

nº 66

Segundo Trimestre. Año 2018



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

asociacionabogadosrcs.org

**Nuevos
tipos de familia
ante el baremo de
tráfico: familias
monoparentales
y familias
reconstituidas**

**La pérdida de
oportunidad.
Tratamiento
jurídico**

**Responsabilidad
civil derivada de
las infracciones del
Derecho de la
competencia**



FUNDACIÓN DE
ESTUDIOS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS
DE GRANADA

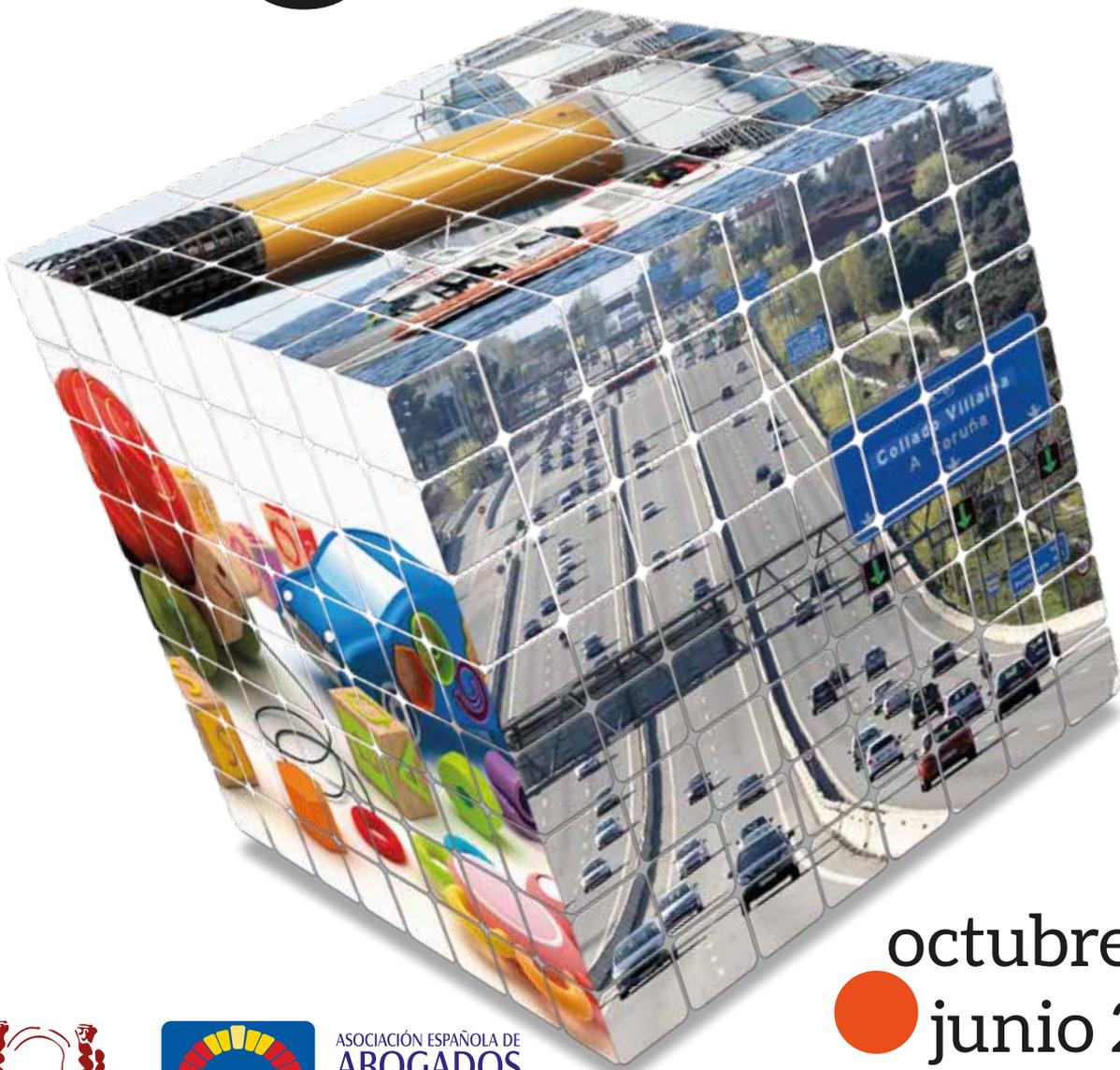


COLEGIO DE ABOGADOS - UNIVERSIDAD DE GRANADA



Máster propio

RESPONSABILIDAD CIVIL ^{6ª Ed.}



octubre 2018
● junio 2019
60 créditos
ECTS

Colaboran:



Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE GRANADA



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO



nº66

Segundo Trimestre. Año 2018



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 66

EDITORIAL

¿Vincula a la aseguradora el intento de transacción extrajudicial en un proceso fuera del ámbito de la circulación?

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

DOCTRINA

- Indemnización por muerte en accidente de circulación y nuevos tipos de familia: familias monoparentales y familias reconstituidas ante el baremo de tráfico

José Manuel de Paúl Velasco9

- La pérdida de oportunidad. Tratamiento jurídico

José Domingo Monforte.....25

- Responsabilidad civil derivada de las infracciones del Derecho de la competencia.

Jorge Romero Ilarduya.....33

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 17 de abril de 2018

RESPONSABILIDAD CIVIL: Póliza de seguro de accidentes. La oscuridad de las cláusulas incorporadas en las condiciones generales -a pesar de que hayan sido expresamente aceptadas por el asegurado-, perjudicarán a la parte que las ha incluido en el contrato, teniéndose por no puestas y prevaleciendo lo recogido en las condiciones particulares.....57

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 26 de abril de 2018.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Seguro de responsabilidad civil. Los dos tipos cláusulas "claim made" sobre el ámbito temporal del seguro de responsabilidad civil reguladas en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, en su párrafo segundo, tienen sus propios requisitos de cobertura temporal, no siendo exigible que estos sean cumulativos, de modo que para la validez de las cláusulas de futuro no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, viceversa.63

- Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 24 de mayo de 2018.
RESPONSABILIDAD CIVIL: El Supremo estima que la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que «no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiese producido», contradice el principio de la carga probatoria, trasladándola a quien carece de medios para probar lo contrario, además de no tener en cuenta el principio de responsabilidad por riesgo, el cual, si bien no es de carácter plenamente objetivo -salvo los casos en que así venga establecido por ley-, produce precisamente el efecto de obligar a quien presta el servicio generador del riesgo a acreditar el verdadero origen del siniestro.73

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 30 de mayo de 2018.
RESPONSABILIDAD CIVIL: La falta de concreción del cuestionario debe operar en contra del asegurador, como en el presente caso, en que el cuestionario es tan genérico que la valoración del riesgo no iba a depender de las circunstancias comprendida en él o por las que fue preguntado el asegurado.....81

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 18 de abril de 2018.
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: Responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración por pérdida de oportunidad al privarse al paciente de la posibilidad de ser diagnosticado de un cáncer en estado I que podría haber evitado el fallecimiento posterior. Se indemniza a la esposa del fallecido en concepto de daño moral en la cantidad 40.000 euros. Se exonera del artículo 20 de la LCS a la aseguradora.....93

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José María Hernández-Carrillo Fuentes.....109

NOTICIAS

→ Celebración en Nerja de las XIII Jornadas sobre Responsabilidad Civil y Seguro.....141

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:

Mª 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, 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, Susana Sucunza Totoricagüena, Luis Julio Cano Herrera, José Antonio Badillo Arias, Alberto Pérez Cedillo, Fernando Talens Aguiló, José Pérez Tirado, Lutz Carlos Moratinos y Francisco José Ledesma de Taoro.

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

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, José Manuel López García de la Serrana y Antonio Salas Carceller.*

GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

Juan Antonio Xiol Ríos, Mariano Medina Crespo y Javier 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

¿Vincula a la aseguradora el intento de transacción extrajudicial en un proceso fuera del ámbito de la circulación?

por Javier López y García de la Serrana
Director

ámbito de negociación que había propiciado el acercamiento entre ambas. Sin embargo, no son pocas las ocasiones en las que alguna de las partes intenta hacer valer el posicionamiento que la otra había tenido durante el proceso de transacción extrajudicial, alegando el carácter vinculante de los hechos que fueron admitidos durante aquel intento de acuerdo y solicitando que se tengan por admitidos en cuanto a reconocimiento de responsabilidad o incluso de obligación de pago.

En este sentido, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo viene estableciendo de forma unitaria que en los supuestos en los que la aseguradora haya realizado una oferta de indemnización dentro del seno de una transacción extrajudicial fuera del ámbito de la circulación, no le podrá vincular posteriormente cuando, una vez fracasado el intento de transacción, se inicie por las partes un proceso judicial para la resolución del mismo asunto.

Sirvan de ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Octubre de 2009 o la de 13 de Marzo de 2008. En éstas la Sala Primera analiza la invocación que los recurrentes hacen a la teoría sobre los actos propios, analizando los requisitos necesarios para estimar la aplicación de dicha doctrina, concluyendo que en el caso que nos ocupa no concurren en modo alguno. Así, no puede atribuirse a una oferta de acuerdo amistoso, no aceptada, ninguno de los caracteres que la jurisprudencia predica del acto básico cuya contradicción con la conducta posterior daría pie a la aplicación de la doctrina de los propios actos. Es decir, que se trate de un acto de carácter trascendente, de los que causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor; Además que haya sido contradicho; o que nos encontremos ante un “acto inequívoco, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor” que, interpretado en buena fe, resulte incompatible con la pretensión actual.

Los medios o instrumentos extrajudiciales para la solución de conflictos es una práctica habitual en nuestro día a día, desde la simple negociación particular hasta el ya regulado proceso de Mediación nos ofrecen la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin al litigio sin tener que acudir a la vía judicial. Estos instrumentos suponen el esfuerzo de cada una de las partes por alcanzar un objetivo común, cediendo cada una de ellas en sus pretensiones y acercando posiciones para finalmente poder llegar a un punto común donde ambas vean satisfechos, al menos parcialmente, sus intereses. El refrán “más vale un mal acuerdo que un buen pleito” define a la perfección la naturaleza y el fin perseguido por estos medios de solución de conflictos.

Pero debemos ser conscientes de que ese comportamiento de las partes, esa voluntad de entendimiento y esa cesión de derechos con el objetivo de alcanzar un fin común cual es la solución del conflicto en cuestión, desaparece totalmente cuando el intento de transacción fracasa y se decide acceder a la vía judicial. En este momento el presupuesto de hecho es totalmente distinto, las condiciones cambian y las partes ya no se encuentran dentro del

Y añade el Tribunal Supremo que no puede atribuirse a una oferta de acuerdo amistoso, no aceptada, ninguno de los caracteres que la jurisprudencia predica del acto básico cuya contradicción con la conducta posterior daría pie a la aplicación de la doctrina de los propios actos.

Todo ello por cuanto para que opere la vinculación por la teoría de los actos propios en palabras de nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de mayo de 2001, es preciso que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada y como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2000, el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (“nemo potest” contra “proprium actum venire”), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7.1 del Código Civil, que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico, sin que sea dable defraudar la confianza que se cree en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con conciencia de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior, y esta doctrina no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo e inconcreto o carecen de la transcendencia que se pretende para producir el cambio jurídico.

Así, en palabras del Tribunal Constitucional, sentencia de 21 de Abril de 1988, “la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos”.

Y es que si consideráramos lo contrario, reconociendo como hecho determinante de la asunción de responsabilidad, la oferta realizada por una aseguradora durante el proceso de transacción extrajudicial fuera del ámbito

de la circulación, el propio instrumento de la transacción extrajudicial estaría abocado a su desaparición, pues evidentemente ninguna compañía estaría dispuesta a pronunciarse sobre una posible oferta siendo consciente de que aquella la vincularía necesariamente ante un proceso judicial posterior y que no podría renunciar a ella.

En este sentido, nuestra jurisprudencia se ha cuidado mucho de salvaguardar los derechos de defensa de las partes que finalmente no han conseguido alcanzar un acuerdo transaccional y acuden a la vía judicial, llegando incluso a permitir la posibilidad de que una compañía aseguradora alegue la existencia de culpa exclusiva de la víctima en un proceso judicial por accidente de tráfico, cuando previamente había indemnizado los daños sufridos por la misma en virtud del dictado del título ejecutivo. Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Diciembre de 2010 y 27 de Marzo de 1988.

Sin embargo, este planteamiento cambia totalmente cuando nos encontramos dentro del ámbito de la circulación, bajo la vigencia del Art. 7 LRCSCVM, modificado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Este artículo como todos sabemos establece la obligación de la aseguradora de presentar una oferta motivada de indemnización si entendiera acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño, cumpliendo los requisitos del apartado 3 del citado artículo. En caso de estimar inexistente su responsabilidad dará una respuesta motivada que cumpla los requisitos del apartado 4 del mismo artículo. Pues bien, esta oferta motivada sí que supone un hecho reconocido por la aseguradora que le va a vincular de forma obligatoria en un proceso judicial posterior para el caso de que la víctima no aceptara los términos de la oferta realizada. Supone por tanto una asunción de responsabilidad irrenunciable, sometida a la teoría de los actos propios, pues el acto de la oferta motivada sí que reúne los requisitos exigidos por nuestra Jurisprudencia a tales efectos. Es considerada por tanto como una declaración de voluntad contra la que posteriormente la aseguradora no podrá ir.

