad aplicando una presunción de causalidad, en el sentido de sólo exigir al actor la prueba del incendio originador del daño y no en cambio la causa concreta que provocó el mismo, cuya acreditación, por otra parte, normalmente resulta imposible. En esta línea podemos citar la STS de 24 de enero de 2002, cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**, al respecto de la demanda interpuesta por una aseguradora vía subrogación frente al Consejero Delegado de una so-

ciudad en cuyo local, destinado a almacén, se originó el incendio: *"En el tema de incendio, la doctrina jurisprudencial, siguiendo las pautas expuestas, las aplica en el sentido de que exige la prueba del incendio causante del daño, no la prueba -normalmente imposible- de la causa concreta que causó el incendio; el nexo causal es, pues, entre el incendio y el daño, no respecto a la causa eficiente (ni mucho menos, la culpa) del incendio causante del daño. Así, la sentencia de 22 de mayo de 1999 expresa: «aquellos trabajos se desarrollaban en el ámbito empresarial de la recurrente (que era la empresa donde se produjo el incendio) por lo que a ella, y no obviamente a la actora, le hubiera correspondido la prueba de un suceso extraño a su empresa como causa del siniestro». Y la de 31 de enero de 2000 dice: «ha ocurrido (el incendio) dentro del círculo de su actividad empresarial sometido a su control y vigilancia y ajeno por supuesto al dañado y por ello debe responder» y añade, para el caso concreto, luego aplicable a todo caso: «los actores, en suma, han de probar, y eso lo han hecho, que su chalet se ha incendiado por la propagación del fuego iniciado dentro del centro de transformación, no lo que ha ocurrido en él para que se produzca».*

El mismo criterio se aplica en la STS de 20 de mayo de 2005, siendo ponente el Excmo. Sr. D. **JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ** en relación a otro incendio ocurrido en una nave industrial, al afirmar que: *"Aparte de resultar inconcusa la existencia del daño, y de que en la perspectiva del nexo causal no se requiere la certeza absoluta, sino que habida cuenta las circunstancias puede ser bastante un juicio de probabilidad cualificada (SS. 30 noviembre 2001 y 29 abril 2002, entre otras), procede reiterar que en los casos de incendio no cabe exigir al actor que pruebe la causa del mismo imputable al demandado, sino que, habiéndose acreditado que el evento se produjo en el ámbito de su actividad empresarial, es dicho demandado el que debe acreditar hechos o circunstancias que exoneran su responsabilidad, siendo tal solución la que mejor se ajusta al normal discurrir de los acontecimientos (quod plerumque accidit), y responde a las reglas especiales de la carga de la prueba de la facilidad probatoria y proximidad a la fuente de prueba, porque es dicha persona quién tenía el control y conocía la ubicación y disposición de las cosas, además de actuar como refuerzo la regla de derecho de quién se beneficia de una actividad debe correr con las incomodidades o perjuicios que comporta (secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda', Paulo I. III, ad Sabinum, Digesto Lib. L, Tit. XVII, 10).*

Y en el mismo sentido la Sentencia nº 979/2011 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, de 27 de Diciembre de 2011 cuyo ponente fue el Excmo. Sr. Don **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**, que añadimos por el valor que tiene al tratar el tema concreto de la determinación del régimen de responsabilidad en supuestos de incendios en el local arrendado. Ha establecido esta Sala que *“cuando se produce un incendio en un inmueble, al perjudicado le corresponde probar su existencia y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado (SS 11 de febrero 2000, 16 julio 2003). A la persona que tiene la disponibilidad -contacto, control o vigilancia- de la cosa en que se produjo el incendio le corresponde acreditar la existencia de la actuación intencionada de terceros (SS 2 junio 2004, 22 marzo 2005) o de serios y fundados indicios de que la causa haya podido provenir de agentes exteriores -incidencia extraña- (SS 9 diciembre 1986, 4 junio 1987, 18 diciembre 1989, 2 junio 2004, 3 febrero 2005); admitiendo -incluso- alguna Sentencia (S 24 octubre 1987), la posibilidad de exoneración cuando se pruebe que en el lugar no había nada que representase un especial riesgo de incendio. Esta Sala tiene declarado repetidamente que no todo incendio es debido a caso fortuito, sin que baste para atribuir tal carácter al siniestro producido por causas desconocidas (SS 29 enero 1996, 13 junio 1998, 11 febrero 2000, 12 febrero 2001, 23 noviembre 2004, 3 febrero 2005), y «que no resulta suficiente que no esté probada la causa concreta del incendio» (SS 24 enero, 14 marzo y 29 abril 2002, 27 febrero y 26 junio 2003, 23 noviembre 2004 y 3 febrero 2005); habiendo aplicado dicha doctrina de la responsabilidad del dueño o del que tiene el control de la casa a los casos en que el incendio se produjo en el ámbito empresarial (S 22 mayo 1999), círculo de la actividad empresarial (S 31 enero 2000), o nave en la que se desarrolla tal actividad (S 23 noviembre 2004) del demandado. Con arreglo a esta doctrina no es preciso acudir a la responsabilidad por riesgo, ni se requiere discurrir acerca de la inversión de la carga de la prueba, pues es suficiente haberse declarado probado el almacenamiento de los materiales de combustión sin haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas, respecto de cuyos materiales se beneficiaba la demandada con su actividad (S 29 abril 2002).*

La aplicación de la doctrina expuesta resulta además corroborada, en cuanto a la responsabilidad del empresario, en los casos en que el incendio se produce en un inmueble arrendado, pues el art. 1563 CC dispone que «el arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que

tuviere la cosa arrendada, a no ser que prueba haberse ocasionado sin culpa suya», lo que supone establecer una presunción iuris tantum de culpabilidad (SS 13 junio 1998, 11 febrero 2000, 12 febrero 2001), o si se prefiere, en puridad técnica, una regla especial de carga de la prueba (en la actualidad con reconocimiento legal genérico en el art. 217.5 LEC 2000)”.

La razón de ser de este principio de inversión de la carga de la prueba la encontramos en que es mucho más gravoso para el demandante acreditar la responsabilidad del demandado, a que éste pruebe que ha actuado con la diligencia exigible.

No obstante lo anterior, también hay que indicar que existen sentencias en sentido contrario, exigiendo al actor probar la conducta negligente del demandado. Así encontramos la STS de 27 de junio de 2.005, siendo ponente de la misma el Excmo. Sr. D. **JOSÉ RAMÓN FERRÁNDIZ GABRIEL**, a raíz del recurso de casación interpuesto por la aseguradora de un local, siendo finalmente desestimado el mismo: *“Ha de tenerse en cuenta que, en el plano de la lógica, la relación de causalidad entre una acción y un resultado se afirma, a posteriori, conforme a la regla conocida como de la equivalencia de condiciones, según la que es causa todo aquello que no pueda suprimirse imaginariamente sin que desaparezca también el efecto (condicio sin qua non). Conforme a ese planteamiento no cabe establecer distinciones entre condiciones esenciales y no esenciales del resultado.*

Sin embargo, para una imputación objetiva, a los fines de declarar la responsabilidad civil del autor, es necesario que la causalidad no sólo exista lógicamente, sino que, además, sea adecuada, en el sentido de que la conducta tienda a producir el resultado según las reglas de experiencia general.

Esa matización jurídica de la causalidad lógica se traduce en la posibilidad de que entre causas concomitantes o cooperantes a la producción de un resultado se pueda establecer una graduación de eficacia, por razón, por ejemplo, de la inadecuación de cualquiera o de la inevitabilidad de sus consecuencias inmediatas. E, incluso, en que se entienda que alguna de ellas, por su mayor relevancia o significación, absorbe y elimina la influencia causal de las demás”.

Lógicamente, el hecho de que la carga de la prueba recaiga sobre las aseguradoras dificulta y, en muchos casos, imposibilita recobrar la

indemnización abonada a sus asegurados. Si a esto le sumamos la importante transcendencia económica que este tipo de siniestros conlleva por los cuantiosos daños que, con carácter general suelen generar, las consecuencias pueden repercutir de manera negativa en los intereses de la masa de asegurados al producirse un incremento en el pago de primas.

3.- Voluntad del asegurador de subrogarse en los derechos y acciones de su asegurado. Se trataría por tanto de un derecho potestativo que pueden o no ejercitar las aseguradoras y que no operaría *ipso iure*, en contra de lo que se establecía en la ya citada exposición de motivos del Código de Comercio de 1885.

V.- Exclusiones del ejercicio del derecho de subrogación cuando se acciona en perjuicio del asegurado

Una vez examinados los presupuestos, entramos ahora en el análisis de un punto clave del artículo y no es otro que el estudio de la regulación de las exclusiones legales al ejercicio del derecho de subrogación y las excepciones a la propia exclusión. Efectivamente, el ejercicio de este derecho está limitado en el propio artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguros aun cuando se den los presupuestos previamente analizados.

El párrafo 2º del artículo 43 dice que *“El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse”*. Y el párrafo 3º añade que *“El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato”*.

Ambos párrafos están íntimamente vinculados ya que los supuestos que recoge el párrafo tercero tienen su razón de ser en la prohibición de perjudicar los intereses del asegurado establecido en el párrafo segundo.

Antes de entrar en el análisis de cada uno de los apartados, queremos poner de manifiesto que la prohibición de accionar contra los derechos del asegurado, también tiene su contrapartida en este precepto desde el momento en el que el párrafo segundo también determina la responsabilidad del asegurado que perjudica los derechos de subrogación de la Aseguradora, obligándole a responder de los perjuicios que se le ocasionen.

Desde nuestro punto de vista, si la renuncia a la acciones frente al causante se produce antes del pago realizado por la aseguradora, esta se verá perjudicada por la actuación de su asegurado, en cuyo caso podría reclamarle los daños y perjuicios que se le hayan irrogado si una vez abonada la indemnización, descubre que carece de acción frente al causante por dicha renuncia previa.

Ahora bien, si el asegurado renuncia a las acciones o exime de responsabilidad al causante una vez recibida la indemnización en virtud de su contrato de seguro, se podría discutir si la aseguradora se puede ver perjudicada por dicha actuación, toda vez que como hemos visto, dado que la subrogación opera *ope legis*, una vez se ha realizado el pago, el derecho a reclamar al verdadero causante le corresponde al asegurador y por tanto, difícilmente el asegurado tendrá derecho de disposición sobre derechos que no le corresponden, por lo que tendremos que considerar que dicha posible renuncia de derechos es nula al carecer de objeto.

A este respecto podemos mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 15 de abril de 2010 que dice *“en el caso enjuiciado, al haberse suscrito el convenio transaccional en el mes de junio de 2007, con posterioridad a producirse la subrogación, en virtud de la cual la actora pasó a ser, ‘ex lege’ (art. 43 LCS), titular de los derechos que su asegurado ostentaba por razón del siniestro acaecido en el mes de diciembre de 2006, aquél ya no podía transigir sobre dichos derechos”*.

Dicho esto y entrando en el examen de las excepciones del artículo 43 de la Ley, ya mencionábamos al principio del artículo que la complejidad del tráfico mercantil generaba en la práctica diferentes cuestiones que merecen ser tratadas y una situación que cada vez se da con más frecuencia, es la siguiente:

Una persona es propietaria de un vehículo, asegurado en la compañía 'A', el cual estaciona en el garaje de su vivienda unifamiliar, asegu-

rada en la compañía 'B' y como consecuencia de un incendio cubierto por el seguro obligatorio, se ocasionan daños en la vivienda, o viceversa, como consecuencia de la negligencia del propietario se produce un incendio en la vivienda que calcina el vehículo. La compañía 'B', en virtud de la cobertura que otorga la póliza de hogar y de conformidad con los límites indemnizatorios en ella establecidos, procede a abonar a su asegurado los daños ocasionados en la vivienda ¿Podría la compañía 'B' ejercitar la acción subrogatoria al amparo del artículo 43 LCS frente a la compañía 'A'? O al contrario, ¿podría la compañía 'A' que asegura el vehículo accionar contra la Compañía 'B' aseguradora de la vivienda?

En este caso, si bien es verdad que existen dos aseguradoras, el responsable del siniestro es el propietario del vehículo quien, a su vez, lo es de la vivienda. Como ya hemos indicado, una vez la aseguradora paga de conformidad con la cobertura y límites estipulados en la póliza, se subroga en los derechos de su asegurado para reclamar al causante, pero parece obvio, (a pesar de que hay una compañía que recibe una prima por asegurar la responsabilidad civil que no va a hacer frente al pago de ninguna indemnización), que en el ejemplo expuesto falta el requisito de la existencia de un *tercero responsable*, pues causante y perjudicado coinciden en la misma persona, lo que supondría accionar contra él mismo.

Ahora bien, ¿qué pasa si no se trata del mismo asegurado persona física sino que por seguir con el mismo ejemplo, el vehículo pertenece a una sociedad de la que es socio único el propietario de la vivienda tomador de la póliza de hogar? En este caso a pesar de que se trata de dos personas distintas, por un lado una persona física y por otro lado una persona jurídica, y por lo tanto con patrimonios económicos distintos, la jurisprudencia se ha pronunciado en contra del ejercicio del derecho de subrogación, al entender que la acción se ejercita en perjuicio del propio asegurado. En el caso analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª), de 24 de abril de 2014, se produce un incendio en un local asegurado en una compañía cuyo tomador era una persona jurídica y dicho incendio causa daños en una vivienda cuyos propietarios eran los socios únicos de dicha sociedad que explotaba el local. Al ejercitar la aseguradora de la vivienda perjudicada el derecho de subrogación frente a la aseguradora de la causante, la Audiencia desestima el recurso interpuesto frente a la sentencia de instancia que desestimaba igualmente la demanda en

base a lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto *"En definitiva, la acción objeto de este proceso perjudica a los asegurados en la compañía demandante, en tanto en cuanto supondría devolver la indemnización percibida por el siniestro sufrido, dejando indemne a la actora y afectando negativamente el patrimonio de los asegurados, los cuales estarían transmitiendo a la recurrente una acción que únicamente les está causando un manifiesto perjuicio económico, con lo que se burlaría el mandato imperativo del art. 43 II de la LCS, que veda a las compañías ejercitar la acción subrogatoria en perjuicio de sus asegurados"*.

El párrafo tercero del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, por su parte y con fundamento en el anterior, establece que el asegurador no puede ejercitar el derecho de subrogación frente:

1º. A las personas de las que el asegurado deba responder civilmente.

2º. A los parientes enumerados en el precepto que convivan con el asegurado. Llama la atención el requisito de la convivencia a los efectos de determinar el derecho de subrogación del Asegurador, y ello porque desde un punto de vista objetivo, si lo que se pretende evitar es que se produzca un perjuicio en los intereses del asegurado, el hecho de que el causante no conviva con asegurado no implica que la repercusión económica no pueda recaer sobre el mismo, hecho este prohibido por el párrafo 2º, o viceversa, el hecho de que se conviva en el mismo domicilio no implica per se, que el ejercicio de la acción subrogatoria pueda perjudicar los intereses del asegurado.

Ahora bien, esta prohibición no opera y en consecuencia la aseguradora sí podrá subrogarse en los derechos del asegurado frente a las personas enumeradas anteriormente en el caso de que el siniestro se haya producido por dolo de alguna de ellas o en el caso de que la responsabilidad civil esté amparada por un contrato de seguro.

Los requisitos para poder accionar vía subrogación en estos casos, por lo tanto, son los siguientes:

1. En primer lugar que la aseguradora que pretenda ejercitar el derecho de subrogación haya abonado una indemnización en virtud de un seguro de responsabilidad civil siempre que su asegurado sea responsable por un hecho ajeno y no propio. Los preceptos legales que dan

origen a la responsabilidad por hechos ajenos en nuestro derecho positivo relacionados con el seguro de daños, son los siguientes:

Por un lado el artículo 1903 del código civil que dice *“La obligación que impone el artículo anterior (1902) es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Por su parte el artículo 1904 de mismo código dice que *“El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.*

Cuando se trate de Centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño”.

En tercer lugar, el artículo 117 del código penal, que dice: *“Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencio-*



nalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda”.

Y finalmente el artículo 120 Código penal que determina que son civilmente responsables *“Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”.*

2. Y en segundo lugar que estas personas de las que el asegurado debe responder hayan actuado dolosamente o la responsabilidad esté amparada por un seguro y en este caso, siempre dentro de los límites pactados en el contrato que tenga concertado el causante.



En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), Sentencia núm. 37/2013 de 29 enero, en su Fundamento de Derecho Sexto: “La entidad aseguradora indemnizó por haber sido condenada solidariamente junto al codemandado, contratado por la constructora condenada como responsable civil subsidiaria, accionando conforme a lo dispuesto en el artículo 43 LCS, subrogándose en su asegurado, 0000, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 LCS”.

La razón de la subrogación legal a favor del asegurador se justifica para evitar que el asegurado pueda enriquecerse, para impedir que el tercero responsable quede libre de su obligación de resarcir el daño a consecuencia de la protección del perjudicado-asegurado por

medio del contrato de seguro; el asegurador al indemnizar sufre un perjuicio patrimonial por lo que surge un interés que encuentra su amparo con la titularidad del crédito en el que se subroga, crédito que en este caso es lo abonado por su asegurada atendiendo la condena en la sentencia a favor de quienes fueron perjudicados, condena fundada en lo dispuesto en los artículos 117 Código Penal (...) y artículo 120 Código penal (...).

La subrogación queda excluida cuando el causante del daño sea una persona cuyos actos u omisiones den lugar a la responsabilidad del asegurado, lo que es consecuencia de interpretar los artículos 1903 y 1904 CC (LEG 1889, 27), porque no cabe que tenga el asegurado un crédito contra él mismo; ahora bien la exclusión de esta subrogación no tiene lugar cuando la responsabilidad civil «del causante del daño proviene de dolo» y cuando la responsabilidad civil del causante del daño esté amparada mediante un contrato de seguro. De conformidad con dicha norma el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 7 de diciembre de 2006.

El supuesto típico y normal de aplicación del referido precepto es la existencia de un seguro de daños propios en el que es indemnizado el asegurado por su asegurador, supuesto que no es el aquí planteado, sino aquél en el que el seguro no es de daños propios sino un seguro de responsabilidad civil; en este caso el siniestro no es un daño causado a la persona del asegurado o en sus bienes, sino un daño producido a un tercero del que se deriva una responsabilidad civil del asegurado. El asegurado tiene que ser responsable civil del daño causado al tercero perjudicado; solo esta responsabilidad es la que da lugar a la obligación de indemnizar del asegurador, en base a la esencia y naturaleza de esta clase de seguros [arts. 1 y 73 LCS (RCL 1980, 2295)] y le permite subrogarse en la posición del asegurado”.

VI.- Otras consideraciones del derecho de subrogación: derecho de subrogación vs derecho de repetición

Derecho subrogación vs derecho repetición: consideraciones generales

Sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo y sin perjuicio de lo que hemos ido apuntando a lo largo del artículo, no queremos dejar de hacer una breve referencia a las diferencias entre el derecho de subrogación y el derecho de repetición a los efectos de perfilar el contenido del primero por su contraposición con el segundo.

.- Acciones a ejercitar y régimen de excepciones:

En primer lugar el artículo 43 LCS permite al asegurador que ha pagado a su asegurado, en base al contrato, ejercitar todos los derechos y acciones que por razón del siniestro le correspondieran a su asegurado (acreedor) frente a los causantes del daño. La subrogación, a diferencia de lo que ocurre con la acción de regreso o la acción de repetición del 1.158 CC, no concede a la aseguradora un nuevo crédito contra el deudor, sino que transmite a la aseguradora los mismos derechos y privilegios de su asegurado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.212 CC.

El Diccionario de la lengua española define 'subrogar' como "sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona". Según la STS de 19 de noviembre de 2013 de la que es ponente el Excmo. Sr. D. **SEBASTIÁN SASTRE PAPIOL**: *"Del concepto de subrogación surge la natural consecuencia de que las acciones que el asegurador puede ejercitar son las mismas que las que podía ejercitar el asegurado-perjudicado. Por tanto, presupone un crédito del asegurado contra un tercero responsable del daño. Ha de tratarse de un crédito del asegurado dirigido a la obtención de un resarcimiento de daños que ha dado lugar, por vía subrogatoria, a la indemnización por el asegurador al asegurado en virtud de la existencia de un contrato válido y vigente. Así lo establece expresamente el art. 43 LCS, cuando afirma que el objeto de la subrogación, una vez pagada la indemnización, son los derechos y acciones "que correspondieran al asegurado"*.

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

Podemos afirmar por tanto que a través de la subrogación la Aseguradora adquiere todos los derechos y garantías del crédito (artículo 1.212 CC) mientras que esto no ocurre cuando ejercitamos un derecho de repetición.

.- La antigüedad del crédito:

Íntimamente relacionado con lo anterior, se diferencian ambas acciones en la antigüedad del crédito que se ejercita en cada una de ellas, ya que mientras en la acción de subrogación el crédito continúa siendo el mismo que

el del asegurado, produciéndose únicamente una sustitución en la persona del acreedor, en el derecho de repetición, nace un nuevo crédito a favor de la aseguradora, extinguiéndose el anterior.

En este sentido se pronuncia la STS de 11 de octubre de 2007, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. **IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA**: *"La subrogación, diferencia de la acción de reembolso o regreso del artículo 1158 del Código Civil, que supone el nacimiento de un nuevo crédito contra el deudor en virtud del pago realizado, el cual extingue la primera obligación, transmite al tercero que paga el mismo crédito inicial, con todos sus derechos accesorios, privilegios y garantías de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1212 del Código Civil"*.

.- La naturaleza de la deuda que da origen al nacimiento del derecho de subrogación o de repetición:

La tercera diferencia está en que la acción de subrogación ejercitada por las aseguradoras encuentra su fundamento en el pago de una deuda que no le es ajena, sino propia, en virtud de la obligación contractual que tiene con su asegurado, mientras que el pago que realiza un tercero que posteriormente repite según el derecho que le confiere el artículo 1.158 CC, lo es de deuda ajena, (SSTS de 29 de diciembre de 1979 y de 29 de octubre de 1997).

.- El *dies a quo* para computar el plazo de prescripción de la acción subrogatoria frente a la acción de repetición:

Cuestión en su día no poco controvertida ante la disparidad de criterios, toda vez que para algunos el comienzo del cómputo del plazo prescriptivo de la acción subrogatoria debía iniciarse en el momento del pago por la aseguradora (SSAP de Castellón de 7 de noviembre de 2000, de Huelva de 11 de enero de 2000), otros consideraban que la acción que la Ley confiere a las aseguradoras está sujeta al plazo de prescripción de un año desde que lo supo el agraviado (artículo 1.968.2º CC) y ello sin perjuicio de su posible interrupción.

Actualmente esta cuestión es doctrina pacífica al haberse inclinado por la postura más acertada atendiendo a la naturaleza de ambas acciones:

A) Por un lado el *dies a quo* para computar el plazo de prescripción de la acción de subrogación, es el del día en el que el asegurado tuvo

conocimiento del siniestro. Esta postura parece más adecuada si tenemos en cuenta el espíritu de la subrogación, que supone un cambio subjetivo en la relación obligatoria únicamente, pero el crédito originario subsiste en toda su extensión. La aseguradora por tanto 'sustituye' u 'ocupa' la posición de su asegurado frente a los responsables del daño, con todos los derechos, limitaciones y condicionantes del acreedor originario.

B) El plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de repetición, comienza el día en el que el asegurador efectúa el pago, ya que ese es el día en el que nace el nuevo crédito.

.- Breve referencia al derecho de repetición de las aseguradoras.

Si en el seguro de daños la subrogación es la herramienta de la que se valen las compañías de seguros para recobrar del tercero causante los daños que previamente ha indemnizado a su asegurado en virtud del contrato que les une, en el seguro de automóviles esta herramienta nos la facilita el Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (TRLRCSCVM) en su artículo 10, regulador del derecho de repetición conferido a las aseguradoras:

“El asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir:

1. *Contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.*
2. *Contra el tercero responsable de los daños.*
3. *Contra el tomador del seguro o asegurado, por las causas previstas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y, conforme a lo previsto en el contrato, en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir.*
4. *En cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes.*

La acción de repetición del asegurador prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado”.

De la lectura del citado precepto y de su comparación con la lectura del artículo 43 de la LCS, podemos establecer varias conclusiones que nos permiten distinguir la naturaleza de una y otra acción, de las cuales vamos a mencionar solo las dos siguientes, ya que no se pretende entrar en el análisis del derecho de repetición, sino resaltar aquellas diferencias que hemos analizado previamente y contraponerlas al seguro de automóviles:

- En primer lugar, mientras que la subrogación del artículo 43 LCS encuentra su fundamento en el contrato en base al cual la aseguradora indemniza o repara el daño cuyo riesgo es objeto de cobertura, la acción de repetición del artículo 10 TRLRCSCVM no se apoya en contrato alguno, más bien al contrario, es una acción de la que dispone el asegurador en casos en los que paga a pesar de que el hecho esté excluido en póliza o incluso sin que exista contrato, y todo ello con el objetivo de dar la máxima protección al perjudicado.

- Y en segundo lugar, ponemos de relieve la diferencia en materia de prescripción de una y otra acción.

Por un lado, el plazo de prescripción conferido al asegurador para iniciar la acción de repetición es un año desde el pago, mientras que en el derecho de subrogación, dependerá del plazo que tuviera el asegurado en cuya posición se subroga la Compañía, frente al causante, ya que ésta puede variar en función de si se ejercita una acción por responsabilidad civil extracontractual, en cuyo caso el plazo será de un año en derecho común o tres años en el ámbito del derecho civil catalán, o si se ejercita una acción por responsabilidad civil contractual, en cuyo caso serán 15 años, o cualquier otro que venga expresamente establecido en contrato o en la Ley.

Por otro lado, en el *dies a quo*, como ya hemos dicho en las consideraciones generales, ya que en la acción de repetición el cómputo se inicia en el momento en el que la aseguradora paga, en cambio en la acción subrogatoria el plazo comienza en el momento en el que el agraviado tuvo conocimiento del daño.

Ya para finalizar, y al igual que hemos hecho referencia al artículo 10 del TRLRCSCVM queremos hacer una breve mención al artículo 76 de la LCS que contempla la acción de repetición de la aseguradora, en este caso frente a su propio asegurado al decir: *“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el*

asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

Al igual que el artículo 43.3 de la LCS permite a las aseguradoras subrogarse en la posición del asegurado frente al causante del daño cuando aquel deba responder civilmente por un hecho ajeno en caso de existencia de dolo, el artículo 76 de la LCS concede a la Aseguradora derecho de repetición, frente a su propio asegurado, cuando el daño traiga causa de una actuación dolosa del propio asegurado.

Es aquí también requisito imprescindible que el perjudicado haya ejercitado la acción directa frente a la aseguradora del causante, y ésta se haya visto obligada a abonar la indemnización, pese a que las pólizas excluyen con carácter general la cobertura de hechos dolosos.

En contra de la consideración de que los daños causados por la conducta dolosa del asegurado son objeto de cobertura por la póliza, debiendo la compañía hacer frente a la indemnización al tercero perjudicado, sin perjuicio del derecho de repetición que le asiste frente a su asegurado, algunos autores consideran que el dolo no tiene la consideración de exclusión que por la actual regulación del artículo 76, no puede oponerse frente al tercero, sino que los hechos dolosos no pueden tener la consideración de hechos asegurables.

A este respecto nos gustaría mencionar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2014 que condena a una aseguradora por el delito cometido por su asegurada y le concede el derecho de repetición, pero cuenta con un voto particular que considera que el delito no puede ser objeto de cobertura.

Autores como **SÁNCHEZ CALERO**, entienden que el derecho de repetición del artículo 76 de la LCS, debe extenderse no sólo a los supuestos de dolo, sino a aquellos en los que se ha realiza-

do un pago indebido por no ajustarse al contrato suscrito con su cliente.

VII.- La acción de subrogación en el proyecto de Código Mercantil

Para terminar, queremos hacer una breve referencia a la regulación de esta materia en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, aprobado por el Consejo de Ministros en su sesión de 30 de mayo.

Según Artículo 582-18. Subrogación del asegurador.

1. *El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que, por razón del siniestro, le correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.*
2. *El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho de a subrogarse.*
3. *El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado de acuerdo con la ley, ni contra el causante del siniestro que sea respecto del asegurado pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado de consanguinidad. Se exceptúan los casos en los que la responsabilidad provenga de dolo de esas personas o estuviera amparada por un contrato de seguro, supuesto en el que la subrogación estará limitada en su alcance a los términos del contrato.*

A la vista de esta regulación, vemos que la única diferencia con relación la actual, es que se ha hecho desaparecer el párrafo 4 del actual artículo 43 que recordemos dice “*En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés*”.

En consecuencia, salvo que en el trámite legislativo se modifique su regulación, todas las dudas que se plantean a día de hoy que hemos dejado apuntadas en el presente artículo, deberán continuar resolviéndose en sede judicial, dando origen a teorías diversas sobre los derechos que les corresponden a las compañías de seguros.



jurisprudencia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

RESPONSABILIDAD
CIVIL

La actividad agraria de un tractor, que no consista en circular por una vía pública o privada, también está dentro del concepto de “circulación de vehículo”, al considerar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que este concepto se refiere no sólo a la circulación de vehículos sino que engloba también “el uso” o “la utilización del vehículo” para fines distintos a la circulación

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de septiembre de 2014.

Sentencia

Procedimiento prejudicial.- -Seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles -Directiva 72/166/CEE -Artículo 3, apartado 1 -Concepto de “circulación de vehículos” -Accidente causado en el patio de una granja era por un tractor dotado de remolque».

En el asunto C-162/13, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Vrhovno sodiš e (Eslovenia), mediante resolución de 11 de marzo de 2013, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de marzo de 2013, en el procedimiento entre EL TRIBUNAL DE JUSTI-

CIA (Sala Tercera), integrado por el Sr. M. Ilešič, Presidente de Sala, y los Sres. C.G. Fernlund, A. Ó Caoimh, la Sra. C. Toader y el Sr. E. Jarašinas (Ponente), Jueces; Abogado General: Sr. P. Mengozzi; Secretario: Sr. A. Calot Escobar; habiendo considerado los escritos obrantes en autos; consideradas las observaciones presentadas: -en nombre del Gobierno alemán, por el Sr. T. Henze, la Sra. J. Kemper y el Sr. J. Möller, en calidad de agentes; -en nombre de Irlanda, por el Sr. A. Joyce y las Sras. E. Creedon y L. Williams, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. C. Toland, BL; -en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. B. Rous Demiri y el Sr. K.-Ph. Wojcik, en calidad de agentes; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 26 de febrero de 2014; dicta la siguiente:

1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DO L 103, p. 1; EE 13/02, p. 113; en lo sucesivo, «Primera Directiva»).

2 Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Vnuk y Zavarovalnica Triglav d.d. (en lo sucesivo, «Zavarovalnica Triglav»), en relación con el pago de una indemnización derivada del seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles (en lo sucesivo, «seguro obligatorio»).

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3 Los considerandos quinto a séptimo de la Primera Directiva enuncian lo siguiente:

«Considerando que es deseable que se adopten medidas para liberalizar aún más el régimen de circulación de las personas y de los vehículos automóviles en el tráfico de viajeros entre los Estados miembros; Considerando que este tipo de facilidades al tráfico de viajeros constituye un nuevo paso hacia la apertura recíproca de los mercados de los Estados miembros, introduciendo condiciones análogas a las de un mercado interior;

Considerando que puede suprimirse el control de la carta verde para los vehículos es-

tacionados habitualmente en un Estado miembro que penetren en el territorio de otro Estado miembro.

4 El artículo 1 de la Primera Directiva establece: «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1. vehículo: todo vehículo automóvil destinado a circular por el suelo, accionado mediante una fuerza mecánica y que no utiliza una vía férrea, así como los remolques, incluso no enganchados.

5 A tenor del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva: «Cada Estado miembro adoptará todas las medidas oportunas, sin perjuicio de la aplicación del artículo 4, para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio, sea cubierta mediante un seguro. Los daños que se cubran, así como las modalidades de dicho seguro, se determinarán en el marco de tales medidas».

6 El artículo 4 de la citada Directiva establece: «Cada Estado miembro podrá establecer excepciones a las disposiciones del artículo 3:

b) en lo que se refiere a ciertos tipos de vehículos o ciertos vehículos que tengan una matrícula especial, cuya relación se determinará por este Estado, notificándose al resto de los Estados miembros y a la Comisión [Europea].

7 El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, Segunda Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles (DO L 8, p. 17; EE 13/15, p. 244; en lo sucesivo, «Segunda Directiva»), dispone: «El seguro contemplado en el apartado 1 del artículo 3 de la [Primera Directiva] cubrirá obligatoriamente los daños materiales y los daños corporales».

8 El apartado 2 del citado artículo fijó los importes mínimos que deben ser garantizados por ese seguro obligatorio. Dichos importes fueron reevaluados por la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (DO L 149, p. 14), la cual ha intro-

ducido asimismo en la Segunda Directiva una disposición que tiene por objeto garantizar la revisión regular de esos importes en función del índice de precios de consumo europeo.

9 A tenor del artículo 1, apartado 4, párrafo primero, de la Segunda Directiva, «cada Estado miembro creará o autorizará un organismo que tendrá por misión reparar, al menos hasta los límites de la obligación del aseguramiento, los daños materiales o corporales causados por un vehículo no identificado o por el cual no haya sido satisfecha la obligación de aseguramiento». El párrafo cuarto de esta disposición establecía además que «los Estados miembros podrán limitar o excluir la intervención de dicho organismo en caso de daños materiales causados por un vehículo no identificado». Sin embargo, esa posibilidad fue excluida enseguida por la Directiva 2005/14 «cuando el organismo haya indemnizado por daños corporales significativos a alguna víctima del mismo accidente en el que un vehículo no identificado hubiera causado daños materiales».

10 El artículo 2, apartado 1, de la Segunda Directiva dispone: «Cada Estado miembro tomará las medidas apropiadas para que toda disposición legal o cláusula contractual que esté contenida en un póliza de seguros librada de conformidad con el apartado 1 del artículo 3 de la [Primera Directiva], que excluye del seguro la utilización o la conducción de vehículos por: personas que no estén ni expresa ni implícitamente autorizadas para ello, o personas no titulares de un permiso que les permita conducir el vehículo de que se trate, o personas que no cumplan las obligaciones legales de orden técnico referentes al estado y seguridad del vehículo de que se trate, sea reputada sin efecto en lo que se refiere al recurso de los terceros, víctimas de un siniestro, para la aplicación del apartado 1 del artículo 3 de la [Primera Directiva].»

11 A tenor del artículo 3 de la Segunda Directiva: «Los miembros de la familia del asegurado, del conductor o de cualquier otra persona cuya responsabilidad civil esté comprometida en el siniestro y cubierta por el seguro mencionado en el apartado 1 del artículo 1, no podrán ser excluidos en razón de dicho vínculo de parentesco del beneficio del seguro de daños corporales por ellos sufridos».