Y es así como ya se ha pronunciado nuestra jurisprudencia menor en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de Diciembre de 2017, en la cual, haciendo referencia a otras de la misma Audiencia, establece que: *“En cuanto al efecto vinculante para la aseguradora de tales ofertas, esta Sala ya se pronunció en otras ocasiones, así en la SAP Pontevedra de 25 de septiembre de 2017 y 16 de*



noviembre de 2015 decíamos... en relación con los actos propios respecto a la oferta motivada emitida por una aseguradora en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 7 apartados 2 y 3 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor,... que como es conocido, la llamada doctrina de los actos propios, surgida originariamente en el ámbito del derecho privado, significa la vinculación del autor a una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito en el sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio,(...) En el caso analizado la aplicación de tal doctrina se vincula con el escrito que la compañía aseguradora remitió al lesionado mediante el que pone a su disposición una cantidad concreta en concepto de indemnización por las lesiones que se le ocasionaron con motivo del accidente de circulación, desglosando los distintos conceptos de la misma que se basan en los informes médicos facilitados. La oferta responde a la voluntad de la aseguradora de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 7, en los puntos 2 y 3 de la Ley 21/2007 de 11 de

julio, sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. En la citada sentencia se afirma en este sentido que la oferta de la aseguradora se hace, no en razón a una negociación previa, sino en función del art. 7 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (tal y como consigna la propia comunicación). Y el citado precepto establece en su apartado 2: En el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, el asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización, si entendiera acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño, que cumpla los requisitos del apartado 3. En caso contrario, o si la reclamación hubiera sido rechazada, dará una respuesta motivada que cumpla los requisitos del apartado 4 de este artículo. Es decir, la oferta motivada deberá hacerla el asegurador, solamente si entendiere acreditada su responsabilidad y cuantificado el daño (en otro caso, habrá de dar una respuesta motivada). Y, en el caso presente, como es evidente, la oferta se hace por la aseguradora en la medida en que asume su responsabilidad

(desde luego, parcial) tomando como base el atestado policial, al tiempo que cuantifica el daño en razón a los conceptos que le aportan los informes médicos. Por consiguiente, hay un manifiesto, expreso e inequívoco reconocimiento de responsabilidad contractual (derivada del contrato de seguro), que obviamente no vincula al asegurado, pero sí al asegurador y que, cumpliendo los requisitos de aplicación de la doctrina de los actos propios, no puede desconocerse con posterioridad...". En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 5 de junio de 2015, entre otras.

Por tanto, se considera que con la oferta motivada la aseguradora efectuó un expreso e inequívoco reconocimiento o aceptación de su responsabilidad que le vincula y obliga, con lo cual, y esto a mi juicio es lo más destacable, la parte actora ha quedado liberada de acreditar todos los requisitos configuradores de la acción ejercitada. Por ello, dicho razonamiento nos lleva a concluir que las ofertas motivadas llevadas a cabo por la aseguradora, según se desprende de su propio contenido, lo son a efectos de indemnización de las consecuencias del siniestro, por lo que vinculan a la compañía aseguradora oferente, que no puede ahora ir contra sus propios actos y pretender obviar su obligación de indemnizar con el alegato de negar la relación de causalidad, pues, como señala el artículo 7 de la LRCSCVM en

su párrafo segundo, las ofertas motivadas de indemnización las presenta la aseguradora a los perjudicados cuando entiende acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño; todo ello por cuanto si no fuera así la propia compañía tiene la posibilidad de no asumir su responsabilidad mediante la llamada respuesta motivada.

Concluyendo, en atención al principio de buena fe recogido en el artículo 7.1 del Código Civil, el cual debe ser respetado, la oferta motivada realizada por la aseguradora en el ámbito de la circulación debe ser asumida por ésta en un proceso judicial posterior, por cuanto la misma conlleva una asunción de responsabilidad declarada en un acto libre que, cobra una relevancia y efectos directos en el ámbito jurídico, y que por tanto no podrán ser contradichos posteriormente.

Comprobamos por tanto la gran diferencia existente en cuanto a los efectos de las ofertas realizadas por las aseguradoras durante la tramitación de procesos de transacción extrajudicial, dependiendo de si nos encontramos en asuntos que pertenecen al ámbito de la circulación o si se trata de asuntos que quedan fuera del tránsito motorizado, pues mientras en el primero de los casos la oferta sí será vinculante para la compañía, en el resto de asuntos no obtiene tal carácter vinculante ni por tanto aquella vendrá obligada a pasar por ellos.



Indemnización por muerte en accidente de circulación y nuevos tipos de familia: familias monoparentales y familias reconstituidas ante el baremo de tráfico

José Manuel de Paúl Velasco
Presidente de la Sección Cuarta
de la Audiencia Provincial de Sevilla

Sumario

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- FAMILIAS MONOPARENTALES.

2.1.- INTRODUCCIÓN: UNA REALIDAD SOCIODEMOGRÁFICA CRECIENTE Y PLURAL.

2.2.- EL BAREMO Y LAS FAMILIAS MONOPARENTALES.

2.2.1.- NECESIDAD DE DIFERENCIAR EL TRATAMIENTO DE LOS DISTINTOS TIPOS DE FAMILIA MONOPARENTAL POR SU ORIGEN:

A) Monoparentalidad derivada de separación o divorcio.

B) Monoparentalidad derivada de premoriencia del otro progenitor.

C) Monoparentalidad derivada de maternidad en solitario.

2.2.2.- POSIBLE PERJUICIO EXCEPCIONAL DE LOS ABUELOS POR LA MUERTE DEL PROGENITOR MONOPARENTAL.

2.2.3.- EL PRETENDIDO PERJUICIO EXCEPCIONAL DEL HIJO POR LA MUERTE DEL PROGENITOR MONOPARENTAL.

2.2.4.- TRATAMIENTO INDEMNIZATORIO DE LA MUERTE DE UN HIJO DE FAMILIA MONOPARENTAL:

A) Perjuicio particular del progenitor monoparental como perjudicado único de su categoría.

B) Pretendido perjuicio excepcional del progenitor monoparental.

3.- FAMILIAS RECONSTITUIDAS.

3.1.- CONCEPTO Y DATOS SOCIODEMOGRÁFICOS.

3.2.- TRATAMIENTO INDEMNIZATORIO: GENERALIDADES.

3.3.- EL PROBLEMA DE LA CONCURRENCIA DEL PROGENITOR BIOLÓGICO CON EL PADRASTRO O MADRASTRA.

3.3.1.- PLANTEAMIENTO.

3.3.2.- DISTINTOS TIPOS DE CONCURRENCIA Y SU TRATAMIENTO INDEMNIZATORIO.

3.3.3.- CONCURRENCIA DE UN PROGENITOR BIOLÓGICO Y FUNCIONAL NO CONVIVIENTE CON OTRO SOLO FUNCIONAL Y CONVIVIENTE:

A) Planteamiento: ¿unicidad o dualidad de perjudicados resarcibles?.

B) Cuantía indemnizatoria en los casos de concurrencia: ¿duplicación o distribución?.

C) La indemnización del hijo por muerte de alguno de sus progenitores concurrentes.

3.3.4.- FAMILIAS RECONSTITUIDAS Y PERJUICIO PARTICULAR POR PÉRDIDA DEL HIJO ÚNICO.

4.- CONCLUSIÓN.



ni adoptivo⁶ carecen de trascendencia a efectos resarcitorios, gracias a la figura del parentesco funcional que consagra el artículo 62.3 de la ley (otra cosa, claro está, son los problemas probatorios que puedan suscitar los obligados al pago).

Del mismo modo, en las familias extensas, las relaciones entre parientes no consanguíneos (un cónyuge y sus suegros, por ejemplo, o incluso cuñados entre sí) o entre consanguíneos extratabulares (como los primos entre sí) se resuelven, en caso de muerte en accidente de uno de ellos, acudiendo, bien al parentesco funcional (suegros en función de padres, primos actuando como hermanos), bien a la categoría de allegados del artículo 67 de la ley, supuesto siempre, en este caso, el requisito de convivencia durante cinco años.

⁶ Me refiero, claro está, a la problemática jurídica -no digamos ética- suscitada por la llamada maternidad subrogada o gestación por sustitución, que dio lugar a la polémica sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (*sic*), en la que la Sala de lo Civil quedó partida en dos, adoptando una estrecha mayoría una postura radicalmente contraria a la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos en el extranjero por este procedimiento como hijos de su progenitor o progenitores no biológicos, postura fuertemente contestada en el voto particular de la minoría. En cambio, la sentencia 953/2016, de 16 de noviembre, de la Sala Cuarta del mismo Tribunal Supremo sí reconoce las consecuencias de la maternidad subrogada a favor del progenitor no biológico en el ámbito laboral y de Seguridad Social (permiso de maternidad o paternidad). Huelga decir que esa delicada problemática cae, por fortuna, fuera del ámbito de este trabajo.

Me limitaré, por ello, a estudiar el tratamiento indemnizatorio de los distintos supuestos problemáticos que pueden plantear las familias monoparentales y las familias reconstituidas en caso de fallecimiento en accidente de uno de sus miembros. Dejaré para mejor ocasión el abordaje de las familias poligámicas, que, siendo dogmáticamente apasionante, plantea dificultades jurídicas desproporcionadas para la importancia cuantitativa del supuesto, hoy por hoy anecdótica desde el punto de vista sociológico y actuarial.⁷

⁷ No obstante, pese a su escaso peso cuantitativo, la poligamia genera alguna litigiosidad, aunque no, hasta donde sé, en nuestro campo. Véase, si no, la reciente sentencia 84/2018, de 24 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que, estimando el recurso de casación de la segunda esposa de un ciudadano marroquí que había servido en el Ejército español, declara textualmente que "la constatación de una situación de poligamia de un súbdito marroquí no impide, por razones de orden público, el reconocimiento del derecho a una pensión de viudedad en el régimen de clases pasivas del Estado, [...] a favor de todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español"; acordando que "el cálculo del importe de la pensión se efectuará partiendo de que la pensión se distribuye por partes iguales entre las viudas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante", por aplicación extensiva del artículo 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre Marruecos y España, que expresamente prevé la misma solución respecto a las pensiones de la Seguridad Social. A mi juicio, esta sentencia da las pautas para la solución del problema indemnizatorio. Habría otros argumentos para la discusión, pero aquí debe ponerse punto final al *excursus*.

2.- FAMILIAS MONOPARENTALES

2.1.- INTRODUCCIÓN: UNA REALIDAD SOCIODEMOGRÁFICA CRECIENTE Y PLURAL

En términos sociodemográficos, las familias monoparentales se definen como aquellas donde un único progenitor es responsable de la crianza y cuidado de sus hijos.

Para darnos cuenta de la importancia cuantitativa de este tipo de familia basta consultar los datos del censo de 2011, último disponible.⁸ Ese año había en España 1.693.258 hogares monoparentales, un 9,3% del total. Pero si a esa cifra se añaden los hogares donde un núcleo monoparental comparte vivienda con otros parientes del progenitor el número llega a 2.220.720, lo que representa un 16,2% del total de núcleos familiares y nada menos que el 24% del total de núcleos familiares con hijos. En ese mismo año, el 14,4% de los menores de 18 años vivía en una familia monoparental. El número y el peso relativo de las familias monoparentales mantiene un crecimiento sostenido en las últimas décadas y todo indica que la tendencia al alza continuará en los próximos años.

Ahora bien el concepto de familia monoparental que utilizan los estudios sociodemográficos tiene el problema, a los efectos que a nosotros nos interesan, de que engloba una pluralidad de situaciones familiares heterogéneas en cuanto a su origen, que los datos censales, que solo ofrecen una instantánea estática, no permiten discriminar. A la familia monoparental, definida en esos términos, puede llegarse como consecuencia de la ruptura de un matrimonio o de una pareja de hecho, por la viudedad (entendida como premoriencia del otro progenitor, hubiera o no matrimonio) y por la maternidad o paternidad en solitario.

De hecho, aunque en tiempos pasados las familias monoparentales estaban formadas de modo predominante por viudas con hijos, en la actualidad el origen predominante de esta situación es la separación o ruptura del matrimonio o la pareja de hecho. No obstante, el número de lo que tradicionalmente se llamaban madres solteras, es decir, las mujeres que tienen un hijo sin convivir con un cónyuge o una pareja, representa en la actualidad un porcentaje importante. Según la estadística de nacimientos del INE, en el año 2012 los nacimientos de madres sin pareja fueron un 16% del total, 73.653 en términos absolutos. En todo caso, las familias monoparentales son abrumadoramente femeninas: el 79,1% está encabezado por una mujer.

⁸ Todos los datos demográficos que figuran en este trabajo están tomados de CASTRO MARTÍN, Teresa, y SEIZ PUYUELO, M., *La transformación de las familias en España desde una perspectiva sociodemográfica*, Fundación FOESSA, 2014 (accesible en internet).

2.2.- EL BAREMO Y LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

La profunda reforma del sistema legal de valoración efectuada por la Ley 35/2015 incluye entre sus muchos aspectos positivos el contemplar por primera vez la realidad de las familias monoparentales, al reconocer en el nuevo artículo 73 el perjuicio particular que para los hijos supone el fallecimiento del progenitor único, asignándole un incremento del 25 o el 50% de la indemnización básica, según la edad del hijo sea superior o no a veinte años, lo que supone una encomiable novedad respecto al sistema anterior.⁹

2.2.1.- NECESIDAD DE DIFERENCIAR EL TRATAMIENTO DE LOS DISTINTOS TIPOS DE FAMILIA MONOPARENTAL POR SU ORIGEN

Claro está, sin embargo, que a los efectos de aplicación del aludido incremento indemnizatorio las distintas situaciones englobadas en el concepto sociológico de familia monoparental no pueden tener un mismo tratamiento.

A) Monoparentalidad derivada de separación o divorcio

En el grupo, que parece hoy mayoritario, de familias monoparentales originadas por la separación o divorcio de un matrimonio o por la ruptura de una pareja de hecho, es obvio que, fallecido en el accidente el progenitor custodio, la apreciación en los hijos del perjuicio particular por fallecimiento del progenitor único dependerá de la relación

⁹ La ausencia en la tabla II del baremo anterior de un factor corrector por fallecimiento del progenitor único dio lugar en la praxis judicial a alguna resolución peregrina, que trató de suplir tan evidente omisión mediante procedimientos hermenéuticos claramente inconsistentes. Es el caso de la sentencia de la Sección 3.^a (penal) de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de mayo de 1998, que aplicó por analogía el factor corrector previsto para el fallecimiento de ambos padres en el accidente a un supuesto en que la única víctima, soltera, había dejado dos hijas menores de filiación paterna desconocida. Huelga decir que la pretendida analogía es por completo falaz al faltar la identidad de razón entre el supuesto contemplado por la norma y el preterido en ella, ya que la *ratio legis* del factor corrector aplicado no era la absoluta orfandad del perjudicado, como pareció entender la sentencia comentada (en cuyo caso habría que aplicar igual analogía a todos los supuestos del grupo II de la tabla I –“víctima sin cónyuge”–, salvo al hijo de víctima separada legalmente), sino el doble fallecimiento de los padres en un mismo siniestro. La sentencia de la Audiencia solo fue recurrida en casación por el abuelo de las menores, de modo que el Tribunal Supremo no tuvo que pronunciarse, en su sentencia 232/2001, de 15 de febrero, sobre la corrección de la solución adoptada por la Audiencia, aunque en su quinto fundamento, para rechazar el recurso, hace una significativa referencia a que esta ya había aplicado los preceptos del baremo corrigiéndolos al alza “hasta el límite mismo que los criterios analógicos permiten, interpretados con la máxima flexibilidad”.

Puede verse una reseña crítica más amplia de las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo en MEDINA CRESPO, M., *Daños personales y Carta Magna*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 192-216.

que conserven con el progenitor supérstite, apartado de la custodia. Solo en caso de abandono por este o de total ausencia de la afectividad propia de la relación paterno-filial podrá decirse que la situación real en que se encontraba el hijo era funcionalmente la de contar con un solo progenitor, con la consiguiente apreciación en caso de fallecimiento de este del correspondiente perjuicio particular.

B) Monoparentalidad derivada de premoriencia del otro progenitor

En cambio, en el subgrupo formado por las personas viudas con hijos puede afirmarse en línea de principio, sin necesidad de más precisiones o comprobaciones, que estamos ante un núcleo familiar de progenitor único, cuyo fallecimiento dará lugar a la apreciación en los hijos del correspondiente perjuicio particular y del consiguiente incremento indemnizatorio.

Ahora bien: incluso en este grupo de supuestos el factor corrector quedará excluido si resulta que el progenitor viudo fallecido en el accidente había contraído segundas nupcias o había formado una pareja estable con otra persona -de modo que, en ambos casos, no estaríamos ya, en términos sociodemográficos, ante una familia monoparental, sino reconstituida-, y que, además, ese segundo cónyuge o pareja había venido desempeñando respecto del hijo del viudo las funciones tuitivas propias de la maternidad o paternidad, en sustitución del padre o madre premuerto. En tal caso, la vertiente negativa del principio de doble presunción, que consagra el artículo 62.2 de la Ley, impedirá que el hijo que ha quedado sin ningún progenitor biológico, pero que conserva un progenitor funcional, pueda beneficiarse de la indemnización complementaria.¹⁰ Aunque tanto la exposición de motivos de la ley 35/2015 como el citado artículo 62 refieren el principio de doble presunción solo a la determinación de los perjudicados por el fallecimiento, se trata de un principio vertebrador del sistema,

¹⁰ No lo entendió así, bajo la vigencia del sistema anterior a la reforma, la sentencia de la Sección 2.ª (penal) de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 14 de noviembre de 1996, que confirmó la sentencia recurrida, que había aplicado por analogía el factor corrector por fallecimiento de ambos padres en el accidente a la hija que la víctima había tenido en primeras nupcias, con fundamento en la absoluta orfandad en que había quedado; y ello pese a que su padrastro (casado en segundas nupcias con la madre fallecida) había asumido respecto a ella, con toda evidencia, las funciones parentales propias del padre premuerto. Se trata del mismo despropósito visto en la nota anterior, pero ahora potenciado y carente de cualquier justificación de equidad resarcitoria.

En el sentido del texto, en cambio, MEDINA CRESPO, M, *El resarcimiento de los perjuicios personales causados por la muerte en el nuevo baremo*, Bosch, Madrid, 2015, p. 244.

igualmente aplicable a la apreciación de los perjuicios particulares.

Lógicamente, esta misma salvedad es aplicable a los supuestos del subgrupo anterior, en los que la monoparentalidad trae su origen de la separación, divorcio o ruptura, si posteriormente se ha formado una familia reconstituida con paternidad funcional del cónyuge no progenitor.

Debe subrayarse, por si acaso, que lo que excluye en este grupo de supuestos la aplicación del factor corrector no es la sola circunstancia de que el progenitor viudo o divorciado luego fallecido en el accidente hubiese establecido una nueva relación marital, de hecho o de derecho, sino que el nuevo cónyuge o pareja se hubiese subrogado en la posición del progenitor premuerto respecto al hijo de aquel.

C) Monoparentalidad derivada de la maternidad en solitario

Podría pensarse que el subgrupo de las madres solteras es no solo el más característico de las familias monoparentales, sino también aquel en que, por definición, ha de apreciarse, en caso de su fallecimiento en accidente, el perjuicio particular de sus hijos por pérdida del progenitor único. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. La maternidad sin matrimonio o pareja previa, una vía cada vez más frecuente de formación de núcleos familiares, no significa que el hijo carezca de un padre, no solo biológico, como es obvio, sino también funcional, si ese progenitor no conviviente ha reconocido su paternidad y ejerce las funciones parentales que le corresponden, al modo de un padre separado o divorciado.

En España no hay estadísticas oficiales sobre el número de hijos de madre soltera reconocidos por el padre biológico, pero los demógrafos y sociólogos de la familia acuden a un indicador indirecto, aunque fiable: el número de nacimientos no matrimoniales en que se indica la edad del padre al registrarlos, un dato que ha registrado un cambio espectacular en las últimas décadas. En 1975 solo se declaraba la edad del padre en el 22,8% de los nacimientos no matrimoniales registrados; en 2012 ese porcentaje alcanzaba nada menos que el 98%. Aunque una cifra tan abultada se explica en parte porque incluye todos los nacimientos extramatrimoniales, y por tanto también los acaecidos en el seno de parejas de hecho, resulta que incluso un 88,2% de los nacimientos de mujeres que declaraban no convivir en pareja reseñaban el dato de la edad del padre. Aunque es posible que en este grupo haya todavía una cifra oculta de parejas de hecho no declaradas - acaso para acceder a las ventajas reconocidas a diversos efectos a las familias monoparentales-, el dato parece ofrecer una lectura optimista



acerca del mayor compromiso y asunción de responsabilidad por parte de los padres biológicos no convivientes con la madre en el momento de producirse el nacimiento. Claro está que, si se da esa situación, la familia podrá ser monoparental para los estudios sociológicos y a efectos administrativos, pero no cumpliría el presupuesto del perjuicio particular por fallecimiento del progenitor único.

Cuando la soltería de la madre encubre una pareja de hecho no declarada, el supuesto no es problemático, porque al fallecimiento de aquella el miembro superviviente de la pareja saldrá a la luz, reclamando la indemnización que como tal le corresponde e impidiendo con ello, si prueba su derecho -lo que le será fácil de haber reconocido su paternidad-, que el hijo o los hijos comunes puedan alegar el perjuicio particular por fallecimiento del progenitor único. Lo mismo ocurrirá si los dos progenitores

formaron la pareja de hecho, formalizada o no, con posterioridad al nacimiento del hijo común. En cambio, si el padre y la madre no formaron nunca una pareja, de modo que el superviviente carece de derecho al resarcimiento por el fallecimiento del otro, pero el padre biológico, aun apartado de la convivencia diaria con su hijo e incluso sin declaración formal de esa filiación, ha mantenido con él una relación paterno filial más o menos normal, el reconocimiento al segundo del perjuicio particular por pérdida del progenitor único, en base a una mera apariencia de monoparentalidad, sería un fraude, aunque bien difícil de detectar y acreditar por los obligados al pago.

2.2.2.- POSIBLE PERJUICIO EXCEPCIONAL DE LOS ABUELOS POR LA MUERTE DEL PROGENITOR MONOPARENTAL

Cuando la monoparentalidad es auténtica y sin matices, es decir, en los casos de



premorienza, abandono o desconocimiento del otro progenitor biológico (o de total ausencia de relación del hijo con él) y de inexistencia de un progenitor funcional, el fallecimiento en accidente del progenitor único puede producir una situación perjudicial no contemplada directamente ni en el sistema de valoración anterior ni en el reformado por la ley 35/2015: la de los abuelos que, acaso a una edad ya avanzada, se ven obligados, a falta de cualquier otro pariente, a hacerse cargo del cuidado y la tutela de unos nietos, acaso de corta edad. La consiguiente alteración radical de la vida de los abuelos y la reaparición de unas responsabilidades parentales que ya habían ejercido en su día respecto del hijo o hija fallecido constituyen, sin duda, un perjuicio excepcional, en el sentido del último inciso del artículo 33.5 de la Ley, y justifican sobradamente que en este supuesto la indemnización que, en cuanto padres de la víctima, corresponde al abuelo o

abuelos, devenidos en padres funcionales de sus nietos, se ve incrementada, conforme al artículo 72 de la propia Ley, en un porcentaje que, dado lo magro de la indemnización básica (40.000 euros, si el hijo fallecido tenía más de treinta años, que será lo más frecuente) estimo que deberá ser siempre del máximo del 25%.¹¹

2.2.3.- EL PRETENDIDO PERJUICIO EXCEPCIONAL DEL HIJO POR LA MUERTE DEL PROGENITOR MONOPARENTAL

En cambio, no creo, contra lo que alguna vez se ha sostenido, que el carácter monoparental de la familia suponga para el hijo del progenitor fallecido un perjuicio excepcional resarcible mediante el correspondiente factor corrector del artículo 72 de la Ley. Esta tesis podría sostenerse en el sistema anterior a la reforma, acudiendo para fundarla a la controvertida regla séptima de las generales del sistema; pero no una vez que la Ley 35/2015 ha introducido el perjuicio particular por fallecimiento del progenitor único, cuyo presupuesto es precisamente la monoparentalidad, de modo que la apreciación de un perjuicio excepcional por ese mismo motivo sería una evidente reduplicación valorativa.

Parece que quienes, ya bajo la ley vigente, postulan la apreciación adicional de un perjuicio excepcional en estos casos utilizan el término de familia monoparental exclusivamente con referencia a los progenitores solteros (en la realidad absolutamente mayoritaria, madres solteras); pero, rectamente entendido el concepto de familia monoparental (es decir, excluyendo los supuestos en que existe un padre funcional o en que sobrevive un progenitor biológico no conviviente pero con una relación más o menos normal con el hijo), no hay razón para establecer distinciones por el origen de esa situación monoparental, que es la misma tanto si el progenitor único es soltero como si es viudo, divorciado o abandonado.¹²

¹¹ En el sentido del texto, MEDINA CRESPO, M, *El nuevo baremo de tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*, Bosch, Madrid, 2017, pp. 233-234.

En cambio, la sentencia de la Audiencia de Baleares citada en la nota 1 denegó el incremento de la indemnización solicitado en este concepto por el padre de la fallecida y abuelo de las menores que habían quedado a su cargo (incremento que en aquel entonces era de difícil encaje legal, salvo acudiendo a la controvertida referencia a las circunstancias excepcionales de la regla general séptima del sistema), sin mejor argumento que el de que ya se había incrementado notablemente la indemnización reconocida a dichas menores y se había reconocido al abuelo la indemnización correspondiente al supuesto de víctima embarazada con pérdida de feto. Pese a la absoluta inanidad de semejante fundamento, la sentencia de casación desestimó el motivo del abuelo a este respecto, sugiriendo que la impropiedad del factor corrector aplicado a las hijas no permitía un incremento ulterior.

¹² Coincide, de nuevo, con esta tesis –como no podía ser menos, pues no pasa de ser una obviedad– MEDINA CRESPO, M., *El resarcimiento...*, cit., pp. 244-245.

2.2.4.- TRATAMIENTO INDEMNIZATORIO DE LA MUERTE DE UN HIJO DE FAMILIA MONOPARENTAL

A) *Perjuicio particular del progenitor monoparental como perjudicado único de su categoría*

Hasta ahora hemos hablado solamente del fallecimiento del progenitor de la familia monoparental, pero ese carácter del núcleo familiar tiene también consecuencias en caso de fallecimiento del hijo. Es evidente que, por definición, el progenitor monoparental será “perjudicado único de su categoría”, con la consiguiente apreciación del correspondiente perjuicio particular, que el artículo 71 de la Ley cifra en un 25% de la indemnización básica.

A mi juicio, este factor corrector será igualmente aplicable en los supuestos que podemos llamar de monoparentalidad restringida o relativa, es decir, aquellos en que, además del único progenitor conviviente con el hijo fallecido, existía, por separación, divorcio o reconocimiento de la paternidad, un progenitor biológico no conviviente, pero que mantenía una relación paternofamiliar más o menos normal con la víctima y cumplía con sus deberes parentales. En tal caso, un recto entendimiento de los principios inspiradores del sistema lleva a la conclusión de que ambos progenitores, sin otra relación entre sí que la más o menos áspera o cordial derivada de las obligaciones de la paternidad común, deben ser considerados “perjudicados únicos”.