12 El artículo 1 de la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, Tercera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el segu-

ro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (DO L 129, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 2005/14 (en lo sucesivo, «Tercera Directiva»), precisa: «[...] el seguro a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 72/166/CEE cubrirá la responsabilidad por daños corporales de todos los ocupantes, con excepción del conductor, derivados de la circulación de un vehículo.

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las disposiciones legales o cláusulas contractuales incluidas en una póliza de seguro que excluyan a un ocupante de la cobertura de seguro sobre la base de que éste supiera o debiera haber sabido que el conductor del vehículo se encontraba bajo los efectos del alcohol o de otra sustancia tóxica en el momento del accidente sean consideradas sin efecto en relación con las declaraciones de siniestros de dicho ocupante.

13 El artículo 1 bis de la Tercera Directiva dispone: «El seguro mencionado en el artículo 3, apartado 1, de la [Primera Directiva] cubrirá los daños corporales y materiales sufridos por peatones, ciclistas y otros usuarios no motorizados de vías públicas, quienes, como consecuencia de un accidente en el que intervenga un vehículo automóvil, tendrán derecho a ser indemnizados de conformidad con el Derecho civil nacional.

14 A tenor del artículo 4 quater de la citada Directiva: «Las compañías de seguros no podrán oponer franquicias a la parte perjudicada de un accidente en lo que respecta al seguro mencionado en el artículo 3, apartado 1, de la [Primera Directiva]».

15 La Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles) (DO L 181, p. 65), prevé en su artículo 3, bajo el título «Acción directa»: «Los Estados miembros velarán por que los perjudicados tengan derecho a interponer una acción directa contra la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil del tercero responsable».

16 Por otra parte, la Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, Primera Di-

rectiva sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio (DO L 288, p. 3; EE 06/01, p. 143), en su versión resultante de la Directiva 84/641/CEE del Consejo, de 10 de diciembre de 1984 (DO L 339, p. 21; EE 06/02, p. 150), dispone en su artículo 1: «1. La presente Directiva se aplicará al acceso a la actividad no asalariada del seguro directo [...] practicada por las empresas establecidas en el territorio de un Estado miembro o que deseen establecerse en él, así como al ejercicio de dicha actividad. 3. La clasificación por ramos de las actividades contempladas en el presente artículo se indica en el Anexo».

17 El anexo a esta Directiva precisa: «A. Clasificación de los riesgos por ramos 10. Responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles Toda responsabilidad resultante del empleo de vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista).

Derecho esloveno

18 El artículo 15 de la *Zakon o obveznih zavarovanjih v prometu* (Ley del seguro obligatorio del automóvil; en lo sucesivo, «ZOZP») establece: «El propietario de un vehículo deberá celebrar un contrato de seguro de responsabilidad civil por los daños ocasionados a terceros por el uso de vehículos: fallecimiento, daños corporales, problemas de salud, destrucción de bienes y daños materiales [...], con excepción de la responsabilidad por daños en los bienes que ha aceptado transportar. [...]».

Litigio principal y cuestión prejudicial

19 De la resolución de remisión resulta que, el 13 de agosto de 2007, durante la colocación de pacas de heno en una era, un tractor dotado de remolque, al maniobrar marcha atrás para situar el remolque en el patio de la granja, derribó la escalera en la que estaba subido el Sr. Vnuk, lo que provocó la caída de éste. El Sr. Vnuk presentó una demanda de indemnización para la obtención del pago de 15.944,10 euros en concepto de indemnización por daños no patrimoniales, más los intereses de demora, contra Zavarovalnica Triglav, la compañía de seguros con la que el propietario del tractor había celebrado un contrato de seguro obligatorio.

20 El juez de primera instancia desestimó dicha demanda. El órgano jurisdiccional de se-

gunda instancia desestimó el recurso presentado por el Sr. Vnuk contra dicha resolución y señaló que la póliza de seguro obligatorio de circulación de automóviles cubría el perjuicio causado por la utilización de un tractor como medio de transporte, pero no el ocasionado por la utilización de un tractor como maquinaria de trabajo o como medio de remolque.

21 El órgano jurisdiccional remitente autorizó al Sr. Vnuk a presentar un recurso de casación contra esta resolución en la medida en que versa sobre la utilización del tractor como «vehículo», en el sentido del artículo 15 de la ZOZP.

22 Ante el órgano jurisdiccional remitente, el Sr. Vnuk alega que el concepto de «utilización de un vehículo en la circulación» no puede limitarse a la circulación en las vías públicas y que, además, en el momento del hecho dañoso controvertido en el litigio principal, el conjunto formado por el tractor y su remolque constituían ciertamente un vehículo que circulaba y que se trataba de la parte final del trayecto. Zavarovalnica Triglav sostiene, en cambio, que el asunto principal versa sobre la utilización de un tractor no en su función de vehículo destinado a la circulación vial, sino en el contexto de un trabajo en el henil de una era.

23 El órgano jurisdiccional remitente indica que la ZOZP no define el concepto de «utilización de vehículos», pero esta laguna ha sido colmada por la jurisprudencia. A este respecto, señala que el objetivo principal del seguro obligatorio con arreglo a la ZOZP consiste en la socialización del riesgo y en la necesidad de proteger las necesidades de los perjudicados y de los pasajeros en el marco de la circulación vial. Según el órgano jurisdiccional remitente, en virtud de la jurisprudencia eslovena, para valorar si determinado daño está cubierto o no por el seguro obligatorio, no es decisivo, sin embargo, si dicho daño se ha producido en una vía pública. No obstante, no existe cobertura en virtud del seguro obligatorio cuando se utiliza el vehículo como maquinaria de trabajo, por ejemplo en una superficie agrícola, puesto que en ese caso no se trata de circulación vial.

24 El órgano jurisdiccional remitente señala que las diferentes Directivas relativas al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles –a saber, las Directivas Primera a Tercera, la Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles y la Directiva 2005/14 (en lo sucesivo, conjunta-

mente, «Directivas relativas al seguro obligatorio»)- hacen referencia a la «circulación», a la «circulación vial» o también a los «usuarios de las vías públicas», pero no precisan qué puede considerarse circulación de vehículos y cuál es el criterio decisivo a este respecto. Por lo tanto, es posible entender que el seguro obligatorio únicamente cubre los daños causados por un vehículo en el ámbito de la circulación vial o que cubre cualquier daño que esté relacionado de cualquier forma con la utilización o el funcionamiento de un vehículo, con independencia de que la situación pueda o no definirse como una situación de circulación.

25 En esas circunstancias, el Vrhovno sodišče (Tribunal Supremo) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿El concepto de “circulación de vehículos” a los efectos del artículo 3, apartado 1, de la [Primera Directiva] debe interpretarse en el sentido de que no incluye las circunstancias del caso de autos, en el que el asegurado de la parte recurrida golpeó la escalera del recurrente con un tractor dotado de remolque durante la colocación de pacas de heno en la superficie del henil, puesto que estos hechos no tuvieron lugar en el ámbito de la circulación vial?».

Sobre las solicitudes de reapertura de la fase oral

26 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 28 de marzo de 2014, Irlanda solicitó al Tribunal de Justicia que ordenara la reapertura de la fase oral del procedimiento, conforme al artículo 83 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. En apoyo de su solicitud, dicho Estado miembro invoca la necesidad, en el caso de que el Tribunal de Justicia siguiera las conclusiones presentadas por el Abogado General, de limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia y, por lo tanto, la necesidad de reabrir la fase oral del procedimiento para que pueda formular sus alegaciones en apoyo de su solicitud de limitación de los efectos de la sentencia en el tiempo.

27 Mediante escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Justicia respectivamente los días 15 y 21 de mayo de 2014, los Gobiernos del Reino Unido y alemán pidieron asimismo la reapertura de dicha fase oral, en aplicación del citado artículo 83. En apoyo de su solicitud, el Gobierno del Reino Unido alega que las conclusiones presentadas por el Abogado General adolecen de varios errores, res-

pecto a los cuales desea presentar observaciones. Por su parte, el Gobierno alemán sostiene que esas conclusiones abordan una alegación que no ha sido debatida entre las partes, a saber, la existencia de una eventual laguna en la Primera Directiva, que debería subsanarse, y que el Tribunal de Justicia no está suficientemente informado para pronunciarse al respecto.

28 Con arreglo al artículo 83 del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia podrá ordenar, en cualquier momento, tras oír al Abogado General, la reapertura de la fase oral del procedimiento, en particular si estima que la información de que dispone es insuficiente o cuando una parte haya invocado ante él, tras el cierre de esta fase, un hecho nuevo que pueda influir decisivamente en su resolución, o también cuando el asunto deba resolverse basándose en un argumento que no fue debatido entre las partes o los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

29 En el caso de autos, el Tribunal de Justicia, tras oír al Abogado General, considera que dispone de todos los elementos necesarios para responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente y que no debe examinarse el asunto a la luz de un hecho nuevo que pueda influir decisivamente en su resolución o de un argumento que no fue debatido entre las partes ante él.

30 Además, en cuanto a las críticas realizadas a las conclusiones del Abogado General, es preciso recordar, por un lado, que ni el Estatuto del Tribunal de Justicia ni su Reglamento de Procedimiento prevén la posibilidad de que las partes interesadas presenten observaciones en respuesta a las conclusiones presentadas por el Abogado General (auto Emesa Sugar, C-17/98, EU:C:2000:69, apartado 2, y sentencia Döhler Neuenkirchen, C-262/10, EU:C:2012:559, apartado 29).

31 Por otra parte, en virtud del artículo 252 TFUE, párrafo segundo, el Abogado General tiene la función de presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia, requieran su intervención. A este respecto, el Tribunal de Justicia no está vinculado por las conclusiones del Abogado General ni por la motivación que éste desarrolla para llegar a las mismas. Por consiguiente, el hecho de que una parte no esté de acuerdo con las conclusiones

del Abogado General no puede constituir en sí mismo un motivo que justifique la reapertura de la fase oral, sin importar cuáles sean las cuestiones examinadas en dichas conclusiones (sentencias Hogan Lovells International, C-229/09, EU:C:2010:673, apartado 26; E.ON Energie/Comisión, C-89/11 P, EU:C:2012:738, apartado 62, y Weber, C-438/12, EU:C:2014:212, apartado 30).

32 Por consiguiente, deben rechazarse las solicitudes de reapertura de la fase oral del procedimiento presentadas por el Gobierno alemán, Irlanda y el Gobierno del Reino Unido.

Sobre la cuestión prejudicial

33 Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que están comprendidas en el concepto de «circulación de vehículos» circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, a saber, la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor.

34 El Gobierno alemán e Irlanda sostienen que la obligación de aseguramiento prevista en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva sólo afecta a las situaciones en el ámbito de la circulación vial y que, por lo tanto, no se aplica a circunstancias como las del litigio principal.

35 En cambio, la Comisión considera que esta disposición se aplica a la utilización de vehículos, como medios de transporte o como maquinaria de trabajo, en cualquier espacio, tanto público como privado, donde pueden producirse riesgos inherentes a la utilización de vehículos, con independencia de que éstos estén o no en movimiento.

36 Según el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva, cada Estado miembro adoptará todas las medidas oportunas, sin perjuicio de la aplicación del artículo 4, para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio sea cubierta mediante un seguro.

37 El concepto de vehículo se precisa en el artículo 1, número 1, de la citada Directiva, según el cual debe entenderse por «vehículo» en el sentido de esta Directiva «todo vehículo automóvil destinado a circular por el suelo, accio-

nado mediante una fuerza mecánica y que no utiliza una vía férrea, así como los remolques, incluso no enganchados».

38 Es preciso señalar que un tractor dotado de remolque responde a esta definición. A este respecto, cabe indicar que ésta es independiente del uso que se hace o que pueda hacerse del vehículo de que se trata. Por lo tanto, el hecho de que un tractor, eventualmente dotado de remolque, pueda, en determinadas circunstancias, ser utilizado como maquinaria agrícola es irrelevante a efectos de la constatación de que tal vehículo responde al concepto de «vehículo» que figura en el artículo 1, número 1, de la Primera Directiva.

39 Sin embargo, de lo antedicho no resulta necesariamente que un tractor dotado de remolque esté sujeto a la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil prevista en el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva. En efecto, por un lado, con arreglo a dicha disposición, es necesario que ese vehículo tenga su estacionamiento habitual en el territorio de un Estado miembro, requisito cuyo cumplimiento no se discute en el litigio principal. Por otro lado, en aplicación del artículo 4, letra b), de la citada Directiva, cada Estado miembro puede establecer excepciones a lo dispuesto en el artículo 3 de ésta en lo que se refiere a ciertos tipos de vehículos o ciertos vehículos que tengan una matrícula especial, cuya relación se determinará por este Estado, notificándose al resto de los Estados miembros y a la Comisión.

40 De las consideraciones anteriores resulta que un tractor dotado de remolque está sujeto a la obligación prevista en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva cuando tiene su estacionamiento habitual en el territorio de un Estado miembro que no ha excluido ese tipo de vehículo del ámbito de aplicación de la citada disposición.

41 En cuanto a la cuestión de si debe considerarse que la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor está o no comprendida en el concepto de «circulación de vehículos» al que se refiere dicha disposición, procede señalar, de entrada, que ese concepto no puede dejarse a la apreciación de cada Estado miembro.

42 En efecto, ni el artículo 1 de la Primera Directiva, ni el artículo 3, apartado 1, de ésta, ni ninguna otra disposición de la citada Direc-

tiva o de las otras directivas relativas al seguro obligatorio remiten al Derecho de los Estados miembros por lo que se refiere a ese concepto. Pues bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta no sólo el tenor de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte (véase, en este sentido, la sentencia Omejc, C-536/09, EU:C:2011:398, apartados 19 y 21 y jurisprudencia citada).

43 Por lo que se refiere, en primer lugar, a los términos empleados en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva, de un examen comparado de las distintas versiones lingüísticas de esa disposición resulta que ésta presenta divergencias en cuanto al tipo de situación contemplado por la obligación de aseguramiento que prevé, divergencias que se encuentran además en el propio título de esa Directiva, en particular en sus versiones inglesa y francesa.

44 Así pues, en francés, al igual que en español, griego, italiano, neerlandés, polaco y portugués, el citado artículo 3, apartado 1, hace referencia a la obligación de cubrir la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos, dando a entender que esa obligación de aseguramiento se refiere únicamente a los accidentes causados en el ámbito de la circulación vial, como sostienen el Gobierno alemán e Irlanda.

45 No obstante, las versiones inglesa, así como búlgara, checa, estonia, letona, maltesa, eslovaca, eslovena y finesa de esa misma disposición, se remiten al concepto de «utilización» de vehículos, sin otras precisiones, mientras que las versiones danesa, alemana, lituana, húngara, rumana y sueca hacen referencia, de modo más general, a la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil para los vehículos y parecen imponer así la obligación de garantizar la responsabilidad civil resultante de la utilización o del funcionamiento de un vehículo, con independencia de si esa utilización o funcionamiento se produce o no en el ámbito de la circulación vial.

46 Según jurisprudencia reiterada, una interpretación puramente literal de una o varias versiones lingüísticas de un texto plurilingüe de Derecho de la Unión, prescindiendo de las demás, no puede sin embargo prevalecer, ya que la aplicación uniforme de las disposiciones del Derecho de la Unión exige que sean interpretadas a la luz de las versiones de todas las lenguas (véanse, en este sentido, las sentencias Jany y otros, C-268/99, EU:C:2001:616, apartado 47 y jurisprudencia citada, y Comisión/España, C-189/11, EU:C:2013:587, apartado 56 y jurisprudencia citada). En caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de una disposición de la Unión, la norma de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en la que se integra (véanse, en este sentido, las sentencias ZVK, C-300/05, EU:C:2006:735, apartado 16 y jurisprudencia citada; Haasová, C-22/12, EU:C:2013:692, apartado 48, y Drozdovs, C-277/12, EU:C:2013:685, apartado 39).

47 Por consiguiente, en segundo lugar, es preciso acudir a la estructura general y a la finalidad de la normativa de la Unión en materia de seguro obligatorio, en la que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva se integra.

48 A este respecto, es preciso señalar que ninguna de las Directivas relativas al seguro obligatorio contiene definición alguna de lo que se debe entender por los conceptos de «accidente», «siniestro», «circulación» o «utilización de vehículos», en el sentido de esas Directivas.

49 Sin embargo, esos conceptos deben entenderse a la luz del doble objetivo de protección de las víctimas de accidentes causados por un vehículo automóvil y de la liberalización de la circulación de las personas y de los mercados en la perspectiva de la realización del mercado interior perseguido por esas Directivas.

50 Así pues, la Primera Directiva forma parte de una serie de Directivas que han venido precisando progresivamente las obligaciones de los Estados miembros en materia de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos. Pues bien, aunque el Tribunal de Justicia ha declarado sistemáticamente que de los considerandos de las Directivas Primera y Segunda se desprende que el objetivo de dichas Directivas es garantizar la libre circulación tanto de los vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de la Unión





como de los ocupantes de dichos vehículos, también ha considerado sistemáticamente que éstas tienen por objetivo asimismo garantizar que las víctimas de accidentes causados por estos vehículos reciban un trato comparable, sea cual fuere el lugar de la Unión en que haya ocurrido el accidente (véanse, en este sentido, las sentencias Ruiz Bernáldez, C-129/94, EU:C:1996:143, apartado 13, y Csonka y otros, C-409/11, EU:C:2013:512, apartado 26 y jurisprudencia citada).

51 En efecto, si bien es cierto que de los considerandos quinto a séptimo de la Primera Directiva se deduce, en particular, que ésta trata de liberalizar el régimen de circulación de las personas y de los vehículos automóviles entre los Estados miembros en la perspectiva de la realización del mercado interior, suprimiendo el control de la carta verde que se efectuaba en las fronteras de los Estados miembros, perseguía asimismo un objetivo de protección de las víctimas (véase, en este sentido, la sentencia Ruiz Bernáldez, EU:C:1996:143, apartado 18).

52 Además, la evolución de la normativa de la Unión en materia de seguro obligatorio pone de manifiesto que ese objetivo de protección de las víctimas de accidentes causados por vehículos ha sido constantemente perseguido y reforzado por el legislador de la Unión.

53 La apreciación anterior se desprende en particular, en primer término, de los artículos 1 a 3 de la Segunda Directiva. En este sentido, el artículo 1 de ésta impuso que el seguro contemplado en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva cubriera tanto los daños materiales como los corporales.

Asimismo impuso la creación por los Estados miembros de organismos que tienen por misión reparar los daños causados por los vehículos no identificados o para los cuales no haya sido satisfecha la obligación de aseguramiento y estableció cuantías mínimas de garantía. El artículo 2 de dicha Directiva limitó el alcance de determinadas cláusulas de exclusión previstas por vía legislativa o contractual por lo que se refiere al recurso de los terceros víctimas de un siniestro causado por la utilización o la conducción del vehículo asegurado por determinadas personas. El artículo 3 de la citada Directiva extendió el acceso al seguro para los daños corporales a los miembros de la familia del asegurado, del conductor o de cualquier otra persona cuya responsabilidad civil esté comprometida en el siniestro.

54 Seguidamente, la Tercera Directiva, en virtud de su artículo 1, extendió especialmente la cobertura del seguro a los daños corporales de todos los pasajeros distintos del conductor y la Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles, entre otras cosas, introdujo en su artículo 3 un derecho de acción directa de los perjudicados contra la compañía de seguros que cubre la responsabilidad civil de la persona responsable.

55 Por último, la Directiva 2005/14, a través de sus artículos 2 y 4, que modifican respectivamente las Directivas Segunda y Tercera, adaptó concretamente las cuantías mínimas de garantía, y previó su revisión regular, y extendió el ámbito de intervención del organismo establecido por la Segunda Directiva y la cobertura del seguro recogido en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva a los daños corporales y materiales sufridos por peatones, ciclistas y otros usuarios no motorizados de vías públicas. También introdujo una nueva limitación a la posibilidad de aplicar determinadas cláusulas de exclusión de la cobertura del seguro y prohibió que se opusieran franquicias a los perjudicados como consecuencia de un accidente por lo que atañe al seguro contemplado en el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva.

56 Habida cuenta de todo lo anterior, y en particular del objetivo de protección perseguido por las Directivas Primera a Tercera, no puede considerarse que el legislador de la Unión haya deseado excluir de la protección conferida por esas Directivas a los perjudicados por un accidente causado por un vehículo con ocasión de su utilización, si ésta es conforme con la función habitual de dicho vehículo.

57 A este respecto, es importante señalar además que, según la parte A del anexo de la Directiva 73/239, en su versión modificada por la Directiva 84/641, el ramo de actividad del seguro directo relativo a la «responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles» hace referencia a «toda responsabilidad resultante del empleo de vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista)».

58 En el presente asunto, es preciso indicar, por un lado, que, como se desprende de la información publicada por la Comisión, la República de Eslovenia no ha excluido, en virtud del artículo 4, letra b), de la Primera Directiva, ningún tipo de vehículo del ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, de la Primera

Directiva. Por otro lado, según las indicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, el accidente que originó el litigio principal fue causado por un vehículo que se movía en marcha atrás para colocarse en un lugar determinado y, por lo tanto, parece haber sido causado por la utilización de un vehículo que es conforme con su función habitual, lo que no obstante incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

59 En tales circunstancias, teniendo en cuenta todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «circulación de vehículos» que figura en la citada disposición se incluye la utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo. Así pues, puede estar comprendida en ese concepto la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor, como en el litigio principal, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

Costas

60 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados al presentar observaciones ante el Tribunal de Justicia, distintos de aquellos en que hayan incurrido dichas partes, no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara: El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «circulación de vehículos» que figura en la citada disposición se incluye la utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo. Así pues, puede estar comprendida en ese concepto la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor, como en el litigio principal, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

Por **José A. Badillo Arias***Delegado regional del CCS en Madrid*

La Sentencia analiza la interpretación que debe darse a lo que se entiende por “vehículo a motor” que, en principio, no parece que plantee problemas y a “circulación de vehículos” que sí puede tener repercusiones en la interpretación de nuestra definición de “hecho de la circulación”.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad.

Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Vnuk y Zavarovalnica Triglav d.o.o., en relación con el pago de una indemnización derivada del seguro obligatorio de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles.

Los hechos que dan lugar a este asunto son los siguientes: durante la colocación de pacas de heno en una era, un tractor dotado de remolque, al maniobrar marcha atrás para situar el remolque en el patio de la granja, derribó la escalera en la que estaba subido el Sr. Vnuk, lo que provocó la caída de éste. El Sr. Vnuk presentó una demanda de indemnización para la obtención del pago de 15.944,10 euros en concepto de indemnización por daños no patrimoniales, más los intereses de demora, contra Zavarovalnica Triglav, la compañía de seguros con la que el propietario del tractor había celebrado un contrato de seguro obligatorio.

El juez de primera instancia desestimó dicha demanda y el órgano jurisdiccional de segunda instancia desestimó el recurso presentado por el Sr. Vnuk contra dicha resolución y señaló que la póliza de seguro obligatorio de circulación de automóviles cubría el perjuicio causado por la utilización de un tractor como medio de transporte, pero no el ocasionado por la utilización de un tractor como maquinaria de trabajo o como medio de remolque.

El perjudicado presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo Esloveno, alegando que el concepto de «utilización de un vehículo en la circulación» no puede limitarse a la circulación en las vías públicas y que, además, en el momento del hecho dañoso controvertido en el litigio principal, el conjunto formado por el tractor y su remolque constituían ciertamente un vehículo que circulaba y que se trataba de la parte final del trayecto. La aseguradora del tractor sostiene, en cambio, que el asunto principal versa sobre la utilización de un tractor no en su función de vehículo destinado a la circulación vial, sino en el contexto de un trabajo en el henil de una era.

El alto tribunal esloveno tiene dudas respecto a si los hechos descritos constituyen un hecho de la circulación causado por un vehículo a motor y por ello decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE una cuestión prejudicial, preguntando, en esencia, si el Artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que están comprendidas en el concepto de «circulación de vehículos» circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, a saber, la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor.

El debate se sitúa en determinar si la realización de una actividad, podríamos decir agraria, que no consiste en circular por una vía pública o privada, está dentro del concepto de “circulación de vehículos”. Dicho de otro modo, la sentencia debe precisar si este concepto se refiere solo a la circulación de vehículos o engloba también “el uso” o “la utilización del vehículo” para fines distintos a la circulación.

Por tanto, para determinar el alcance de la expresión “circulación de vehículos” es preciso acudir –añade la Sentencia– a la estructura general y a la finalidad de la normativa de la Unión en materia de seguro obligatorio, en la que el artículo 3, apartado 1, de la Primera Directiva se integra y como

COMENTARIO

Concluye esta sentencia señalando que no puede considerarse que el legislador de la Unión haya deseado excluir de la protección conferida por esas Directivas a los perjudicados por un accidente causado por un vehículo con ocasión de su utilización, si ésta es conforme con la función habitual de dicho vehículo

las Directivas no definen este concepto, debe entenderse a la luz del doble objetivo de protección de las víctimas de accidentes causados por un vehículo automóvil y de la liberalización de la circulación de las personas y de los mercados en la perspectiva de la realización del mercado interior perseguido por esas Directivas.

Continúa la sentencia destacando los distintos avances que ha habido en la sucesivas Directivas en la materia, destinados a reforzar la protección de las víctimas de los accidentes de circulación, como, por ejemplo, la creación de un seguro obligatorio que cubriera los daños materiales y personales o la creación de organismos que tienen por misión reparar los daños causados por los vehículos no identificados o para los cuales no haya sido satisfecha la obligación de aseguramiento y estableció cuantías mínimas de garantía.

En tal sentido, concluye que no puede considerarse que el legislador de la Unión haya deseado excluir de la protección conferida por esas Directivas a los perjudicados por un accidente causado por un vehículo con ocasión de su utilización, si ésta es conforme con la función habitual de dicho vehículo. De este modo, declara: *“El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «circulación de vehículos» que figura en la citada disposición se incluye la utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo. Así pues, puede estar comprendida en ese concepto la maniobra de un tractor en una era para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor, como en el litigio principal, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar”*.

Lo verdaderamente importante de la resolución es la referencia que hace a la utilización del vehículo conforme con la función habitual del mismo. En ese caso, la función de un tractor no solo es circular, sino también arar, sembrar, abonar, etc., que son actividades propiamente agrarias. Lo mismo cabe decir de otros vehículos, como por ejemplo, máquinas quitanieves o máquinas excavadoras. Así, si esta máquina está haciendo “su función” en una obra y con el cazo lesiona a un obrero, aunque sea ciertamente una actividad empresarial, estaría dentro del ámbito del hecho de la circulación, según la doctrina que podemos extraer de esta Sentencia.

En definitiva, consideramos que, de acuerdo con esta resolución, siempre que estemos ante un vehículo a motor, que sea reconocido en la legislación interna de los Estados miembros como tal, se entenderá a los efectos del párrafo 1, del artículo 3 de la Primera Directiva, que estamos ante un hecho de la circulación, si dicho vehículo se está “utilizando”, circule o no, conforme a la función habitual del mismo. Sería el caso del tractor arando, sembrando o cosechando. En cambio, si se está reparando y se cae el gato que lo sostiene causando lesiones a un tercero, como esta no es su función, no sería un hecho de la circulación.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

El factor de corrección de la Incapacidad Permanente sirve sólo para reparar los perjuicios personales de actividad causados por las secuelas padecidas

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª),
de 26 de junio de 2014.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión.

La cuestión que se debate en las presentes actuaciones es la relativa a la incidencia que las prestaciones reconocidas por IP hayan de tener en la responsabilidad adicional que pueda exigirse al empresario cuando el daño causado por el accidente de trabajo se vincula con una conducta de aquél ajena al contenido obligacional del contrato laboral; y más en concreto, en la forma que tales prestaciones hayan de tenerse en cuenta respecto del importe indemnizatorio que corresponda percibir por el factor de corrección de «incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima».

Lo que ha de resolverse sobre la base de los siguientes HDP: a) el reclamante en las presentes actuaciones ha nacido en NUM000 /53 y fue declarado en situación de IPT -cualificada con el incremento del 20% del importe de la pensión- por resolución de 25/08/07, en causa a lumbalgia residual; b) por resolución administrativa judicialmente confirmada [STSJ Cataluña 18/03/08] se impuso a la empresa -«FrapeBehr, SA»- el recargo del 30%, por infracción de medidas de seguridad; c) habiéndose reclamado 164.475,06 euros por daños y perjuicios adicionales, el J/S nº 25 de los de Barcelona reconoció en sentencia de 18/04/11 [autos 399/08] el derecho a percibir una indemnización complementaria de 59.947,68 euros.

2.- La solución dada en instancia y Suplicación.- El J/S llegó a tal cifra tras asignar [aparte de otros extremos cuyos importes ya no se discuten que en este trámite], la cantidad de 88.063,51 euros por el concreto factor de corrección «Incapacidad Permanente Total» que se contempla -como cantidad máxima en la actualización aplicable- en la Tabla IV del Baremo del Anexo al Texto Refundido de la LRCSCVM [RD Legislativo 8/2004, de 29/Octubre], si bien atribuyendo respecto de aquella cifra -los 88.063,51 euros- «una proporción del 60% para la discapacidad laboral, siendo el 40% restante atribuible a la discapacidad vital, y por tanto, no compensable con la prestación de la Seguridad Social al no ser concepto homogéneo», de manera que por todos los conceptos se reconoce como indemnización la cantidad de 59.947,68 euros.

Disconformes las partes con el importe fijado, la STSJ Cataluña 22/02/2013 [rec. 7376/11] rechazó el recurso formulado por el trabajador y acogió parcialmente el articulado por la empresa, resolviendo -aparte de otras cuestiones y rectificaciones indemnizatorias que tampoco se debaten en la presente fase procesal- dos extremos que tienen decisiva proyección sobre la *litis*:

a).- Incorporar al relato de hechos un nuevo ordinal -el decimosegundo- referido al resultado de la diligencia final acordada y expresivo de que el actor había sido sometido a prueba biomecánica en centro especializado y que en ninguno de los estados estático de fatiga y dinámico «se ha detectado una aberración o discrepancia, concordando todos los niveles dentro de parámetros normales», sin que tampoco se apreciase «fatiga en los músculos tensores de la columna, lo que indica que no existe ningún proceso anormal en dicha columna, concluyén-





dose por tanto que el actor no presente ningún síntoma de limitación de movilidad, situándose en parámetros absolutamente normales».

b).- En lo que se refiere a la indemnización fijada, la Sala de Suplicación resuelve -con seguimiento un tanto dificultoso por nuestra parte-:

1º.- Al importe del daño moral por los días de IT [16.379,04 euros] le resta el 15% por factor de corrección de la Tabla V-B, por perjuicios económicos inexistentes, para llegar -por tal concepto- a la cantidad de 13.922,18 euros.

2º.- Por «Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales)» de la Tabla III le atribuye 8.648,53 euros.

3º.- Como «Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes», regulados en la Tabla IV, la Sala de Suplicación opta por: -por sumarle un 15% [1.297,28 euros] por perjuicios económicos; y -se muestra disconforme con que en instancia se hubiese fijado el importe máximo fijado en aquélla para el factor «Incapacidad Permanente Total» de la víctima [88.063,51 euros] y entiende más adecuada una cantidad media [44.000 euros], pero procede a descontarle el 60% de la primera cifra [52.838,00 euros], que imputa a lucro cesante ya satisfecho.

4º.- Conforme a tales operaciones, la Sala de Suplicación llega a la cifra indemnizatoria definitiva y global -por todos los conceptos- de 10.953,03 euros.

SEGUNDO.- 1.- El recurso interpuesto.-

Frente a la referida sentencia, el trabajador interpone recurso de casación para la unidad de la doctrina, denunciando la infracción de los arts. 1101 y 1902 CC, en relación con la DA 8ª de la Ley 30/1995, en su interpretación jurisprudencial. Y se aduce como decisión de contraste la STS 17/07/07 [rcud 4367/05], que contempla supuesto de trabajador que había sido declarado -como en autos- en situación de IPT derivada de accidente de trabajo, con recargo de prestaciones en el 30 % por infracción de medidas de seguridad, y en la que se sienta la doctrina -entre otros extremos- y resuelve sobre el cálculo de la indemnización por IT y por lesiones permanentes, contemplando específicamente -como veremos- la incidencia que hayan de tener como factores de corrección las prestaciones de Seguridad Social por IT e IP, en aplicación de las Tablas IV y V Baremo del Anexo al TR de la LRCSCVM.

2.- Existencia de contradicción. El art. 219 LRJS [art. 217 LPL] exige –para la viabilidad del RCUD– que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, en cuanto contengan pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (entre las últimas, SSTS 11/02/14 -rcud 544/13-; 03/03/14 -rcud 986/13-; y 03/03/14 -rcud 1655/13-).

Exigencia se cumple en el presente caso, puesto que ante un supuesto sustancialmente igual –como hemos reflejado más arriba– el criterio que se sigue por la sentencia recurrida es discordante con el mantenido –resuelto– por esta Sala en la sentencia de contraste, puesto que para el TS –entre otras cosas–: a) la compensación sólo puede producirse sobre conceptos homogéneos y que las «prestaciones sociales percibidas no puedan compensarse con la indemnización señalada con arreglo a la citada Tabla V»; b) el porcentaje del factor de corrección por IP que haya de imputarse –respectivamente– a incapacidad laboral o a otras actividades de la vida, necesariamente ha de serlo con relación a la cantidad que se fije en concreto por aquel concepto [factor de corrección], mientras que la Sala de Suplicación lo ha aplicado sobre la cantidad máxima establecida en el Baremo y no sobre la que había corregido a la baja, lo que incoherentemente lleva –como con acierto destaca el recurso– a un resultado «negativo» del concepto indemnizatorio.

TERCERO.- Necesidad de clarificar la doctrina.

La Sala es plenamente consciente –tras los múltiples recursos que en la materia se han interpuesto– que con las dos SSTS de 17/07/07 [rcuds. 4367/05 y 513/06] por las que pretendimos unificar criterios en orden a determinar el importe de la indemnización por daños y perjuicios derivables de contingencias profesionales [particularmente IT e IP], no se consiguió plenamente el objetivo perseguido y que la materia en manera alguna está clarificada para gran parte de los órganos judiciales y restantes operadores jurídicos. La novedad de aquella doctrina, intentando ofrecer unas pautas de aplicación analógica que superasen la inseguridad jurídica que suponía la tradicional discrecionalidad aplicada en la cuestión; la profusión argumental utilizada para justificar cada una de nuestras soluciones en los complejos temas a tratar; la dificultad de extrapolar soluciones desde un campo de pura responsabilidad objetiva como el accidente de circulación a otro con exigencia de una cierta culpa como es la responsabilidad civil complementaria en accidentes de trabajo; la redacción

simultánea de dos sentencias con textos no siempre coincidentes; y las sucesivas correcciones que con el tiempo nos vimos obligados a hacer, todas estas razones hacen del todo comprensible que la finalidad perseguida –unificación de criterios– no se hubiese alcanzado debidamente, por lo que nos parece aconsejable resumir nuestra doctrina, prescindiendo de argumentaciones cuya prolijidad no hizo sino –parece– restar claridad al mensaje. Resumen esquematizado de la doctrina, limitada a las contingencias de IT e IP, que se presenta tanto conveniente para resolver el presente supuesto cuanto necesario para cumplir con nuestra misión unificadora, y que haremos conforme a las diversas soluciones ofrecidas –con sucesivas matizaciones y rectificaciones– por la que es ya una copiosa doctrina jurisprudencial sentada en multitud de resoluciones [entre tantas otras, las SSTS SG 17/07/07 -rcud 4367/05-; SG 17/07/07 -rcud 513/06-; ... 30/01/08 -rcud 414/07-; ... 23/12/08 -rcud 3738/07-; ... SG 30/06/10 -rcud 4123/08-; ... 18/05/11 -rcud 2621/10-; ... 16/01/12 -rcud 4142/10-; ... 01/02/12 -rcud 1655/11-; ... 06/06/13 -rcud 2757/11-; ... 15/01/14 -rcud 909/13-; ... y 24/02/14 -rcud 732/13-], muchas de cuyas afirmaciones proceden de la más clásica jurisprudencia de esta Sala.