Esta aparente paradoja se disuelve a poco que se repare en el fundamento de este factor corrector, que no es otro, como en su día postuló Mariano Medina, que lo que llamó “perjuicio solitario”,¹³ es decir, la mayor aflicción de quien sufre el dolor de la pérdida de un ser querido sin tener el pequeño consuelo de poder compartirlo con otro deudo del fallecido que tuviera con este la misma relación de parentesco que él, encontrándose así ambos en la misma situación y pudiendo prestarse mutuo apoyo moral, al ser entre sí parientes próximos. Ahora bien, tratándose de este tipo situaciones, es absurdo pensar que dos progenitores que no quisieron casarse o formar pareja entre sí, o que se divorciaron o se separaron, vayan a consolarse mutuamente o a prestarse apoyo por la muerte del hijo común, único vínculo que les mantenía relacionados, acaso a su pesar. Más lógico es pensar que, desaparecido ese nexo de unión, el alejamiento entre los progenitores será ya definitivo y radical; eso si no ocurre que, como enseña la realidad en tantos casos, la muerte del hijo en accidente

desencadena agrios reproches entre ambos padres, acusándose recíprocamente de no haber tomado las medidas necesarias para evitarla. En esas condiciones, negar el perjuicio particular del progenitor único a cada uno de ellos sería una lectura miope de la norma.

Solo quedarían excluidos de la aplicación del factor corrector como perjudicados únicos de su categoría los supuestos, que son en puridad de familia reconstituida, en los que el hijo fallecido tuviera un progenitor funcional conviviente con el progenitor biológico supérstite.

B) *Pretendido perjuicio excepcional del progenitor monoparental*

No creo, en cambio, que sea de recibo el perjuicio excepcional que en ocasiones se ha postulado a favor del progenitor monoparental (en la práctica, siempre la madre) en caso de fallecimiento de su hijo, a modo de compensación por la especial dedicación y sacrificio que le había supuesto la crianza en solitario del hijo cuya vida ahora se ha truncado prematuramente. Me parece evidente que esa compensación por hechos pasados no se ajusta a los principios del resarcimiento por causa de muerte, cuyo fin ha de ser compensar el dolor moral por la pérdida del hijo, no el trabajo que haya costado sacarlo adelante.

Si lo que se quiere decir es que, precisamente por esa mayor dificultad de la crianza es también mayor el daño moral sufrido por el progenitor, la afirmación me parece cuando menos discutible y llevaría a que también cualquier familia biparental pudiera reclamar un perjuicio excepcional con ese mismo fundamento, aduciendo sus dificultades económicas, los problemas de salud del hijo luego fallecido, la mayor penosidad de sacar adelante una familia numerosa, la ruptura o falta de colaboración de las familias de origen, o cualquier otra circunstancia imaginable, de modo que el perjuicio excepcional dejaría de serlo y se convertiría en un cajón de sastre a disposición de abogados de *personal injuries* de película americana, como el Denzel Washington de *Filadelfia* o el Albert Finney de *Erin Brockovich*.

3.- FAMILIAS RECONSTITUIDAS

3.1.- CONCEPTO Y DATOS SOCIODEMOGRÁFICOS

El concepto de familias reconstituidas, también denominadas recompuestas o reconstruidas, comprende aquellos núcleos familiares en que uno o ambos miembros de la pareja aportan hijos de una relación anterior. Se trata, sin duda, de uno de los modelos familiares que con mayor rapidez se está extendiendo en

¹³ La versión más reciente y más accesible de la tesis de Mariano Medina sobre el reconocimiento del perjuicio solitario en el baremo anterior se encuentra en su comentario al vigente: *El resarcimiento...*, cit. pp. 211-215.

nuestro país, en buena parte como consecuencia de la labilidad creciente de las uniones conyugales. Actualmente, uno de cada cinco matrimonios (22%) es un segundo matrimonio para al menos uno de los cónyuges, y esta cifra solo capta muy parcialmente la incidencia de segundas uniones, ya que las personas que han experimentado una ruptura conyugal son más propensas a optar por una pareja de hecho que un matrimonio como segunda unión.

Como resultado de este proceso, el censo de 2011 registraba ya casi medio millón de familias reconstituidas, formadas por una pareja, casada o no, con al menos un hijo no común; una cifra que dobla la registrada en el censo anterior y que representa el 7,1% del total de parejas con hijos; y hay que tener en cuenta que esa cifra no incluye las parejas con hijos no comunes que no residen en el hogar familiar.

Al igual que ocurre con las familias monoparentales, las reconstituidas pueden tener diferentes orígenes, sin que los datos demográficos permitan distinguir su respectivo peso cuantitativo. Sin duda, en la actualidad la trayectoria biográfica que da lugar a un mayor número de familias reconstituidas es la de nuevas uniones, de hecho o de derecho, de personas separadas o divorciadas con hijos; pero parece estar creciendo la proporción de madres monoparentales jóvenes que se unen a un varón que no es el padre de sus hijos, y permanece, por supuesto, la vía tradicional de las segundas nupcias (ahora también pareja de hecho) de personas viudas con hijos.

La reconstitución familiar da origen a una ampliación en la práctica de las redes de parentesco (por ejemplo, del hijo no común con los parientes del miembro de la pareja que no es su progenitor) y a una mayor complejidad de las relaciones familiares, al generarse un complejo entramado de relaciones de cuasiparentesco entre padrastro o madrastra, hijastros y hermanastros (de hecho o de derecho). Esta complejidad es especialmente apreciable en la segunda generación del núcleo familiar, al originarse lo que la jerga sociológica o antropológica denomina *fratrías recompuestas*,¹⁴ formadas por hermanos de padre y madre, medio hermanos y hermanastros.¹⁵

¹⁴ Sobre este concepto, desde una perspectiva antropológica, véase RIVAS RIVAS, Ana M.ª, "Las nuevas formas de *vivir en familia*: el caso de las recomposiciones familiares". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 26, núm. 1, 2008, pp. 186-187 (accesible en internet).

¹⁵ En español, como reconoce el *DLE*, el sufijo "-astro" forma sustantivos con significado despectivo, lo que no ocurre con el prefijo equivalente inglés *step*. Seguramente por ello los propios implicados prefieren evitar el uso de términos como "padrastro" o "madrastra", acudiendo a paráfrasis como "el marido/novio de mi madre" o "la mujer/novia de mi padre" y englobando a todos los integrantes de la *fratria recompuesta* como hermanos, haya o no consanguinidad y sea el vínculo doble o sencillo (pues "medio hermano" no es tampoco un sintagma precisamente bien sonante).

3.2.- TRATAMIENTO INDEMNIZATORIO: GENERALIDADES

Claro está que en estas familias reconstituidas, según la edad de los hijos aportados en el momento de la nueva unión, el tiempo transcurrido desde su formación y la mayor o menor intensidad del vínculo afectivo establecido, las relaciones entre los miembros no consanguíneos podrán integrar muchas veces otros tantos casos del respectivo parentesco funcional, como ya reconoció la jurisprudencia bajo la versión original del sistema;¹⁶ y, aun de no haber alcanzado ese estatus, podrán muy bien encajar en la nueva categoría perjudicial de los allegados, siempre supuesto el plazo quinquenal de convivencia que exige el artículo 67 de la Ley, aunque en este caso la indemnización sea poco más que simbólica (diez mil euros en las cuantías iniciales del sistema).

Casi huelga decir, por otra parte, que, habiendo hijos comunes de la pareja, el carácter sencillo de su vínculo de consanguinidad con los hijos no comunes carece de relevancia para que aquellos sean considerados plenamente hermanos de estos a los efectos resarcitorios, pues el sistema legal de valoración no reconoce ninguna diferencia entre hermanos de doble vínculo o de vínculo sencillo, ni en su versión actual ni en la derogada.¹⁷

3.3- EL PROBLEMA DE LA CONCURRENCIA DEL PROGENITOR BIOLÓGICO CON EL PADRASTRO O MADRASTRA

3.3.1.- Planteamiento

El reconocimiento del parentesco funcional

¹⁶ Para la legitimación resarcitoria del padrastro del fallecido como padre funcional *more paternofillis (sic)*, véase la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1612/2001, de 17 de septiembre (aunque con argumentación muy endeble, de la que es buena muestra el transcrito atentado a la lengua de Virgilio); y entre las sentencias de las Audiencias Provinciales, la muy prolija de la Sección Cuarta de la de Sevilla (Tribunal del Jurado) 4/2004, de 21 de mayo (FF. JJ. 43.º a 49.º). En ambas sentencias citadas el reconocimiento de la indemnización al padrastro (de hecho en los dos casos) venía facilitado por la inexistencia de un padre biológico, por falta de determinación en la primera y por premoriencia en la segunda.

Respecto a la legitimación de los hermanos de hecho, aunque el supuesto no era propiamente de familia reconstituida, debe citarse la importante sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 200/2012, de 26 de marzo, que, por aplicación de la analogía, reconoció la misma indemnización atribuida a la hermana menor de la víctima a un primo que desde hacía cuatro años convivía con los hermanos y con los padres de estos en régimen de acogimiento familiar permanente; y ello "por mor de su convivencia y vinculación afectiva *more fraterno* [...] con la víctima del accidente".

¹⁷ El ordenamiento jurídico solo reconoce una diferencia de trato entre hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo en el ámbito de la sucesión intestada, en la que, concurriendo unos y otros los primeros tomarán doble porción que los segundos en la herencia (art. 949 del Código Civil). Pero es ya un lugar común señalar que los principios que rigen el resarcimiento por causa de muerte son diferentes a los que inspiran la sucesión hereditaria.



en las familias reconstituidas no plantea ningún problema para la aplicación del sistema cuando se trata de resarcir a hijastros o hermanastros de la víctima, tanto si son únicos en su categoría como si concurren con otros hijos o hermanos consanguíneos, pues esa pluralidad es simplemente aditiva (un hijo más, un hermano más...) y no se traduce, como en el sistema anterior a la reforma, en una reducción de la cuota individual de cada perjudicado. Mucho más problemática puede ser, en cambio, la cuestión cuando los perjudicados son los padrastros o madrastras.

En efecto, si la familia reconstituida tiene su origen en las segundas nupcias (de hecho o de derecho) de personas viudas con hijos, al fallecer uno de estos no habrá, por definición, un padre biológico que pueda concurrir con el padre funcional (suponiendo que el miembro no progenitor de la pareja hubiera alcanzado esa condición respecto a la víctima). En cambio, en los casos de de nuevas uniones de separados o divorciados con hijos puede coexistir un padre o madre biológico no conviviente con otro funcional conviviente; y lo mismo puede ocurrir si la familia reconstruida está formada por un progenitor monoparental unido a una persona que no es el progenitor biológico y este ha reconocido al hijo común y mantiene una relación fluida con él. Son las situaciones conocidas como “dobles familias”,¹⁸ donde los roles que deben desempeñar cada uno de sus

miembros no están establecidos socialmente con claridad, como tampoco la solución indemnizatoria en caso de fallecimiento de un hijo no común que conserva un progenitor biológico.

3.3.2.- Distintos tipos de concurrencia y su tratamiento indemnizatorio

En estos supuestos pueden distinguirse varias situaciones distintas y la determinación de hallarse ante una u otra dependerá de una prueba no siempre fácil de aportar y valorar y en no pocas ocasiones espionosa.

Cabe, en primer lugar, que, por abandono del progenitor biológico o por pérdida de toda relación con su hijo, solo tenga derecho a la indemnización el nuevo cónyuge o pareja del otro progenitor, sea como padre funcional o solo como allegado (supuesto en este caso el plazo quinquenal de convivencia), según la duración e intensidad de su relación con el hijo fallecido de su pareja y la importancia de los deberes asumidos para con él.

Puede ocurrir también que, por cumplir el progenitor biológico con sus deberes parentales y conservar una relación fluida con su hijo, sea a él a quien deba reconocerse la indemnización atribuida al padre o madre, quedando el padrastro relegado, en su caso, a la condición de allegado, por la menor intensidad de su relación y la menor importancia de sus funciones parentales. Esta será la situación más probable en los casos de la llamada custodia compartida, pero puede darse también aunque la custodia esté atribuida a un solo progenitor. Tras la

¹⁸ Sobre este concepto, CASTRO MARTÍN, T. y SEIZ PUYUELO, M., *Op. cit.*, p. 25.

reforma de 2015, la situación del progenitor biológico no custodio se ha visto favorecida, al haber desaparecido la convivencia con los hijos como factor determinante de la mayor o menor cuantía de la indemnización básica de los padres.

Ciertamente, como pronostica Mariano Medina,¹⁹ es de prever que los obligados al pago de la indemnización intenten jugar con los conceptos en su provecho; de modo que, en caso de padre biológico ausente o premuerto, postulen que el padrastro no era un padre funcional, sino un allegado, y, cuando ha de reconocerse al padre biológico como perjudicado, quieran negar al padrastro la condición de allegado.

3.3.3.- Concurrencia de un progenitor biológico y funcional no conviviente con otro solo funcional y conviviente

A) Planteamiento: ¿unicidad o dualidad de perjudicados resarcibles?

En cualquier caso, el problema más difícil se suscita cuando tanto el progenitor biológico apartado de la convivencia diaria como el padrastro o madrastra actúan ambos, cada uno en su momento y en su ámbito, como verdaderos padres funcionales concurrentes. Estas son las auténticas “familias dobles” en el sentido que nos interesa, una realidad social que se constata cuando vemos niños que, con el mayor desparpajo, dicen tener “dos papás y una mamá” (o a la inversa).

Como punto de partida, no cabe duda de que en este género de supuestos tanto el progenitor funcional y biológico como el solo funcional son perjudicados y tienen derecho al resarcimiento como tales progenitores. A pesar de lo que pueda sugerir su lectura literal, sería inicuo interpretar el artículo 62.3 de la Ley en un sentido tal que limitase el reconocimiento del parentesco funcional a los casos de inexistencia, premoriencia o abandono del correspondiente pariente biológico. El absurdo de esta interpretación se evidencia sin más que reparar en que a nadie se le ocurriría sostenerla tratándose de hermanos o hijos funcionales.