CUARTO.- Cuestiones generales sobre la indemnización adicional.

1.- Sistema de responsabilidad empresarial en contingencias profesionales. Puede ser cuádruple: a) las prestaciones, que suponen responsabilidad objetiva con indemnización tasada, atendidas por las cotizaciones del empresario; b) el recargo de prestaciones ex art. 123 LGSS, por posible incumplimiento de las reglas técnicas impuestas como medidas de seguridad; c) las mejoras voluntarias de la acción protectora; y d) como cierre del sistema, la responsabilidad civil de naturaleza contractual [art. 1101 CC] o extracontractual [art. 1902 CC], por concurrir culpa o negligencia empresarial.

2.- Exigencia de culpa en la responsabilidad contractual. Aunque la responsabilidad civil contractual requiere culpa, la exigencia culpabilista no lo es en su sentido clásico, porque la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT/EP], para enervar su posible responsabilidad el empleador haya de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá –incluso– de las exigencias reglamentarias.

3.- Competencia del orden social. Alcanza tanto a la posible responsabilidad civil contrac-

tual [por ilícito laboral surgido «dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial»], como cuando se yuxtapone a responsabilidad extracontractual [la relación de trabajo es tan sólo antecedente causal del daño], porque el contrato absorbe todo aquello que se halla en su órbita natural.

4.- Alcance general de la reparación económica. El trabajador tiene derecho a la reparación íntegra, de forma que «la indemnización procedente deberá ser suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios, que como derivados del accidente de trabajo se acrediten sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social», sin que pueda exceder del daño o perjuicio sufrido.

5.- Fijación en instancia y posible revisión. Aunque la fijación del importe indemnizatorio es misión del órgano de instancia, pese a todo es fiscalizable en vía de recurso extraordinario, cuando aquélla ha aplicado sus propios criterios de forma incorrecta, arbitraria o desproporcionada.

6.- Categorías básicas a indemnizar. La exigible especificación de los daños y perjuicios únicamente puede llevarse a efecto distinguiendo entre los que corresponden a las categorías básicas: el daño corporal [lesiones físicas y psíquicas], el daño moral [sufrimiento psíquico o espiritual], el daño emergente [pérdida patrimonial directamente vinculada con el hecho dañoso] y el lucro cesante [pérdida de ingresos y de expectativas laborales].

7.- La «compensatio lucri cum damno». Cuando existe el derecho a varias indemnizaciones, las mismas se entienden compatibles pero complementarias, lo que supone que haya de deducirse del monto total de la indemnización lo que se hubiese cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto; con dos aclaraciones: a) con ello se persigue tanto evitar el enriquecimiento injustificado del trabajador como el de quien causó el daño o la posible aseguradora; y b) la compensación de las diversas indemnizaciones solo puede ser efectuada entre conceptos homogéneos.

QUINTO.- Reglas generales en la determinación del importe indemnizatorio.

1.- Justificación vertebrada. La indemnización debe fijarse de una forma estructurada que permita conocer los diferentes daños y perjuicios que se compensan y la cuantía indemni-

zatoria que se reconoce por cada uno de ellos, razonándose los motivos que justifican esa decisión.

2.- Fuente a utilizar para calcular las respectivas indemnizaciones.

a).- Daño emergente. En lo que al daño emergente se refiere, la determinación de su importe indemnizatorio habrá de realizarse atendiendo exclusivamente a lo oportunamente pedido y a la prueba practicada, tanto respecto de su existencia como de su importe.

b).- Lucro cesante. Tratándose de lucro cesante, tanto por IT como por IP, la responsabilidad civil adicional tiene en su caso carácter complementario de las prestaciones de Seguridad Social y de las posibles mejoras voluntarias, si el importe de aquél supera a la suma de unas y otras, que en todo caso habrán de ser tenidas en cuenta al fijar la indemnización [en los términos que se precisarán], porque hay un solo daño que indemnizar y el mismo puede alcanzarse por las diversas vías, «que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio». Pero muy contrariamente –como razonaremos– no se deducirá del monto indemnizatorio por el concepto de que tratamos –lucro cesante– el posible recargo por infracción de medidas de seguridad.

c).- Daño corporal/daño moral. Para el resarcimiento de estos dos conceptos, el juzgador puede valerse el Baremo que figura como Anexo al TR de la LRCSCVM, que facilita aquella –necesaria– exposición vertebrada, teniendo en cuenta:

a).- Se trata de una aplicación facultativa, pero si el juzgador decide apartarse del Baremo en algún punto –tal como esta Sala lo interpreta y aplica– deberá razonarlo, para que la sentencia sea congruente con las bases que acepta.

b).- También revisten carácter orientativo y no han de seguirse necesariamente los importes máximos previstos en el Baremo, los que pueden incrementarse en atención a factores concretos del caso y a los genéricos de la ya referida –y singular– exigencia culpabilística en la materia [inexistente en los riesgos «circulatorios»] y de los principios de acción preventiva.

3.- No incidencia del recargo por infracción de medidas de seguridad. Del referido cómputo de las prestaciones –en el cálculo del lucro cesante– ha de excluirse el recargo por infracción de medidas de seguridad, dada su naturaleza

esencialmente sancionador y finalidad preventiva, y porque en caso contrario se desvirtuaría la finalidad pretendida por el art. 123 LGSS.

SEXTO.- La concreta fijación –también general– de los daños y perjuicios.

Limitándonos al supuesto de accidente de trabajo con resultado discapacitante –objeto de la presente litis–, con carácter previo es conveniente destacar que si bien el Baremo trata de manera singular las indemnizaciones por Incapacidad Temporal, en cambio no regula de forma autónoma –como tal– la Incapacidad Permanente, sino que lo hace en la Tabla IV tan sólo como uno de los «factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes» [las de la Tabla III], e incluso con una terminología más amplia que la utilizada en el ámbito de Seguridad Social [se refiere a la «ocupación habitual» y no al trabajo, porque la norma afecta a toda persona, trabajadores o no].

En otro orden de cosas, para facilitar la exposición de cómo determinar el importe indemnizatorio de cada categoría básica a indemnizar [daño corporal; daño moral; lucro cesante], parece conveniente tratar la materia distinguiendo los tres grandes apartados de secuelas que acto continuo referiremos, y remitir a la prueba lo relativo al posible daño emergente [hasta la fecha inédito en la casuística de la Sala].

1.- Por las secuelas físicas [Tabla III].

a).- Aplicación del Baremo.- Como las «indemnizaciones básicas por lesiones permanentes» [secuelas físicas] se determinan ya con inclusión de los daños morales, en este apartado la utilización del Baremo –en su Tabla III– se presenta de manifiesta utilidad, en su simplificada atribución de puntos por concreta secuela y de valor por punto en función de la edad del damnificado. Conviene precisar que su importe no puede ser objeto de compensación alguna con las prestaciones de Seguridad Social ya percibidas ni con mejoras voluntarias y/o recargo de prestaciones, puesto que con su pago se compensa el lucro cesante, mientras que con aquél se repara el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente.

b).- Régimen jurídico aplicable. Como se trata de una deuda de valor, el régimen jurídico de secuelas y número de puntos atribuibles por aquéllas son –en principio– los de la fecha de consolidación, si bien los importes del punto han de actualizarse a la fecha de la sentencia, con arreglo a las cuantías fijadas anualmente en



forma reglamentaria; aunque también resulta admisible –frente a la referida regla general de actualización y sólo cuando así se solicite en la demanda– aplicar intereses moratorios no sólo desde la interpelación judicial, sino desde la fijación definitiva de las secuelas [alta por curación], si bien es claro que ambos sistemas –intereses/actualización– son de imposible utilización simultánea y que los intereses que median entre la consolidación de secuelas y la reclamación en vía judicial no son propiamente moratorios, sino más bien indemnizatorios.

2.- Por la Incapacidad Temporal [Tabla V].

a).- El lucro cesante. En la aplicación de la Tabla V del Anexo se ha de tener en cuenta:

1º) el lucro cesante ha de cifrarse –generalmente– en la diferencia entre salario real que se hubiera percibido de permanecer el trabajador en activo y las cantidades satisfechas por prestación; 2º) también ha de computarse –si es alegado y acreditado por la empresa para su descuento– el complemento de subsidio de IT establecido como mejora voluntaria; 3º) igualmente ha de considerarse –a efectos de determinar el lucro cesante el incremento salarial que pueda establecerse por nuevo Convenio Colectivo que resultara aplicable durante el periodo de IT, aunque en este caso la prueba del incremento salarial pactado incumbe al accidentado; 4º) no procede aplicar a efectos de incremento los que en el Anexo figuran como «factores de corrección» por perjuicios económicos en atención a los ingresos netos anuales de la víctima



por trabajo personal, pues ya se ha partido –a efectos del lucro cesante– del 100 por 100 de los salarios reales dejados de percibir; 5º) la cifra así obtenida no puede compensarse con lo reconocido por otros conceptos, como daño emergente o moral.

b).- El daño moral. La determinación del daño moral para la situación de IT ha de hacerse –tras corrección del criterio inicialmente seguido por la Sala– conforme a las previsiones contenidas en la Tabla V, y justo en las cantidades respectivamente establecidas para los días de estancia hospitalaria, los impositivos para el trabajo y los días de baja no impositivos [el alta laboral no necesariamente ha de implicar la sanidad absoluta].

3.- Por la Incapacidad Permanente [Tabla IV].- a). El lucro cesante. En este punto los criterios pueden resumirse del siguiente modo: 1º) Al cuantificar la indemnización por el lucro cesante que comporta la IP, deben descontarse las prestaciones de la Seguridad Social, que resarcen la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia y que se han financiado con cargo al empresario, así como las mejoras voluntarias, pero no el posible recargo de prestaciones, que tiene finalidad disuasorio/preventiva; 2º) La regla general a seguir es, salvo prueba en contrario de perjuicios superiores, de equivalencia entre la prestación reconocida –a la que añadir en su caso la mejora voluntaria– y el lucro cesante, pero se excepcionan, entre otros, los casos de acreditada insuficiencia, tales como –entre otros– (a) IP fronteriza con el grado inme-

diatamente superior, (b) dificultades de rehabilitación laboral por edad u otras singularidades que lleven a excluir posibilidades de trabajo meramente teóricas, y (c) los supuestos de pérdida de expectativas laborales constatables; 3º) En estos supuestos de acreditado lucro cesante en cuantía superior [por no estar plenamente satisfecho con prestaciones y mejoras], el déficit de ingresos que por tal concepto sea atribuible a la IP necesariamente ha de capitalizarse, para así resarcir la pérdida económica vitalicia que la discapacidad comporta; y 4º) Si se presentan capitalizadas las prestaciones de Seguridad Social [con las mejoras, en su caso], también ha de capitalizarse la pérdida de ingresos [teniendo en cuenta futuras posibilidades –reales– por nuevo empleo], caso en el que el lucro cesante, de existir, será la diferencia entre ambas capitalizaciones.

b).- El daño moral [cambio de doctrina]. Este es el aspecto primordial en este debate y sobre el que nuestro usual criterio ha sido objeto de reconsideración en las presentes actuaciones, llevándonos a entender –como se razonará en los dos siguientes fundamentos– que la doctrina ha de ser rectificadora y que el factor corrector de la Tabla IV [«incapacidad permanente para la ocupación habitual»] exclusivamente atiende al daño moral que supone –tratándose de un trabajador– la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente –en la cuantía que el Tribunal determine, de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo– a reparar el indicado daño moral.

SÉPTIMO.- 1.- Doctrina hasta ahora vigente sobre la IP como factor corrector. Hasta la fecha hemos entendido que a las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes fijadas en la Tabla III [con inclusión de los daños morales], ha de añadirse como factor corrector [indemnización añadida] el previsto en la Tabla IV por Incapacidad Permanente, con el que se persigue reparar los daños y perjuicios que se derivan de la IP del perjudicado «para la ocupación o actividad habitual de la víctima». Y se ha considerado hasta la actualidad que este concepto de IP no puede identificarse con el de IP que establece nuestro sistema de Seguridad Social [pese a que trate sucesivamente de la IPP, IPT, IPA y GI], sino que supone valorar lo que la doctrina francesa –creadora de la figura en torno a 1950– denomina «préjudice de urosagrément»; concepto que comprende los derivados de la privación de los disfrutes y satisfacciones que la víctima podía esperar de la vida y de los que se ha visto privada por causa del daño] (así, las SSTs 17/07/07 -rcud 4367/05-; y 02/10/07- rcud 3945/06-).

Pero como la Sala tampoco ha excluido –hasta la fecha– que el citado factor corrector tenga finalidad resarcitoria del perjuicio económico, ese doble objetivo que aprecia determina que se haga la afirmación –también recordada– de que «quedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia» la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la citada IP [para la ocupación habitual] se imputa a la incapacidad laboral [básicamente ya satisfecha –con excepciones– por las prestaciones de seguridad social] y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima.

2.- Solución del presente debate conforme a nuestra habitual doctrina. La aplicación de la precedente doctrina al caso de autos comportaría la parcial estimación del recurso, en el que se solicita mantener en su integridad el máximo legal –88.063,51 euros– establecido en la fecha aplicable por la Tabla IV del Baremo como factor de corrección por la situación de IPT [Resolución DG Seguros y Fondos de Pensiones de 31/01/10], habida cuenta de que: a) no se ha cuestionado formalmente que la Sala de Suplicación hubiese incurrido en infracción alguna al rebajar el importe teórico del factor de corrección [pasando del máximo fijado en instancia al medio en que la Sala considera más adecuado]; b) con independencia de ello, tampoco puede censurarse esa corrección del importe teórico efectuada en autos [del máximo al medio], siendo así que obedeció a la ya aludida revisión de los HDP y más en concreto a la apreciada rectificación en la discapacidad del actor –no sólo para su concreta actividad laboral, sino para todas las de la vida–, en los términos que más arriba se han relatado; y c) inmodificado en este trámite por la Sala 9 el importe teórico –44.000 euros– del factor corrector, la determinación del importe real vendría dada –conforme a nuestra doctrina, antes referida– por mantener la deducción del 60% de aquella cantidad a incapacidad para el trabajo [26.400 euros], de forma que la cantidad a percibir por el referido concepto de incapacidad para las actividades de la vida habría de ser 17.600 euros, a la que sumar los 16.379,04 euros por daños morales de IT [conforme a nuestra doctrina no es posible reducir porcentaje alguno por perjuicios económicos inexistentes] y 8.648,53 euros por puntos atribuibles a las secuelas, lo que comporta los 42.627,57 euros que son los que esta sentencia en principio habría de reconocer en aplicación de nuestra tradicional doctrina [frente a los 57.796,21 euros solicitados en el recurso].

3.- Posibilidad de una solución diversa a la mantenida por las sentencias contrastadas.- Ahora bien, en justificación del modo condicional utilizado en el precedente apartado [«comportaría la parcial estimación... »; y «la determinación del importe real vendría dada...»], hemos de decir que en la resolución a dictar en unificación de doctrina el TS no necesariamente ha de resolver conforme a una de las dos tesis contrastadas, sino que –superado el requisito de la contradicción– debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, y que a partir de ese momento establece como doctrina unificada. Criterio éste que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina, pues «pese a que las pretensiones impugnatorias sólo pueden respaldarse en la apreciación de discrepancias entre distintas sentencias, resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente», siempre que resuelva «el debate planteado en suplicación», tal como impone –en la actualidad– el art. 228.2 LRJS (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3. SSTS 14/07/92 -rcud 2273/91-;... 17/07/07 -rcud 513/06-; 02/10/08 -rcud 4351/07-; 14/12/09 -rcud 715/09-; 15/12/09 -rcud 3365/08-; 28/12/10 -rcud 1596/10-; y 27/02/12 -rcud 1563/11-).

Esta posibilidad no desaparece por el hecho de que la sentencia invocada de contraste sea de la propia Sala, siempre que este Tribunal entienda –en su obligada misión de depurar la doctrina– que una reconsideración de la materia aconseja rectificar algún precedente criterio y a tal efecto lo razone. Esto es lo que sucede en el presente caso, tal como acto continuo pasamos a justificar.

OCTAVO.- 1.- Objeciones a la doble imputación –lucro cesante/dolor moral– del factor corrector de que tratamos. Como hemos adelantado, la posición que hasta ahora ha mantenido la Sala, con la doble imputación a lucro cesante y a dolor moral de la indemnización con la Tabla IV al referirse a la IP para la «ocupación habitual», ofrece ciertas objeciones:

1ª).- Como la propia redacción del Baremo se refiere la incapacidad para la «ocupación o actividad» habitual, sin elemento literal o sistemático que apunte a una dimensión de lucro cesante, más bien parece que lo relevante es que el perjudicado quede impedido de forma per-

manente –en el grado que sea– para el ejercicio de su actividad habitual, con independencia de que perciba ingresos o no de dicha actividad; y así no se presentaría oportuno entender que una misma una misma indemnización pueda tener una finalidad diversa en función del destinatario: a) compensar exclusivamente el daño moral para quienes esa ocupación habitual no es remunerada [se les satisfaría el íntegro factor corrector]; y b) resarcir también el lucro cesante para quien su actividad esté retribuida [se les descontaría el porcentaje «ya indemnizado» por las prestaciones de Seguridad Social].

2ª).- Tampoco se presenta aconsejable que –refiriéndose a trabajadores– la indemnización cubra los dos objetivos en la proporción que discrecionalmente fije el Juez, pues esa misma distribución –discrecional– de finalidades [resarcitoria del lucro cesante y compensatoria del daño moral], se suma a la también discrecional fijación del importe que corresponde –entre el mínimo y el máximo que legalmente se fija– a la correspondiente incapacidad para la «ocupación habitual», por lo que comporta una mayor inseguridad en el cálculo, que se añade a las muchas dificultades para fijar el adecuado importe indemnizatorio y que incluso es contraria a uno de los objetivos –la seguridad jurídica– perseguidos por esta Sala al aplicar el Baremo Anexo al TR LRCSCVM en las reclamaciones por secuelas derivadas de AT.

3ª).- Finalmente, la tesis hasta la fecha mantenida en cierto modo significaba que las prestaciones de la Seguridad Social serían computadas –minorando la indemnización– en dos ocasiones sucesivas: en primer término cuando se valora el lucro cesante determinado por la IP que se haya declarado; y en segundo lugar para determinar la indemnización por el daño fisiológico [«lesiones permanentes»], que es de lo que ahora tratamos.

2.- La incapacidad para la «ocupación habitual» como dolor moral.

Por otra parte, incluso la independencia del «préjudicedeuosagrément» como partida indemnizable está siendo cuestionada últimamente, porque entendido como queda dicho, el concepto no diverge del daño moral que es consecuencia de la lesión fisiológica, pues la serie de actividades de las que se ve privado el perjudicado no son más que las limitaciones inherentes a una determinada discapacidad. Es más, que esa incapacidad «para la ocupación o actividad habitual» no debiera identificarse con el citado «préjudicedeuosagrément», se muestra por el hecho de

que en muchos supuestos –de fácil imaginación– la IP para una determinada profesión no supone privación alguna para los disfrutes de la vida.

Por todo ello entendemos preferible –lo afirmamos tras reconsiderar la cuestión– no distorsionar el elemento corrector, atribuyéndole como hasta ahora una doble significación [lucro cesante y resarcimiento moral], según se trate de trabajadores o no trabajadores, sino que en ambos casos la indemnización ha de apuntar a la misma finalidad de compensar el daño moral que comporta el déficit para la actividad habitual [profesión remunerada; o actividades deportivas, estudios...]. Y que esta indemnización ha de sumarse a la que es propia de las secuelas individualmente consideradas; e incluso también podría añadirse el singular factor de corrección «daños morales complementarios» [si la entidad de las secuelas lo consintiese, porque se requiere que una sola de ellas exceda de 75 puntos, o las concurrentes supere los 90 puntos]».

NOVENO.- Justificada diversidad de solución respecto de la Sala Primera del TS.

1.- En manera alguna podemos ignorar que desde la STS –Pleno– 25/03/10 [rec. 1741/04], la Sala I ha acogido expresamente el criterio mostrado por esta Sala IV tras la sentencia 17/07/07 [rcud 4367/05], en orden a considerar que el factor corrector de IP [Tabla IV] atiende sustancialmente a resarcir el daño moral, pero también puede alcanzar finalidad indemnizatoria del lucro cesante; como tampoco desconocemos –antes al contrario, lo tenemos siempre muy presente– que la referida Sala es genuino intérprete en materia civil [así lo indicábamos, por ejemplo, en nuestras sentencias de 30/01/08 -rcud 414/07- FJ 7.2; 10/11/10 -rcud 3693/09-FJ 4.2; y 23/01/13 -rcud 1119/12-].

2.- Ahora bien, en primer término nos parece oportuno destacar que aunque las posteriores decisiones de la Sala I vuelven a recordar la doctrina (SSTS 19/05/11 -rec. 1783/11-; 23/11/11 -rec. 1631/08; y 30/09/13 -rec. 1606/10-), lo cierto es que tales pronunciamientos insisten en que la función primordial del citado factor corrector es resarcitoria del daño moral y, más en concreto, que ninguna indemnización han vuelto a conferir –que nos conste– por el concepto de lucro cesante.

En segundo lugar ha de señalarse que la divergencia –formal– de tal doctrina con la que por esta sentencia mantenemos está plenamente justificada, porque la parcial utilización –tan sólo orientativa– que hacemos del Baremo Ane-

xo al TR LRCSCVM está destinada a proporcionar una cierta seguridad jurídica en el cálculo de las indemnizaciones propias de nuestra jurisdicción, siendo del todo ajeno a nuestro propósito -sería, además, del todo inviable- trasladar automáticamente al AT conceptos y categorías que normativamente corresponden a los accidentes de tráfico, porque en definitiva nuestro designio es llevar a cabo una adaptación interpretativa que -aun pudiendo disentir de la genuina civil en algún punto- sea la más adecuada para conseguir el satisfactorio resarcimiento de los daños producidos por los accidentes de trabajo en cuya producción el empleador no haya actuado con la diligencia laboralmente exigible.

3.- La justificación de esta formal diferencia entre la doctrina de ambas Salas -aunque con el mismo objetivo material de resarcir íntegramente los daños- se evidencia cuando se observa que la interpretación que al presente abandonamos [atribuyendo doble finalidad al factor corrector por IP], al ser utilizada por la Sala I no hace sino traducirse en un incremento de la indemnización; mientras que la aplicación hasta ahora efectuada por la Sala IV, en la práctica comportaba la poco deseable consecuencia de reducir el montante resarcitorio. Lo que tiene una sencilla explicación: la Sala I contempla las indemnizaciones por Baremo como algo por completo independiente de la posible existencia de prestaciones por IT e IP [cuando el damnificado sea trabajador en alta en la Seguridad Social], por lo que las mismas nunca se tienen en cuenta -no se deducen- a la hora de aplicar el tan referido Baremo, declarando además expresamente la citada Sala -una y otra vez- que todos los factores de corrección son compatibles, cualesquiera que sean, de forma que ese imputado porcentaje de «lucro cesante» en el factor corrector de IP [Tabla IV] es del todo compatible con una posible prestación de la Seguridad Social por la misma IP [compatibilidad absoluta]; mientras que en la Sala IV aplicamos el Baremo, ciertamente de manera orientativa, pero en todo caso teniendo siempre presentes -como si se tratase de vasos comunicantes- las prestaciones de Seguridad Social [compatibilidad relativa], de manera que todos los factores del Anexo que hagan referencia al lucro cesante no pueden computarse a efectos de la indemnización adicional a fijar, porque se sobreentiende que ya están prestaciones [IT; IP], o que lo están por tales prestaciones y por la diferencia que declaremos entre esas prestaciones y lo que se deja de percibir por salario. Y por ello se había venido entendiendo hasta la fecha que el importe porcentual que se atribuyese al lucro cesante -dentro del factor corrector por IP de la Tabla IV-, por fuerza debía deducirse de la can-

tidad -total- que el Juez hubiese acordado de entre la mínima y máxima previstas en el Baremo por la citada IP; doctrina ésta que es la que precisamente el presente Pleno rectifica.

DÉCIMO.- 1.- Aplicación de tal criterio al supuesto debatido. La aplicación de este criterio -rectificando doctrina- al caso de autos determina la íntegra estimación del recurso, pues reiterando razones dadas en el precedente fundamento séptimo [apartado 2], a la cifra allí referida [42.627,57 euros] ha de añadirse el importe de la deducción por lucro cesante efectuada respecto del factor corrector de IP para la «ocupación habitual» [26.400 euros], lo que nos llevaría a 69.027,57 euros, si bien la estimación del recurso no puede superar los términos de sus pretendidos 57.796,21 euros como indemnización

2.- Conclusión final. Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -coincidiendo en gran medida con el informe del Ministerio Fiscal- que el recurso ha de ser acogido y la sentencia recurrida ha de ser casada, siquiera no exactamente conforme a la solución propuesta por la sentencia de contraste. Sin imposición de costas [art. 235.1 LRJS].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos íntegramente el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Bienvenido y revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 22/Febrero/2013 [recurso de Suplicación nº 7376/11], que a su vez había revocado en parte la resolución que en 18/Abril/2011 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 25 de los de Barcelona [autos 399/08], y resolviendo el debate en Suplicación estimamos en parte el de tal clase formulado por la representación de «FRAPE BEHR, S.A.», declarando el derecho del trabajador a ser indemnizado con 57.796,21 euros por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, condenando a la citada empresa a que abone la referida cantidad.

Sin imposición de costas a las partes recurrentes en ambas instancias. Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Estamos ante una importantísima sentencia y ante un importante voto disidente. Las presentes no pueden adentrarse en la exposición y análisis del protocolo de actuación que, según destaca el voto particular, diseñan los fundamentos que plasman el criterio mayoritario de los componentes de la Sala reunida en Pleno. Supongo que será objeto de amplios comentarios doctrinales, sin que pueda yo sustraerme en breve a sumarme a ellos. Por ello voy a limitarme a destacar la novedad que introduce con la expresión del cambio del criterio que ha venido la Sala sosteniendo desde sus dos sentencias plenas de 17 de julio de 2007 (Ptes. Excmos. Sres. Castro Fernández y López García de la Serrana); y a dejar sentada, a su vez, una relevante conclusión que se extrae de la doctrina valorativa a la que se atiene la Sala.

La novedad es que la sentencia sostiene que el factor de corrección por incapacidad permanente que contiene la tabla IV del sistema legal, establecido para valorar los daños corporales causados en accidentes de circulación, sirve para resarcir en exclusiva los perjuicios personales de actividad que causan las secuelas padecidas: y que, por tanto, reconocida la cantidad que corresponda en virtud de tal factor, no puede ser objeto de reducción alguna para compensarla con el importe capitalizado de la prestación social correspondiente a la incapacidad permanente laboral que se haya reconocido al trabajador perjudicado, así como con el importe percibido, en su caso, como mejora voluntaria de esa prestación.

Se rectifica así la doctrina que habían sentado las sentencias antes mencionadas. A su vez, el voto particular (emitido por el Excmo. Sr. López García de la Serrana, con la adhesión de otros cuatro magistrados) sostiene que tenía que haberse ratificado el criterio de que la consistencia perjudicial de tal factor es mixta, pues sirve para reparar tanto los perjuicios personales de actividad como el lucro cesante causado por la situación de la incapacidad permanente laboral, quedando al arbitrio judicial la determinación de la parte que corresponde a unos y a otros, dentro de los límites máximo establecidos, si es que no se halla razón para sobrepasarlos; razón que, por cierto, es puramente elemental, puesto que es inequívoco que es de esencia al sistema legal que sirve sólo para proporcionar una reparación parcial.

Las sentencias de 2007 constituyeron un enorme avance de progreso frente a las injusticias que hasta entonces venía convalidando la jurisdicción social, pues compensaba el importe total resultante de la aplicación del sistema valorativo con el importe capitalizado de la prestación social previamente percibida por el trabajador, dando lugar a que, ejercitada acción de responsabilidad civil adicional, se desestimaran las demandas por ser el importe de la prestación social muy superior al total reconocido de acuerdo con el mencionado sistema valorativo.

Pero la sentencia que se ha dictado ahora constituye un nuevo paso en el difícil camino de la consecución de la justicia resarcitoria porque, efectivamente, la consistencia perjudicial del

La novedad es que la sentencia sostiene que el factor de corrección por incapacidad permanente que contiene la tabla IV del sistema legal, establecido para valorar los daños corporales causados en accidentes de circulación, sirve para resarcir en exclusiva los perjuicios personales de actividad que causan las secuelas padecidas: y que, por tanto, reconocida la cantidad que corresponda en virtud de tal factor, no puede ser objeto de reducción alguna para compensarla con el importe capitalizado de la prestación social correspondiente a la incapacidad permanente laboral que se haya reconocido al trabajador perjudicado, así como con el importe percibido, en su caso, como mejora voluntaria de esa prestación

COMENTARIO

Es imprescindible la reforma del sistema para que, entre otros muchos extremos, se empiece a resarcir de verdad el lucro cesante padecido por los perjudicados. Naturalmente, para que el lucro cesante quedara cumplidamente resarcido, tendría que tomarse conciencia de que el que padecen los perjudicados en caso de muerte y en caso de lesiones permanentes, es equivalente, por lo menos, al que proporciona la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena que sufran un accidente laboral

factor de corrección de la incapacidad permanente comprende de modo exclusivo y excluyente los perjuicios personales que causan los efectos impeditivos, limitativos o entorpecedores ligados a las secuelas padecidas. Así lo he venido sosteniendo desde hace años en diversas publicaciones y así lo plasmé en la monografía que dediqué a dicho factor (*La incapacidad permanente en el sistema legal de valoración de los daños corporales. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2008), después de haberlo proclamado en un sinfín de conferencias, con la exposición del acopio de argumentos que conducen a tal interpretación.

Tiene razón el voto particular cuando asevera que, de quedar la consistencia del factor completamente desligada de la reparación del lucro cesante, no hay norma en el sistema que se ocupe de él, pues habría de quedar limitado al resarcimiento que proporciona el factor de corrección por perjuicios económicos que el propio voto se ocupa de sostener con acierto que está puesto al servicio de reparar los perjuicios emergentes de diverso signo que siempre están ligados a cualquier daño corporal. No procede aquí referirme a los jeribeques dialécticos a los que acudió la STS (Sala 1ª) de 25 de marzo de 2010 para encajar en el penúltimo factor de la tabla IV el fundamento normativo de un resarcimiento parcial del lucro cesante causado por una incapacidad permanente laboral. Me remito a la monografía que le he dedicado (*Lucro cesante causado por lesiones permanentes. Comentarios suscitados por la STS, Sala 1ª, 228/2010, de 25 de marzo*, Sepín, Las Rozas de Madrid, 2011, 118 pp.).

Pero lo que sucede, revolviendo la contraargumentación desenvuelta por el voto, es que, una vez que la jurisprudencia ha negado la fuerza imperativa directa de la norma del inciso segundo de la regla general 7ª de su apartado primero del sistema, éste no proporciona la mínima reparación del lucro cesante ni en el caso de la muerte ni en el de las lesiones permanentes laboralmente impeditivas o limitativas; y por eso, tal como funciona realmente, es estrictamente miserable –de *cicatero* y *exiguo* lo califica con eufemismo el voto particular–, pues está puesto al servicio del beneficio de las entidades aseguradoras (por la falta de empobrecimiento que se corresponde con lo que dejan de pagar) y constituyendo para los perjudicados un maleficio (por lo que dejan de percibir pese a que tendrían que percibirlo).

Por eso es imprescindible la reforma del sistema para que, entre otros muchos extremos, se empiece a resarcir de verdad el lucro cesante padecido por los perjudicados. Naturalmente, para que el lucro cesante quedara cumplidamente resarcido, tendría que tomarse conciencia de que el que padecen los perjudicados en caso de muerte y en caso de lesiones permanentes, es equivalente, por lo menos, al que proporciona la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena que sufran un accidente laboral; y digo por lo menos porque, aunque la sentencia comentada sostiene que lo normal es que ese lucro cesante sea equivalente al importe proporcionado por las prestaciones sociales, constituye un lugar común en la doctrina que tales prestaciones no lo restauran por completo. No digamos nada de los perjudicados que carecen de esa protección social.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Responsabilidad del fabricante de medicamentos por defectos de información del producto. Indemnización del daño moral consistente en saberse expuesto a un riesgo no concretado en un daño corporal

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 10 de julio de 2014.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- El laboratorio médico, Sanofi-Aventis, S.A, fue condenado a indemnizar los daños producidos por el consumo del medicamento Agreal, incluidos los morales, cuyo principio activo era la veraliprida, para el tratamiento de sofocos y manifestaciones psicofuncionales de la menopausia confirmada, y que comercializó desde el año 1983 hasta su retirada del mercado el año 2005.

La demanda había sido formulada, con las siguientes pretensiones: a) que se declare que el medicamento denominado comercialmente Agreal es defectuoso; b) que se declaren vul-

nerados los derechos fundamentales a la libertad, intimidad e integridad física de las actoras, consecuencia de no haber sido informadas de todos y cada uno de los efectos secundarios asociados a su consumo; c) que se condene a la demandada a abonar a cada una de las actoras la cantidad de tres mil euros por la vulneración de los derechos antes indicados y d) que se condene a la demandada a abonar a las demandantes la cantidad reclamada por el consumo de Agreal.

La sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda, en la que había sido parte el Ministerio Fiscal. Considera que los efectos adversos del fármaco no se hallaban descritos suficientemente en su prospecto, siendo la información en él contenida insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar un consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco. Considera también que los efectos extrapiramidales del medicamento están suficientemente constatados, no así los psiquiátricos ni el sobre peso, por lo que analizando la reclamación formulada por cada una de las demandantes desestimó la demanda.