De esta suerte, hay que interpretar el concepto legal de pariente funcional con un contenido bímembre: por un lado aquellas personas que, de hecho y de forma continuada, ejercen las funciones del parentesco en sustitución del correspondiente pariente biológico que por inexistencia o incumplimiento no las ejerce; por otro, las personas que, con esa misma nota de continuidad, asumen la posición de un pariente de una categoría determinada,

aunque no tengan el vínculo de sangre correspondiente a esa categoría.

Si el primer inciso del precepto apunta inequívocamente, por su implícita referencia a las funciones tuitivas, a padres y ascendientes funcionales, el segundo se dirige preferentemente a hijastros y hermanastros, pero no hay razón para limitarlo a esas categorías. La tesis de que la posición del padre o la madre es única y solo puede ser asumida por un progenitor funcional en defecto del correspondiente progenitor biológico no es más que una petición de principio (porque da por sentada, sin justificarla, la premisa de esa unicidad) y un desconocimiento de la realidad social, en el que acaso pueda latir un prejuicio de raíz ideológica, vinculado a una concepción tradicional de la familia.²⁰

Debe admitirse, empero, que la concurrencia en un plano de igualdad entre un progenitor biológico y otro solo funcional es un supuesto poco frecuente, incluso dentro del ámbito de las familias reconstituidas, y en cierto sentido anómalo; de modo que esta situación deberá ser probada por quien la alegue, frente a la regla general que hemos enunciado antes, esto es, el reconocimiento de la condición de progenitor solo al biológico que sigue ejerciendo como tal, quedando el nuevo cónyuge o pareja del otro progenitor relegado, en su caso, a la condición de mero allegado del hijo fallecido.

B) Cuantía indemnizatoria en los casos de concurrencia: ¿duplicación o distribución?

En los supuestos excepcionales en que haya de reconocerse la condición perjudicial de progenitor tanto al biológico como al funcional se plantea todavía la cuestión de la cuantía indemnizatoria que habrá de corresponder a cada uno. Aunque el principio del perjuicio propio e individual que consagra

²⁰ La tesis que aquí se asume es también, cómo no, la de Mariano Medina, *El resarcimiento...* cit., pp. 85-87. La que se critica, de ÁLVAREZ MENÉNDEZ, Pilar: “Indemnización por causa de muerte”, en AA.VV., *El nuevo sistema de valoración del daño personal (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*, Comares, Granada, 2017, pp. 148-149. Esta autora solo admite que en los casos de concurrencia entre el padre biológico y funcional y el solo funcional el segundo pueda tener la condición de perjudicado como mero allegado, si cumple los requisitos legales.

Más groseramente, el Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, p. 31, aunque advierte la duplicidad de figuras abarcadas en el concepto legal de perjudicado funcional, afirma, quizá por precipitación o descuido de redacción, que “con ambas modalidades [...] se positiviza la figura del perjudicado funcional por sustitución del perjudicado tabular” (énfasis añadidos).

Por mi parte, la honradez intelectual me impele a reconocer que en mis primeros trabajos sobre la versión original del sistema me incliné por la incompatibilidad entre la legitimación resarcitoria del progenitor biológico y del funcional; pero abandoné esta posición al menos desde 2004.

¹⁹ *El resarcimiento de los perjuicios personales...* cit., p. 160, n. 211.

la reforma del sistema apuntaría a favor de reconocer a cada uno de los progenitores concurrentes la indemnización total asignada a esta categoría, esa duplicación chocaría con los presupuestos contemplados por la norma al establecer la cuantía asignada a los progenitores y, sobre todo, con la realidad de que, por definición, ninguno de los dos concurrentes ejercía en plenitud la función parental, que se distribuía entre ambos. Por ello entiendo preferible acudir a un criterio distributivo, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 63.4 de la ley para los supuestos de concurrencia de cónyuges o parejas de hecho.²¹ De este modo, a un supuesto excepcional de concurrencia de perjudicados de la misma categoría se le da una solución también excepcional, basada en el tratamiento que da la ley a otro supuesto excepcional del mismo género.

Ahora bien: la aplicación analógica del artículo 63.4 a estos supuestos no conduce mecánicamente a atribuir a cada uno de los dos progenitores concurrentes la mitad de la indemnización correspondiente al padre o madre.²²

En primer lugar, no debe olvidarse que, de no haberse apreciado esa plena paridad de funciones parentales, el progenitor no biológico, supuesto el requisito de convivencia quinquenal con la víctima, habría recibido en todo caso la indemnización correspondiente a la categoría de allegado. No tendría sentido, entonces, que el hecho de que su relación con el hijo de su pareja fuese tan intensa como para convertirlo en progenitor funcional, concurriendo con el biológico, sirviese de pretexto para una reducción del montante indemnizatorio total atribuido a ambos. Sería una paradoja inadmisibles que un siniestro mortal con un progenitor biológico y un cónyuge no progenitor allegado recibiese una indemnización mayor que otro con un progenitor biológico y otro

²¹ En cambio, por estricta observancia del principio del perjuicio propio y capital, Mariano Medina se pronuncia por la solución de atribuir la indemnización íntegra a cada uno de los progenitores concurrentes. *El resarcimiento...*, cit., pp.85-91. Así lo he sostenido yo también en trabajos anteriores sobre el sistema previo a la reforma de 2015 (aunque postulando un factor reductor para el progenitor no biológico, por esa misma condición y por el menor tiempo de convivencia con la víctima); acudiendo, para encajar esta duplicación en el sistema, a una de las circunstancias excepcionales que preveía la regla séptima de las generales del sistema, excepcionalidad que en este caso radicaría en la composición del núcleo familiar del fallecido. Pero, a mi juicio, la configuración de los perjuicios excepcionales en el actual artículo 77 de la Ley solo permite incrementar, hasta un máximo de un 25%, la indemnización básica de un perjudicado concreto, no reconocer perjudicados no subsumibles en el parentesco funcional ni alterar la estructura de asignación de las indemnizaciones básicas.

²² Como entiende, en el lugar citado en la nota anterior, Mariano Medina.



funcional concurriendo en la misma posición parental. Así pues, cuando el progenitor solo funcional cumple la exigencia de convivencia quinquenal, la cantidad a distribuir entre él y el progenitor biológico y funcional ha de ser la suma de la indemnización asignada a un progenitor y a un allegado.

En segundo lugar, el artículo 63.4 parte, ciertamente, de la distribución de la indemnización a partes iguales entre los viudos concurrentes (por lo general, uno de hecho y otro de derecho), pero no deja de discriminar entre ellos en función del tiempo de convivencia con la víctima,



aunque solo en relación con el incremento establecido a partir de los quince años. Del mismo modo, parece lógico tener en cuenta que, en estos supuestos de concurrencia de progenitores, el biológico habrá mantenido la relación afectiva y ejercido sus funciones parentales durante toda la vida del hijo fallecido, mientras que, salvo supuestos infrecuentes, el progenitor solo funcional se habrá incorporado a la vida de la víctima en algún momento posterior. Entiendo, por ello, que el total montante indemnizatorio (incluido, según lo dicho, el correspondiente a un allegado, en su caso) ha de distribuirse entre ambos *pro rata temporis*, en función de

los años de duración de la respectiva relación con la víctima.

Cabría todavía plantearse si al progenitor biológico no debería atribuírsele en estos casos un *plus* indemnizatorio respecto al meramente funcional, en atención a que solo el primero sufre por la muerte de su hijo el perjuicio, que podemos llamar genético, consistente en la pérdida de oportunidad -aunque sea solo parcial, si le quedan otros hijos- de transmitir sus genes hacia el futuro; lo que no es más que un modo de primar la paternidad biológica, los vínculos de sangre, sobre la solamente funcional. Pero

esta discriminación, que en algún momento he sostenido, no encuentra base en que apoyarse en el sistema legal y chocaría con la absoluta equiparación de los hijos adoptivos con los biológicos, que, con buen criterio, la versión vigente del baremo, a diferencia de la inicial, ni siquiera considera necesario explicitar.

C) *La indemnización del hijo por muerte de alguno de sus progenitores concurrentes*

Añadamos, por otra parte, que la concurrencia de progenitor biológico y progenitor solo funcional no plantea problemas concursales cuando fallece uno de ellos, pues tanto en uno como en otro caso los hijos deben recibir la indemnización íntegra por el fallecimiento del padre, sea el biológico o el funcional.²³ Claro está que en estos supuestos es muy probable que los obligados al pago aleguen, si el fallecido era el padre biológico, que había perdido su relación con el hijo supérstite; y, si lo era el funcional, que no era tal, sino un mero allegado. Pero eso es un problema puramente probatorio.

3.3.4.- Familias reconstituidas y perjuicio particular por pérdida del hijo único

Las familias reconstituidas plantean también algún problema para la aplicación del perjuicio particular por fallecimiento del hijo único, que es la formulación más correcta que la Ley 35/2015 da al factor corrector que la versión inicial del baremo denominaba, demasiado sintéticamente, “víctima hijo único” y que en la vigente supone un incremento fijo del 25% de la indemnización básica que, según la edad del hijo fallecido supere o no los treinta años, corresponde al progenitor.²⁴

No cabe duda, desde luego, de que en este tipo de familias el perjuicio particular debe apreciarse, dándose su presupuesto, no solo en el progenitor biológico, sino también, por identidad de razón, en el cónyuge o pareja de este que haya visto reconocida su condición de progenitor funcional; pues en ese caso tan hijo único era la víctima del progenitor biológico como del solo funcional, ya que ambos mantenían con ella la misma relación paterno-filial y en ambos se da la misma mayor

aflicción por la pérdida del único descendiente.²⁵

No será infrecuente en las familias reconstituidas que la víctima fuera hijo único solo de uno de los cónyuges o miembros de la pareja, pero no del otro, por tener este descendientes de otra unión. En tal caso, parece lógico, en principio, entender que el perjuicio particular solo puede ser apreciado en aquel de los progenitores, sea biológico o funcional, que ha perdido a su único hijo, y no en el otro, al que le quedan hijos supérstites.²⁶

Sin embargo, este criterio, con parecer tan evidente en una primera aproximación, solo me parece correcto cuando el hijo único fallecido lo era de una unión anterior a la actual y hay hijos supérstites de esta. En cambio, me parece hartamente discutible en el supuesto de fallecimiento del único hijo común de la nueva pareja, especialmente cuando la edad de los progenitores impide o dificulta que puedan tener más descendencia, aunque uno de ellos, o ambos, la tengan de uniones anteriores. En estos casos, la equidad y el fundamento resarcitorio del perjuicio particular me parece que deben llevar a su reconocimiento, porque la muerte de ese hijo común produce en sus dos progenitores la especial angustia y desolación que justifica la indemnización complementaria.²⁷

Piénsese, como ejemplo extremo, en el caso, que tiene nombres y apellidos en la vida real, de un varón sexagenario, divorciado hace muchos años y con un hijo mayor de edad, que quedó con su madre tras la ruptura y al que apenas ve, que rehace su vida afectiva con una mujer ya en la cuarentena, también divorciada y con hijos mayores, que hacen vida independiente; ambos deciden tener un fruto tardío de su

²³ Así lo precisa Mariano Medina, *El resarcimiento...*, cit., p. 90 n. 115.

²⁴ En la redacción del baremo anterior a la reforma de 2015 el funcionamiento de ambas indemnizaciones era el inverso. La básica era fija con independencia de la edad del hijo, tanto da si los padres eran perjudicados primarios o secundarios (solo en el primer caso se distinguía en función de la convivencia) y, en cambio, el factor complementario por “víctima hijo único” se articulaba en cuantía variable según tres tramos de edad del fallecido (hasta 18, de 18 a 25 y de 25 en adelante).

²⁵ Vigente la versión anterior del sistema, la sentencia de la Sección 3.^a (penal) de la Audiencia de Córdoba 141/2012, de 23 de abril, (FJ. 3.^o) reconoció la aplicabilidad analógica del perjuicio particular por pérdida del hijo único a los progenitores solo funcionales; aunque en este caso no se trataba de una familia reconstituida, sino ampliada por el acogimiento desde su más tierna infancia de una sobrina huérfana por parte de sus tíos, que no tenían hijos propios.

Igualmente, ya para el nuevo sistema, el Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial señala que el complemento de indemnización “corresponde también a quienes no siendo padres biológicos tengan la condición de padres funcionales” (p. 38).

²⁶ Así viene afirmándolo, sin los distinguos que enseguida se verán en el texto, Mariano Medina desde su primer libro sobre el baremo: *La valoración legal del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 412. Lo mismo sostiene, con el mismo carácter absoluto y apodíctico, en su estudio de la versión vigente del sistema: *El resarcimiento*, cit., p. 229.

²⁷ No lo entendió así, sin embargo, la sentencia de la Sección 2.^a (penal) de la Audiencia Provincial de Málaga 131/2001, de 27 de marzo, que, estimando el recurso de la aseguradora, dejó sin efecto para la madre el factor corrector por “víctima hijo único” que el Juzgado de Instrucción había aplicado a ambos progenitores por la pérdida de su único hijo en común, que era único en términos absolutos para el padre, pero no para la madre, que tenía hijos de una unión anterior.

unión y, tras no pocas dificultades y con el riesgo consiguiente para una gestante madura, tienen una hija común, a la que, por supuesto, adoran y miman con el previsible exceso. Si esta niña muere atropellada -y aquí el ejemplo se separa, por fortuna, del caso real-, ¿sería justo y adecuado privar a ambos progenitores del resarcimiento de su perjuicio particular, cuando han perdido al único y trabajoso fruto de su unión, careciendo ya de oportunidades de tener otro, y cuando no tienen prácticamente relación con los hijos de sus respectivos matrimonios anteriores?

Tan convencido estoy de la injusticia de limitar el resarcimiento a la indemnización básica en casos como este que, si se me pudiera convencer de la inaplicabilidad técnica del perjuicio particular por fallecimiento del hijo único, acudiría de inmediato a la apreciación de un perjuicio excepcional, que puede llegar igualmente al 25% de la indemnización básica.

4.- CONCLUSIÓN

1.- Es indudable que el sistema legal de indemnizaciones por causa de muerte en accidente de circulación sigue estando basado, también tras la reforma de 2015, en la delimitación del círculo de perjudicados sobre la base de la familia nuclear tradicional, con la sola extensión, ya desde la versión inicial del baremo, a las familias no basadas en el matrimonio, sino en la pareja de hecho.

2.- La reforma de 2015 solo ha tomado en consideración las formas emergentes de familia en una medida muy pequeña y marginal, con la introducción de la categoría perjudicial de los allegados y con la referencia a la monoparentalidad que supone el reconocimiento del perjuicio particular por fallecimiento del progenitor único. En cambio, la omisión de cualquier regulación relativa a padrastros y hermanastros, por un lado, y al progenitor no custodio y su eventual concurrencia con el cónyuge no progenitor, por otro, pese a la notable extensión del nuevo texto articulado, demuestra lo limitado de la concepción de familia que se ha manejado.

3.- Pese a lo anterior, la mayor parte, si no la totalidad, de los problemas indemnizatorios que plantean las nuevas formas de familia pueden ser resueltos de forma satisfactoria, dentro de los límites impuestos por el propio sistema, con una interpretación flexible de sus normas, facilitada por su superior calidad tras la reforma, aplicando los criterios hermenéuticos aceptados para cualquier otra norma jurídica, muy en especial la analogía y la interpretación conforme a la realidad social.

4.- En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que ninguno de los nuevos tipos de familia que aquí se han examinado

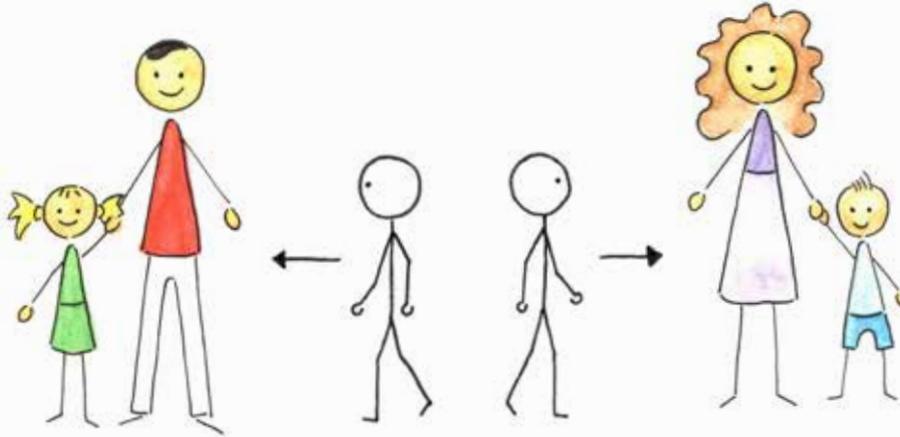
puede considerarse como una categoría homogénea cuyos supuestos puedan resolverse mediante la aplicación apriorística de normas generales; siendo menester, por el contrario, una atención muy precisa a las particularidades de las relaciones familiares en cada caso, de prueba no siempre fácil, so pena de incurrir en infra o sobrerresarcimiento. En este sentido cabe decir, parafraseando el célebre comienzo de *Ana Karenina*, que a los efectos indemnizatorios todas las familias tradicionales se parecen, pero las familias no convencionales lo son cada una a su manera.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

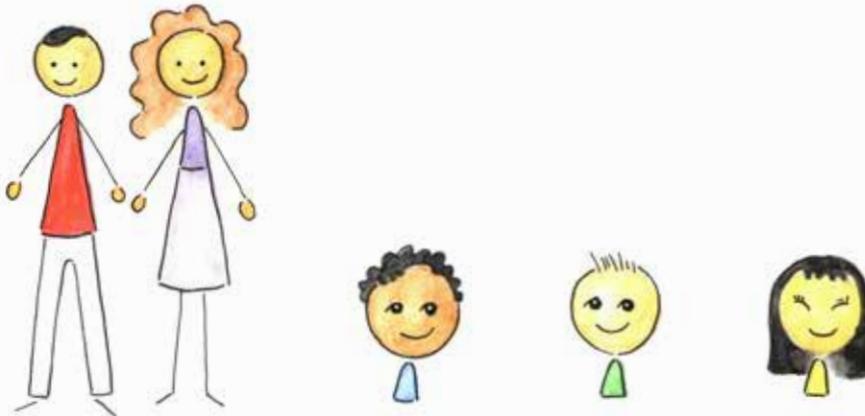
- ALBERDI, Inés, *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999
- ÁLVAREZ MENÉNDEZ, Pilar: "Indemnización por causa de muerte", en AA.VV., *El nuevo sistema de valoración del daño personal (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*, Comares, Granada, 2017, pp. 145-218.
- CASTRO MARTÍN, Teresa, *Maternidad sin matrimonio; nueva vía de formación de familias en España*. Fundación BBVA, Madrid, 2007.
- CASTRO MARTÍN, Teresa. y SEIZ PUYUELO, Marta, *La transformación de las familias en España desde una perspectiva sociodemográfica*, Fundación FOESSA, 2014.
- DE KAA, Dirk J. van, "Europe's Second Demographic Transition", *Population Bulletin*, 42 (1), marzo 1987, pp.1-59, Washington DC., Population Reference Bureau.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial*.
- MEDINA CRESPO, Mariano, *La valoración legal del daño corporal. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95*, Dykinson, Madrid, 1997.
- MEDINA CRESPO, Mariano, *Daños personales y Carta Magna*, Dykinson, Madrid, 2003.
- MEDINA CRESPO, Mariano, *El resarcimiento de los perjuicios personales causados por la muerte en el nuevo baremo*, Bosch, Madrid, 2015.
- MEDINA CRESPO, M, *El nuevo baremo de tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*, Bosch, Madrid, 2017.

- REHER, David Sven, "Family Ties in Western Europe: Persistent Contrasts", *Population and Development Review*, vol. 24, n.º 2 (junio 1998), pp. 203-234.

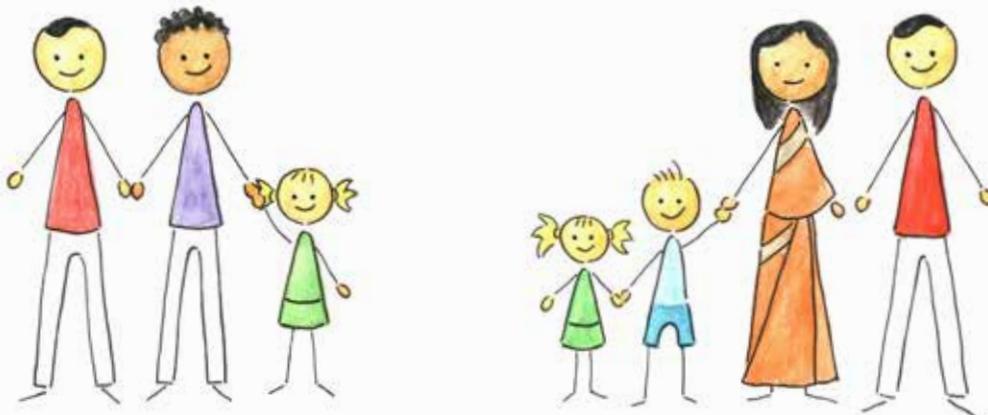
- RIVAS RIVAS, Ana M.ª, "Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las recomposiciones familiares". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 26, núm. 1, 2008, pp. 186-187.



Hay familias que se separan y vuelven a crear nuevas familias



Hay familias que adoptan niños



Familias de distintas nacionalidades



La pérdida de oportunidad. Tratamiento jurídico

José Domingo Monforte
Abogado

Sumario

- 1.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.
- 2.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INCERTIDUMBRE CAUSAL.
- 3.- LA SOLUCIÓN INDEMNIZATORIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA.
- 4.- CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL.
- 5.- DERECHO EUROPEO:
JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL GENERAL.
- 6.- ACCIONES “WRONGFUL BIRTH” Y DE “WRONGFUL LIFE”.
- 7.- CONCLUSIÓN.

1.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.

Si algo caracteriza a la llamada “pérdida de oportunidad” es la **incertidumbre**. Con acierto, Yzquierdo Tolosa nos enseña que en la pérdida de oportunidad se da la aparentemente contradictoria confluencia de dos elementos: la **certeza** de que si no se hubiese producido el hecho dañoso el perjudicado habría mantenido la esperanza en el futuro de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; y la **incertidumbre** definitiva de lo que habría sucedido si no se hubiese producido el evento. Observamos cómo está presente siempre el tiempo del verbo condicional ¿Se habría...?

Los orígenes en la construcción doctrinal de la pérdida de oportunidad podemos encontrarlos en los sistemas jurídicos francés (*perte d'une chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*), entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en el que comenzó a formar parte del derecho de daños, coincidiendo en el tiempo con la aparición en el terreno de las ciencias sociales de las llamadas teorías del riesgo.

Oportunidad, del latín *opportunitas*, hace referencia a lo conveniente y a la confluencia de un espacio y un periodo temporal apropiado para obtener un provecho o cumplir un objetivo. Se denomina oportunidad al momento oportuno, cierto, exacto para realizar o conseguir algo. Volviendo a su etimología, la palabra oportunidad es de origen latín (*opportunitas*), formada por *op* que significa «antes», y *portus* que expresa «puerto», es decir, “delante del puerto” y es una frase que explica las diversas opciones que tiene un marinero o un navegante al momento de llegar a un puerto seguro, de hacer cosas o actividades, y saber aprovecharlas porque no sabe cuánto tiempo puede durar nuevamente navegando en el mar.

Precisamente la certeza de la oportunidad perdida es lo que abriga la incerteza del cálculo probabilístico de lo que hubiera podido ocurrir.

Construcción jurisprudencial que ha tenido respaldo normativo como factor de consideración, integrando el art. 163 del Código Europeo de Contratos la pérdida de oportunidad de ganancia como parte del lucro cesante en supuestos de incumplimiento del contrato. Si bien durante largo tiempo la pérdida de oportunidad no tuvo cabida en el derecho de daños de los Estados miembros, ni tampoco en el del derecho de Estados terceros, como puede ser el caso de los Estados de la tradición del *common law*, o los Estados de influencia europeo-continental, como en el caso de América latina, por el nivel de inseguridad jurídica que provocaba.

Actualmente, como luego desarrollaremos, ha sido reconocida la pérdida de oportunidad como daño material indemnizable, integrada en

los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

2.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA INCERTIDUMBRE CAUSAL.

La incertidumbre causal ha sido tratada y desarrollada jurisprudencialmente por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, la cual concentra y condensa los requisitos para considerar la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en:

1.- Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma encierre un componente aleatorio.

2.- Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento.

3.- El perjudicado debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir, debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, en el momento del hecho dañino, en una situación fáctica y jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba. Xiol Ríos lo trata desde la incerteza causal; su virtualidad, afirma, se limita a determinados supuestos en los que el nexo de causalidad se presenta con un grado de probabilidad razonable pero no suficiente para tener por producido el resultado dañoso consistente en la pérdida de un beneficio o para atribuirlo al agente. Lo que De Ángel viene a denominar como “cursos causales no verificables”.

Zannoni relata el supuesto fallado por la Suprema Corte de Buenos Aires de 26 de Junio de 1965: Un vendedor ambulante de loterías vendía desde hacía muchos meses un mismo número completo a un mismo señor, que lo tenía reservado. Ese número, adquirido semana a semana por el mismo comprador, y que resultó premiado, no había podido venderse en un determinado sorteo, pues por un error de la administración provincial de lotería se había enviado a otra administración, que lo devolvió ya sin tiempo para su venta. El billete fue incinerado con el resto de los números no vendidos, y el infortunado caballero demandó a la administración de lotería de la provincia de Buenos Aires. El Tribunal entendió que no había responsabilidad: ¿y si el billete hubiese sido vendido a un tercero? ¿estaba acaso obligada la agencia a entregar ese número al vendedor ambulante y éste a venderlo a esa persona y nada más que a ella? Hubo, eso sí, voto disidente: “*Al haber salido sorteado el número con el premio mayor, el daño resulta tan cierto como en el caso de un concurso en que el concursante era el único que reunía sin disputa las condiciones exigidas, o como en el supuesto del ganador de una carrera que por un hecho ilícito anterior de un tercero es descalificado con posterioridad*”.



La Corte de Casación francesa, en un fallo de 9 de abril de 2009, concluye categóricamente: *“La reparación de la pérdida de una chance debe efectuarse en la medida de la chance perdida y no puede ser equivalente al beneficio que habría procurado esta chance si ella se hubiese realizado”*.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado también en relación al curso o nexo causal no verificable, siendo significativa la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 18 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8530) al declarar que: *“basta la certidumbre manifiesta de que el conjunto de circunstancias han repercutido en el daño sufrido para estimar responsabilidad”*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 marzo de 2018 viene a mantener que en la pérdida de oportunidad hay una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento y, como afirma

la Sentencia de 21 de diciembre de 2012, RC 4229/2011, *« que existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma»*.

Conviene recordar que se trata de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional, resultante de las cláusulas generales de responsabilidad («un régimen especial de imputación probabilística», atendiendo a lo establecido por la Sala Primera de este Tribunal: Sentencia de 16 de enero de 2012).

3.- LA SOLUCIÓN INDEMNIZATORIA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA.