La sentencia fue recurrida por ambas partes. Lo fue por la demandada, ahora recurrente, respecto a lo manifestado en la Sentencia sobre el prospecto y la falta de información suficiente y adecuada fundamentalmente en lo referido a efectos secundarios. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por la demandada y estimó parcialmente el de la actora, declarando, en lo sustancial, que el medicamento cuestionado es defectuoso por deficiente información contenida en el prospecto y como consecuencia de ello se vulneraron los derechos fundamentales a la libertad, en su vertiente de libertad de elección, y a la integridad física y moral de las actoras, por lo que condena a la demandada a que abone a cada una de ellas la suma de tres mil euros por daño moral y, asimismo, a que pague a trece de las demandantes las cantidades que considera que han quedado justificadas en base a la relación causal por los daños ocasionados por el consumo de referido medicamento

SEGUNDO.- Sanofi-Aventis,S.A formuló un doble recurso –extraordinario por infracción procesal y de casación–, a cuya admisión se opuso la recurrida con el argumento de que la sentencia impugnada no era recurrible en casación porque el procedimiento es de cuantía indeterminada o indeterminable, por no ser evaluable el su quantum por las reglas establecidas en la ley para ello, al mezclarse acciones declarativas y

de condena que resultan de difícil encaje en las reglas del artículo 252 de la LEC y subsidiariamente, porque debe tenerse en cuenta la cuantía inicial individual de cada demandante, ex artículo 256,6 de la ley, no siendo ninguna superior a 600.000 euros.

Esta alegación no es nueva. Se ha reproducido en cuantos casos ha conocido esta sala en pleitos similares, cuyo contenido conoce la recurrida en el momento en que la formula, lo que obliga a reproducir lo que ya se ha expuesto en todos ellas sobre esta causa de inadmisión, que se rechaza.

La doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia de Pleno de fecha 9 de diciembre de 2010 (rec. 1433/2006), que se reitera en las sentencias de 17 de junio de 2011, 28 de mayo y 6 de junio de 2012 y 18 de junio 2013, dice lo siguiente: "... cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas en aquellos casos en los cuales exista identidad de título o de causa de pedir. Esta premisa no sufre alteración alguna en la LEC (según reconoce implícitamente el ATS 2 de junio de 2009, RC núm. 1481/07), pues el artículo 252.2.ª LEC, entre otras reglas, establece que, cuando en el proceso exista pluralidad de objetos o de partes, si las acciones acumuladas provienen del mismo título la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. El concepto de título no debe ser interpretado en sentido estricto, sino que debe entenderse que se incluye también la causa de pedir, pues el artículo 252.2.ª LEC, aplicando criterios sistemáticos, debe ser interpretado en relación con lo dispuesto en el artículo 72 LEC, en el cual se establece que podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. En suma, para la acumulación de cuantías en el supuesto que estamos considerando es exigible que sea el mismo el negocio jurídico (título) o sean los mismos los hechos en que se fundamentan sustancialmente las diversas pretensiones acumuladas (causa de pedir)".

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

TERCERO.- El recurso se articula previa alegación justificativa de los recursos planteados, tras de lo cual, bajo la rubrica "motivos comunes al recurso por infracción procesal y recurso de ca-



sación", se formulan cuatro motivos. En el primero se alega la "infracción de las normas procesales sobre jurisdicción, artículo 469, punto 1º, por vulneración de los artículos 9.3 y 24 CE". Se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente relacionada con el principio de seguridad jurídica, dada la contradicción en la que ha incurrido la sentencia, al apreciar la existencia de un supuesto incumplimiento de las normas relativas a los prospectos del medicamento en cuestión, cuando en otro orden jurisdiccional, el de lo contencioso-administrativo, se ha llegado a la solución contraria. Cita en su desarrollo la sentencia del Tribunal Constitucional 34/2003, de 25 de febrero, sobre pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales, de los que resulte "que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron", además de numerosas sentencias de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional. Es decir, el motivo reproduce en lo sustancial el mis-

mo que ya formuló en el recurso 2347/2011, que dio lugar a la sentencia de 18 de junio de 2013, por lo que la respuesta debe ser la misma.

En primer lugar, se desconoce, porque no queda claro lo que se dice en el motivo, si lo que plantea es realmente un problema de falta de jurisdicción de los tribunales civiles para resolver la cuestión suscitada, porque corresponde a la administración sanitaria velar por el correcto cumplimiento de la legislación "ad hoc" sanitaria, o si, por el contrario, lo que se plantea es una simple cuestión de prueba referida a los efectos que la apreciación de los hechos por un orden jurisdiccional debe desplegar sobre el enjuiciamiento que de los mismos hechos deba acometer otro orden jurisdiccional distinto, en este caso, la jurisdicción civil respecto de la contencioso administrativa en la que la respuesta ha sido positiva a la tesis que ahora mantiene sobre la información del prospecto.

En segundo, las demandas se formulan contra el laboratorio que comercializa el fármaco en aplicación de la normativa civil plasmada, en este caso, en la Ley 22/94, de 6 julio, de Responsabilidad civil por los Daños causados por Productos Defectuosos, Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento y artículo 1902 del Código Civil, y para ello es competente la jurisdicción civil, con independencia de que sean los organismos correspondientes de la administración pública a quienes corresponde la aprobación, renovación o modificación de los prospectos, estando tales actos sujetos a revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa con la consecuente responsabilidad patrimonial si se justifica un anómalo ejercicio de sus potestades administrativas de intervención en materia de medicamentos, cuyo enjuiciamiento también corresponde a dicha la jurisdicción.

En tercer lugar, las resoluciones que se dictan, o se han dictado, en sede administrativa (Tribunal Supremo y Audiencia Nacional) tienen su origen en distintas reclamaciones formuladas contra la administración como consecuencia de un funcionamiento anormal de las potestades de intervención en materia de medicamentos. La respuesta, favorable a la administración, se justifica, en breve síntesis, por lo siguiente:

(i) No hay un funcionamiento anormal de la potestad de autorización y de fármaco-vigilancia, en un contexto de incertidumbre sobre los efectos concretos que pudiera tener la especialidad farmacéutica, porque hasta ese momento el medicamento solo había sido experimentado. Una vez autorizado el medicamento, la Administración desarrolla la actividad de fármaco vigilancia, cuyo fin primordial es proporcionar de forma continuada la mejor información posible sobre la seguridad de los medicamentos, posibilitando así la adopción de las medidas oportunas y, de este modo, asegurar que los medicamentos disponibles en el mercado presentan una relación beneficio-riesgo favorable para la población en las condiciones de uso autorizadas. Para ello tiene en cuenta el reducido número de notificaciones que llegan a su conocimiento sobre reacciones adversas recibidas hasta el año 2004, y que eran desfavorables en sus indicaciones autorizadas por lo que decide reevaluar la relación riesgo-beneficio y suspender de la comercialización en junio de 2005.

(ii) Un adecuado ejercicio de esa actividad de fármaco vigilancia compromete a todos los agentes implicados con el fin de asegurar una comunicación efectiva entre ellos. Uno de ellos el titular de la autorización tiene obligación de

llevar un registro y notificar a la Agencia Española del Medicamento las sospechas de reacciones adversas y reacciones adversas graves que ocurran en España o fuera de España; realizar informes periódicos de seguridad que debe incluir una evaluación científica de los beneficios y riesgos asociados al medicamento, teniendo en cuenta las sospechas de reacciones adversas notificadas; realizar, cuando se precise, estudios post-autorización para confirmar, cuantificar o caracterizar riesgos potenciales, o bien aportar información científica nueva sobre la relación beneficio-riesgo de los medicamentos autorizados en España; realizar una evaluación continua de la relación beneficio-riesgo de los medicamentos que tenga autorizados en España y comunicar inmediatamente a la Agencia Española del Medicamento toda aquella nueva información que pueda influir en la evaluación global de la relación beneficio-riesgo o bien pueda requerir la modificación de la ficha técnica, prospecto o ambos (artículo 8 RD 711/2002).

(iii) No se acredita la existencia de una relación de causalidad entre la actuación u omisión de la Administración y el resultado producido.

(iv) Tampoco advierte relación de causalidad entre la ingesta de Agreal y los daños reclamados, especialmente los de naturaleza psiquiátrica.

El hecho que ha originado el daño no es, por tanto, el mismo que se ha planteado y se ha resuelto en ambas jurisdicciones, ni el causante es la administración, sino el laboratorio demandado. Pero es que, además, el hecho de que las autoridades administrativas pudieran no haber adoptado las medidas pertinentes en orden cumplimiento de las funciones que le son propias no es obstáculo a la existencia de responsabilidad de los laboratorios por el carácter defectuoso del producto por falta de información. Los niveles de seguridad exigibles en la sociedad actual comportan no solamente la prohibición de poner en circulación productos peligrosos por un defecto de información, sino también la exigencia, común a todos los agentes implicados, de notificar a la Agencia Española del Medicamento las sospechas de reacciones adversas graves que ocurran en España o fuera de España, que pueda influir en la evaluación global de la relación beneficio-riesgo o bien pueda requerir la modificación de la ficha técnica, prospecto o ambos.

CUARTO.- El segundo motivo se formula al amparo del artículo 469.1 punto 2, por infracción de las normas procesales reguladoras de la senten-

cia. Siguiendo un planteamiento similar al de los anteriores recursos, se divide en dos apartados. En el primero, denuncia error en la valoración de la prueba documental e infracción de las reglas de la carga de la prueba (artículos 326, 329, 217 LEC y artículo 5 de la Ley 22/94 de responsabilidad civil por productos defectuosos). En el segundo, denuncia la "irracionalidad en la valoración de las pruebas documentales y periciales que conducen a determinar la defectuosidad del producto en cuanto a la información del prospecto".

En el motivo se cita el artículo 24 CC regulador del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de "proceso debido". La valoración que se cuestiona tiene que ver con la defectuosidad del producto por la información que aparece en el prospecto y se realiza por la recurrente un análisis de cada una de las trece pacientes que han acreditado, según la sentencia, la relación de causalidad.

En el tercero denuncia la vulneración del artículo 1 de la Ley 22/1994, de Responsabilidad civil de productos defectuosos por la irracionalidad en la estimación del daño moral que la sentencia reconoce a las 146 recurrentes, dado que no cabe indemnización por este daño, por la falta de información del medicamento, cuando solo ha quedado acreditado en trece pacientes la relación causal entre los daños y el consumo, y solo se puede reconocer el daño moral por la existencia del daño físico y, además, el daño moral no está reconocido en la Ley 22/1994.

Finalmente, en el motivo cuarto, denuncia la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, por falta de motivación en el cálculo para determinar las cuantías indemnizatorias a las trece pacientes que según la sentencia han acreditado la relación causal entre el consumo y el daño, pues se ignora cual ha sido el criterio seguido y aplicado por la sala para deteminarlo.

Todos ellos se desestiman.

I.- La carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de la prueba, nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que teniéndose por no probado por el tribunal un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, por el tribunal se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con

la norma contenida en el art. 217 LEC (SSTS de 29 de julio 2010; 21 de febrero 2011; 25 de abril 2012).

Como precisa la sentencia de 30 mayo de 2011, que cita la más reciente de 25 de abril de 2012, cuestión radicalmente diferente es la dosis de prueba, ya que "salvo los casos en que basta un principio de prueba, en los demás, la tasa (...) exigible varía según las circunstancias del supuesto que se trate (...). Para la convicción del juzgador puede ser suficiente cualquiera de los medios de prueba, o las presunciones; y la falta de entidad de una prueba sólo es denunciabile en el recurso extraordinario, en sede del ordinal 4º del art. 469.1 LEC, cuando incurra en irrazonabilidad o arbitrariedad. Pero este defecto constitucional (infracción del art. 24.1 CE) no es una mera hipótesis porque exige que se acredite su realidad", que no se produce en un motivo en el que se agrupan diversas infracciones tanto sobre la carga de la prueba (artículo 217) como sobre la fuerza probatoria de los documentos privados (artículo 326) y efectos de la negativa a la exhibición documental (artículo 329), en lo que se refiere a la falta de información del prospecto, con el añadido de una valoración de sus peritos, todo ello con la intención de hacer valer su parcial valoración de la prueba frente a la objetiva e imparcial del Juez sobre los efectos derivados del consumo.

Pero es que, además, la relación de causalidad, en su aspecto fáctico, no se establece a partir de una inversión de la carga de la prueba. Esta relación no se niega realmente. Lo que se niega es la prueba que conduce a su estimación, por lo que no en ningún caso puede esgrimirse vulneración de la regla prevista en el artículo 217 LEC. En algún caso discute lo que califica de "razón concreta de la causalidad estimada" (F.52). En otros se cuestiona simplemente su existencia cuando aborda "la prueba del consumo" y descarta la prueba que no le interesa (F.25).

II.- El conocimiento por esta Sala del problema que aquí se debate, no es nuevo. Las sentencias de 17 de junio de 2011, 28 de mayo, 6 de junio de 2012 y 18 de junio de 2013 (apenas se refiere a ellas en el recurso, y a ninguna el recurrido, que las conoce cuando se opone al recurso, salvo la última) se han pronunciado sobre la misma cuestión suscitada y sus conclusiones, al margen de la prueba de la relación causal entre la ingesta del medicamento y el daño causado a cada una de las demandantes o del importe del daño, deben ser necesariamente idénticas. El objeto del proceso no es fijar un hecho cien-

tífico ni una técnica universal, sino determinar algo tan simple como si se ha acreditado la existencia de efectos secundarios del fármaco no descritos en el prospecto y, si con arreglo a la normativa aplicable, debían figurar en él.

III.- Se insiste en que la valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva del tribunal de instancia, no es revisable en el recurso extraordinario, al amparo del artículo 469.1.2º de la LEC que se refiere a las normas procesales reguladoras de la sentencia, entre las cuales no figuran los preceptos expresados en el enunciado del motivo. Únicamente a través de 469.1.4ª por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (STS 15 y 29 de julio 2010), lo que no ocurre en este caso, como tampoco ocurrió en las resoluciones que han precedido a esta. Lo que se pretende es someter a la Sala una alternativa distinta a la valoración de la prueba hecha en la sentencia recurrida, en la que se da prevalencia a los datos que favorecen el interés de la recurrente y se niegan los adversos, lo que implicaría que esta Sala tuviera que revisar en su conjunto la practicada por el Tribunal, lo que no es posible en un recurso por naturaleza extraordinario, que no constituye una tercera instancia.

Se dijo, por tanto, y se reitera, que "Cuando la ciencia aun no ha demostrado algo relativo al consumo de un fármaco y se pone de manifiesto un efecto contrario a la salud funciona el sistema de control que, en el caso de Agreal, supuso la suspensión de la comercialización del medicamento acordada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) en 20 de mayo de 2005 (efectiva el día 15 de junio de 2005), alertada por el Sistema Español de Fármaco-vigilancia, tras recibir diversas notificaciones de reacciones psiquiátricas adversas y reevaluar el balance beneficio-riesgo de veraliprida en sus indicaciones autorizadas, para analizar toda la información disponible tanto acerca de las reacciones adversas como de la eficacia del medicamento.

Se trata de un medicamento, de composición Veralipride, como fármaco antagonista dopaminérgico, empleado para atenuar los síntomas vasculares y vegetativos de la menopausia, que produce efectos adversos relacionados con indicación de sistemas extrapiramidales (SEP): temblor, distonias, rigidez o acatisia, parkinsonismo y también, discinesia tardía. Ninguna de dichas reacciones adversas consta recogidas en

el prospecto analizado y comercializado desde 1983, sin que el Laboratorio farmacéutico solicitase nueva ficha técnica y prospecto sino hasta el 19 de abril de 2002; ficha técnica y prospecto que no resultaron aprobados, tras la evaluación del beneficio-riesgo por parte de la Agencia Española del Medicamento (AEMPS) iniciado en el año 2004, y dictado en fecha 20 de mayo de 2005 de Resolución de la AEM revocando la autorización de la comercialización una vez que el Comité de Seguridad de Medicamentos de Uso Humano de la AEMPS concluyera que el balance entre los beneficios terapéuticos y los riesgos que entrañaba resultaba desfavorable en las indicaciones autorizadas; dictándose Comunicación Informativa en fecha 7 de septiembre de 2005 sobre recomendaciones para la retirada del tratamiento con Agreal, dejado de comercializar por el Laboratorio farmacéutico a partir del día 15 de junio de 2005, y a partir del 15 de septiembre de 2005 de poder ser dispensado en las oficinas de farmacia".

Se añade que en el año 2007 se acabó retirando de Europa por la Agencia Europea del Medicamento, a raíz del informe Comité de Medicamentos de Uso Humano de la citada Agencia de 19 de julio de 2007. En este dictamen, que sirvió de base para la decisión, se establece que las bases para la retirada del medicamento han sido las siguientes, según refiere la sentencia recurrida, con cita de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de diciembre de 2011:

"1.- El CHMP ha determinado que los medicamentos que contiene veraliprida solo muestran una eficacia limitada en el tratamiento de los sofocos asociados con la menopausia.

2.- El CHMP ha determinado que se han notificado con veraliprida reacciones neurológicas (discinesia tardía, trastornos extrapiramidales, síndrome de Parkinson) y Psiquiátricas (depresión, ansiedad síndrome de retirada), incluyendo discinesia tardía que puede ser potencialmente irreversible. Además, son motivo de preocupación la hiperprolactinemia y el riesgo de prolongación del OT.

3.- El CHMP ha llegado a la conclusión, a la vista de los datos disponibles, que los riesgos asociados al uso de veraliprida en el tratamiento de los sofocos asociados con la menopausia superan a sus limitados efectos beneficiosos. Además, el CHMP ha considerado que las actividades de disminución de riesgos propuestas no permitirían reducir los riesgos hasta un grado aceptable ni predecir qué mujeres pueden correr riesgo".

IV.- El daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados y en el caso la indemnización del daño moral a las demandantes es consecuencia de la valoración de la prueba, de la que la sentencia deduce este impacto o sufrimiento psíquico que resulta de la incertidumbre derivada del consumo del medicamento en numerosas personas, a la espera de los resultados concretos, y no está necesariamente vinculado al daño físico, como así resulta de la cita de las Sentencias de esta Sala de 9 de diciembre de 2010 y 13 de mayo de 2011, dictadas en supuestos de infracción de la "lex artis medica ad hoc" que consideran producido el daño moral por la omisión de la información suficiente al paciente sobre los posibles riesgos, que entrañaba la intervención o tratamiento médico.

Esta valoración no es absurda, irracional ni ilógica como para dejarla sin efecto, en un ámbito en el que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento tanto de daños materiales o por compensación de daños morales corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS 30 de abril 2010; 4 de marzo de 2011, entre otras).

V.- La cita en el motivo tercero de la ley 22/94, sobre el daño moral, no es propia de este recurso sino del de casación por cuanto no se trata de una simple cuestión de hecho, sino de valoración jurídica. En cualquier caso, ya se dijo en la sentencia de 18 de junio de 2013, que el ámbito de protección -artículo 10- comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales, así como los daños materiales causados en las cosas con la franquicia para este último caso de 65.000 pesetas. Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general, señalando en el artículo 15 que las acciones reconocidas en esta Ley no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener como consecuencia de la responsabilidad contractual o extracontractual del fabricante, importador o de cualquier otra persona. Es decir, el artículo 10 (en la actualidad los artículos 128 -que mantiene la referencia a los daños morales- y 129 -en el que han desaparecido- del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007), integra los daños morales como objeto de una posible reclamación. Por lo demás, el daño moral que se indemniza se fundamenta en la responsabilidad

extracontractual del artículo 1902 del Código Civil y no en la responsabilidad objetiva reservada a otra suerte de daños.

VI.- El acierto o desacierto en la determinación del cálculo de las indemnizaciones se vincula en el motivo a una falta de motivación por lo que debió haber sido planteado a través del artículo 469.1, 2º, con cita del artículo 218, ambos de la LEC, y no del artículo 469.1.4ª.

RECURSO DE CASACION

QUINTO.- El recurso de casación se articula en tres motivos. El primero denuncia la infracción de los artículos 17.1 y 15 de la CE, y se divide en diversos apartados que tienen que ver con la motivación; la ausencia de peligro grave y cierto para la salud, en que analiza el riesgo psiquiátrico, el riesgo del efecto retirada y el riesgo de efectos neurológicos; la teoría del riesgo normal; consentimiento informado para la ingesta de fármacos (se menciona en este apartado la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente de 14 de noviembre de 2002 y el artículo 4.1 del Código Civil) y el papel del prescriptor (médico) y dispensador (farmacéutico) en la responsabilidad por producto (medicamento).

El recurso se desestima por razones obvias.

En primer término debe significarse que el motivo adolece de una defectuosa técnica casacional, consistente en plantear cuestiones de contenido heterogéneo que impiden dar una respuesta coherente, aparte de mezclar temas relativos a la prueba, sin citar artículos, con otros de fondo, lo que debería determinar su rechazo por falta de claridad y precisión.

En segundo lugar, las actoras basan su demanda en el hecho de que el producto es defectuoso en su modalidad de información, por lo que la vulneración de los preceptos constitucionales que se citan en el motivo no hace sino añadir un plus de responsabilidad de la demandada en el hecho ocasional del daño causalmente vinculado al medicamento, que no es determinante para el éxito de la demanda, y lo que la Sala no puede hacer una y otra vez, en aspectos como el planteado, es una valoración de sus propias decisiones, que han sido reiteradas por otras posteriores. Se reitera, simplemente, para conocimiento de quienes las ignoran: "Junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en ámbito del derecho sanitario", y es lo cierto que en el prospecto de Agreal no se hallaban descritos suficientemente los efec-

tos adversos del medicamento, siendo la información en el contenido, insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco, lo que permite calificar de defectuoso a un medicamento que, como Agreal, generaba sin duda unas expectativas de seguridad que no se correspondía con el producto, lo que originó, dicho en términos de la sentencia recurrida, una situación de riesgo permanente vinculada a una indudable falta de diligencia de los laboratorios al no haber trasladado a los pacientes la información necesaria sobre los efectos adversos y al hecho de que, faltando la necesaria autorización administrativa respecto de la modificación de la ficha técnica y del prospecto debió de "informar a los facultativos de todos los aspectos conocidos acerca del Agreal" (STS -Sala 3ª- 13 de noviembre 2012; SSAN de 25 de mayo y 27 de julio 2011)....

El laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes y si no había ficha técnica destinada a informar a los médicos de las características del fármaco en los términos del artículo 19.5 de la Ley del medicamento ("información científica esencial sobre la especialidad farmacéutica a que se refiere, y será difundida a los médicos y farmacéuticos en ejercicio..."), difícilmente podían estos informar a los pacientes respecto de los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todos ellos, alguno materializado".

SEXTO.- En el segundo se cita la infracción del artículo 15 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en relación con "la interpretación lógica y sistemática de la legalidad sobre la vulneración del derecho a la información del medicamento".

Se desestima.

La ley es posterior a los hechos y no se aplica en la sentencia, por lo que difícilmente puede vulnerar su contenido. Pero es que, además, vuelve a reproducir una vez más debates anteriores tratando de reconducir el caso a un contexto "del débil contra el fuerte", anclado en "tópicos" construidos alrededor de una normativa sobre medicamentos, o a una interpretación rigorista sobre la protección del consumidor que, por el contrario, se tiene en cuenta para impedir recursos como el planteado. Lo que el recurrente ha formulado en realidad es un es-

critio de alegaciones, propio, a lo sumo, de la instancia o de un recurso de apelación, en donde intenta contradecir y sustituir la valoración de la prueba que la Sala de Apelación efectuó, mediante la cita dispersa de diversa normativa, alguna inaplicable por razón del momento en que tuvieron lugar los hechos, como el Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la defensa de consumidores y usuarios.

SÉPTIMO.- Sucede lo mismo con el tercero que titula, como en anteriores recursos, "las dos grandes corrientes de la Audiencia Provincial de Barcelona respecto a la literosuficiencia o no del fármaco" (flexibles y realistas). Se sigue discrepando de la valoración de la prueba, lo que no es propio de este recurso, insistiendo en que el prospecto se adecuaba a la legalidad vigente (cita el informe pericial de la Dra. Pura Zaida) y que no era defectuoso por falta de información puesto que la que proporcionaba era adecuada y suficiente.

OCTAVO.- Se desestiman ambos recursos y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar los recursos formulados por la representación legal de Sanofi-Aventis, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de junio de 2012, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Reitera esta sentencia los criterios ya sentados en otras precedentes (SSTS 17 junio 2011, 28 mayo 2012, 6 junio 2012, 18 junio 2013) sobre el medicamento "Agreal", consumido masivamente para el alivio sintomático de los sofocos y otros trastornos asociados a la menopausa, respecto del cual las agencias de medicamentos identificaron unos riesgos mayores de los

advertidos expresamente en el prospecto y la ficha técnica. En estas sentencias el TS ha sostenido que: a) el medicamento es *defectuoso*, no tanto por los efectos secundarios que produce como por la falta de suficiente y clara información de los mismos; b) ello genera responsabilidad cuando la víctima prueba el nexo causal entre el consumo del medicamento y los padecimientos típicos *no advertidos*; y c) en todo caso el Laboratorio responde por daño moral, consistiendo dicho daño en la lesión del derecho a la autodeterminación del paciente y en la inquietud o incertidumbre que genera el descubrir *a posteriori* que se ha consumido un fármaco con riesgos que finalmente determinaron la retirada de la autorización al producto.

Las limitaciones procesales del recurso extraordinario por infracción procesal y de casación determinan una severa simplificación de un litigio que en la primera y segunda instancia concentraron una diversidad de temas probatorios y jurídicos de gran interés. Es aconsejable la lectura de la SAP Barcelona (Sección 17ª) de 7 octubre 2012, que fue la confirmada por esta sentencia del TS. Al margen de una exposición del concepto de producto defectuoso a efectos de responsabilidad civil del fabricante que resume de manera acertada la (mejor) doctrina jurisprudencial, y al margen también de un análisis detallado de las vicisitudes relativas a la comercialización del producto, a su presentación, y a la revocación de su autorización, del que se concluye de manera razonable que en efecto se omitió alguna información relevante sobre efectos adversos inicialmente no valorados, y sobre la multiplicación de los riesgos por la mayor duración del tratamiento, resulta llamativo el razonamiento de aquella sentencia por virtud del cual, revocando la sentencia de primera instancia, concedió una indemnización de 3.000 euros a todas las demandantes por *daño moral*, independiente del daño a la salud que sólo algunas demandantes acreditaron haber sufrido como consecuencia del consumo del fármaco y por el que obtuvieron también la correspondiente indemnización. La justificación de esa indemnización autónoma e igual para todas las demandantes por daño moral siguió dos caminos paralelos:

A) Por un lado, y con cita de la STS 13 mayo 2011, parece dar a entender que el suministro de un medicamento con información insuficiente no sólo es *defectuoso* a efectos de la responsabilidad civil por daño corporal en caso de que el daño se produzca por esa falta de información, sino que además, por sí mismo, supone la vulneración del derecho fundamental a la autodeterminación del paciente, lo que ya es, sin más consideraciones, un daño moral indemnizable (lesión de un derecho de la personalidad), con independencia de que se haya materializado o no el riesgo del que no se informó;

B) Pero por otro lado se alude a una concreta *aflicción* no teórica o abstracta, sino entendida como padecimiento real, consistente en la inquietud o zozobra que supone el estar un tiempo con la incertidumbre de si se padecen o no los trastornos que sobrevenidamente se han conocido como típicamente derivados del consumo del fármaco.

COMENTARIO

Finalmente, la sentencia de la Audiencia concreta esa indemnización en 3.000 euros, cantidad plana e igual para todas las demandantes, incluso para las que, además, ven reconocido un derecho a indemnización por el daño corporal que acreditaron haber sufrido. Una indemnización que, por no considerar el grado de aflicción de cada víctima en función de sus circunstancias personales, es indicativa de que el verdadero argumento tenido en consideración es el A), y no el B).

El TS confirmó dicha sentencia con argumentos que en algún pasaje dan la impresión de enojo por la reiteración de argumentos que ya habían sido contestados en sentencias anteriores. Acaso el punto más interesante suscitado en casación fue el de si cabe la indemnización por daño moral con fundamento en la entonces vigente Ley 22/1994 de responsabilidad civil del fabricante por daños causados por productos defectuosos. La Audiencia Provincial operó en este punto con cierto automatismo, pues es cierto que la atribución de responsabilidad la fundó exclusivamente en dicha ley, y no buscó otro fundamento (1902 CC.) para cubrir el daño moral. El TS, en cambio, se ve obligado a distinguir, y mantiene la condena por daño moral sobre la base de la responsabilidad por culpa del artículo 1902, al considerar que existió una “*indudable falta de diligencia de los laboratorios, al no haber trasladado a los pacientes la información necesaria sobre los efectos adversos (...)*”. El argumento es formalmente impecable, si bien procesalmente plantea la duda de si no comporta alteración del fundamento de la responsabilidad en sede de casación: piénsese que el criterio de imputación de la responsabilidad por productos defectuosos no puede asimilarse a la culpa del 1902, entre otras cosas porque con éste último no cabría apreciar responsabilidad por los riesgos del desarrollo (que serían un caso fortuito), mientras que en el caso de medicamentos tales riesgos del desarrollo no son exoneratorios por expresa previsión legal. Así, si la información omitida se refería a riesgos que *al tiempo de la comercialización* del medicamento no eran conocidos con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos, no podría de ninguna manera imputarse culpa, y por tanto los daños morales no podrían ser indemnizados, pues no estaban incluidos en la Ley 22/1994, ni lo están en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007, arts. 128.II y 129).

Por último, y aunque esta cuestión no fue planteada en el recurso de casación, parece discutible que respecto de las demandantes que sí acreditaron un nexo causal entre el defecto de información del medicamento y determinados daños corporales por los que fueron indemnizadas, parece discutible que *además* tengan derecho a indemnización por daño moral consistente en la zozobra o inquietud de estar o no padeciendo aquellos efectos adversos, pues más bien parece que este daño quedaría absorbido por el definitivo daño que sufrieron.

Un último comentario final: la expansión del daño moral en la jurisprudencia proporciona soluciones satisfactorias a modo de reparación de trastornos, padecimientos y sufrimientos de entidad considerable, y por ello debe ser aplaudida. El riesgo a evitar es que se utilice esta noción para lograr una (moderada) indemnización en casos de duda sobre la realidad de otro tipo de daños, o, peor aún, de *daños futuribles*, es decir, esos que pudieron haberse producido pero finalmente no se padecieron. La sola exposición indebida a un riesgo que finalmente no se concreta en daño no genera indemnización. Cabe referirse, aunque de modo anecdótico, a una reciente sentencia de una Audiencia Provincial publicitada en prensa que concede una indemnización por daño moral consistente en el desasosiego de haber detectado un tornillo dentro de una pizza prefabricada, al que no llegó a hincársele el diente. La pizza era defectuosa sin duda, y acaso habrá responsabilidades administrativas, pero el comprador no tiene más derecho que la devolución del precio de la pizza. El *susto* por lo que le podía haber pasado no es daño moral, es sólo daño futurible. Y hasta ahí no debemos llegar en nuestro ponderado sistema de responsabilidad.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Delito de apropiación indebida de una procuradora en el desarrollo de su actividad profesional objeto de cobertura por el seguro de responsabilidad civil profesional. Responde la compañía aseguradora en base a la inaplicabilidad del principio de inasegurabilidad del dolo para este supuesto -al no tratarse de un hecho derivado de la circulación-, así como por la preeminencia de la norma especial recogida en el artículo 76 LCS sobre la regla general del artículo 19 LCS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª),
de 25 de julio de 2014.

Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón

Fundamentos de Derecho

RECURSO DE Andrea

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 26 de septiembre de 2013, condena a la recurrente como autora responsable de un delito continuado de apropiación indebida, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de tres años, seis meses y un día de prisión y multa.

Frente a ella se alzan los presentes recursos, el de la condenada fundado en siete motivos, el de su esposo declarado como partícipe

a título lucrativo, fundado en tres motivos, y el de la compañía aseguradora, condenada como responsable civil directa, fundado en un Único motivo.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que la acusada, Andrea, Procuradora de los Tribunales en representación de CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO, se apropió del resultante de dos mandamientos de devolución, por importes de 174.209,15 y 236.279,26 euros, acordados por el Juzgado que conocía de sendos procedimientos de ejecución hipotecaria en favor de la entidad financiera a la que Andrea representaba, incorporando a su patrimonio tales cantidades al ingresarlas en la cuenta bancaria de la que eran titulares ella y su esposo, Teófilo, en la que se cargaban los recibos de la hipoteca de la casa común así como se realizaban distintas operaciones ordenadas por el propio Teófilo.

La acusada, como miembro del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, tenía la condición de asegurada en la póliza de responsabilidad civil profesional suscrita por dicho Colegio con la Compañía ARCH INSURANCE COMPANY EUROPE LTD.

SEGUNDO.- El motivo quinto del recurso interpuesto por la representación de la condenada se formula al amparo del art 851.3 de la Lecrim y en él se alega quebrantamiento de forma por falta de resolución de todos los puntos objeto de defensa (art. 851.3 LECr).

1. La incongruencia omisiva la ciñe la recurrente al silencio del Tribunal sobre las dudas que suscita el contenido de los documentos aportados por la Defensa al comienzo del Juicio oral y las declaraciones prestadas por el representante de la entidad perjudicada, en relación con la credibilidad que merece el resto de testimonios utilizados como prueba de cargo para desvirtuar la versión de la recurrente en el sentido de que su manera de "trabajar" (sic) no era la que regía las relaciones entre ella y la entidad a la que representaba.

En este sentido, recordemos las exigencias de esta Sala, en motivos de esta naturaleza, y que son los siguientes.

a) Que la falta de decisión recaiga sobre una verdadera pretensión y no sobre un concreto argumento, ni sobre cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige

una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica.

b) Que ni siquiera constituye la omisión con trascendencia constitucional la pretensión de un enunciado fáctico de los alegados sino que ha de referirse a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas.

c) Que la cuestión sobre la que no se pronuncia el Tribunal sea de carácter esencial.

d) Que la cuestión haya sido explícitamente formulada en los correspondientes escritos de la parte que formula protesta, habiéndose producido por ello el oportuno debate.

e) Que, con independencia de que pueda diferenciadamente suscitarse otra queja, el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida, lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse, no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita.

f) Que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso.

Descendiendo a nuestro caso, es evidente, que los materiales probatorios aludidos fueron tenidos en cuenta por el Tribunal para descartar la interpretación que de los mismos intenta imponer el Recurso, por lo que no puede afirmarse una incongruencia omisiva que, además, se referiría no a la falta de respuesta de unas concretas pretensiones jurídicas, como requiere nuestra doctrina en estos casos, sino a cuestiones de índole meramente valorativo que, por otra parte, volverán a suscitarse más tarde en los correspondientes motivos.

En definitiva, esta alegación no puede prosperar.

TERCERO.- Con apoyo procesal en el art. 852 LECr, el Recurso considera vulnerados los arts. 24.1 y 120.3 CE, que consagran los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la necesaria motivación de las Resoluciones judiciales.

1. La impugnante sostiene, en su motivo sexto, que no se han respetado sus derechos a la tutela judicial efectiva ni de defensa por el hecho de que se ignore cómo llegaron a poder de la denunciante los documentos judiciales referidos a los mandamientos de devolución acordados en el seno de los procedimientos hipotecarios en los que Andrea actuaba como única representante de la entidad financiera que se dice perjudicada.