Siguiendo en el ámbito de la responsabilidad médica, la pérdida de oportunidad se desenvuelve en el terreno siempre resbaladizo del daño moral por la desazón, angustia, zozobra... situación anímica que provoca en la víctima la pérdida de

oportunidad de vida o de curación. La STS de la Sala Contenciosa Administrativa de 22 de Mayo de 2012, con cita de la de 19 de Octubre de 2011 de la misma Sala, dice que: «*la llamada «pérdida de oportunidad» se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuyente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo».* La STS de 18 de Julio de 2016, de la propia Sala de lo Contencioso Administrativo, añade que: «*Es sabido que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación, cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación».*»

4.- CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO EN LA JURISDICCIÓN CIVIL.

En materia de responsabilidad profesional, se exige la existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Así, cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada, pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades-SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006-.

El daño por pérdida de oportunidad es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte que resulte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1.101 CC.

El juicio de imputabilidad en que se funda

la responsabilidad del Abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, 26 de febrero de 2007, entre otras).

Un cálculo probabilístico que obliga como dice la Sentencia de 11 de Noviembre de 1997-a hacer un “juicio dentro del juicio” que permita, en ausencia del principio de contradicción, valorar cuánto vale, verosímelmente, la oportunidad perdida, el fondo del litigio. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2011, hay que urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada, un juicio hipotético del éxito de la oportunidad perdida, es decir, de las consecuencias que, para la posición del reclamante, hubieran provenido de su aprovechamiento, calibrando su repercusión procesal, a los efectos de la cuantificación del daño sufrido para garantizar la indemnidad de la víctima.

Al juicio de probabilidad cualificada también se ha recurrido en la valoración del porcentaje de éxito de la asistencia médica. La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 (RJ 200\2322) aplica este criterio pronunciándose en los términos siguientes: “*el Tribunal a quo ha estimado que la relación de causalidad no existe con la muerte sino con la pérdida de expectativas, descartando para ello el recurso a las presunciones»* y con ello incurre en la presunción de que el perjuicio es equivalente a la probabilidad estadística de supervivencia, esto es, que entre el porcentaje de probabilidades de éxito de la intervención omitida y el perjuicio real causado, o entre aquél y la valoración de tal perjuicio, no existe enlace preciso y directo que permita reducir mediante presunciones al 20% ni el perjuicio (la muerte, el daño moral causado a los demandantes) ni la indemnización correspondiente”.

Sentencias precedentes a la previamente comentada ya habían aplicado el juicio probabilidad cualificada que lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2005 (ponente: Sr. Martínez-Calcerrada Gómez), la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002 (Ponente: Sr. Cobal Fernández), en la que se declara: “*El resultado lesivo (parálisis cerebral) que sufre el recién nacido tiene por causa un sufrimiento fetal agudo, lo que constituye un hecho indiscutible. Y tal sufrimiento tiene su causa en una encefalopatía hipóxico-isquémica*»

producida por un periodo expulsivo prolongado, y esta precisión es la que constituye un juicio de probabilidad cualificado, que adquiere plena certeza procesal ante la conducta de inactividad o pasividad probatoria de la referida parte demandada”.

5.- DERECHO EUROPEO: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL GENERAL.

La pérdida de oportunidad forma parte de los referidos «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros» que, en el sentido del artículo 340 TFUE, apartado 2, la encontramos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, a lo largo de los últimos años, se observa una muy evidente tendencia hacia el reconocimiento del carácter indemnizable de una pérdida de oportunidad. Se trata de un avance realizado con cautela y principalmente sectorial, cuyas líneas generales son expuestas en las conclusiones del Abogado General –Cruz Villalón– en el caso de Jean-François Giordano contra la Comisión Europea, en los términos siguientes:

El ámbito en el que la pérdida de oportunidad ha encontrado un reconocimiento expreso y reiterado es el de la función pública de la Unión. En efecto, y con carácter general, desde la Sentencia Comisión/Girardot, el Tribunal de Justicia ha avalado una jurisprudencia del Tribunal General en virtud de la cual la pérdida de oportunidad, en el terreno específico del contencioso de la función pública y por tanto sobre la base del artículo 270 TFUE, constituye un daño indemnizable «real y cierto». Asimismo, tal daño no tiene carácter inmaterial o moral, sino material.

Los hechos del asunto Girardot son muy representativos, pues se trataba de una trabajadora contratada como agente temporal, excluida de un concurso interno de reserva por falta de cumplimiento de los requisitos preceptivos. Con posterioridad, la recurrente se presentó a varios puestos en la misma institución, de cuyos procedimientos de selección fue excluida por no formar parte del personal estatutario. Por tanto, de haber superado el referido concurso interno de reserva, la recurrente habría cumplido las condiciones para presentarse al segundo concurso.

En su Sentencia de 31 de marzo de 2004, el Tribunal General declaró la ilegalidad de la primera exclusión de la recurrente y entendió, a continuación, en sentencia interlocutoria, que dicha exclusión ilícita había privado a la recurrente de la oportunidad de presentarse a un ulterior concurso. De hecho, la recurrente había presentado su candidatura para nueve de los puestos ofertados en el segundo concurso. El Tribunal General consideró que se había privado injustificadamente a la recurrente de una oportunidad seria de haber obtenido

uno de los referidos puestos de trabajo. En su sentencia de casación, el Tribunal de Justicia avaló el planteamiento del Tribunal General.

En el punto 115 de la sentencia en el asunto Girardot, el Tribunal General afirma lo siguiente: *“no cabe considerar como indudable que, al cabo de la primera fase del procedimiento de provisión de vacantes que prevé el artículo 29, apartado 1, del Estatuto, la Comisión [...] habría seleccionado alguna de las candidaturas de la Sra. Girardot ni, por consiguiente, que esta última tuviera todas las posibilidades de que se le atribuyera un contrato de agente temporal [...] Cabe considerar, sin embargo, que la Sra. Girardot tenía, en cualquier caso, una oportunidad seria al respecto, de la que se vio privada en razón del rechazo de sus diversas candidaturas por parte de la Comisión, sin que dicha institución hubiera acreditado haber efectuado el correspondiente examen”.*

Esta afirmación es la base sobre la que se funda la constatación de que la Sra. Girardot sufrió un daño indemnizable, daño cuya cuantificación no equivale al importe de los ingresos que habría recibido como agente temporal, sino aplicándole, decidiendo el Tribunal General *ex aequo et bono*, un coeficiente multiplicador del 0,5 a dicho importe. El Tribunal de Justicia avaló expresamente el sistema de cálculo ideado y aplicado por el Tribunal General.

Una línea argumentativa similar, pero esta vez ya en el terreno del artículo 340 TFUE, párrafo segundo, puede observarse en la jurisprudencia relativa a la contratación pública de la Unión. En aquellos supuestos en los que un licitador es excluido ilícitamente de un contrato público convocado por una Institución de la Unión, puede resultar imposible reabrir el procedimiento de licitación. En estas circunstancias, el Tribunal General ha reconocido en varias ocasiones que el licitador excluido tiene derecho a reclamar una indemnización correspondiente «a la pérdida de oportunidad de resultar adjudicatario del contrato», así como en el supuesto de poderse acreditar con certeza que el licitador debía haber resultado adjudicatario, el lucro cesante. El Tribunal General ha destacado reiteradamente «la posibilidad de conceder un valor económico a la pérdida de la oportunidad de resultar adjudicatario».

De lo anterior se desprende que tanto en el terreno de la función pública como el de la contratación pública de la Unión, una pérdida de oportunidad seria, a consecuencia de un acto ilícito, constituye un daño material indemnizable. Esta afirmación aún no se ha extendido con carácter general al Derecho de daños de la Unión, pero en algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia se observa que la noción no es, en absoluto, extraña a la práctica jurisprudencial general de la institución.

Lo primero que debe destacarse es una línea de jurisprudencia temprana del Tribunal de Justicia, de mediados de los años setenta, donde se afirma con claridad que el requisito del daño «cierto» no puede referirse a una certeza absoluta. Esta afirmación no es casual, pues se formula con el propósito de distinguir los requisitos de la acción de responsabilidad de los artículos 34 y 40 del Tratado CECA de los que regían el Tratado CEE, estos últimos más generosos. Al reconocer que el daño debe ser «cierto» pero no con absoluta precisión, el Tribunal de Justicia pretendía ser coherente con el enunciado más amplio del antiguo artículo 215 CEE. Ahora bien, dicha precisión no tendría un impacto directo en la situación concreta de los recurrentes, pues la formulación aparecía en el apartado relativo a la admisibilidad del recurso.

Así sucedió igualmente en varios asuntos a lo largo de los años setenta y ochenta, donde el Tribunal de Justicia relajaba el requisito relativo al carácter «cierto» del daño con el fin de constatar el interés del recurrente a efectos de la legitimación para, más adelante, al enjuiciar el fondo, desestimar el recurso debido a la ausencia de un acto ilícito.

Asimismo, en otros asuntos, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter «cierto» del daño en el análisis del fondo, con un planteamiento similar al descrito en el apartado anterior. Así, en el asunto Ireks-Arkady/Consejo y Comisión el Tribunal de Justicia declaró la responsabilidad de la Comunidad como consecuencia de la supresión de las restituciones a la producción de *quellmehl*. Esta supresión se había declarado previamente ilegal, por contraria al principio de no discriminación, en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Ruckdeschel y otros, pues se consideró que existía una diferencia de trato injustificado entre el *quellmehl* y el almidón hinchado. Aunque el Consejo volvió a establecer las restituciones a la producción de *quellmehl*, ello se hizo con efecto retroactivo a partir de la fecha de la ya citada sentencia Ruckdeschel y otros.

Es así cómo, conociendo de un recurso de responsabilidad extracontractual, interpuesto con posterioridad a la sentencia Ruckdeschel por los productores de *quellmehl*, el Tribunal de Justicia declaró en el asunto Ireks-Arkady/Consejo y Comisión que el Consejo sobrepasó de modo grave y manifiesto los límites que debe respetar al ejercer sus facultades discrecionales. En opinión del Tribunal de Justicia, el origen del perjuicio alegado por la demandante se encontraba en la supresión, por parte del Consejo, de las restituciones que deberían haber sido abonadas a los productores de *quellmehl* entre la fecha de la retirada de las restituciones y la fecha de publicación de la sentencia Ruckdeschel y otros. Y aunque en su decisión deja constancia de la dificultad que conllevaría

la cuantificación precisa de dicho daño, el hecho de que éste no fuera categóricamente cierto no supuso obstáculo alguno a la hora de declarar la responsabilidad de la Comunidad.

El razonamiento de la Sentencia Ireks-Arkady/Consejo y Comisión no se encuentra aislado en la jurisprudencia. Más recientemente, en el asunto Agraz y otros/Comisión, el Tribunal de Justicia se enfrentaba a un supuesto en el que se discutía si la discrecionalidad de la que disfrutaba la Comisión a la hora de fijar el precio mínimo y el importe de la ayuda para los productos transformados a base de tomate para la campaña 2000/2001 impedía considerar que el perjuicio sufrido por los productores de dichos productos en varios Estados miembros fuera «cierto». En dicho asunto la Comisión no había tenido en cuenta el precio de los tomates chinos en el momento de fijar el importe de las ayudas, factor exigido por la normativa europea en la materia. El Tribunal de Primera Instancia declaró la ilegalidad del Reglamento por el que se determinaba el importe de las ayudas, al considerar que éste incurría en un vicio esencial de forma por el motivo antes señalado. Sin embargo, puesto que la discrecionalidad de la Comisión en la fijación del importe de las ayudas es muy amplia, el Tribunal de Primera Instancia consideró que no se trataba de un daño «cierto».

En la Sentencia Agraz y otros/Comisión el Tribunal de Justicia se apartó de la solución acordada por el Tribunal de Primera Instancia y consideró que el daño sufrido por los productores de tomates era, en efecto, «cierto». En palabras del propio Tribunal de Justicia, *“lejos de ser hipotética o puramente eventual, la existencia del perjuicio invocado por las recurrentes es incontestable. Además, a pesar de que subsiste una incertidumbre respecto de su cuantificación exacta, este perjuicio puede valorarse económicamente.”* El Tribunal de Justicia no consideró relevante el hecho de que no hubiera dificultades para dar salida a la producción comunitaria durante la campaña del año en curso, ni que el sistema de gestión planificada hubiera permitido garantizar una comercialización de la producción del tomate durante la campaña. Al haberse fijado un importe de ayudas contrario a Derecho, los productores de tomate de varios Estados miembros se vieron privados de la posibilidad de comercializarlo en términos más favorables. Esta circunstancia, sin perjuicio de que la cuantificación del daño no fuera absolutamente cierta, permitía a los recurrentes, según el Tribunal de Justicia, reclamar la reparación de un daño material indemnizable.

Del análisis precedente se deduce que la pérdida de oportunidad no es sólo una prerrogativa indemnizatoria en manos del personal de las Instituciones, sino que se perfila como una categoría autónoma con

ramificaciones en varias áreas del Derecho de la Unión. Si a ello se suma que se trata de una categoría presente en un amplio número de Estados miembros, no resulta forzado afirmar que la pérdida de oportunidad, en tanto que elemento integrante del daño indemnizable, se integra en los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros», tal como exige el artículo 340 TFUE, párrafo segundo.

El reconocimiento de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia tratada se admite con cierta cautela y condicionada al cumplimiento de las siguientes premisas:

1. La pérdida de oportunidad debe ser «seria», tal como destaca la sentencia Girardot. Aunque existen diversas técnicas de medición de probabilidad, el Tribunal de Justicia debe optar por un criterio basado en la existencia sólida de una desventaja futura. En todo caso, la pérdida de oportunidad debe ser siempre lo suficientemente previsible como para que pueda demostrarse mediante los medios convencionales de prueba.