Pero lo cierto es que, al margen de que no queda claro el por qué el Recurso entiende que la posesión de tales documentos por la denunciante ha limitado el pleno ejercicio de su derecho de defensa y que, por ende, deben ser anuladas las actuaciones, de acuerdo con los arts 11 y 238 Lopj, al ocasionarle tal indefensión, sino que además ya la Audiencia dio cumplida y acertada respuesta a esta cuestión, en su fundamento jurídico primero, señalando cómo se trataba de fotocopias de documentos obrantes en los procedimientos hipotecarios en los que la denunciante era parte, por lo que podía acceder a ellos sin cometer ilegalidad alguna, aunque la recurrente, con su incorrecta conducta y por los fines ilícitos que perseguía, se los hubiera ocultado.

2.- A continuación, en el motivo séptimo, se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en este caso vinculada a la ausencia de razonamiento judicial acerca del rechazo que a la Audiencia merece la versión exculpatoria consistente en afirmar que la recurrente lo único que hizo fue seguir las pautas de actuación concertadas con su representada, que no le obligaban a la inmediata entrega de las cantidades percibidas sino a que fueran éstas tenidas en cuenta a la hora de hacer una ulterior liquidación de conjunto respecto de todos los asuntos en los que actuaba.

Afirma semejante falta de motivación de la recurrida en la ausencia de tratamiento de las pruebas a las que ya hizo referencia en el motivo quinto, a saber, los documentos aportados y las declaraciones del representante de la CAJA.

Pues bien, como ya dijimos en nuestro anterior Fundamento Jurídico, tales argumentos no se ajustan a la realidad toda vez que sí que se razona suficientemente en la Resolución de instancia el por qué se consideran acreditados los hechos objeto de acusación, con rechazo de los alegatos esgrimidos por la recurrente en su defensa. Baste examinar lo expuesto en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia recurrida para constatar la existencia de suficiente

argumentación dirigida a desvirtuar la tesis de la defensa que expresamente se cita.

Los motivos se desestiman.

CUARTO.- El cuarto motivo, por error en la valoración de la prueba al amparo del art 849 2º, se funda en los documentos a los que ya nos hemos referido con anterioridad así como a la declaración en el acto del juicio oral del representante de la entidad denunciante (motivos quinto y séptimo) Considera la recurrente que nos encontramos ante unas pruebas, de carácter documental, que avalan su tesis exculpatoria y que sus contenidos contradicen claramente las conclusiones alcanzadas por la Audiencia.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013, entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art. 849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurren los requisitos siguientes:

1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa;

2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar;

3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la LECr.;

4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea im-

portante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

En el caso actual no concurren los referidos requisitos. En primer lugar la naturaleza jurídica de unos documentos privados y más aún una declaración testifical carecen de virtualidad casacional, por el cauce aquí utilizado, y su contenido no cabe elevarlo a la categoría de incuestionable, de forma que evidencie un error incuestionable en la tarea de valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

QUINTO.- Los tres primeros ordinales del Recurso se plantean, con base en el art 849 1º de la Lecrim, por infracción de ley, denunciando la indebida aplicación del art 252 CP 95, que describe el delito de apropiación indebida, así como la incorrecta inaplicación de los artículos 14.1, relativo al error de prohibición que se afirma padeció la recurrente, y 21.6ª referente a la atenuante de dilaciones indebidas que debían valorarse como muy cualificadas.

El fundamento de la argumentación de la acusada consiste en que, ni existe dolo de apropiación por su parte, puesto que como se ha insistido, su conducta se acomodaba a la forma habitual de "trabajar" de la profesional con su representada, concurriendo, en todo caso, un error de prohibición, pues ignoraba que su correcto comportamiento habría de ser otro, y, finalmente, para el caso de mantenerse la condena, que la atenuante de dilaciones indebidas ha de ser considerada como muy cualificada. Alegatos que además de no corresponderse con la literalidad de los hechos declarados como probados, que en este momento resultan inatacables, tampoco encuentran razones de fondo para su estimación.

1.- En efecto, por lo que respecta a la apropiación indebida, tal delito aparece descrito en el artículo 252 del Código Penal que tipifica la conducta de los que en perjuicio de otros se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca





obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros.

La doctrina de este Tribunal Supremo de (SSTS 513/2007, de 19 de junio, 228/2012, de 28 de marzo y 664/2012, de 12 de julio, entre otras muchas), ha resumido la interpretación jurisprudencial de este delito diciendo que el artículo 252 del vigente Código Penal sanciona dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Esta consideración de la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal parte de la distinción establecida en los verbos nucleares de tipo penal, se apropiaren y distrajeren y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente, en los supuestos de obligación de devolver o el destinatario final del dinero, en los supuestos de obligación de entregar, un derecho a recibir otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, como hemos dicho, ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, de manera que en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron.

En definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un des-

tino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el delito.

Por ello, cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico, que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver (SSTS 31 de mayo de 1993, 1 de julio de 1997, 513/2007, de 19 de junio, 228/2012, de 28 de marzo y 664/2012, de 12 de julio, entre otras muchas).

Y, como elementos de tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades de titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. Y esos, y no otros, son los elementos que en el caso presente concurren, al haber incorporado a su patrimonio la recurrente las cantidades percibidas en su función de representante de la entidad financiera actora ante el Juzgado en los procedimientos hipotecarios en su patrimonio, ingresándolas en cuenta bancaria de su titularidad y, por lo tanto, distrayéndolas de su finalidad lícita que no era otra que la recuperación de las mismas por su legítima destinataria.

2.- Lo que igualmente acontece con la concurrencia del dolo necesario, como elemento subjetivo de la infracción, que se corresponde con la literalidad del "factum" de la Resolución de instancia y que excluye por completo la posibilidad de la presencia de un error de prohibición, a la vista de los acertados argumentos al respecto ofrecidos por la Audiencia.

3.- Finalmente, por lo que se refiere a la atenuante de dilaciones indebidas ya apreciada por la Audiencia con carácter de simple, tampoco corresponde acceder a la pretensión del recurso, considerándola como muy cualificada, teniendo en cuenta que no cabe, como la recurrente pretende, incluir en lo que son dilaciones en la "tramitación del procedimiento", términos expresamente utilizados por nuestro Legislador en el nuevo apartado 6º del art 21 Cp, el tiempo previo a la presentación de la denuncia por la perjudicada que, en todo caso, tendría cabida en un supuesto de prescripción del delito, en el supuesto de alcanzarse el tiempo preciso para ello. Así mismo, tampoco aquí se excede el criterio de "extraordinarias" que el referido precepto atribuye, como exigencia para la configuración de la atenuante simple, a las dilaciones producidas.

Procede, en consecuencia, declarar la desestimación de los motivos.

RECURSO DE Teófilo

SEXTO.- Los tres motivos en los que se funda este Recurso se encuentran directamente vinculados entre sí, pues en realidad parten todos ellos de una incorrecta comprensión por el recurrente de la naturaleza y contenido de la figura descrita en el art 122 Cp, en la que se le declara incurso.

1.- En tal sentido hay que precisar que no se trata de una figura de carácter penal, que deba ser valorada con criterios de este orden, como el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al que alude Teófilo como infringido en el segundo motivo de su recurso (art. 852 Lecrim).

En el orden probatorio, en este caso, hay que acudir a las reglas generales de "carga de la prueba", correspondiendo a quien afirma el aprovechamiento de bienes de origen ilícito que lo demuestre. Y así lo ha hecho en este caso cumplidamente la Acusación afirmando hechos, que el recurrente no discute, como el de su titularidad, compartida con su esposa, respecto de la cuenta bancaria en la que se in-

gresaron las cantidades que ésta distrajo, y la realización desde dicha cuenta de operaciones y pagos que suponían un lucro para el recurrente. Bastando tal constatación para considerar correcta la aplicación del precepto.

2.- Y otro tanto ocurre con los dos motivos restantes, que coinciden en afirmar que el recurrente no dispuso de las cantidades de referencia (art 849.1º Lecrim), pues no sólo el relato de hechos afirma tales disposiciones, sino que la actuación positiva del partícipe en estos supuestos no es necesaria, bastando, como en la presente ocasión acontece y está debidamente acreditado, con que el sujeto obtenga un lucro como consecuencia de la infracción cometida por tercero, tal como el correspondiente al pago del crédito hipotecario correspondiente a la vivienda familiar que se cobraba directamente de dicha cuenta. Y ello, por supuesto, sin que tampoco sea precisa la presencia de dolo alguno o conocimiento por el partícipe de la infracción penal origen de su beneficio, ya que de concurrir ese conocimiento podríamos hallarnos ante una verdadera figura delictiva y no de la previsión del art 122, aquí tan correctamente aplicado.

Es por ello por lo que los tres motivos se desestiman.

RECURSO DE ARCH INSURANCE COMPANY EUROPE LTD

SÉPTIMO.- El único motivo del recurso interpuesto por la entidad aseguradora, la compañía Arch Insurance Company Europe SLD, como responsable civil, se articula por infracción de ley al amparo del art. 849 1º de la Lecrim, en relación con los artículos 16, 19 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS).

Alega la parte recurrente, en síntesis, que el seguro contratado por el Consejo General de los Procuradores para cubrir la responsabilidad civil profesional de la procuradora condenada en esta causa, que figuraba como asegurada, constituye un seguro de responsabilidad civil de los prevenidos en el art 73 LCS que, a su entender, no cubre cualquier responsabilidad en la que incurra el asegurado sino únicamente la responsabilidad civil por errores o faltas profesionales cometidos en el ejercicio de la actividad como Procurador, estimando la parte recurrente que la comisión de un delito de apropiación indebida, aunque se realice en el ámbito de las funciones de Procurador, no puede ser considerada un error o falta profesional, por lo que se exceden los límites contractuales

que delimitan el riesgo cubierto y que, por su carácter objetivo, son oponibles a los terceros perjudicados.

Como segundo argumento de oposición a la condena impuesta se invoca el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2007, y la posterior sentencia de 8 de mayo de 2007, que aplica el Acuerdo adoptado, en relación con el principio de inasegurabilidad del dolo (artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro).

Y, en tercer lugar, se alega la inclusión en el contrato de una cláusula "Claim Made", argumentando que la reclamación a la aseguradora se formuló fuera del ámbito temporal de cobertura del contrato de responsabilidad civil aun cuando el hecho del que se deriva dicha responsabilidad tuviera lugar dentro del ámbito temporal del mismo.

OCTAVO.- En relación con la primera argumentación alega la parte recurrente que al extenderse la cobertura a los errores o faltas profesionales cometidos en el ejercicio de la actividad de Procurador, solo se cubren frente a los terceros perjudicados los supuestos de error o negligencia (por ejemplo, pérdida de la indemnización correspondiente a un cliente por ingresarla erróneamente en una cuenta equivocada), pero no los supuestos de extralimitación voluntaria en el ejercicio de las funciones de la procuraduría, que están fuera de la cobertura pactada.

Esta argumentación no puede ser compartida. El sentido del seguro de responsabilidad civil profesional, máxime cuando se contrata por el propio Colegio Profesional al que pertenece el asegurado, es precisamente dotar a las actividades desempeñadas por los profesionales de la Procuraduría de una garantía eficiente de responsabilidad frente a terceros, de modo que quienes contraten a estos profesionales, y les confíen sus intereses patrimoniales, cuenten con la seguridad de que serán económicamente resarcidos en caso de pérdidas derivadas directamente de una mala praxis profesional, negligente o voluntaria.

Por ello se incluyen expresamente en la cobertura objetiva del contrato tanto la responsabilidad civil derivada de daños negligentes (errores) como voluntarios (faltas), responsabilidad que en ambos casos puede ser reclamada directamente al asegurador por el perjudicado (art 76 LCS), sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que el daño o perjuicio causado al ter-

cero sea debido a conducta dolosa del asegurado, acción directa que es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado.

En consecuencia, en el caso actual, en el que la Procuradora condenada se apropió de determinadas cantidades pertenecientes a la parte perjudicada procedentes de procedimientos ejecutivos, recibidas de los órganos jurisdiccionales en el ámbito de su actividad profesional y precisamente como consecuencia de ella, ingresando dichas sumas en su propia cuenta y no entregándolas, como debería haber hecho, a la parte destinataria de las mismas, nos encontramos claramente ante una falta profesional de la que se deriva una responsabilidad civil, judicialmente declarada, manifiestamente cubierta frente a los terceros por el contrato de responsabilidad civil profesional en el que figura como tomador el Consejo General de Procuradores, sin perjuicio de la posibilidad del asegurador de repetir frente al asegurado, por el carácter doloso de su acción.

Entenderlo de otro modo vaciaría de contenido efectivo el aseguramiento contratado.

NOVENO.- Como segundo argumento de oposición a la condena impuesta se invoca el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2007, y la posterior sentencia de 8 de mayo de 2007, que aplica el Acuerdo adoptado, en relación con el principio de inasegurabilidad del dolo (artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro).

La doctrina de esta Sala es clara a este respecto (STS núm. 1137/1998, de 4 de diciembre, 17 de octubre de 2000, 22 de junio de 2001, 11 de marzo de 2002, 127/2004, de 2 de febrero, 384/2004, de 22 de marzo y 2 de junio de 2005, entre otras muchas). Lo que el artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al asegurado un siniestro ocasionado por él de mala fe, pero no impide que el asegurador garantice la responsabilidad civil correspondiente frente a los terceros perjudicados.

Precisamente porque los responsables no pueden asegurar su propio dolo, la Ley reconoce al asegurador el derecho de repetir contra el asegurado, a fin de que el coste de la indemnización recaiga finalmente sobre el patrimonio de quién ocasionó el siniestro, pero sin vaciar de contenido la cobertura del contrato y su sentido social y económico, en relación con los perjudicados, los cuales deberán ser indemni-

zados siempre que la responsabilidad civil garantizada proceda de mala praxis profesional.

El seguro de responsabilidad civil es aquel en el que "el asegurador se obliga a cubrir, dentro de los límites establecidos por la Ley y el contrato, el riesgo de quedar gravado el patrimonio del asegurado por el nacimiento de una obligación de indemnizar, derivada de su responsabilidad civil" (artículo 73 LCS), y su función social y económica es ofrecer una garantía en determinadas actividades de riesgo, para que quienes en ella participen tengan garantizado el resarcimiento de los daños que puedan sufrir, que no se deriven de culpa o negligencia por su parte (art 117 CP 95).

En el ámbito profesional, el seguro de responsabilidad civil ofrece no solo una garantía sino un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece ante el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertos por el seguro, y su cobertura indemnizatoria no va a depender de la eventual solvencia del responsable. Es por ello que, para hacer compatible esta seguridad con el principio de inasegurabilidad del propio dolo, la norma legal introduce este razonable equilibrio de intereses. El asegurador responde en todo caso frente al perjudicado, pero con el derecho a repetir del asegurado en caso de dolo. No tendría sentido establecer legalmente la posibilidad de repetir frente al asegurado, si no fuera precisamente porque en dichos supuestos, el asegurador tiene la obligación de indemnizar al perjudicado.

DÉCIMO.- El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 24 de abril de 2007, no es aplicable al caso enjuiciado, pues se refiere al seguro obligatorio de automóviles y trata de definir su ámbito de cobertura, excluyendo los siniestros que no constituyen hechos de la circulación. Pero, en el caso actual, es claro que el siniestro que dio lugar a la responsabilidad civil constituye manifiestamente una falta profesional, cometida en el ámbito natural del ejercicio de las funciones del Procurador.

El referido Pleno no jurisdiccional excluye de la cobertura del seguro aquellos supuestos en que el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar el daño del que deriva la obligación de indemnizar.

Y la STS núm. 427/2007, de 8 de mayo, en la que se apoya la parte recurrente, establece la

ausencia de obligación de responder por parte de las compañías aseguradoras, respecto de la responsabilidad civil derivada de actos dolosos cometidos cuando el vehículo a motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito, considerando que estos supuestos no constituyen hechos de la circulación, debiendo inferirse a sensu contrario, que dicha obligación concurre en el resto de comportamientos dolosos generadores de daños de los que se derive responsabilidad civil.

UNDÉCIMO.- En un Pleno anterior, de 6 de marzo de 1997, se había tomado el acuerdo de que las sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinasen responsabilidad civil para las víctimas, deberían incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se hubiese ocasionado "con motivo de la circulación", con lo que los supuestos jurídicamente conflictivos quedaban reducidos, en buena medida, a aquellos en que existía un dolo directo sobre el resultado.

El Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 24 de abril de 2007 vino condicionado por una serie de reformas legales relativas al seguro obligatorio, algunas no muy afortunadas, que trataban de delimitar el concepto de hecho de la circulación para excluir de la cobertura del seguro determinados comportamientos dolosos.

En primer lugar la reforma del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, incluida, con lamentable sistemática legislativa, en el art. 71 de la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En esta reforma se estableció (art 1 4º de la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro) que "En todo caso no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes".

Pronto se comprobó que esta norma no aportaba la claridad necesaria, y que el maximalismo proaseguradoras introducido de modo prácticamente subrepticio en una norma de especial relevancia social, conducía a consecuencias indeseadas de desprotección de las víctimas de la circulación en supuestos específicos. Por ello la aprobación del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en

la Circulación de Vehículos a Motor (Real Decreto 7/2001, de 12 de enero), tuvo que modificar esta previsión legislativa, aclarando que "en todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal", para no dejar desprotegidas a las víctimas de determinados delitos dolosos cometidos en el ámbito de la circulación automovilística, que en cualquier caso son consecuencia del riesgo ocasionado por el manejo de instrumentos de acentuada peligrosidad como son los vehículos de motor.

Posteriormente el 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 dispone, en el art. 1º, que "1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

(...). 4. Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes". Pero el Reglamento del Seguro Obligatorio (R.D. 7/2001, de 12 de enero), ya citado, establece, en su art. 3, 1º que a los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos o privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común"; y, en el art. 3, que "4º.- Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal".

En definitiva, para los daños ocasionados en la comisión de delitos dolosos como la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas, la conducción con temeridad manifiesta y puesta en peligro de la vida o integridad de las personas, o la conducción con consciente desprecio de la vida de los demás, opera siempre el sistema de cobertura obligatoria. Por ello se produjo el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de esta Sala Segunda (art. 264 LOPJ) alcanzado el día 24 de abril de 2007 "no responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor", modificando la exigencia de que el hecho constituyera una acción extraña a la circulación, aunque la nueva regla no puede excluir supuestos en los que el riesgo ocasionado por la potencialidad dañina de los vehículos de motor tenga una incidencia relevante en el daño ocasionado, y éste se haya producido ocasionalmente en el ámbito circulatorio, pues la expresión "instrumento directamente buscado" implica una cierta previsión en la utilización del instrumento.

A su vez la STS 338/2011, de 16 de abril, complementa la doctrina referida a la responsabilidad civil derivada de la circulación, señalando que el citado acuerdo plenario no excluye la obligación de pago de la aseguradora cuando junto al seguro obligatorio existe otro de carácter voluntario. En cualquier caso, el acuerdo plenario invocado no resulta aplicable al caso ahora enjuiciado pues no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil derivada de un hecho de la circulación, sino ante un supuesto de responsabilidad civil profesional.

DÉCIMOSEGUNDO.- De forma más reciente la STS 365/2013, de 20 de marzo, reitera la doctrina de la responsabilidad de la aseguradora frente al perjudicado, incluso en supuestos dolosos, con una abundante argumentación.

"El automático surgimiento del derecho de repetición frente al causante del daño salva el dogma de la inasegurabilidad del dolo: nadie puede asegurar las consecuencias de sus hechos intencionados. Faltaría la aleatoriedad característica del contrato de seguro. Lo que hace la Ley es introducir una norma socializadora y tuitiva... que disciplina las relaciones de la aseguradora con la víctima del asegurado. La

aseguradora al concertar el seguro de responsabilidad civil y por ministerio de la ley (art. 76 LCS) asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de responsabilidad civil surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolosa. En las relaciones internas y contractuales con el asegurado no juega esa universalidad: la responsabilidad civil nacida de un hecho intencionado ha de repercutir finalmente en el asegurado. Pero el riesgo de insolvencia de éste, la ley quiere hacerlo recaer sobre la aseguradora y no sobre la víctima.

La acción directa otorga a la víctima un derecho propio que no deriva solo del contrato sino también de la Ley. Por tanto no se ve afectado por las exclusiones de cobertura. Al asegurador sólo le queda la vía del regreso. Que el regreso fracase por insolvencia del asegurado es parte de su riesgo como empresa. Si no se admite ese binomio -inoponibilidad frente al tercero/repetición frente al asegurado- no es posible dotar de algún espacio a la previsión del art. 76 LCS sobre la *exceptio doli*. El principio de vigencia es una máxima elemental en materia de exégesis de un texto normativo. Obliga a rechazar toda interpretación que prive de cualquier operatividad a un precepto. Una norma querida por el Legislador ha de tener una significación, ha de ser aplicable a algún grupo de supuestos, por reducido que sea. La interpretación abrogante no es interpretación, es derogación por vía no legítima. Recordemos de nuevo el texto del art. 76 LCS: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".

Se desprenden inequívocamente tres premisas: 1º) El tercero perjudicado tiene acción directa frente a la aseguradora también cuando hay una actuación dolosa. 2º) La aseguradora no puede oponer frente a la pretensión del perjudicado la *exceptio doli*. 3º) Sí tiene derecho para repetir contra el asegurado".

Anticipándose al criterio expresado en algunos votos particulares de esta misma Sala, la referida STS 365/2013, de 20 de marzo, señala que "Se viene defendiendo desde hace años -y ese argumento se blandía con habilidad y "astucia", utilizando el calificativo que elogiosamente usaba un comentarista, en alguno de los votos particulares que han acompañado en ocasiones a los pronunciamientos de esta Sala (STS de 29 de mayo de 1997)-, que el art. 76 tendría como objetivo vencer las renuencias de las Aseguradoras a indemnizar o a consignar las cantidades. Se les privaría de una posible "excusa" para dilatar el pago (insinuación de que los hechos habían sido dolosos). Es una ingeniosa lectura del art 76. Pero si consigue hacer compatible su dicción literal con la tesis de la exclusión erga omnes de cobertura de los resultados dolosos, lo es a costa de romper moldes en la lógica jurídica. En efecto, tal entendimiento, analizado detenidamente, se derrumba por inconsecuente. Si fuese congruente habría que concluir que en esos casos si la repetición frente al causante resulta fallida por causa de insolvencia, la Aseguradora podría recuperar lo pagado de la víctima cuando estuviese ya acreditado y proclamado judicialmente el carácter doloso de los hechos.

No se puede sostener que no tenía obligación de pagar pero que no puede recuperar lo "indebidamente" abonado. Si lo que se quiere con el art. 76 es que la Aseguradora pague en tanto se clarifica el suceso, una vez esclarecido no tiene sentido el art. 76 que cabalmente pregona que la Aseguradora no puede oponer el dolo al tercer perjudicado, tampoco cuando esté meridianamente claro que la actuación fue dolosa.

En este sentido es ilustrativa la STS Sala 1ª núm. 631/2005 de 20 de julio. Es un pronunciamiento recaído en el orden jurisdiccional civil que presenta por ello una singular peculiaridad. El carácter doloso de los hechos ya estaba proclamado judicialmente: el proceso civil mediante el que el perjudicado acciona frente a la Aseguradora con la base del art. 76 LCS se inicia cuando ya estaban ventiladas las responsabilidades penales. La insolvencia de los responsables civiles (principal y subsidiario) aboca al perjudicado a entablar el pleito civil. Pues bien, eso no es obstáculo para que la Sala Primera de este Tribunal sostenga que no puede oponerse la exceptio doli por impedirlo el art. 76 LCS que, por tanto, no es una mera prevención para orillar posibles excusas de mal pagador, sino una auténtica norma material de fondo. Es cierto que en ese supuesto hay diferencias im-

portantes en cuanto entre el responsable penal y el perjudicado se interpone un tercer responsable civil. Pero a los efectos que aquí interesan eso no cambia la esencia del argumento: "a) No cabe duda alguna de que el art. 1º LCS obliga al asegurador a indemnizar a los perjudicados por el daño sufrido cuando se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, "dentro de los límites pactados" (lo que obliga, en todo caso, a dar cumplimiento a las Condiciones de la Póliza, en cuanto deban aplicarse), y que el art. 19 exime al asegurador de dicho pago, "en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado" (mala fe, en la que, indudablemente, hay que incluir el acto realizado con dolo por el asegurado, con lo que se excluirían, en principio, las consecuencias civiles, no asegurables, de los actos delictivos cometidos por dicho asegurado), pero hay que tener muy en cuenta que dichos preceptos son generales (incluidos en el Título I de la Ley reguladora), aplicables, inicialmente, a todas las clases de seguros, y por lo tanto, con la salvedad de lo que al respecto se diga para algún tipo o clase específico de seguro, de los que la Ley citada regula en sus apartados propios de ellos. Indudablemente (y los seguros de robo y especialmente el de incendio, serían un exponente claro de la aplicación de esa regla), no se pueden asegurar los propios delitos cometidos por el tomador del seguro, como propio asegurado, en cuanto el dolo va unido a, o está formado por, la intención de obtener una ganancia o beneficio a través del delito o acto ilícito o de mala fe, producido, y ello con evidente perjuicio, a través del engaño o la superchería, para el asegurador.

Ello no obstante, y en relación con el Seguro especial, de "responsabilidad civil" (Sec. 8ª, del Tit. II de la LCS, que trata, en sus distintas Secciones, pormenorizadamente, y entre ellos, del indicado, de los "Seguros de Daños"), figura el art. 76, según el que, "el perjudicado, o sus herederos, tendrán "acción directa" contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a "repetir" contra el asegurado, en el caso de que sea debido a "conducta dolosa" de éste, el daño causado a tercero".

Este precepto, y ello disintiendo, en el presente caso, de la doctrina que pudo declarar lo contrario, constituye una norma especial, y, por lo tanto, de preferente aplicación para el seguro de que se trata (conforme al principio de que la "ley especial deroga a la ley general en lo que aquélla regula") sobre la regla general del art. 19 (que eliminaría, para los seguros que

no tienen esa prevención, la excepción a la responsabilidad de la aseguradora, por "mala fe" del asegurado, o sea, por conducta "dolosa" o "delictiva" del mismo).

Esta misma regla especial se recoge en las Condiciones Generales de la Póliza aquí aplicable (art. 20-2 de las mismas), y debe, por ello, la misma aplicarse, también por voluntad de las partes (conforme al pacto : art. 1º LCS)... Es de mantener también, como se dice en la motivación del Recurso, la razonable fundamentación de las Sentencias en ella recogidas, en cuanto a distinguir la eficacia del Contrato de Seguro de Responsabilidad Civil en dos frentes, el propio del mismo asegurado, en relación con la preservación o protección de su particular patrimonio, y el general, de instrumento de tutela (sea el seguro obligatorio o voluntario) de los derechos de las víctimas o perjudicados (desarrollo del amparo dentro del aspecto de la victimología, tan protegido en otros Derechos, como el francés), por lo que en la actuación jurídica de la Póliza en este caso, y dada la insolvencia del responsable directo, y del subsidiario del mismo, primaría este último aspecto.

Se han ensayado otras interpretaciones para salvar la literalidad del art. 76 en lo que se refiere a la exceptio doli negando al mismo tiempo la obligación de la aseguradora de afrontar las indemnizaciones en los casos de daños dolosos. Se ha intentado limitar la previsión a los casos de dolo eventual. Pero con ello no solo se cuartea el principio que se quiere salvar (no cobertura del dolo), sino que además sin base se fuerza la dicción del art. 76 LCS.

También se ha sugerido que el precepto estaría pensando en delitos contra la seguridad vial, dolosos pero solo en relación al peligro no en cuanto al resultado. Pero esa exégesis tampoco cohonesta bien con la dicción del precepto que habla de daño o perjuicio causado por conducta dolosa; amén de suponer una visión muy reduccionista de esa previsión que está pensando en todos los seguros de responsabilidad civil y no únicamente en los concertados en el ámbito de la circulación rodada.

Conviene insistir de nuevo en que el art. 76 LCS rige para todos los seguros de responsabilidad civil. En los repertorios de jurisprudencia se encuentran casos nada infrecuentes en que tal previsión ha servido de soporte para que la aseguradora indemnice al perjudicado "sin perjuicio del derecho de repetir" por conductas dolosas surgidas con motivo del ejercicio de profesionales liberales (vid. SSTs 384/2004,





de 22 de marzo, o 2172/2001, de 26 de noviembre referidas ambas a defraudaciones imputadas a abogados, o con matices diversos, la STS 173/2009, de 29 de marzo en el ámbito sanitario).

Explica la STS 1240/2001, de 22 de junio que contempla precisamente un supuesto de responsabilidad de la aseguradora para hacer frente a la indemnización nacida de un delito de estafa: "Una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del asegurado. En esos casos, el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria, tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable. El tercero inocente es ajeno a todo ello y ostenta por eso aquella acción directa e inmune del artículo 76 que rige con especificidad en la materia por lo que como norma singular es prevalente.

El mismo dato de que prevea la posibilidad de la repetición es revelador de que ha habido obligación legal y su pago por el asegurador, si no tal previsión sería ociosa. El artículo 19 lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por el siniestro producido por mala fe de éste.

El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. En consecuencia se trata de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso... se alega, en primer lugar, el principio de no asegurabilidad del dolo. Sin embargo lo que prohíbe dicho principio es que el agente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le pueden derivar de sus propios comportamientos dolosos, pero no que se establezca un sistema obligatorio de protección a las víctimas de una determinada fuente de riesgo que garantice a las mismas un nivel básico de cobertura frente a los daños sufridos, con independencia de que el origen del daño sea un ilícito civil o penal, doloso o culposo. La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor: si el comportamiento causante del daño fue culposo, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición es decir que también exonera al causante del daño de su responsabilidad civil.

Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño pues al ser doloso el acto la responsabilidad del causante no se elimina con el pago del seguro, sino que se le exige por el asegurador. Y es que cabalmente el art. 76 LCS rectamente entendido solo admite una interpretación a tenor de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerle en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir. Lo que significa en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el Legislador, es que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicada.

Legalmente se asigna al seguro de responsabilidad civil una función que va más allá de los intereses de las partes contratantes y que supone introducir un factor de solidaridad social. La finalidad de la prohibición del aseguramiento de conductas dolosas (art. 19) queda preservada porque el responsable por dolo es en definitiva la persona a la que el ordenamiento apunta como obligado al pago. Pero frente a la víctima, la aseguradora no puede hacer valer esa causa de exclusión. El dogma "el dolo no es asegurable" permanece en pie. Cosa diferente es que modernamente el contrato de seguro de responsabilidad civil haya enriquecido su designio primigenio como instrumento de protección del patrimonio del asegurado. La ley le ha adosado otra función: la protección del tercero perjudicado. Si se quiere, es un riesgo no cubierto. No hay inconveniente en aceptarlo. Pero la ley -art 76- por razones de equidad ha querido expresamente obligar al asegurador al pago frente al tercero. La exclusión del riesgo en este caso, por voluntad explícita de la ley, solo hace surgir el derecho de regreso".

La alegación de la parte recurrente debe, por todo ello, ser desestimada.

DECIMOTERCERO.- En tercer lugar, se alega la inclusión en el contrato de una cláusula "Claim Made", argumentando que la reclamación a la aseguradora se formuló fuera del ámbito temporal de cobertura del contrato de responsabilidad civil aun cuando el hecho del que se deriva dicha responsabilidad tuviera lugar dentro del ámbito temporal del mismo.

Según consta en las actuaciones el contrato de seguro suscrito por el Consejo General de Procuradores tuvo vigencia entre el 1 de abril de 2005 y el 31 de marzo de 2006, figurando como asegurada la acusada; por tanto en la fecha en que se produjeron los hechos (junio y septiembre de 2005), la póliza desplegaba todos sus efectos.

Según la póliza de Arch Insurance el tomador del seguro era el Consejo General de los Procuradores de los Tribunales y los asegurados los miembros en el ejercicio de la profesión del Ilustre Colegio de los Procuradores de los Tribunales de Madrid. El período de seguro se extendía desde el día 1 de abril de 2005 hasta el 31 de marzo de 2006 y el límite básico obligatorio por siniestro y agregado anual por asegurado era de 601.012,10 euros. En las condiciones particulares se hace constar que es una póliza en base a reclamaciones, por lo que sus coberturas se aplican a las reclamaciones que se presenten por vez primera contra el asegurado y se notifiquen al asegurador durante el período de seguro respecto de errores o faltas profesionales cometidos tanto con anterioridad a la fecha de efecto de la póliza como durante el período de seguro, salvo que se acuerde una fecha retroactiva diferente.

Como destaca la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre las cláusulas de delimitación temporal, y la interpretación del art. 73 de la LCS, entre otras, en la sentencia de 19 de junio de 2012, recordando que el segundo párrafo del art. 73 de la LCS establece 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".

Como recuerda la sentencia de instancia, esta Sala ha declarado que las cláusulas de delimitación temporal o "claims made" que buscan desplazar la deuda de responsabilidad al momento en que se produce la reclamación, al margen del seguro vigente al producirse el siniestro, han sido aceptadas por la jurisprudencia únicamente en tanto fueran en beneficio y no perjudicaran los derechos del asegurado o perjudicado, reputándose como lesivas en caso contrario (SSTS de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992), ya que una interpretación

contraria llevaría al absurdo de excluir de la cobertura daños causados en fecha próxima a la expiración de la póliza pero que los asegurados no hubieran podido comunicar a la aseguradora porque nada se les habría reprochado ni reclamado todavía.

Remitiéndonos a la fundamentación de la sentencia impugnada, que hacemos nuestra, la citada cláusula se contrae a precisar convencionalmente el ámbito temporal del contrato y debe ser entendida en la relación interna entre las partes que la suscribieron, con posibilidad de ser aducida y opuesta al asegurado, pero no frente a terceros perjudicados al tratarse de una excepción de carácter personal, eficaz ante la otra parte de la relación contractual pero inoponible por aplicación del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, caso de que se ejercite la acción directa contra el asegurador, todo ello sin perjuicio del derecho de repetición que compete al asegurador frente al asegurado; la aseguradora debe hacer frente a las consecuencias económicas derivadas de la cobertura del seguro de responsabilidad civil.

Procede, por todo ello, la desestimación del recurso interpuesto por Arch Insurance, así como los de todos los recurrentes, con imposición de costas.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de la acusada, Andrea, del declarado partícipe a título lucrativo, Teófilo, y de la Responsable Civil Directa, ARCH INSURANCE COMPANY EUROPE LTD, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, de fecha 26 de septiembre de 2013 en causa seguida a dicha acusada por delito continuado de apropiación indebida. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Cándido Conde-Pumpido Tourón, José Manuel Maza Martín, Manuel Marchena Gómez, Ana María Ferrer García, Perfecto Andrés Ibáñez.

VOTO PARTICULAR FECHA:25/07/2014

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. José Manuel Maza Martín A LA SENTENCIA Nº 588/2014, recaída en el recurso nº 2287/13.

Con el máximo respeto que siempre me merece la opinión mayoritaria de este Tribunal y sin disentir de ella en el resto de consideraciones y pronunciamientos que contiene, sí que he de discrepar, sin embargo, respecto de la decisión relativa a la desestimación del motivo conducente a la exclusión de la responsabilidad civil de la entidad aseguradora que recurre la Resolución de instancia tan sólo en relación con este concreto aspecto.

Ya son varias las ocasiones en las que he tenido que formular Votos Particulares como el presente, discrepando de los criterios que aplica la mayoría de los integrantes de esta Sala acerca de la atribución de responsabilidad civil directa a las Compañías aseguradoras, cuando de las consecuencias perjudiciales de un delito doloso cometido por el asegurado se trata (vid. VsPs unidos a las SsTS de 2 de Junio de 2005, 8 de Enero de 2007, 22 de Febrero de 2010 ó 20 de Marzo de 2013), por lo que tengo aquí por reiterados todos los argumentos de carácter genérico ya incluidos en esos supuestos, tales como los relativos a la interpretación del principio general de la inasegurabilidad del dolo, que no debería restringirse al resarcimiento al propio asegurado de las consecuencias derivadas de su actuar intencionado sino que habría de ostentar un alcance más general dentro de una correcta comprensión del contrato de seguro, tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico como económico, actuarial y de la propia función social del contrato de seguro, o bien los razonamientos relativos a por qué se establece en la Ley el derecho de repetición contra el asegurado cuando de uno de estos casos se trata, lo que no significa más que la previsión legal necesaria para posibilitar que en aquellos supuestos en los que la Aseguradora abonó indebidamente la indemnización pueda recuperar ese abono cuando, con posterioridad al adelanto, los Tribunales de Justicia califican como doloso el hecho causante de los perjuicios y de su reparación, incluso sin que el precepto que contiene ese derecho de repetición excluya para la aseguradora que pagó (como parece entender la STS de 20 de Marzo de 2013 que con tanto énfasis citan mis compañeros) la posibilidad de accionar contra el propio perjudicado en aquellos supuestos en

los que el asegurado resulte insolvente, sino que, antes bien, esa sería la consecuencia jurídica más lógica ante la frustración del derecho a repetir que ostenta la entidad, toda vez que si éste se le otorga no era sino precisamente en reconocimiento a que no era ella la obligada a satisfacer la reparación.

No obstante, hay que tener presente que los aludidos Votos particulares hacían en su mayor parte (con excepción del que acompaña a la STS de 22 de Febrero de 2010) referencia a hechos relativos a la circulación de vehículos a motor en los que rige una forma de aseguramiento obligatorio y una regulación específica, extremos en los que inicialmente fundamentaban distintos integrantes de esta Sala la obligación de resarcimiento de las Compañías por la naturaleza social del Seguro obligatorio hasta que la normativa cambió, excluyendo expresamente el hecho doloso del ámbito de ese Seguro, pasando a afirmar (lo que no se había hecho hasta ese momento), que la obligación de resarcir existía en relación con el Seguro voluntario tan sólo.

El presente supuesto presenta la peculiaridad de que nos hallamos ante un delito de apropiación indebida que, para comenzar, ni tan siquiera ofrece esa alternativa imprudente que en las infracciones relacionadas con el tráfico rodado permitiera pensar en hipótesis de extensión de la inicial cobertura asegurada, con el complemento ulterior de la repetición contra el asegurado, autor del ilícito.

Por lo tanto, dicho derecho de repetición deviene aquí exorbitante toda vez que la entidad en ningún momento debiera tener ni tan siquiera una eventual obligación de indemnizar perjuicios derivados de hecho semejante, si se entiende, como yo sostengo, que ante lo que nos hallamos en supuestos como éste es sencillamente frente a siniestros que son del todo ajenos a la cobertura del seguro.

Y ello puesto que, en efecto, la cuestión central del problema no es otra que la de determinar si la actividad productora del perjuicio se encuentra cubierta por la correspondiente póliza o si, por el contrario, es tan ajena a la misma como lo serían unos daños causados por inundación para un seguro de incendios. Porque el artículo 117 del Código Penal es claro cuando atribuye a los aseguradores responsabilidad civil directa, en reparación de los perjuicios causados por la infracción, tan sólo para los casos en los que "... hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias

derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad...".

Y afirmar que la apropiación indebida cometida por la recurrente es un riesgo asumido por la Aseguradora de la póliza de responsabilidad civil contratada por el Colegio de Procuradores, me parece un exceso contrario a Derecho, dicho sea con todos los respetos para la opinión de mis compañeros que, además, constituyen mayoría. Ello máxime cuando, al tratarse de un seguro voluntario, las cláusulas contractuales, fuente de obligación para la parte, excluyen expresamente los hechos dolosos del ámbito de lo asegurado, sin que puedan existir a mi juicio razones de índole "socializador" o metajurídico que permitan extender a supuestos distintos las concretas obligaciones voluntariamente contraídas por las partes, ni aún en sus efectos frente a terceros.

En tal sentido, como ya hemos tenido oportunidad de reiterar en ocasiones anteriores, la acción directa y prohibición de excepcionar frente al perjudicado por el evento, contenidas en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, requieren como elemento previo inexcusable el que el siniestro en el que los perjuicios se han producido se encuentre amparado por el contrato. Inexistente tal premisa, la consecuencia que lleva a la obligación indemnizatoria por responsabilidad directa y sus corolarios de imposibilidad de formular excepciones frente al perjudicado y el consiguiente derecho de repetición contra el asegurado, devienen insostenibles por ausencia de la originaria fuente de la obligación cuyo contenido, tratamiento y efectos son abordados en el referido precepto.

Y éste, sin duda, es el supuesto ante el que nos hallamos, por lo que, en definitiva, considero que, con base en los anteriores argumentos, debería haberse estimado el Recurso de la Compañía Aseguradora, excluyendo su responsabilidad civil directa frente a los perjuicios ocasionados con la comisión del delito de apropiación indebida objeto de enjuiciamiento.

José Manuel Maza Martín

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

La sentencia que nos ocupa, sin duda, realiza un análisis jurisprudencial, legal y doctrinal en relación a la asegurabilidad o no de las consecuencias económicas derivadas de las conductas dolosas, diferenciando claramente entre el seguro de responsabilidad civil en el ejercicio profesional y el seguro obligatorio de automóviles.

Se condena a una Procuradora por un delito continuado de apropiación indebida; y respecto a la responsabilidad civil cometido en el desarrollo de su actividad profesional, resuelve condenando solidariamente a la aseguradora con la que tiene suscrito la procuradora seguro de responsabilidad civil profesional, a través del Colegio de Procuradores, hasta el importe máximo fijado en la póliza suscrita.

Los argumentos de la aseguradora condenada, en relación a la “no asegurabilidad del dolo”, se pueden resumir básicamente en dos:

1.- Indica, por un lado, que el seguro sólo cubre frente a terceros en supuestos de error o negligencia y que los supuestos de extralimitación voluntaria en el ejercicio de funciones están fuera de cobertura. Por ello, considera que la comisión de un delito de apropiación indebida, aunque se realice en el ámbito de las funciones de Procurador, no puede ser considerado un error o falta profesional, por lo que se exceden los límites contractuales que delimitan el riesgo cubierto y que, por su carácter objetivo, son oponibles a los terceros perjudicados.

A este respecto, señala la Sala, que en modo alguno puede aceptarse dicho argumento, por cuanto que el sentido del seguro de responsabilidad civil profesional, máxime cuando se contrata por el propio Colegio Profesional al que pertenece el asegurado, es precisamente dotar a las actividades desempeñadas por los profesionales de la Procura de una garantía eficiente de responsabilidad frente a terceros, de modo que quienes contraten a estos profesionales y les confíen sus intereses patrimoniales, cuenten con la seguridad de que serán económicamente resarcidos en caso de pérdidas derivadas directamente de una mala praxis profesional, negligente o voluntaria. Para concluir que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, ya que el hecho de excluir la cobertura por el carácter doloso de la acción vaciaría de contenido el aseguramiento contratado.

“El automático surgimiento del derecho de repetición frente al causante del daño salva el dogma de la inasegurabilidad del dolo” (Sentencia Tribunal Supremo 365/2013, de 20 de mayo), esta es otra de las ideas fundamentales sobre la que gira la argumentación del alto Tribunal a fin de justificar la condena de la aseguradora y, por tanto entender que la conducta dolosa es asegurable; pero dicha posibilidad, entiendo, se debe interpretar que está pensada más bien para los supuestos de abono de la indemnización por el asegurador en la ignorancia de la actuación dolosa del asegurado, y que la misma se pusiera de manifiesto con posterioridad.

2.- Y por otro, la aseguradora, invoca el Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª, de 24 de abril de 2007, y la posterior sentencia de 8 de mayo de 2007 que aplica dicho acuerdo, así como el artículo 19 de la LCS.

La Sentencia indica que el seguro sólo cubre frente a terceros en supuestos de error o negligencia y que los supuestos de extralimitación voluntaria en el ejercicio de funciones están fuera de cobertura. Por ello, considera que la comisión de un delito de apropiación indebida, aunque se realice en el ámbito de las funciones de Procurador, no puede ser considerado un error o falta profesional

COMENTARIO

A este respecto la Sala deja claro que el Acuerdo al que alude el recurrente no es aplicable al caso enjuiciado, ya que aquel se refiere al seguro obligatorio de automóviles y trata de definir su ámbito de cobertura, excluyendo los siniestros que no constituyen hechos de la circulación, cuando el vehículo a motor sea el instrumento directamente buscado para causar el daño del que deriva la obligación de indemnizar, pero teniendo en cuenta que, cuando junto al seguro obligatorio existe otro de carácter voluntario, no se excluye la obligación de pago por parte de la aseguradora, todo ello, tal y como indica la sentencia del TS de 16 de abril de 2011.

Respecto a la interpretación del artículo 19 que se aduce por el recurrente, aclara la sentencia que, si bien es cierto que exime al asegurador de dicho pago “en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”, se trata de un precepto general, aplicable inicialmente a todas las clases de seguros, con la salvedad de lo que al respecto se diga para algún tipo o clase. Y eso, entiende la Sala, es precisamente lo que hace el artículo 76 LCS, constituir una norma especial, -y de preferente aplicación para el seguro de responsabilidad civil-, sobre el artículo 19 LCS. Determina la sentencia que el artículo 19 LCS únicamente excluye la obligación de indemnizar al propio asegurado por el siniestro producido por mala fe de éste, pero no cuando el perjudicado sea un tercero, de acuerdo con el tenor literal del artículo 76 LCS.

En este sentido, y en consonancia con lo que indica el magistrado autor del voto particular, el punto de partida para dar respuesta a esta cuestión deberá centrarse en torno a la verdadera esencia del contrato de seguro e interpretar el referido artículo 76 de la LCS, no de manera aislada sino dentro del contexto de dicha ley, debiendo tener en cuenta su artículo 1 que habla de la obligación de indemnizar dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato; es decir si estamos hablando de un seguro voluntario de responsabilidad civil, como es el caso, deberemos estar a lo pactado en el mismo. Efectivamente el asegurador vendrá obligado a indemnizar si se produce el riesgo objeto de cobertura, dentro de los límites pactados, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato; concluyendo, por tanto que el artículo 76 solo operará en los casos en los que el dolo no es recogido en el seguro como causa de exclusión

El voto particular considera que el delito de apropiación indebida se trata de un supuesto totalmente ajeno a la cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional. Es decir, entiende que: “al tratarse de un seguro voluntario, las cláusulas contractuales, fuente de obligación para la parte, excluyen expresamente los hechos dolosos del ámbito de lo asegurado, sin que puedan existir a mi juicio razones de índole “socializador” o metajurídico que permitan extender a supuestos distintos las concretas obligaciones voluntariamente contraídas por las partes, ni aún en sus efectos frente a terceros”. En definitiva, viene a concluir que la aplicación de la acción directa del artículo 76 LCS requiere como elemento previo inexcusable el que el siniestro donde se han producido los perjuicios, se encuentre amparado en el contrato de seguro.

Por último, y no por ello menos importante, también debemos tener en cuenta que una de las características del contrato de seguro es su aleatoriedad, que sobre el riesgo exista una relativa incertidumbre, pero es claro que la comisión de un hecho doloso no es aleatorio, sino totalmente voluntario e intencional del asegurado dejando, de esta manera, a su voluntad el nacimiento del riesgo.

Y para concluir, tal y como indicaba SOTO NIETO: Implicar a las compañías aseguradoras en una cobertura con una resolución judicial expresa y públicamente sanciona al asegurado por un hecho integrador de un tipo penal doloso, va en contra de la naturaleza de las cosas, de la esencia del contrato y del aceptado cuño de previsiones que lo integran.

Tribunal Superior de Justicia

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Se concede una indemnización a la actora por importe de 80.000 euros al dañar en una intervención quirúrgica una zona ajena y distante de la zona afectada, así como al entender que existe un diagnóstico tardío por el centro médico que agrava los daños

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja,
de 11 de septiembre de 2014.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Miguel Escanilla Pallas

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente procedimiento la resolución fecha 27 de septiembre de 2013 del Secretario General Técnico de la Consejería de Salud del Gobierno de la Rioja que desestima la reclamación por responsabilidad patrimonial por la deficiente atención médica prestada por los Servicios Públicos Sanitarios.

La parte demandante solicita que se dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso, se declare nulo y no conforme a derecho el acto recurrido en consecuencia se declare haber lugar a la indemnización de 90.000 euros

y condene a los demandados al pago de la misma y a los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la interposición de la reclamación administrativa.

La parte actora argumenta que existe responsabilidad patrimonial de la Administración por los siguientes motivos: pérdida de oportunidad y un daño desproporcionado.

SEGUNDO.- La acción jurídica de exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se corresponde con el ejercicio del derecho conferido a los ciudadanos por el artículo 106.2 de la Constitución para verse resarcidos de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor.

En el momento de dictado de la resolución administrativa que ahora se sujeta a control jurisdiccional, el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aparece regulado en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993, 1394 y 1765), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTS -3ª- 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

A) La acreditación de la realidad del resultado dañoso –“en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”-;

B) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido. La antijuridicidad opera como presupuesto de la imputación del daño.

El criterio se recoge, por todas, en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, al interpretar que: “El título de atribución concurre, así, cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tenía el



deber jurídico de soportar el daño (hoy la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común plasma normativamente este requisito al establecer en su artículo 141.1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la



Ley [...]”). Así puede ocurrir, entre otros supuestos, cuando se aprecia que la actividad administrativa genera un riesgo o un sacrificio especial para una persona o un grupo de personas cuyas consecuencias dañosas no deben ser soportadas por los perjudicados, o cuando del ordenamiento se infiere la existencia de un mandato que impone la asunción de las consecuencias

perjudiciales o negativas de la actividad realizada por parte de quien la lleva a cabo”.

C) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad causante del daño o perjuicio. Lo que supone la existencia de un nexo de causalidad entre la actividad administrativa y el perjuicio padecido.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado, desde la sentencia de 27 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9460) (recurso de apelación núm. 7269/1992), que el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual debe tomar en consideración que:

a) Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que válidas como son en otros terrenos irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquella responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia. El Tribunal Supremo en sentencia de fecha 18 de octubre de 2001 la define la *lex ar-*

tis como "la técnica, el procedimiento o el saber de una profesión). Este es un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico, que toma en consideración tanto las técnicas habituales, la complejidad y las trascendencia vital de la enfermedad, o la patología así como factores exógenos o endógenos propios de la enfermedad.

D) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor. A este efecto, es doctrina jurisprudencial constante la recogida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de mayo de 1999, la que establece que fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes:

a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: "falta de servicio que se ignora"); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: "evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida".

b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aún en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986: "Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado". En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (apelación 1075/1992). Y

E) La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad.

Criterios de distribución de la carga de la prueba. Guarda, también, una evidente importancia la identificación de los criterios de aplicación a estos supuestos de los principios generales de distribución de la carga de la prueba. Cabe recordar, a este efecto, que, en

aplicación del artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo... del Código Civil (LEG 1889, 27), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho ("*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*") así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega ("*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*") y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios ("*notoria non egent probatione*") y los hechos negativos ("*negativa non sunt probanda*"). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la

prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración.

TERCERO.- Los hechos han quedado acreditados mediante los informes de Inspección, el dictamen médico aportado por Zurich y el dictamen médico aportado por el demandante con la demanda.

1. Dª Encarnación en el 2008, con antecedentes de una antigua fractura de muñeca, aqueja dolor en su muñeca derecha y a través de su médico de cabecera es derivado a la consulta de traumatología del Hospital de San Pedro, donde es atendida por el traumatólogo Dr.

Dionisio. A finales de mayo de 2008 se le realiza una resonancia de muñeca, identificándose una marcada excrescencia ósea en el espacio teórico de la estiloides cubital, así como pequeño hueso supra numerario entre éste y el hueso piramidal en relación con probable antecedente traumatológico de la paciente. Junto a los mismos se observa un aumento de la señal difusa en secuencias T2, con posible relación con edema. Existe buena conservación del fibrocartilago triangular sin signos de rotura ni tampoco alteración de la señal en estructuras óseas de dichas muñecas ni afectación de estructuras tendinosas ni ligamentosas.

Con este resultado, el traumatólogo juzga como primera solución, remitir a la paciente a rehabilitación, para ver evolución del proceso. La paciente es vista por la Dra. Ramona que le indica diversos procedimientos rehabilitadores a realizar en el Centro de Salud de Cascajos.

2. Como la evolución no es positiva se realizan a la paciente un TAC de extremidades superiores en enero de 2009, poniendo de manifiesto únicamente la presencia de una formación osicular aparentemente separada de la estiloides del cúbito en la interlínea articular. Con estos antecedentes y viendo la evolución de la paciente, se decide la realización de una artroscopia de muñeca, para lo que es incluida en lista de espera y firma el correspondiente consentimiento informado.

El 07-07-2009, D^a Encarnación ingresa de forma programada, realizándosele artroscopia y resección del osículo. La evolución del postoperatorio es satisfactoria, y es dada de alta, con indicación de mantener el brazo en cabestrillo, analgésicos y antiinflamatorios orales.

Dos días más tarde acude al Servicio de Urgencias del Hospital, por intenso dolor e inflamación en mano derecha, principalmente en 4° y 5° dedos. Se considera que existe compresión de la inmovilización posquirúrgica, es valorada por el traumatólogo de guardia, quien realiza una descompresión de la férula, y como mejora su sintomatología es remitida a su domicilio, indicándole preferencia en las consultas externas de Traumatología para ver evolución.

3. Es vista en consulta de traumatología, y el 30 de julio de 2009, el Dr. Fulgencio, solicita la colaboración del Servicio de Rehabilitación, una vez valorada la paciente en consulta.

El 9 de agosto de 2009 la paciente acude nuevamente a Servicio de Urgencias del Hos-

pital, porque según refiere dos días antes, nota un chasquido en el dorso de la mano, a nivel de 4° metacarpiano y desde entonces no puede hacer extensión del mismo. Se acompaña con dolor. Se la explora y se le da cita con Don Fulgencio, el primer día que tenga consulta, para su revisión.

El 21 de agosto es atendida en consulta por Don Dionisio, y ante la sospecha de rotura de los tendones extensores en mano derecha, se solicita resonancia urgente y también ecografía dinámica de la zona, que confirma dicha sospecha y a la vista de los resultados, se incluye de manera urgente en lista de espera quirúrgica para la revisión y reparación de las lesiones tendinosas.

4. El 29 de septiembre de 2009 con el diagnóstico de rotura completa de los extensores 30, 40, y 5° de mano derecha es intervenida mediante sutura y plastia con tendón palmar.

Viendo que su evolución postoperatoria es adecuada, es dada de alta con recomendaciones terapéuticas. Como es natural, se envían a Anatomía Patológica diversos fragmentos obtenidos en el lecho quirúrgico, identificándose como sinovitis crónica inespecífica. Una vez retirada la férula, y de comenzar ejercicios de movilización activa y pasiva, es enviada a Rehabilitación realizándole tratamiento urgente en el CARPA, donde es seguida periódicamente su evolución. Dicha evolución es bastante tórpida con dolor y parestesias y con recuperación parcial de la funcionalidad de las estructuras comprometidas. Por ello, y a la vista de los escasos resultados, se le propone nueva intervención para revisar la zona afectada y ver las suturas que le fueron realizadas. La paciente entra en lista de espera quirúrgica en junio de 2010, pero vista la evolución, desestima nueva cirugía, y solicita una nueva valoración en otro centro hospitalario, que disponga de especialidad en este tipo de intervenciones, por lo que D^a Encarnación es derivada a la Unidad de Mano del Hospital General de Burgos.

5. El 9 de noviembre de 2010, habiendo sido ya atendida en la Unidad de Mano del Hospital General de Burgos, el Dr. Dionisio informa de una funcionalidad de mano y muñeca con clara limitación a la flexión siendo la extensión de unos 60°. Hay un buen balance articular de los dedos pudiendo extenderlos en conjunto, pero siendo imposible hacerlo de manera individualizada, debido a la tenodesis (sutura lateral que le fue realizada en los tendones extensores). Todo ello, es signo claro de una limitación funcional de la mano y muñeca derecha.

En la gammagrafía que se le realiza el 19 de noviembre de 2010 se diagnostica:

"1. No se aprecian cambios gammagráficos que sugieran la presencia de una DSR en fase aguda.

2. No se aprecia evidencia gammagráfica que sugiera una NOA aguda a nivel del carpo.

3. Cambios inespecíficos a nivel del carpo derecho sugestivos de artropatía radio-carpiana e intercarpiana con algún grado de disfunción de la articulación del codo, a valorar con la clínica local".

6. D^a Encarnación es asistida en el Hospital General de Burgos, ingresando en octubre de 2011 en el Servicio de Cirugía Plástica con el diagnóstico de secuelas de reconstrucción tendinosa de extensores de los dedos de la mano derecha, se le interviene para su revisión quirúrgica y se retira las suturas tendinosas. Viendo que su evolución postoperatoria es buena, se procede a darle de alta manteniendo el catéter axilar para realizar rehabilitación precoz.

CUARTO.- Conclusiones de los diferentes informes:

I. El informe del inspector médico emitido con fecha 14 de febrero de 2013 expresa las siguientes conclusiones: 4. El tercer aspecto a destacar, señala: 'Acudiendo la paciente a urgencias dos días después de la intervención. 9 de julio de 2009 y el 9 de agosto de 2009 no se realizan pruebas diagnósticas y quirúrgicas hasta el 29 de septiembre de 2009, agravando todavía más los daños causados en la intervención quirúrgica de 7 de julio de 2009". En efecto, la paciente Doña Encarnación como ya hemos expuesto acude a Urgencias el 09/07/2009 donde es atendida y vista por el traumatólogo de guardia, quien concluye una compresión de la inmovilización posquirúrgica y realiza una descompresión. Esta actuación, a mi juicio es correcta y adecuada a la situación clínica de la paciente. El paciente acude a consulta con el Dr. Fulgencio el 30/07/2009 retirándole la férula e indicando una serie de ejercicios. También solicita la colaboración del Servicio de Rehabilitación, para iniciar el periodo de recuperación funcional. El Dr. Fulgencio, en esa fecha, señala, que hasta ese momento la evolución era la normal de cualquier artroscopia de muñeca, con las molestias propias y cierta debilidad. Hasta esta fecha, pues, todo parece evolucionar con cierta normalidad. Es a partir del 09/08/2009 que el paciente acu-

de nuevamente a urgencias, y expone que dos días antes, al coger la muñequera ha notado un chasquido en el dorso de la mano y desde entonces no puede hacer extensión del mismo. El 21/08/2009 es vista en consulta por Don Dionisio, quien sospecha la rotura de los tendones extensores, solicita urgentemente una resonancia de mano, y a la vista del resultado la incluye el día 4 de septiembre con carácter urgente en lista de espera para revisión quirúrgica y reparación de lesiones tendinosas. La paciente es intervenida el 28/09/2009.

En la historia clínica digitalizada, se observa que la resonancia es realizada el 01/09/2009 y la ecografía dinámica el 09/09/2009. Visto lo anterior, es evidente que desde el día 8 de agosto, que hay sospecha manifiesta de posible rotura, hasta su intervención, el 29 de septiembre, es un tiempo que resulta excesivo, No me atrevo a indicar la importancia de este tiempo transcurrido en la evolución de la muñeca de la paciente, pero en todo caso, es recomendable que sea cuanto menos mejor.

5. Por lo expresado en los párrafos anteriores, considero que hay una relación causa efecto evidente entre la intervención quirúrgica consistente en una artroscopia derecha y la posterior rotura de los tendones extensores, si bien no queda clara la causa de la misma, bien que sea como consecuencia secundaria de la misma artroscopia (hipótesis menos probable) o bien como consecuencia tardía de la inflamación de la lesión primaria y del efecto de la propia intervención, (hipótesis más probable). También considero excesivo el tiempo transcurrido entre los síntomas sospechosos de rotura de los tendones que se produce a primeros de agosto y la intervención para su reparación que se produce el 28 de septiembre, sin que pueda objetivar si ello ha podido y no influir en la evolución y pronóstico del proceso, que por otra parte implica un déficit importante en la funcionalidad de la mano y muñeca derecha".

II. El informe de los doctores aportado por la Aseguradora en el expediente administrativo establece las siguientes conclusiones: "I. La paciente padecía un dolor en la muñeca que se relacionó con un osículo en el fibrocartilago articular. Este procedimiento habitualmente se puede realizar con artroscopia, por lo que existe una correcta indicación de la misma.

2. Existe constancia de la información del procedimiento de artroscopia de muñeca y de la información de la posibilidad de roturas tendinosas.

3. Aunque la posibilidad de roturas tendinosas durante la artroscopia es posible, sin embargo, es casi imposible en este caso dado el número de tendones implicados, la localización de las mismas y la relación temporal de las roturas. Está descrito el síndrome de Vaughan Jackson de roturas tendinosas múltiples por espículas óseas, como las descritas en la resonancia realizada a la paciente. Lo ocurrido en esta paciente es una complicación extraordinaria, que no está descrita relacionada con una artroscopia. No se puede prever a priori (la resonancia y Tac previos no indicaban espículas óseas), y no se hubiera podido realizar nada para evitarlo, en cualquier procedimiento quirúrgico encaminado a solucionar el dolor de muñeca.

4. El diagnóstico y tratamiento fueron correctos. Un tratamiento efectuado de forma más temprana no hubiera modificado el tratamiento. No hay ninguna prueba que, realizada de forma más temprana, pudiera modificar el tratamiento.

5. El tratamiento efectuado es el correcto, porque en roturas de este tipo tendinosas, no se puede realizar una sutura terminoterminal. Se realizan transferencias tendinosas. Un tratamiento más temprano tampoco hubiera cambiado la elección del tratamiento, es por ello que las pruebas no son "urgentes".

6. Al paciente se le han solicitado todas las pruebas diagnósticas necesarias (ecografía, resonancia, electromiograma, gammagrafía), y los especialistas adecuados. Incluso cuando se ha solicitado segunda opinión, la paciente la ha podido realizar, sin que por ello, hubiera algún cambio en la pauta de tratamiento dada previamente.

7. La actuación es adecuada a la *lex artis* III) El informe aportado por la demanda establece las siguientes conclusiones: 4ª.- Que es evidente que entre las revisiones realizadas por el Servicio Riojano de Salud con signos y síntomas "altamente sugestivos" de rotura orgánica hasta la realización de una cirugía "que es urgente"; pasan demasiados días!! (del 09.08.09 al 29.09.09) son capaces de favorecer complicaciones (por ejemplo por la retracción tendinosa...). 5ª.- que el diagnóstico y el tratamiento propuesto el 9/8/9 es erróneo e insuficiente, 6ª.- Que conceptualmente cuando existe un daño desproporcionado es el "que tiene medios y conocimiento para ello, quien puede y debe justificarlo".

QUINTO.- El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para

hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la *lex artis* y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Así pues, presupuesto de la responsabilidad es que se produzca por el médico, o profesional sanitario, una infracción de las normas de precaución y cautela requeridas por las circunstancias del caso en concreto, entendiendo como tales las reglas a las que debe acomodar su conducta profesional para evitar daños a determinados bienes jurídicos del paciente: la vida, la salud y la integridad física.

En cada caso, para valorar si se ha producido infracción de esas normas de la *lex artis*, habrá que valorar las circunstancias concretas atendiendo a la previsibilidad del resultado valorando criterios, como la, preparación, y especialización del médico, su obligación de adaptarse a los avances científicos y técnicos de su profesión (tanto en relación a nuevos medicamentos, instrumental, técnicas y procedimientos terapéuticos o diagnósticos), las condiciones de tiempo y lugar en que se presta la asistencia médica (hospital, servicio de urgencias, medicina rural, etcétera). En general, pues, la infracción de estas reglas de la *lex artis* se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación del profesional sanitario medio en semejantes condiciones a aquellas en que debió desenvolverse aquel al que se refiere la reclamación. Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha *lex artis*.

Por tanto, si la actuación de la Administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un límite que nos permita diferenciar en qué momento va a haber responsabilidad patrimonial de la Adminis-

tración y en qué otros casos se va a considerar que el daño no es antijurídico y que dicho daño no procede de la actuación de la Administración sino de la evolución natural de la enfermedad. Este límite nos lo proporciona el criterio de la *lex artis*, según el cual sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada al criterio de la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico) mientras que en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

El criterio de la *lex artis* se define como ad hoc, es decir, se trata de un criterio valorativo de cada caso concreto que no atiende a criterios universales sino a las peculiaridades del caso concreto y de la asistencia individualizada que se presta en cada caso. La sentencia del TS de fecha 17 de julio de 2012 establece "El motivo ha de ser igualmente rechazado, pues como señala, entre otras muchas, la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 67) (recurso de casación núm. 6580/2004), con cita de otras anteriores, «cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en

el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilataado en este precepto"».

Así las cosas y como quiera que de los hechos que la Sala de instancia declara probados no resulta en el caso enjuiciado una actuación médica contraria a *lex artis*, ha de concluirse que los eventuales daños que con ocasión de la misma se hubieran podido producir -incluidos los daños morales- en ningún caso serían antijurídicos, por lo que existiría la obligación de asumirlos, sin derecho a indemnización".

SEXTO.- Violación de la *lex artis*. La parte actora argumenta que en la intervención de 7 de julio de 2009 se pretende reducir un osículo en el cúbito, pero inexplicablemente dañan los extensores y huesos de la muñeca derecha, ajenos a la y distantes a la zona afectada por la cirugía y además acudiendo el paciente dos días después de la operación no se realizan pruebas diagnósticas y quirúrgicas hasta el 2009 por lo que se agravan los daños.

La Doctrina del TS sobre el daño desproporcionado establece "... El criterio del daño desproporcionado, recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa (entre otras, Sentencias de 20 de junio de 2006 EDJ 2006/109949 o de 10 de julio de 2007 EDJ 2007/100876), implica, esencialmente, que, ante ciertos datos empíricos y en ausencia de una prueba directa, puede deducirse la infracción de la *lex artis* cuando las circunstancias y el sentido común indican que el resultado lesivo "es inusual" en relación con intervenciones y actuaciones similares, suponiendo, por tanto, un juicio probabilístico basado en las máximas de experiencia" (STS de 10 de abril de 2014) y la sentencia de 4 de diciembre de 2012 "Según la jurisprudencia comentada, la Administración sanitaria debe responder de un "daño o resultado desproporcionado", ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «*res ipsa loquitur*» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «*Anscheinsbeweis*» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «*faute virtuelle*» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de

acción (sentencias de 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9194), recurso de casación 8/2010, 17 de septiembre de 2012, recurso de casación 6.693/2010, 29 de junio de 2011, recurso de casación 2.950/2007, y 30 de septiembre de 2011, recurso de casación 3.536/2007).

La STS de fecha 12 de noviembre de 2012 dice "La doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" llegó a nuestra Jurisdicción a partir de su asunción por la Sala Civil de este Tribunal quien a partir de sentencias del año 1996, la utilizó como criterio de valoración e imputación de la responsabilidad extracontractual en el ámbito sanitario. Existente un resultado desproporcionado, totalmente inesperado y no contradicho o explicado coherentemente por el demandado, siendo que concurre además relación causal y que entre dentro de la esfera de actuación de éste, cabía deducir sin duda alguna que existía conducta negligente, y, por tanto, una apariencia relevante de prueba de ésta. Con posterioridad se fue afianzando –STS Sala Primera Civil de 8 de mayo de 2003 170–, sin perjuicio de momentos oscilantes y modulaciones. Y es que no cabía exclusivamente citar tal doctrina por el recurrente para deducir ya de por sí su aplicación por inversión de la carga de la prueba. Era necesario que por parte del demandado no se ofreciera y probara mediante prueba pericial de forma suficiente y fehaciente que el facultativo había tenido y seguido una actuación profesional acomodada a la "*lex artis ad hoc*". En el caso de daño desproporcionado o resultado clamoroso el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS Sala Primera Civil de 10 de junio de 2008).

No puede invocarse la doctrina del daño desproporcionado cuando la lesión producida constituye un riesgo propio de la intervención en un porcentaje considerable (STS 9 de marzo de 2011).

La cuestión controvertida es si ha existido una violación de la *lex artis* (daño desproporcionado). La sentencia del TS de fecha 20 de noviembre de 2012 establece "En general conviene destacar respecto a las pruebas periciales que tal como expone el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de julio de 2000, en el supuesto de diversos informes periciales o de técnicos peritos en la materia, es procedente un análisis crítico de los mismos incumbiendo al órgano judicial valorar los datos y conocimientos expuestos en los mismos de acuerdo con la sana crítica, debiéndose entender la fuerza probatoria de estos en la mayor fundamentación y razón

de ciencia aportada, y debiéndose conceder, en principio, prevalencia, a aquéllas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una mayor explicación racional".

Aplicando esta doctrina jurisprudencial al caso de autos y atendiendo a los criterios de la sana crítica según determina el artículo 348 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), de aplicación supletoria en el presente supuesto, estimamos como más ajustadas a la realidad médica y jurídica que nos ocupa, el informe del perito de la parte actora (ratificado judicialmente y sometido a contradicción por las aclaraciones realizadas por las partes), y coincidente con el informe de la inspección médica por los siguientes razones:

1º Los peritos han de poseer "los conocimientos correspondientes" (art. 335 de la LEC) y el artículo 340 de la LEC "los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen naturaleza de éste".

2º El informe del perito de la parte actora aunque no tenga la especialidad del perito de la parte codemandada, se ha fundamentado en informes obrantes en autos de los especialistas que han intervenido en todo el proceso y fundamentalmente en la conclusión quinta del informe de la inspección médica, "5. Por lo expresado en los párrafos anteriores, considero que hay una relación causa efecto evidente entre la intervención quirúrgica consistente en una artroscopia derecha y la posterior rotura de los tendones extensores, si bien no queda clara la causa de la misma, bien que sea como consecuencia secundaria de la misma artroscopia (hipótesis menos probable) o bien como consecuencia tardía de la inflamación de la lesión primaria y del efecto de la propia intervención, (hipótesis más probable). También considero excesivo el tiempo transcurrido entre los síntomas sospechosos de rotura de los tendones que se produce a primeros de agosto y la intervención para su reparación que se produce el 28 de septiembre, sin que pueda objetivarse si ello ha podido y no influir en la evolución y pronóstico del proceso, que por otra parte implica un déficit importante en la funcionalidad de la mano y muñeca derecha".

3º El informe de la codemandada relata que lo ocurrido a la paciente es un "riesgo extraordinario" y por tanto ha de aplicarse la teoría del daño desproporcionado, y le corresponde a la Administración acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS Sala Primera Civil de 10 de junio de 2008).

SÉPTIMO.- Cuantificación de los daños y perjuicios. La parte actora solicita la cantidad de 100.404,94 euros que desglosa en los siguientes conceptos: Periodo de incapacidad temporal (54.688,70 euros); secuelas funcionales 17.252,24 euros; secuelas estéticas (23.777,52 euros), factores de corrección por incapacidad permanente parcial 18.141,08 euros, y por el valor de los informes periciales y prueba de resonancia magnética (3.797,64 euros).

La Sala comparte los conceptos y días de incapacidad establecidos en el informe realizado por el perito de daño corporal, sin que se hayan cuestionado con razonamientos por las demás partes tales conceptos

La STS del 27 de noviembre de 2012 reitera el criterio orientativo del "baremo" al afirmar "hemos dicho también que el sistema de valoración de los daños corporales en el ámbito de los accidentes de circulación tiene un valor simplemente orientador, no vinculante para los Tribunales de este orden jurisdiccional a la hora de calcular la indemnización debida por título de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (entre otras, sentencia de 23 de diciembre de 2009, recurso de casación 1.364/2008).

La Sala siguiendo el criterio del TS considera en atención a las circunstancias del caso que procede indemnizar a la parte actora con la cantidad de 80.000 euros por todos los conceptos.

De conformidad con la doctrina legal constante establecida en las sentencias (entre otras de 11.2.95, 9.5.1995, 6.2.1996) se establece como medida complementaria de restablecimiento de la situación jurídica alterada, la obligación adicional de pago por la Administración demandada de la cantidad que resulte de la aplicación a la cuantía indemnizatoria fijada a la fecha de producción del daño del interés legal del dinero, contabilizado año por año conforme al interés del Banco de España, según el tipo fijado anualmente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, desde la fecha en que se efectúa la reclamación previa administrativa hasta la fecha de dictado de la presente sentencia.

En relación con la imposición de los intereses establecidos en el artículo 20 de la LCS (RCL 1980, 2.295) la Sala considera que no procede la estimación actora de los intereses del art. 20 de La Ley de Contrato de Seguro pues las previsiones del art. 20 LCS se dirigen a gravar la demora del asegurador en la sa-





tisfacción de la indemnización de los daños y perjuicios en su relación directa con el tomador del seguro o asegurado en general y con carácter particular, respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, como resulta del núm. 1 del precepto en relación con el núm. 6 párr. 3.º, que se refiere a la reclamación o acción directa formulada por el tercero perjudicado, en cuanto la demora en el reconocimiento del siniestro y la correspondiente reparación es imputable a la compañía aseguradora que interviene. Así se desprende del núm. 8.º de dicho precepto, según el cual, «no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable».

La Sentencia del TS de fecha 26 de septiembre de 2007 establece en el f.j. cuarto "la aplicación de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley del Seguro, ha de tenerse en cuenta que, como hemos declarado en aquella sentencia de 19 de septiembre de 2006 y según se desprende el número 8º del citado precepto, "no habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable", y ello por cuanto que, como en la citada sentencia afirmamos, puede entenderse inexistente la obligación de indemnización por demora por parte del asegurador cuando resulta necesario el reconocimiento judicial del derecho de la recurrente frente al asegurado, pues no puede hacerse de peor condición a la entidad aseguradora, sujetándola al pago de unos intereses muy superiores a los atribuibles a dicho asegurado. Y en tal sentido, la Sala Primera de este Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de marzo de 2000, que cita las de 19 de junio y 10 de julio de 1997, exige para la aplicación de los intereses establecidos en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro, entre otras circunstancias, que no exista causa justificada de la falta de pago. Por su parte, la sentencia de la misma Sala de 29 de noviembre de 2005, haciendo referencia a dicha doctrina, señala entre los supuestos en que se estima que concurre una circunstancia que libera al asegurador del pago de los referidos intereses moratorios, el caso de que la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, con más motivo cuando, como sucede en este caso, ello es preciso no sólo para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial y la subsiguiente responsabilidad del asegurador

sino para la determinación de la indemnización procedente".

Criterio reiterado en la Sentencia del TS de fecha 29 de marzo de 2011, precisando que la norma se dirige a atajar el problema práctico de utilizar el proceso como maniobra para retrasar o dificultar el cumplimiento de la obligación de pago de la indemnización. «Se trata, pues, de verificar en cada caso la razonabilidad de la postura del asegurador resistente o renuente al pago de la indemnización; razonabilidad que cabe apreciar, con carácter general, en los casos en que se discute la existencia del siniestro, sus causas, o la cobertura del seguro, o cuando hay incertidumbre sobre el importe de la indemnización».

Por todo lo anteriormente expuesto procede la estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

OCTAVO.- Costas. El artículo 139 establece "En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho" y al estimarse parcialmente no procede la expresa imposición de costas.

En atención a todo lo expuesto la Sala dicta el siguiente:

FALLO

PRIMERO.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el demandante.

SEGUNDO.- Declaramos la nulidad de la resolución recurrida y en consecuencia declaramos el derecho a que se abone a Doña Encarnación la cantidad de 80.000 euros más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la reclamación conforme a lo establecido en los f.j octavo.

TERCERO.- Sin expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra Sentencia, que es firme, de la que se llevará literal testimonio a los autos, y definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado-Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día.

La sentencia objeto de comentario es un ejemplo de las virtudes y defectos que se anudan con frecuencia al análisis de la responsabilidad sanitaria por la jurisprudencia llamémosle menor.

Entre las virtudes citamos las tres siguientes:

1ª-. El amplio análisis que hace de la doctrina judicial emanada de las Salas 1ª y 3ª del Tribunal Supremo, la cual establece como criterio de imputación la infracción de la "lex artis" (también en los casos de la mal llamada responsabilidad objetiva de la Administración), al erigirse la asistencia sanitaria como una obligación de medios y no de resultado, de modo que sólo en los casos en que no se haya actuado con la diligencia debida, al faltar los medios que la ciencia médica pone a disposición del profesional sanitario, se puede entender que existe el necesario reproche culpabilístico, sin que el daño por sí mismo y desvinculado de la idea de culpa se considere criterio de imputación

2ª-. La aplicación de la doctrina del daño desproporcionado para invertir la carga de la prueba, en el sentido de que aun siendo obligación de quien demanda probar la culpa derivada de la infracción de la "lex artis", se presume que la misma concurre en los daños, fundamentalmente asociados a intervenciones quirúrgicas, que son inusuales o infrecuentes; del mismo modo que esa doctrina no se aplica cuando los daños constituyen un riesgo propio de la intervención en un porcentaje considerable. Doctrina ésta que no se trata de un criterio de imputación, sino de un criterio de valoración probatoria a modo de presunción judicial, desplazando al autor de daño la obligación de probar que actuó conforme a la "lex artis".

3ª-. La aplicación del criterio de la sana crítica en la valoración de la prueba pericial de una forma correcta, es decir, motivada, pues no cabe confundir libre valoración con valoración inmotivada o no razonada. Ello obliga a que el Tribunal exponga cómo y por qué otorga mayor credibilidad a las conclusiones de un perito que a las de otro u otros. Téngase en cuenta que en la responsabilidad sanitaria terminan aportados a los autos varios dictámenes periciales, generalmente contrapuestos, con lo cual cobra especial importancia esta prueba, máxime porque el juzgador carece de conocimientos médicos, más allá de las comunes máximas de

La aplicación del criterio de la sana crítica en la valoración de la prueba pericial de una forma correcta, es decir, motivada, pues no cabe confundir libre valoración con valoración inmotivada o no razonada. Ello obliga a que el Tribunal exponga cómo y por qué otorga mayor credibilidad a las conclusiones de un perito que a las de otro u otros

COMENTARIO

La absoluta falta de motivación en torno a la valoración de daño, defecto harto frecuente y que resulta ciertamente frustrante para los abogados que nos dedicamos a la responsabilidad civil, máxime cuando hemos aportado prueba pericial “*ad hoc*” a fin de acreditar las diversas partidas indemnizatorias

experiencia. La sentencia en este punto no es que ofrezca una motivación prolija, pero sí suficiente para saber porqué se decanta por un dictamen pericial.

Entre sus defectos citamos otros tres:

1º-. A pesar de que en la sentencia se invoca, si bien de soslayo, la doctrina de la pérdida de oportunidad, entendiendo la parte recurrente

–según se deja constancia– que se le privó de la posibilidad de obtener unas mayores posibilidades terapéuticas por el retraso en la segunda intervención, nada se fundamenta en toda la sentencia sobre la virtualidad de esa teoría en el terreno que le resulta propio, que es la relación de causalidad entre la acción/omisión y el daño derivado. Hemos de inferir que la Sala prescinde de esta doctrina porque sitúa el daño en la primera intervención al producirse en zona distante de la operada, de modo que parece que ese dato –de nuevo tenemos que inferirlo– es el que se demuestra la impericia, pues además tampoco aparecía documentando como riesgo típico en la hoja de consentimiento informado.

2º-. La absoluta falta de motivación en torno a la valoración de daño, defecto harto frecuente y que resulta ciertamente frustrante para los abogados que nos dedicamos a la responsabilidad civil, máxime cuando hemos aportado prueba pericial “*ad hoc*” a fin de acreditar las diversas partidas indemnizatorias. La sentencia nos dice que la parte recurrente pide una indemnización de 100.404,94 euros, desglosando las partidas según las tablas del baremo de tráfico, para a continuación recordarnos que el citado baremo tiene un carácter orientador fuera de ese ámbito (por todos sabido), y finalmente despachar la valoración del daño en 80.000 euros “por todos los conceptos” y sin mayor explicación.

3º-. El tercer defecto que le achaco es la motivación dada para no imponer los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro a la compañía aseguradora. Aunque ahí abunda la cita jurisprudencial, la conclusión de esa línea de sentencias conduce a un efecto pernicioso, cual es que en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Pública, aun teniendo asegurado ese riesgo, siempre existirá causa justificada para no imponerlos porque el asegurado rechaza el siniestro (a modo de acto administrativo contra el que finalmente se recurre). Tesis contrapuesta con la línea jurisprudencial de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, para quien ese hecho no se considera causa justificada (véase, por ejemplo, la muy reciente sentencia de 25 de febrero de 2014, recogida en la página web de la asociación que edita esta revista: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/jurisprudencia/SentenciaTribunalSupremo25%20febrero2014.pdf>)

En definitiva, estamos antes una sentencia que empieza haciendo una fundada aplicación de los criterios de imputación en esta materia, que luego aplica con buen sentido la doctrina del daño desproporcionado, que a continuación motiva debidamente la “sana crítica” en la valoración de la prueba pericial, pero que se desinfla al final cuando toca valorar y cuantificar el daño, incurriendo además, a mi criterio, en una incorrecta aplicación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, más en concreto la excepción contenida en su apartado 8º, aunque esto último sea por efecto de la doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, discordante en este aspecto con la propia doctrina de la Sala 1ª, por paradójico que parezca.



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes

Una familia acude a su vivienda a pasar el fin de semana y encuentran la puerta reventada y numerosos desperfectos en el interior; presentaron denuncia, ante la Guardia Civil y el Juzgado lo archivó con reserva de acciones civiles por los daños, toda vez que estos fueron causados por la intervención de la Guardia Civil autorizada por el Juzgado, que se hizo por error, y poco después en el domicilio correcto. Los daños materiales fueron indemnizados por la administración de justicia, no así el daño moral (trastornos mentales severos -angustia, miedo, ansiedad-, que precisaron tratamiento psiquiátrico) como trastorno neurótico, o reacción vivencial anómala por improbadas. Finalmente son reconocidas como funcionamiento anómalo de la administración de justicia en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 28 de enero de 2014, con este curioso reconocimiento implícito -que da la razón a Mariano Medina Crespo ("reflexiones críticas sobre la aplicación del sistema fuera del tránsito motorizado" RC nº 4 y 5/2012) respecto a que el actual Sistema no responde al principio de reparación íntegra y por ello no debe extrapolarse sin más fuera de su estricto ámbito-, al acudir -a través del Art. 142.2 de la Ley 30/92- al "Baremo":

"el ámbito de aplicación de esta ley, sin embargo, resulta claro, ya que se trata de cubrir los daños personales causados en accidentes de circulación, pormenorizándolos y estableciendo unas cuantías máximas y mínimas; sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración rige el principio de la '*restitutio in integrum*' (por todas, ST TS de 16 de enero de 2001), el resarcimiento por daño moral no se

rige por parámetros objetivos y "la utilización de baremos establecidos en otros ámbitos para el cálculo de la indemnización como el que postula la representación de la recurrente por infracción de la resolución de la Dirección General de Seguros -BOE 01.02.94-, si bien tienen un valor meramente orientador, desde luego no son vinculantes en el ámbito de la responsabilidad patrimonial" (ST TS de 18 de Octubre de 2.000)."

En la sentencia nº 595/2014, de 23 de julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, encontramos interesantes concreciones sobre la responsabilidad civil, en el entorno de un delito económico:

“No es esta cuestión que podamos dilucidar en el proceso penal. El recurrente yerra cuando afirma que toda la responsabilidad civil, también la nacida de un contrato, es exigible en el proceso penal. No es así: en el proceso penal solo se puede reclamar la responsabilidad civil nacida de delito, es decir aquella que ha surgido precisamente de la comisión del delito y no cualesquiera otras que guarden una vinculación más o menos directa con el asunto debatido.

El delito objeto de condena es una apropiación indebida por la que ha sido condenado CD, por haber dispuesto de una cantidad apartándola de su destino en perjuicio del querellante. El contrato a que se refiere el recurso es el supuesto del delito, pero no constituye la infracción penal en sí. Las obligaciones para terceros que puedan derivarse de ese contrato habrán de ser exigidas por otro cauce y ante otra jurisdicción, sin que eso suponga ahora pronunciamiento alguno ni a favor ni en contra de la capacidad e idoneidad de esas cláusulas para obligar a los referidos recurridos o de la capacidad del apoderamiento para obligar en esos términos a los mandantes. No corresponde a esta jurisdicción dilucidarlo. Así se ha argumentado por los recurridos en tesis que ha de acogerse.

En el proceso penal no son ejercitables en principio reclamaciones patrimoniales basadas en legislación extrapenal, en este caso, el Código Civil. Así se infiere del art. 615 LECrim que es la pieza legal

clave para entender esta posición jurisprudencial: en el proceso penal solo cabe decidir la responsabilidad civil de terceros cuando el título de reclamación tome como base la regulación del Código Penal: “Cuando en la instrucción del sumario aparezca indicada la existencia de responsabilidad civil de un tercero con arreglo a los artículos respectivos del Código Penal...”.

Solo cuando se trate de responsabilidad civil nacida directamente del delito y reglamentada en el Código Penal (art. 1092 del Código Civil) habrá de ventilarse en el proceso penal. Cuando la reclamación indemnizatoria traiga base de legislación extrapenal, aunque tenga relación con hechos delictivos, no es objeto idóneo en principio de un proceso penal.”

“Será la jurisdicción civil la que tendrá que determinar si del incumplimiento atribuido al condenado surgen acciones civiles contractuales (ex contractu, ciertamente) frente a tales terceros (que además no determinarían probablemente ni en la mejor de las hipótesis posibles para el recurrente que todas esas personas hubiesen de responder por el todo como aquí se reclama). Pero la apropiación indebida cometida por el condenado no atrae al ámbito penal esa cuestión civil.

En contra de estas premisas, se ha argumentado que tratándose de materia procesal y, además, no propiamente penal, sino civil, no sería repudiable la aplicación de una analogía que permitie-

se acumular al proceso penal esas reclamaciones para evitar una manifestación más de lo que se ha venido en denominar el “doloroso peregrinaje jurisdiccional” a que se puede ver sometida la víctima (vid. Sentencias de la Sala Tercera del TS de 11 de mayo y 18 de noviembre de 1999, entre otras). Ciertamente esas ideas inspiraron antes de la vigencia del nuevo Código Penal, que ya recoge en su texto la responsabilidad civil de las aseguradoras, la admisión del ejercicio en el proceso penal de las acciones basadas en el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro (responsabilidad civil directa) pese a que tal pretensión no encontraba apoyo en el texto punitivo, sino en una norma extrapenal. Pero no son esos argumentos suficientes a los efectos aquí pretendidos (SSTS de 12 de mayo de 1999 y 1164/2001, de 18 de junio) o se encuentra un anclaje a la responsabilidad de terceros en las normas del Código Penal; o hay que negar la competencia de la jurisdicción penal para hacer declaraciones sobre responsabilidad civil derivada de un contrato.”

“UNDÉCIMO.- De forma subsidiaria, el recurrente reclama que se declare la responsabilidad civil de esos terceros, si no directa y solidaria, sí subsidiaria, en virtud de lo establecido en el art. 120.4 CP.

Para decidir sobre esta cuestión hay que resolver también una cuestión previa: ¿es admisible este cambio del título de petición de responsabilidad civil en fase de recurso?

La respuesta ha de ser muy matizadamente positiva. No sin alguna reserva. Así se deduce de la normativa procesal civil a la que hay que acudir (art. 4 LECivil) y de la STS 1119/2002 de 11 de junio. No es

un tema de principio acusatorio, sino de tratamiento de la mutatio libellis y de principio de congruencia:

"El recurrente -se lee en esa sentencia- alude a la infracción del principio acusatorio, lo que no es correcto, tratándose de una pretensión civil, regida por los principios de rogación y congruencia.

El ensamblaje o resolución conjunta entre acción penal y acción civil, no confiere especiales connotaciones jurídicas a la segunda pretensión, que conserva su naturaleza civil. Su tratamiento unitario sólo obedece a razones de economía procesal, que pueden decaer tan pronto el interesado decida reclamar por cauces diferentes una y otra responsabilidad.

Establece el art. 218-1º p. 2 de la ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000: "El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertada-

mente citadas o alegadas por los litigantes.

Se trata de decidir si la petición ejercitada -responsabilidad civil solidaria nacida de contrato- es esencialmente cambiada cuando se modifica a una responsabilidad civil ex art. 120.4º. Las partes recurridas protestan por la introducción de ese novedoso título de pedir. Alguna razón les acompaña, pero no es preciso detenerse en ello porque en todo caso la petición no puede ser acogida.

DUODÉCIMO.- En efecto, falta alguna de las condiciones de fondo que se precisan para hacer nacer esa responsabilidad. Dispone literalmente el art. 120.4 CP "Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios".

El recurrente en su argumentario pone el acento en la flexibilidad con que la jurisprudencia viene interpretando la relación de dependencia entre

principal y responsable penal. Puede estarse de acuerdo con ello. Pero el obstáculo es previo. El art. 120. cuarto habla de personas dedicadas a cualquier género de industria o comercio. Es una responsabilidad civil pensada para quien se dedica a actividades de naturaleza empresarial o comercial y no exigible en virtud de cualquier relación como la existente entre un abogado y su cliente. Son relaciones éstas no encajables por vía de principio en tal precepto. No estaremos ante responsabilidad civil nacida de delito y exigible en el proceso penal, sin perjuicio de las acciones civiles de otro orden. También en este punto no hay obstáculos para una interpretación extensiva o analógica de la norma que no llegará en todo caso a abrazar el supuesto aquí contemplado.

Al no existir lucro por parte de esos responsables tampoco cabrá la entrada en juego del art. 122 CP. El argumento de la sentencia no va encaminado tanto a rechazar los otros títulos invocados para la responsabilidad civil cuanto a negar esa otra modalidad de responsabilidad de tercero (participe a título lucrativo)".

¿Qué es la "inmotivabilidad"? Lo explica una sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, la nº 584/2014, de 17 de junio, resolución absolutoria valiente:

"SÉPTIMO.- Estamos ante una quiebra en la lógica del razonamiento; una ruptura o fisura esencial. La Sala acaba por escaparse de esa cuestión: no razona cumplidamente al respecto. Cuando una prueba de descargo arroja una información de calidad que contradice hasta hacerla inviable la hipótesis acusatoria, es obligado razonar por qué, pese a ella, se considera acreditada esa hipótesis. No se

puede, sin más, guardar silencio; o como en este caso, aceptarla pero luego pasar como de "puntillas" sobre ella, con la afirmación de que pese a eso los hechos sucedieron como la testigo dice que sucedieron. Esa motivación no es asumible pues no es plenamente coherente.

Tampoco el Fiscal logra armonizar ambos datos si no es mediante un "acto de fe" -discul-

pése lo de hiperbólico y simplificador que encierra esa categorización: concurren como se ha dicho ya elementos corroboradores y criterios de credibilidad en las manifestaciones de la testigo: "La pericial Don Prudencio elogiada en su profesionalidad por la Sala- genera dudas sobre la declaración de la víctima en lo que se refiere a la acción de una sustancia que le produjo una semiinconsciencia y que facilitó

la acción del acusado para conducirla al coche. Pero el trabajo del perito es el de informar sobre aspectos técnicos que el Juez no conoce, y el del Juez es el de valorar la prueba tomando en cuenta esa información. En este caso, el Tribunal ha entendido –por más que se trate de un aspecto del hecho no nuclear– que a pesar de las dificultades que señala el perito de que una sedación en la forma en que narra la víctima pueda llevarse a cabo, esta se produjo”. Si la testigo es creíble y lo narró así es que sucedió así aunque sea contradictorio con algunas conclusiones de una pericial no cuestionada.

Conviene advertir que no usamos la prueba pericial como “documento” a los efectos del art. 849.2º. Eso sería inviable: es prueba contradicha por otras de tipo personal y no sería literosuficiente.

El encaje casacional es diferente: la hipótesis acusatoria es incompatible con una prueba practicada. El Tribunal analiza esa prueba, no la cuestiona; antes bien, implícitamente, parece aceptar sus conclusiones; pero luego da por buena la versión de la acusación sin explicar satisfactoriamente cómo conjugar una y otra. Estamos ante una motivación deficitaria por esa razón: deja sin explicación un as-

pecto esencial sin que ni siquiera quepa adivinar una justificación implícita (como sucede con frecuencia con algunas testificales de descargo: sin necesidad de decirlo expresamente el razonamiento de una sentencia trasluce que no ha merecido fiabilidad ese testimonio).

Esa motivación deficiente en ese concreto extremo (la sentencia en su totalidad y globalmente considerada está elaborada y trabajada) relativo a deshacer el nudo que resulta de contemplar la declaración de la víctima a la luz de las conclusiones de la pericial que se dan como buenas, incide más en el derecho a la tutela judicial efectiva que en la presunción de inocencia, aunque ya antes quedaron apuntadas las vinculaciones entre ambos derechos fundamentales.

En ocasiones hemos hablado de la inmotivabilidad: cuando la falta de motivación general o concreta es manifestación de la imposibilidad de motivar racionalmente (SSTS 295/2013, de 1 de marzo, ó 490/2014).

Aquí nos movemos en ese nivel: no parece motivable. No hay posibilidad de armonizar esas dos líneas. O los hechos no sucedieron como dice la víctima; o la pericial aceptada y no descalificada está radical-

mente equivocada (lo que descarta el Tribunal). Esa imposibilidad de motivar, esa quiebra lógica insorteable en el itinerario discursivo que podría conducir a la condena, hace renacer la presunción de inocencia: la condena se basa en prueba que pudiera ser suficiente pero que, apreciada en su conjunto, no es lógicamente motivable, por aparecer un elemento al que se ha otorgado fiabilidad no cohonestable. Eso condiciona nuestra respuesta: la anulación de la sentencia no para subsanar un déficit motivador sino por exigencias de la presunción de inocencia para un pronunciamiento absoluto. Si en esos elementos esenciales la versión de la denunciante es inconsistente se desmorona su potencialidad desactivadora de la presunción de inocencia. Aboca en definitiva a un estado de perplejidad que es terreno pantanoso no apto para soportar sólidamente una convicción de culpabilidad, por más que sean muchos otros los datos, nada frágiles o baladíes, que avalarían esa declaración.

Las exigencias reforzadas de motivación en los casos de testimonio inculpatario del testigo víctima frente a la protesta de inocencia del acusado, respalda esta solución”.

A tomar en consideración –cual aviso a navegantes– la Sentencia, de la Secc. 2ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, Nº 148/13, de 4 de Junio, que fija que la fecha a tener en cuenta a efectos de prescripción es la de declaración de incapacidad permanente, y no la de la resolución Judicial que añade que esta traía causa de un accidente laboral.

“... Es por ello que el sistema de valoración del daño corporal utilice el término “ocupación o actividad habitual”, sin referencia expresa a la actividad laboral del afectado. Y lo que es más importante que el tribunal civil deba apreciara el

supuesto fáctico de la norma para reconocer factor corrector de invalidez permanente en sus distintos grados sin que exista vinculación perjudicial alguna con lo decidido en la vía laboral por los órganos administrativos o jurisdiccionales

de dicho orden respecto de la incidencia de las secuelas sufridas en la capacidad laboral del perjudicado. Y es que el sistema permite indemnizar tanto el perjuicio patrimonial ligado a la pérdida de ingresos por la incapacidad labo-

ral como el daño moral ligado a dicha pérdida y, además el daño patrimonial y moral ligado a la falta de aptitud para el desempeño de lo que venía siendo cualquier actividad u ocupación habitual....”

“..... Así las cosas, nos parece evidente que al momento de ser declarada por el INSS su

incapacidad permanente total, el Sr. Cano Cantos fue plenamente consciente del alcance de sus lesiones y de la eventual repercusión de ellas en sus ocupaciones y actividades ordinarias mas allá de su estricta capacidad laboral cuya limitación se había ya constatado por la autoridad administrativa. Desde entonces, a los efectos

de art. 1969 del Código Civil, pudo sin duda ejercitar las acciones que le correspondieran. Lo ocurrido con posterioridad, esto es, la tramitación del litigio para que se reconociera su invalidez traía causa de un accidente laboral –recordemos– que en ningún momento cuestiono en sede social el grado de invalidez”.

Hallaremos una precisa concreción de la responsabilidad civil en el delito de Alzamiento de bienes en la sentencia nº 400/2014, de 15 de abril de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:

“El recurrente apunta que la responsable civil principal ha de ser “Pedro Aleixandre 18 SL” y no él; y que frente a aquélla ya están emprendidas acciones civiles (lo que supondría una reserva de la acción civil; argumento éste más débil: la reserva ha de ser expresa). Evoca la jurisprudencia sobre el contenido propio de la responsabilidad anudada a los delitos de alzamiento de bienes a tenor de la cual no se incluye el importe del crédito que es el presupuesto del delito y no su consecuencia. Se cuestiona finalmente la cuantía establecida.

Las acusaciones solicitaban la condena a una indemnización por el monto de la obligación crediticia que se reclamaba.

a) Por una parte no es razón menor, aunque no fuese por sí sola decisiva, que la deuda no está incuestionablemente cuantificada. Es incontrovertida su existencia, pero no su cuantía. No puede fijarse en el ámbito penal asumiendo miméticamente la tesis de los querellantes plasmada en las juras de cuentas promovidas.

b) Por otra parte, es doctrina tradicional de esta Sala que en el delito de alzamiento de bienes la responsabilidad civil no alcanza el importe de la deuda. La responsabilidad civil por los delitos de alzamiento de bienes ha de contraerse según una jurisprudencia conocida, a una peculiar forma de restitución consistente en la anulación de los negocios jurídicos fraudulentos para reintegrar al patrimonio los bienes extraídos (art. 1305 del Código Civil). El montante de la obligación eludida no puede formar parte de la condena pues no es consecuencia del delito: es su presupuesto y por definición ha de ser preexistente (entre muchas otras, SSTS 1077/2006, de 31 de diciembre, 1091/2010, de 7 de diciembre ó 209/2012, de 23 de marzo). En el presente supuesto no se ha procedido a declaración de nulidad alguna porque ni era solicitada, ni procedía dada la naturaleza de muchos de los actos (algunos no gratuitos; otros consistentes exclusivamente en extracción de numerario).

c) La indemnización, además, no puede extenderse a todo el monto de la obliga-

ción crediticia cuyo pago se eludió. De un lado, porque como se ha dicho no está definitivamente fijado; de otro, porque según se deduce de algunas de las consideraciones efectuadas no puede afirmarse de manera rotunda que el delito de alzamiento de bienes haya afectado a todo el crédito. Hay delito de alzamiento de bienes en cuanto se ha impedido el cobro de una deuda, pero es posible –según se infiere de los hechos probados de la sentencia– que las acciones constitutivas de delito (hay que excluir las consistentes en un favorecimiento de acreedores) solo hayan afectado al impago de parte del crédito y no a su totalidad. Dicho de otra forma: no es incompatible con los hechos probados especular que si no hubiese existido delito de alzamiento de bienes (pero sí favorecimiento de acreedores que es conducta penalmente atípica) la parte perjudicada tampoco hubiese podido cobrar la totalidad de su crédito. Esa es prueba cristalina de que no se trata clara y propiamente de responsabilidad civil nacida del delito.

d) El crédito previo no es transformado por la incidencia de un delito de alzamiento de bienes que por esencia ha de ser posterior al nacimiento y constitución de la obligación. Esta es un punto de partida claro. No puede suceder

que por virtud de un delito lo que debía la entidad "Pedro Aleixandre 18, SL" se convierte en una obligación de otra persona (el responsable penal) de la que aquélla solo responde subsidiariamente.

Tras la comisión del delito de alzamiento de bienes el crédito permanece sin variación alguna. El acreedor puede reclamarlo en virtud de la fuente que lo fundase -un contrato, la ley, un delito...- ante la jurisdicción correspondiente. Aquí de hecho ya están instados esos procedimientos civiles. No se superpone un nuevo título de pedir al que lo originó. El partícipe en el alzamiento como cooperador o en su caso autor por virtud del expediente del art. 31 CP (actuaciones en nombre de otro, como sucede aquí) que no adeudaba nada antes del delito, en principio no tendrá por qué asumir esa obligación cuyo pago se ha eludido. Los deudores seguirán siendo los mismos: los que lo eran antes del delito.

Para ese tercero sin embargo, en ocasiones puede nacer una responsabilidad civil derivada del delito (STS 440/2012, de 25 de mayo). No sólo a través de la singular modalidad de "restitución" que se concreta en la anulación de los negocios jurídicos hechos en fraude de acreedores. También cuando quepa legítimamente deducir del delito de alzamiento de bienes unos perjuicios directamente anudables al mismo. Por una parte serían indemnizables los perjuicios que se demuestren producidos por la imposibilidad de hacerse pago y diferenciables del mismo crédito (SSTS 1388/1999, de 7 de octubre ó 980/1999, de 18 de junio). Por otra parte, la imposibilidad de cobro, consecuencia

del delito de alzamiento de bienes, es un perjuicio evaluable cuyo resarcimiento puede venir obligado a asumir también ese tercero, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra los inicialmente obligados (en este caso la entidad por cuya cuenta actuó). No ya porque venga a sustituir al deudor inicial o a situarse a su lado en la obligación; sino porque su acción ha generado un perjuicio concreto que se superpone a la deuda y del que ha de responder. Al contribuir a la ineficacia de la acción contra el deudor puede hacerse hace también responsable del perjuicio económico ocasionado. Una actuación propia ha impedido un cobro, aunque fuese parcial (SSTS 430/2005, de 11 de abril, 2055/2000, de 29 de diciembre, 1662/2002, de 15 de octubre ó 944/2004, de 23 de julio). No se trata de utilizar retorcidamente la categoría de los "daños morales" (STS 234/2005, de 24 de febrero) para basar una compensación económica que puede aparecer intuitivamente como adecuada, sino de algo diferente sustancialmente.

Habrà que desentrañar en cada caso si las acciones catalogables como alzamiento de bienes bien, han generado un perjuicio económico añadido; o bien han ampliado la esfera de sujetos responsables. Quien ha contribuido a la ineficacia de un crédito vencido y exigible se puede convertir también en responsable civil frente al acreedor por esa conducta suya impeditiva que ha frustrado sus legítimas expectativas de cobro.

No sería del todo disparatado operar aquí de esa forma. Diego no adeudaba nada a la entidad perjudi-

cada. La deudora era "Pedro Aleixandre 18, SL". Diego como representante legal de tal entidad y por tanto con capacidad para ser considerado sujeto activo de ese delito especial (art. 31 CP) realizó unos actos que vaciaron patrimonialmente a la sociedad impidiendo el pago. De entre ese conjunto de actos, solo ha quedado acreditado el carácter indubitadamente delictivo de algunos (al tener que excluirse aquellos que de forma segura o, al menos, probable, suponían abonar a otros acreedores). Con esos actos menoscabó las posibilidades de resarcirse de los querellantes, haciendo ilusoria sus posibilidades de hacerse cobro. Ha contribuido con su actuación personal al perjuicio derivado del impago de la deuda y en esa medida se hace co-responsable, con una responsabilidad civil que ha nacido de su delito y que no se identifica con la que le pudiera alcanzar por vía de la responsabilidad civil de administradores que en su caso habría de ejercitarse en otra vía. Ahora bien, de una parte, los perjudicados han optado por ejercer la vía civil. De otra, no hay elementos aquí para cuantificar con precisión la deuda.

Esto hace improcedente el pronunciamiento sobre responsabilidad civil recogido en la sentencia que pivota sobre la exclusiva estimación de los perjudicados y un procedimiento civil de cognición limitada como es la jura de cuentas (art. 35 LECivil). La procedencia de esa exclusión del pronunciamiento indemnizatorio se intuye como apunta el Fiscal al observar la apostilla que se ve obligado a efectuar el Tribunal: "salvo que esa responsabilidad se haya ya hecho efectiva en los procesos civiles entablados".

Es frecuente hallarnos en el entorno del enjuiciamiento en primera instancia, de un hecho vial, la consideración laxa, o amplía como vía pública de zonas que en rigor legalmente no lo son, recoge la definición la sentencia nº 518/2014 de 3 de octubre de la Sala 1ª del Tribunal Supremo:

“Es preciso traer a colación la sentencia de esta Sala del 24 diciembre 1996 que declara rotundamente que la inclusión en un plan de urbanismo no convierte terrenos de propiedad privada destinados a viales en dominio público, sino a través del acta de entrega y aceptación. Dice así:

La inclusión en un plan general de ordenación de un terreno de propiedad privada como destinado a viales y la obligación... no determinan

por si solas la conversión en dominio público municipal de esos terrenos, sino que es necesario para ello que esa cesión gratuita de viales, establecida en los sistemas de actuación urbanística se lleve a cabo con arreglo a las normas de procedimiento aplicables, normas que son de inexcusable observancia, debiendo señalarse que la cesión, como cumplimiento de esa obligación impuesta a los propietarios de suelo urbano por la legislación urbanística, se produce con la correspondiente

acta de entrega y recepción, que produce la transmisión al Ayuntamiento de la titularidad dominical.

Lo cual -tanto la sentencia firme de este proceso como la transcrita de esta Sala- lleva a la conclusión de que la vía que es discutible, franja de terreno entre los “-edificios-” puede ser utilizada por el público, pero no tiene el concepto jurídico de vía pública; es un paso de hecho, propiedad de la comunidad demandada..., pero no es vía pública”.

El daño moral, no por materialmente intangible, es menos real, falla en contra de su desestimación, la sentencia nº 551/2014 de, 10 de junio de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:

“No pueden exigirse en esta materia ecuaciones exactas. Es tan notorio que mantener relaciones sexuales de esa forma impuesta, en un caso; en el otro, fraudulenta, con una preadolescente ocasiona un negativo impacto psíquico, que verter razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como minusvalorar la sensibilidad del lector de la sentencia. Esas consecuencias negativas, han sido resaltadas a través de la prueba específica practicada.

Resulta innecesario detenerse a argumentar por qué ese tipo de hechos ocasionan perjuicios morales en una persona y por qué es ineludible cuantificarlos en una cifra que sea algo más que un símbolo, máxime cuando, como en este supuesto, la mitiga-

ción de las secuelas psíquicas precisará de tratamiento especializado. Es claro que la traducción pecuniaria de esos perjuicios no es fácil y ha de guiarse por valoraciones estimativas en las que no pueden introducirse absurdos criterios aritméticos. Sobre esta materia la STS 1534/1998 de 11 de diciembre, ante una alegación similar, expresa lo que, por otra parte, es obvio: “El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido el daño. La cuantificación del mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos”.

Cita la sentencia de instancia en idéntica dirección las

SSTS 565/2007, de 21 de junio y 1336/2002 de 22 de julio. El art. 193 CP presupone la existencia de esos perjuicios en este tipo de delitos.

Su cuantificación no es posible más allá de unas referencias genéricas a cuyo fin son más que suficientes las vertidas en la sentencia.

Tratar de razonar que la cantidad debiera haber sido mayor o menor es tarea inútil y condenada al fracaso. Seguramente todo monto pecuniario será escaso, pero apareciendo como ponderada y ajustada a los márgenes habituales la cifra establecida por el Tribunal a quo no es posible ni su revisión en casación, ni exigir -por imposible- una mayor motivación que además sería puramente retórica, pero no sustancial”.

Nuevamente se pronuncia la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, en auto nº 174/2014, de 10 de octubre –y ponencia de la Ilustrísima Sra. Doña Angélica Aguado Maestro– sobre los daños materiales y el título ejecutivo en una firme sentencia que revoca la existencia de culpa exclusiva de la víctima en un supuesto en el que una motocicleta averiada va circulando correctamente por el arcén, despacio, con los cuatro intermitentes accionados, y un camión grúa gira a su derecha prescindiendo de su presencia provocando el accidente:

“En resumidas cuentas, que el criterio de esta Sala, en consonancia con el sentir mayoritario de las Audiencias

provinciales se muestra favorable a la inclusión en los autos de Cuantía Máxima de los referidos daños materiales si

bien debe observarse el doble régimen de responsabilidad que resulta del Art. 1 del Texto Refundido antes citado”.

Pero también hallamos el daño moral presente en la sentencia nº 18/2014 de 6 de octubre, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, condenatoria de Don Elpidio José Silva Pacheco, a favor de Don Miguel Blesa:

la acción que lo ha lesionado criminalmente; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima (cfr. STS 1366/2002, de 22 de julio). Para su cuantificación, no contamos con pruebas que faciliten el parámetro económico para fijarla, más allá de la expresión de la gravedad del hecho y de las circunstancias personales de la víctima. De ahí que el daño moral pueda ser establecido, como señala la citada STS, 2a, de 10 de junio de 2014, “mediante un juicio global, atendiendo a la naturaleza del delito y a su gravedad atemperando la demanda de las víctimas a la realidad social y económica de cada momento histórico (STS 915/2010)”.



“Ese daño moral es claro en el caso de autos para el querellante Sr. Díaz Ferrán, que se queja de haber sido acusado en un proceso penal merced a un actuar prevaricador del Instructor, que la Sala juzga acreditado. Esa arbitraria imputación en causa criminal por delito, en sí misma, produce, como consecuencia lógica e indefectible, un padecimiento moral: la frustración de quien es víctima de una actuación penalmente reprochable, cometida,

nada más y nada menos que por quien, en un Estado de Derecho, está llamado a impartir Justicia al margen de cualquier sombra de arbitrariedad, y sin embargo, y pese a ello, hace prevalecer su voluntad sobre la de la ley, haciendo recaer sobre el reclamante injustamente el peso de un proceso criminal.

El daño moral, en casos como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de

Resultado de esa evaluación global de la reparación debida a las víctimas, el Tribunal cuantifica la indemnización que corresponde por el daño moral inferido al Sr. Díaz Ferrán, no en los cincuenta mil euros (50.000 euros) solicitados, sino en diez mil euros (10.000 euros), teniendo en cuenta el desvalor de las concretas acciones que ha padecido, y a que éstas se proyectan sobre hechos que, en su tipificación como ilícitos penales, son calificados como delitos y no como faltas”.

La imposición de las costas de la acusación particular en relación con la aplicación de la LR-CySCVM incluso en la Jurisdicción Militar depende de la relevancia de la actuación del letrado, prueba de ello, la sentencia de 18 de julio de 2014, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo:

“En relación con la pretensión de abono de las costas de la acusación particular decíamos en nuestra Sentencia de 11 de noviembre de 2010 que «la doctrina de esta Sala, a partir de nuestras Sentencias de 18 de noviembre de 2005 y 6 de marzo de 2006, considera que, para que proceda el resarcimiento de perjuicios económicos ocasionados por la personación como acusación particular, hemos dicho (apartándonos expresamente de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por las peculiaridades de esta Jurisdicción), que la actuación letrada debe ser relevante, pues la imposición de las costas no es automática ni generalizaba, sino individualizada. En definitiva, como

dice la Sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 2007, “dados los perfiles propios de esta Jurisdicción” las costas de la acusación particular no han de imponerse siempre, salvo excepciones –doctrina actual de la Sala Segunda, que se ha apartado de la llamada doctrina de la relevancia–, “sino que para que proceda este resarcimiento la actuación letrada ha de ser relevante”, relevancia que resulta de que, con su actuación, el letrado de la acusación particular “obtenga una condena más severa que la instada por el Ministerio Fiscal o, en su caso, mayores indemnizaciones que las solicitadas por éste, pero también podrá entenderse relevante su actuación si contribuye con ella en

el proceso probatorio o en el acto de la vista a la labor acusatoria del Ministerio fiscal y la consecución de sus peticiones».

En el caso de autos, es lo cierto que la actuación de la dirección letrada de la víctima ha sido relevante para obtener mayores indemnizaciones que las solicitadas por el Ministerio Fiscal contribuyendo con su actuación a una correcta aplicación del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad y Seguro en la circulación de Vehículos de Motor, por lo que procede el reconocimiento de su derecho a la percepción de las costas causadas”.

¿Qué puede entenderse como intromisión ilegítima en el derecho al honor –la cual siempre que se acredite conlleva la presunción de inexistencia de perjuicio moral–? Sirva de muestra la sentencia Nº 473/14, de 15 de septiembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo –inevitable mencionar que nunca vi “tanto honor” en los tribunales, difícil de concretar, si motivado por el incremento de las infracciones, de su percepción o su defensa–:

“... Las expresiones “psicópata”, “gentuza” y “desocupado”, tal como ha analizado la sentencia de la Audiencia Provincial, objeto del recurso, no se pueden entender más que como insultantes. El autor puede estar en contra de la actuación de los contrarios, el Derecho le ampara si se opone a ellos, pero no le ampara si utiliza un periódico de tirada nacional en el que colabora, para insultar. No es

una crítica desabrida o mordaz, son unos insultos y esto no lo protege el Derecho ni lo ha aceptado nuestra jurisprudencia.

... el Derecho proclama el de la tutela judicial efectiva para una y otra de las partes, pero no ampara el insulto al que le ha interpuesto demandas, ejercitando dicho derecho, por más que entienda que es un querulante.



... la apreciación de esta Sala que coincide con la que han seguido los órganos jurisdiccionales de instancia. Son lo suficientemente graves para que objetivamente sean merecedoras de un reproche y da lugar a la consideración de intromisión ilegítima en el honor de la parte que se ha sentido ofendida”.

¿Sería intromisión ilegítima asimismo en el derecho al honor de un letrado que un diario de tirada nacional -ABC- use su fotografía sobre el nombre de una persona investigada por el "Caso Gürtel", en un artículo a este último dedicado?; la Sentencia N° 538/14, de 30 de septiembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo así lo considera:

"El hecho de que en el pie de foto figure un nombre distinto, que es el de una persona que sí que estaba siendo investigada (D. Teófilo) y que era cliente del demandante (abogado de profesión) en el asunto penal, no desvirtúa la anterior apreciación porque esta Sala ha declarado en STS 17-12-2013 (rec. n.º 1590/2011), citando otras anteriores, que "el artículo 7.7 LPDH define el derecho al honor en un

sentido negativo, desde el punto de vista de considerar que hay intromisión por la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación" y que "doctrinalmente se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración

de los demás y en el sentimiento de la propia persona". Por tanto, debe coincidir con el demandante en que asociar erróneamente su rostro, rasgo distintivo de su persona, con una información sobre hechos infamantes, supuso un menosprecio o descrédito en la propia consideración de su persona por el demandante."

... Dado que es evidente que la información transmitida por el diario ABC en cuanto a que el rostro del demandante era el que se correspondía con la persona de D. Teófilo, investigado en el sumario del denominado "Caso Gürtel", fue inveraz, debe darse prevalencia al derecho al honor del demandante".

La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2014 "fija como doctrina casacional que la diligencia en la conservación del terreno acotado, establecida en la Disposición Adicional 9ª de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial 17/2005, debe ser la propia del aprovechamiento cinegético solicitado, debiendo existir conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento".



"Antes bien, se hace precisa una cierta conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento, que la Audiencia Provincial definió correctamente, como generador del riesgo que, en abstracto, tuvo en cuenta el legislador al redactar la norma".

"Aplicada esta doctrina al caso de autos, hemos de declarar que el coto del demandado tenía aprovechamiento

cinegético autorizado para caza menor, no habiéndose declarado probado que esporádicamente se practica caza mayor. Por ello, aún constandingo que el gamo procedía del coto del demandado, no existe conexión alguna entre el animal y el aprovechamiento cinegético autorizado, máxime cuando consta que los gamos accedían al terreno del demandado desde un coto de caza mayor colindante, del

que se evadían saltando las vallas existentes.

Con base en lo expuesto no se puede declarar que el titular del coto haya incumplido su deber de conservación, en la forma establecida en la Disposición Adicional 9a de la Ley 17/2005, pues ninguna obligación de cautela le correspondía con respecto a las piezas de caza mayor dado que no se incluían en el aprovechamiento cinegético autorizado ni consta que esporádicamente se desarrollase actividad de caza mayor en su finca.

Por tanto, no estamos ante un problema de carga de la prueba sino de ausencia de obligación de cautela respecto de las piezas de caza mayor, en este caso".

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2014, resolvió un curioso supuesto, en el que el Guardia Civil conductor de una motocicleta oficial del Servicio de Seguridad de la Casa Real circulaba, por la carretera del Palacio de la Zarzuela, (Monte del Pardo) cuando repentinamente irrumpió un gamo en la calzada, lo atropella pierde el control e impacta con un árbol ocasionándose lesiones. Instruido expediente de Responsabilidad Patrimonial fue desestimado por el Ministerio de la Presidencia. Presentado recurso la sentencia lo desestima haciendo suyo un informe del Consejo de Estado:

“No concurren las circunstancias previstas en los párrafos segundo y tercero de aquella, pues se deduce de antecedentes que existía señalización que advertía del peligro de animales, se trataba de una carretera forestal, lo que exige adecuar la velocidad y circunstancias de la conducción al efecto, todo ello sin perjuicio del conocimiento del camino -forestal y por ello no vallado- por el interesado.

“... no existe responsabilidad de Patrimonio Nacional al no haberse acreditado la relación de causalidad necesaria conforme al artículo 139 de la Ley 30/1992... y la disposición adicional novena de la Ley 17/2005, pues el sujeto perjudicado era trabajador de la zona y conocedor del recinto, están señalizadas las circunstancias del paraje y las especies animales que conviven en el lugar, y concurrió una conducta imprudente del perjudicado al no

estar atento a las condiciones de la vía”.

“... no es posible concluir en forma alguna, al menos con el suficiente grado de certeza, en el sentido que se pretende de que el accidente sufrido fue debido en exclusiva a irrupción en la calzada del animal, por causa de un anormal o defectuoso funcionamiento de la Administración, pues se trata de una carretera forestal sobre la que no existe norma alguna que establezca la instalación de vallas, estando debidamente señalizada la posible presencia de animales salvajes, y siendo el perjudicado perfecto conocedor de la zona por prestar sus servicios profesionales en la misma; debiendo por último añadirse que el actor, a efectos resarcitorios de los daños reclamados, ha percibido la indemnización correspondiente a cargo de los mecanismos derivados de su pertenencia al régimen funcional”.

Es obligado reiterar, el contenido de la Sentencia Nº 598/14, de 23 de julio de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, sobre el uso de la aclaración prevista en el art. 161.5. LECrim. como presupuesto inexcusable de la incongruencia omisiva.

“Se funda la pretensión en la supuesta omisión de decisión sobre “puntos” no resueltos pese a ser objeto de planteamiento por el recurrente....

... El recurrente ha prescindido de tal procedimiento lo que debe implicar la imposibilidad de su acceso a esta vía casacional.

Corroborar tal doctrina la especifica previsión del párrafo tercero del artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que impone al que pretenda la casación por quebrantamiento de forma la designación de la reclamación

para subsanarlas y su fecha, lo que erige a esa reclamación en presupuesto de admisión del citado recurso. Siquiera, como allí advertíamos, no cabe extender tal consecuencia preclusiva a todos los supuestos de omisiones en la decisión.

Esa doctrina es recordada en la más reciente nº 352/2014 de 4 de abril y en la STS 290 /2014, de 21 de marzo : “Es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161. 5º LECrim., introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5 LOPJ se ha convertido

en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Lo recuerda la parte recurrida en su impugnación al recurso. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan feliz previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al

momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido iniciándose de nuevo eventualmente el itinerario impugnativo (lo que plásticamente se ha llamado "efecto ascensor"). Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal (STS 686/2012, de 18 de septiembre, que cita otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva. Este nuevo remedio para subsanar omisiones de la sentencia ha superado

ya su inicial periodo de rodaje, que aconsejaba una cierta indulgencia en la tésitura de erigir su omisión en causa de inadmisión. Pero se contabiliza ya una jurisprudencia que sobrepasa lo esporádico (SSTS 1300/2011 de 23 de noviembre, 1073/2010 de 25 de noviembre, la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre, 289/2013, de 28 de febrero o 33/2013, de 24 de enero) y que viene proclamando esa catalogación como requisito previo para un recurso amparado en el art. 851.3° LECrim".

Esta doctrina estaba ya relativamente asentada cuan-

do se dicta la sentencia que es objeto de recurso (febrero de 2013). La parte debería haber intentado ese remedio solicitando de la Audiencia completar su pronunciamiento a través de las facultades concedidas por el párrafo 5° del art. 161 Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, un motivo por incongruencia omisiva necesita venir precedido del expediente de integración de sentencias del nuevo art. 161.5° Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta Sala ha venido a configurar ese incidente como presupuesto imprescindible de tal modalidad casacional".

Asimismo referente al daño moral derivado del fallecimiento, o lesiones, la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 25 de marzo de 2014, que menciona "el Baremo establecido en el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, el cual no es, obviamente, vinculante en condenas por delitos dolosos y, menos aún, en supuestos de terrorismo como el que nos ocupa, en el que la especial perversidad y falta absoluto de respeto por la vida y la integridad de las personas de la acción y la afectación psíquica e intenso sufrimiento causado a las víctimas, justifican un resarcimiento notoriamente superior":

..."... pese a la dificultad de cuantificación de los daños morales, a diferencia de los materiales, salvo en el supuesto de acreditada ruptura «ex ante» de toda relación de afectividad, el dolor por la muerte de un ser querido se presume siempre; siendo este precisamente el principal parámetro que ha de utilizarse para la fijación; habiendo señalado dicha resolución la necesidad de atender, de un lado, a la cercanía del vínculo familiar que unía a la víctima con los perjudicados y, de otro, al modo violento, brusco e inesperado en que acaeció el suceso; otorgando especial significación a la corta edad de los hijos, que se hallaban en la fecha del fallecimiento aún en

una fase de la vida en la que el cariño y la asistencia del progenitor continuaban siendo muy necesarios y, por tanto, hartos más dañina su desaparición; habiendo apuntado también la STS 23 enero 2003, en un supuesto diverso al que nos ocupa, pero en el que se presta especial atención a perjuicios psíquicos causados a menores, que la corta edad de la víctima, la ansiedad causada a la misma, la incuestionable gravedad de los hechos enjuiciados y la potencial amenaza de sufrir secuelas psicológicas, de gravedad e intensidad no precisadas, y la potencial gravedad del sufrimiento personal y su previsible larga duración, han de ser tendidas en consideración

para valorar la razonabilidad de la cuantía de la indemnización reconocida.

En el caso enjuiciado, respecto de la viuda se ha de valorar, la edad del fallecido en la fecha del asesinato, el hecho de que la esposa quedara sola a cargo de dos niños, aún de corta edad, el enorme trauma que tuvo que suponer para ella y para los hijos la muerte de su marido, no solo de forma brusca e inesperada, sino además de un modo especialmente violento, cruel y sanguinario, lo que, a criterio de esta Sala, justifica la concesión de la indemnización solicitada por la Acusación Particular.

Las circunstancias en que se cometió el atentado terrorista son igualmente atendibles respecto de los hijos que, además, se vieron privados de su padre en edades en que era muy necesario su apoyo material y moral, lo cual, es razonable pensar, que pudo causarles un trauma psíquico importante e incidir de un modo notable en su desarrollo personal y su formación, con las consecuencias que la propia madre relató en el juicio".

entrevista a...



JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN

por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Actualmente ejerce como Magistrado en la Audiencia Provincial de Barcelona, ostentando el cargo de presidente de la Sección Decimoquinta. Gran especialista en derecho mercantil, anteriormente ha ejercido como Magistrado del Juzgado Mercantil número Uno de Barcelona, habiendo desempeñado otros cargos importantes como Profesor de la Escuela Judicial, así como Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Autor de numerosas publicaciones en materia de derecho procesal, así como de derecho mercantil (especialmente en el ámbito concursal), sin olvidar sus grandes aportaciones al mundo del derecho civil, especialmente en el área de la responsabilidad civil

Dada su relación con nuestra Asociación, quisiéramos preguntarle en primer lugar ¿qué opinión le merece la actividad desarrollada por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro?

Me parece una actividad muy valiosa. La especial dedicación que presta a la formación de sus asociados y a impulsar el estudio de los problemas más candentes que presenta el derecho de la responsabilidad civil merece todos los elogios, como la merece esta misma publicación.

Conocemos de sus trabajos sobre el lucro cesante, entre otros interesantes ámbitos del derecho, y quisiera preguntarle según su opinión

¿en qué situación se encuentra actualmente el resarcimiento del lucro cesante en nuestro ordenamiento jurídico?

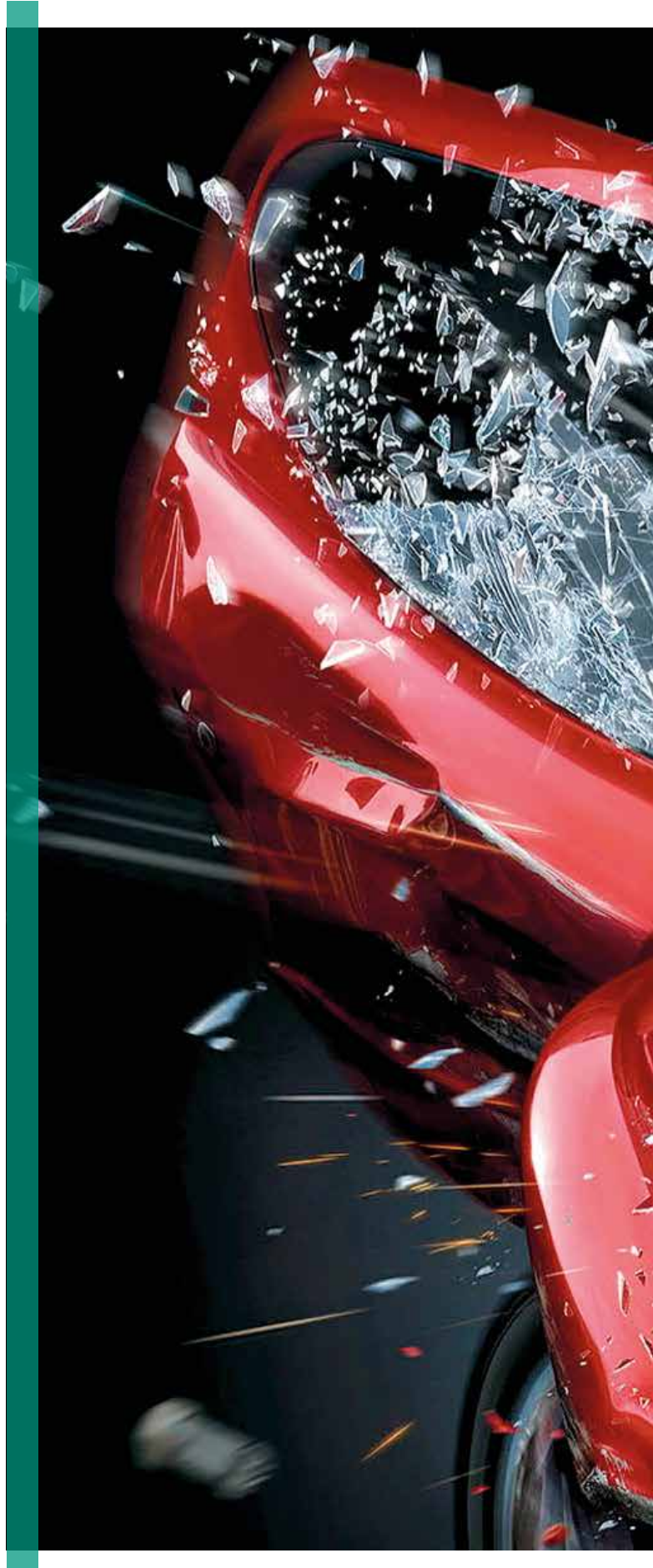
Me temo que sigue siendo un problema pendiente. El marco legislativo sigue sin aclararse y, aunque la jurisprudencia ha mejorado algo la situación durante los últimos años, no creo que sea suficiente. Estamos ante una especie de termómetro que indica la eficacia de nuestro sistema de resarcimiento y no creo que lo que refleja sea satisfactorio.

¿Cree que la Jurisprudencia está logrando suplir los vacíos que precisamente nuestra normativa deja patentes sobre el tratamiento del lucro cesante? Y ¿Cuáles son los problemas con los que los Magistrados se encuentran a la hora de resolver sobre este tipo de indemnizaciones?

La jurisprudencia ha permitido avanzar algo, pero aún no creo que permita concluir que nos sitúe en resultados satisfactorios. Y el problema fundamental con el que se encuentran los magistrados, particularmente los del orden civil, es el de falta de formación sobre los parámetros esenciales para enjuiciar una cuestión tan espinosa. El problema esencial que plantea el enjuiciamiento del lucro cesante es el de la falta de certidumbre y ese problema se suele afrontar muy mal por los jueces porque no acaban de entender que el grado de certeza exigible dista mucho de la seguridad. Se juzga sobre una situación hipotética y ello implica la necesidad de asumir la falta de certidumbre, lo que resulta sumamente difícil entender a nuestros jueces.

En cuanto a la reforma del llamado Baremo para la valoración de daños personales derivados de accidentes de tráfico, ¿qué opinión le merece el tratamiento que en la misma se le da precisamente al resarcimiento de los daños patrimoniales y lucro cesante?

No he tenido ocasión de estudiarla con la atención que merece. No obstante, tengo la sensación de que sus fundamentos son similares a la regulación anterior y creo que siguen siendo inadmisibles desde la perspectiva de los buenos principios. Se puede someter a tablas el daño moral pero no el patrimonial. Se puede someter a tablas la responsabilidad derivada del seguro pero no propiamente la responsabilidad. Mientras no se respeten esos dos sencillos principios seguiré pensando que nuestro sistema legal de responsabilidad por accidentes de tráfico es inadmisibile.





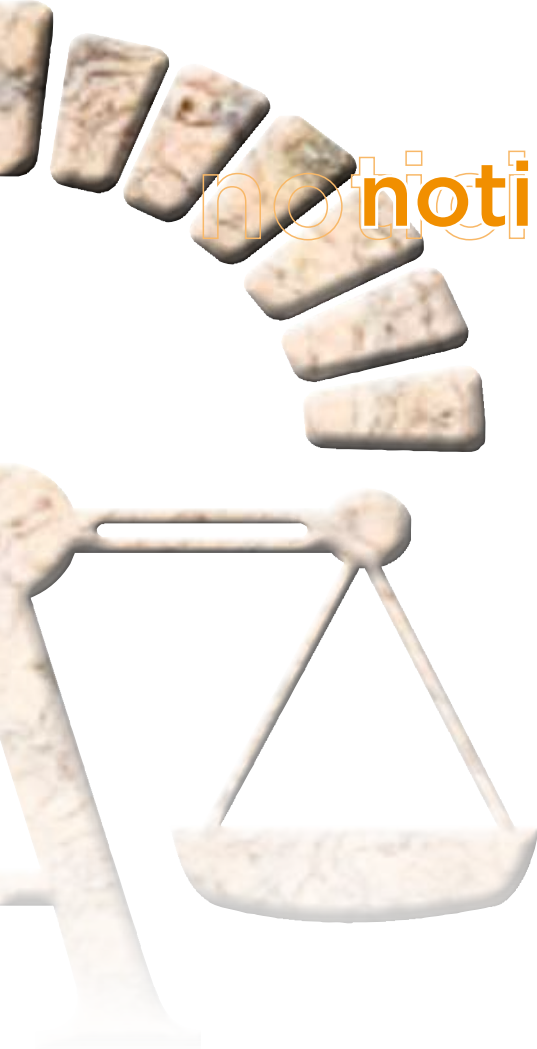


En cuanto a su ponencia presentada para el XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro ¿cuáles son las responsabilidades esenciales que se derivan para los administradores societarios dentro del Concurso de Acreedores?

La Ley Concursal ha establecido un sistema de responsabilidad severo que se acumula al sistema de responsabilidad previamente vigente, establecido en la legislación societaria. Junto a una responsabilidad típica por daños establece la responsabilidad por el déficit concursal. Para que cualquiera de ellas pueda prosperar es preciso que el concurso se declare culpable.

La primera tiende a reaccionar frente a actos concretos del administrador que hayan causado daño al patrimonio social de forma directa; la segunda frente a otras conductas a las que directa o indirectamente pueda ser imputado haber generado o agravado la insolvencia. Lo que el legislador pretende con ese sistema de responsabilidad es imponer el respeto a las reglas de juego del derecho societario, de manera que los hechos más típicamente generadores de la responsabilidad por descubierto o déficit concursal son las irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial de la sociedad o la demora en la solicitud del concurso.

noticias y actividades



→ III CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO. 23 Y 24 DE OCTUBRE DE 2014. ALICANTE.

La Sección de Responsabilidad Civil del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante ha organizado la celebración, para los días 23 y 24 de octubre, del III Congreso de Responsabilidad Civil de Alicante.

La inauguración tendrá lugar el jueves 23 de octubre a las 16:30h, a las 17:00h darán comienzo las sesiones de ponencias a cargo de D. **VICENTE MAGRO SERVET**, Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante quien tratará

sobre La responsabilidad civil en la LPH A continuación, a las 19:00h intervendrá D. **GONZALO ITURMENDI MORALES**, Abogado y quien hablará sobre La mediación en conflictos de RC.

El viernes día 24 de octubre las sesiones comenzarán a las 10:00h con una ponencia de D. **CÁNDIDO HERNÁNDEZ MARTÍNEZ**, Director de Daños Personales de Seguros de Pelayo quien hablará sobre Los Accidentes de Baja Intensidad. Nexo Causal

Organiza:

ICALI
Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante

CRCyS
Sección de Circulación, Responsabilidad Civil y Seguros

Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

Patrocinas:

Ajuntament de Benidorm

benidorm

DIPUTACIÓN DE ALICANTE

Colabora:

Asociación Empresarial Huasteca de Benidorm y la Costa Blanca

VALOR

Bankia

Carmencita

III CONGRESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO DE ALICANTE

Benidorm

23 y 24 de octubre 2014

La mañana continuará con la ponencia a las 12:00h a cargo de D. **JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**, Abogado, Doctor en Derecho y Secretario de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, quien abordará el Seguro de Defensa Jurídica, centrandó su exposición en la Libre designación de abogados y sus límites cuantitativos, así como en la figura del arbitraje.

La sesión de tarde concluirá con la ponencia de D. **JOSÉ MANUEL VILLAR CALABUIG**, Abogado. Director de Sinistros en Direct Seguros y D.

JORGE RABASA DOLADO, Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Alicante quienes hablarán sobre la despenalización de las faltas por imprudencia derivadas de accidente de circulación. Futuros procedimientos derivados de accidente de circulación y la intervención en los mismos del Ministerio Fiscal.

El Congreso tendrá lugar en el Salón de Actos del Excmo. Ayuntamiento de Benidorm, sito en Plaza de SS.MM. Los Reyes de España, S/N, C.P. 03501, Benidorm (Alicante)

Las inscripciones deben hacerse mediante ingreso en

la cuenta del Colegio Provincial de Abogados de Alicante (ICALI) en Bankia ES92-2038-6164-35-6000054359. Posteriormente, los interesados deben enviar un correo electrónico a formacion@icali.es, con el justificante del ingreso.

La inscripción incluye: documentación del Congreso y material de trabajo, asistencia a las ponencias, Vino de Honor en el Torrechó (antiguo Ayuntamiento, en la Playa de Levante), Coffe-Breaks, Cena de Gala con Baile y Barra Libre. Hotel Marina Benidorm y certificado de asistencia y/o participación



**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



Congreso Nacional

de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

6-8 noviembre 2014

Sabadell

6 viernes
noviembre

- 16:00h Entrega de acreditaciones
- 16:30h Inauguración del Congreso
D. Juan Antonio García Cazorla, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Sabadell.
- 17:00h 1ª Ponencia
Alcance de la responsabilidad civil de los administradores societarios dentro y fuera del Concurso de Acreedores
Juan Francisco Garnica Martín, Presidente de la Sección 15ª Audiencia Provincial de Barcelona
- 18:00h 2ª Ponencia
Responsabilidad Civil de Bancos e instituciones financieras por contratos declarados nulos o cláusulas declaradas abusivas, con referencia en particular a la reparación del daño material y moral causado por dichas entidades
Jordi Seguí Puntas, Presidente de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona
- 19:00h 3ª Ponencia
Ámbito material de la LRCSSCYM: Los conceptos de vehículo a motor y hecho de la circulación
José Antonio Badillo Arias, Director regional de Madrid del Consorcio de Compensación de Seguros, director de la revista RC.
- 21:00h Recogida de los congresistas por los autobuses para traslado al Cóctel de Bienvenida. Lugar: Fira de Sabadell
- 21:30h Cóctel de Bienvenida
Lugar: Salón Modernista de la Fundació Antiga Caixa Sabadell 1859

7 viernes
noviembre

- 09:30h. 4ª Ponencia
Líneas generales de la Propuesta de reforma del sistema valorativo y de sus disposiciones directivas
Miquel Martín Casals, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona, Presidente de la Comisión de Expertos para la modificación del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación
- 10:30h. Pausa - Cafè
- 11:00h. 5ª Ponencia
Novedades en la estructura y conceptos que integran la Propuesta de reforma del sistema valorativo. El resarcimiento de los perjuicios personales
Mariano Medina Crespo, Abogado, Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, Miembro de la Comisión de Expertos
- 12:00h. 6ª Ponencia
El resarcimiento de los perjuicios patrimoniales, con especial mención al lucro cesante en caso de incapacidad permanente o fallecimiento. Comparativa de la regulación vigente y de la regulación propuesta
José Pérez Tirado, Abogado, Miembro de la Comisión de Expertos en interés de las asociaciones de víctimas de accidentes de circulación.



- 13:00h. Mesa Redonda
La necesidad imperiosa de la reforma del "Baremo" de la Ley 30/95 y análisis de la Propuesta realizada por la Comisión de Expertos para la modificación del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación
Visión de la Fiscalía: Elena Agüero Ramón-Llín, Fiscal Adscrita al Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, Miembro de la Comisión de Expertos
Visión del sector asegurador: D. Manuel Mascaraque Montagut, Director del Área de Seguros Generales de UNESPA, Miembro de la Comisión de Expertos en interés de la Asociación Empresarial del Seguro
Visión de la abogacía: Javier López y García de la Serrana, Abogado, Miembro del Grupo Plenario Consultivo en su condición de secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro
- 14:00h. Almuerzo de trabajo
Lugar: Fira Sabadell
- 16:30h. 7ª Ponencia
El nuevo régimen legal de responsabilidad civil por atropello de especies cinegéticas
Eugenio Llamas Pombo, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Salamanca
- 17:30h. 8ª Ponencia
Intervención provocada en los supuestos de Responsabilidad Civil solidaria. Evolución y situación actual de la Jurisprudencia
Eduardo Baena Ruiz, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo
- 18:30h. 9ª Ponencia:
Consecuencias de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de seguro. Supuestos que dejan sin contenido al contrato e imposibilitan su cumplimiento
Antonio Salas Corceller, Magistrado en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo
- 19:30h. CLAUSURA DEL CONGRESO
- 21:00h. Recogida de Hoteles por los autobuses para traslado a la Cena de Gala.
- 21:30h. Cena de Gala con Orquesta y Barra libre amenizada por la orquesta *La Jaula*
Lugar: Castell Arnau (Plaça Mares de Maig, 3 Castellarnau-Sabadell)

8 sábado

- 11:00h. Recogida en los Hoteles por los autobuses
- 11:30h. Visita al Tibidabo
- 12:30h. Visita a La Sagrada Família
- 14:00h. Almuerzo





GENERALI



Una gran compañía, un gran equipo.

Con 77.000 empleados y 65 millones de clientes en más de 60 países, el Grupo GENERALI es el número 1 en seguros de vida en Europa, ocupando una posición de liderazgo en el mercado mundial.

GENERALI está presente en el mercado español desde hace 180 años. Es sinónimo de confianza para más de tres millones de clientes, gracias a la profesionalidad de su equipo humano y su Red de Mediadores.

general.es