2. Una pérdida de oportunidad seria no equivale a la producción de un daño cuyas probabilidades de confirmarse sean absolutas, pues de lo contrario no se tratará de una pérdida de oportunidad, sino de un lucro cesante. La pérdida de oportunidad se diferencia de otros componentes del daño indemnizable por el hecho de referirse a un beneficio futuro pero sólo probable. La pérdida de oportunidad no se refiere a ganancias seguras, sino a oportunidades de ganancia en sí mismas reales, con independencia de su cuantificación. Como es lógico, tales oportunidades de ganancia no pueden ser puramente hipotéticas, sino que ha de tratarse de oportunidades reales cuyas probabilidades de convertirse en una ganancia patrimonial sean elevadas.

Por tanto, lo que caracteriza a la pérdida de oportunidad y la distingue principalmente del lucro cesante es un factor probabilístico, si bien no cualquier tipo de probabilidad, sino la probabilidad seria de cumplimiento de una expectativa. Nótese que en la mayoría de los asuntos en los que los tribunales de la Unión se han pronunciado al respecto, han delegado la cuantificación de la pérdida de oportunidad en una sentencia interlocutoria o, en el caso de una sentencia casacional, en una nueva sentencia de instancia tras la devolución de los autos. Ello explica por qué hasta hoy el Tribunal de Justicia no ha tenido demasiadas oportunidades de desarrollar su jurisprudencia en este punto.

3. La pérdida de oportunidad no otorga un derecho a ser resarcido por la pérdida íntegra de la ganancia cuya expectativa se ha frustrado. La Sra. Girardot no podía reclamar

el importe total de los salarios percibidos en el caso de haber sido contratada, de la misma manera que el licitador excluido no podía tampoco exigir el precio total del contrato en los términos formulados en su oferta. El Tribunal de Justicia y el Tribunal General han seguido la práctica de los Estados miembros al reconocer un daño siempre en mayor o menor medida inferior al de la ganancia cuya posible obtención se frustró. Así, en el asunto Girardot el Tribunal General optó por un método, expresamente avalado por el Tribunal de Justicia, mediante el cual aplicó un coeficiente multiplicador del 0,5 a la pérdida de retribuciones sufridas por la Sra. Girardot. Este coeficiente representa una estimación del porcentaje de posibilidades que habría tenido la Sra. Girardot de obtener uno de los puestos de trabajo, en este caso de un 50 %.

4. En cuarto y último lugar, la prueba de la oportunidad en el caso concreto debe recaer, obviamente, sobre el demandante, pues a él corresponde demostrar no sólo la seriedad de la oportunidad frustrada sino también el grado de probabilidad que efectivamente existía. La aparición de metodologías altamente sofisticadas capaces de medir la probabilidad de ganancias futuras, incluso ganancias futuras frustradas, facilita a las partes esta labor, especialmente en el terreno del Derecho económico, llegado el momento de determinar con precisión el importe económico de la oportunidad perdida.

Podemos concluir que el Derecho de daños de la Unión resarce las pérdidas de oportunidad seria que sean fruto de un acto ilícito adoptado por una Institución, estando presentes las notas que caracterizan, permítaseme el galicismo, la pérdida de la chance, como lo son: la incertidumbre, el curso causal de certeza no verificable y el cálculo probabilístico para el resarcimiento del daño.

6. ACCIONES “WRONGFUL BIRTH” Y DE “WRONGFUL LIFE”

Cobra especial protagonismo la noción de pérdida de oportunidad en las demandas de “*wrongful birth*” y de “*wrongful life*”. Se trata de casos, como sabemos, en los que la ausencia de información de la madre gestante sobre las anomalías padecidas por el feto le impiden tomar la decisión de someterse a unas pruebas médicas cuyo resultado pudiera incidir finalmente en la decisión de poner término al embarazo.

La Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo se muestra partidaria de definir el daño como la privación de la facultad de abortar de la madre, lo que ocasiona un daño moral derivado de la lesión a la dignidad y a la facultad de autodeterminación de la mujer, y unos daños



patrimoniales extraordinarios derivados de la discapacidad del niño. La posición de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo fue inicialmente la de indemnizar exclusivamente el daño moral ocasionado por la lesión a la facultad de autodeterminación de la madre causada por la negligencia del profesional sanitario en el diagnóstico prenatal.

Actualmente, la Jurisprudencia de la Sala Tercera referida a la indemnización del daño se encuentra ya perfectamente consolidada a partir de las Sentencias de 24 de Noviembre de 2000, 4 de noviembre de 2008, 16 de Junio de 2010, 27 de Octubre de 2010 y otras posteriores; las cuales sostienen, sin fisuras, que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo,

sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial- deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño - artículo 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de régimen jurídico del sector público (antiguo art. 141.1 de la Ley 30/1992).

7. CONCLUSIÓN

En el tratamiento indemnizatorio por la pérdida de oportunidad conviven jurídicamente los cálculos probabilísticos que lo aproximan a un daño patrimonial, la lesión económica que la pérdida de oportunidad provoca y la discrecionalidad judicial que preside la cuantificación del daño moral.



Responsabilidad civil derivada de las infracciones del Derecho de la competencia

Jorge Romero Ilarduya
Abogado y Licenciado en Administración
y Dirección de Empresas.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN

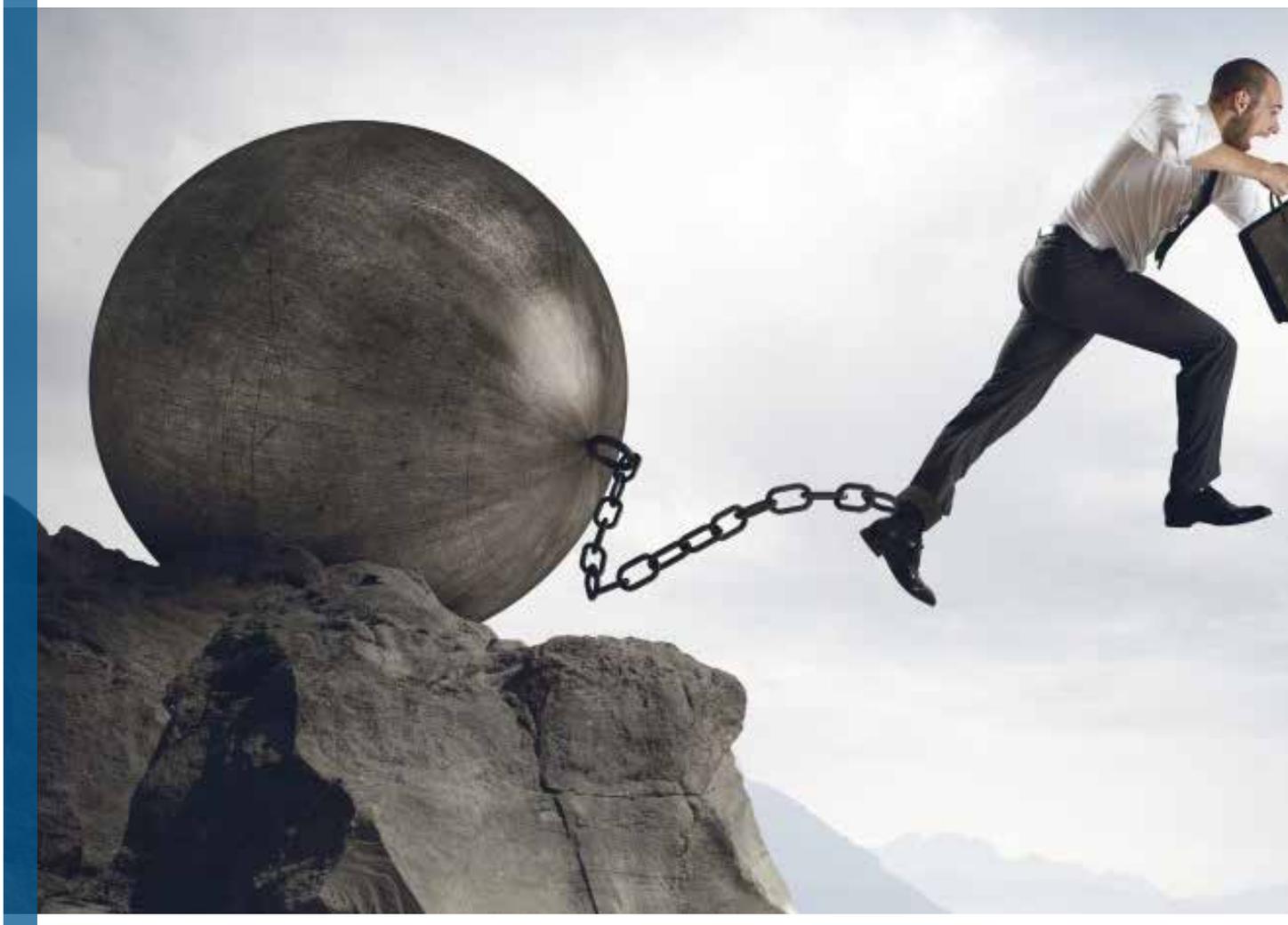
2. LA JURISPRUDENCIA PREVIA A LA DIRECTIVA 2014/104/UE

3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y ASUNTOS EN DETALLE

- 3.1. LA DELIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL ENTRE SUJETOS VINCULADOS POR CONTRATO
- 3.2. EL DAÑO: COMPONENTES Y ELASTICIDAD PRECIO DE LA DEMANDA
- 3.3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD
- 3.4. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN
- 3.5. LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS
- 3.6. COMPETENCIA Y “FORUM SHOPPING”
- 3.7. LEGITIMACIÓN
- 3.8. EL RETO DE LA PRUEBA
- 3.9. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO
- 3.10. INCENTIVOS EN LAS ACCIONES “FOLLOW ON”
- 3.11. ACCESO A FUENTES DE PRUEBA DEL DEMANDADO Y TERCEROS
- 3.12. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y EL PRIVATE ENFORCEMENT
- 3.13. EL PLENO RESARCIMIENTO Y EL “PASSING ON”
- 3.14. ACCIONES COLECTIVAS, ACUMULACION DE ACCIONES Y TRANSMISIÓN DE DERECHOS

4. CONCLUSIONES

5. BIBLIOGRAFÍA



1. INTRODUCCIÓN

Adam Smith sostenía que los mercados se autorregulan mediante una tendencia ínsita al equilibrio. Entendía que de una manera natural la competencia en el mercado se mantendría sola situando a todos los agentes del mercado en un círculo virtuoso, logrando la maximización del beneficio social a través de la búsqueda de cada uno de su propio interés.

Desde el punto de vista de la dinámica económica es entendible que en un mercado perfecto el producto preferido por los consumidores (por precio, diseño, calidad o otros motivos o una combinación de estos) será el que más demanda acapare y, por tanto, el que más volumen de producción y materia prima ocupe. De esta manera el éxito del producto (y su empresario y mayor beneficio) supone el mecanismo que, por medio de la libertad de los compradores, hace que la asignación de recursos se produzca de forma eficiente.

De alguna manera la orientación a este logro o éxito, hará que los productores de un determinado mercado tengan incentivos

para mejorar permanentemente el producto, adaptándolo o innovando, abaratando o, en definitiva, mejorándolo para tentar el favor del público.

Lo que no se contemplaba con esta visión tan ingenua es que existieran prácticas restrictivas de la competencia que hicieran saltar por los aires este círculo virtuoso, es por ello, que esta teoría económica fue superada por los postulados de otro economista como fue Keynes, y mediante los cuales se dio lugar a la justificación teórica necesaria de la intervención estatal de la economía como medio para evitar las crisis económicas propias de los modelos de libre mercado, que obviaban la tendencia de los comerciantes hacia la pereza y la avaricia.

Los Estados fueron más allá interviniendo también en otros aspectos relativos a derechos sociales e instaurando los “Estados de bienestar”, con los que se legitimó definitivamente el Estado Social de Derecho, que haría considerar a la Economía como un ámbito de libertad de mercado, pero sometido en su fin último al



beneficio de la sociedad, y por tanto limitado por la protección de otros intereses, aparte de los empresariales, tales como la protección de los consumidores o el fomento de la innovación y eficiencia del mercado.

La libertad de empresa es el derecho económico nuclear de los ordenamientos constitucionales modernos, alcanzando incluso la condición de principio político vertebrador de los sistemas plurales y democráticos, entendiéndose no como un fin en sí mismo, sino como una institución jurídica de la “infraestructura jurídica del mercado” manifestación del derecho fundamental de autodeterminación de las personas (empresarios) que pueden elegir como autorrealizarse en su emprendimiento, teniendo en cuenta que nuestra Constitución limita la libertad de empresa a *las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*.

El Derecho de la competencia es el corpus jurídico en el que se manifiesta la necesaria intervención estatal para garantizar intereses sociales superiores a la misma libertad de

empresa y, teniendo en cuenta, que el propio derecho a la libertad de empresa requiere de la existencia de competencia en el mercado. Es por eso por lo que este derecho obliga doblemente al Estado, por un lado a impedir injerencias en esta libertad y también a dotar de los medios precisos para asegurar la efectividad en el ejercicio del derecho.

La evolución del Derecho de la competencia a los dos lados del Atlántico ha sido divergente y cuando en los ordenamientos Europeos se ha dado prevalencia al Derecho Público en defensa del orden público económico, y justificado por la primacía del mandato de los Estados Social y democráticos de Derecho, en cambio, en la tradición anglosajona, se priorizado el resarcimiento particular de los perjuicios causados por infracciones al Derecho a la competencia, relegando a un segundo plano la actuación pública sancionadora por estas infracciones.

Con respecto a la evolución de la normativa de competencia en Europa, y aunque no es objeto del presente texto analizar en profundidad la historia del Derecho en esta materia, es interesante conocer que tuvo lugar en mayor medida durante la postguerra de la 2ª Guerra Mundial, como compensación de los planes de reconstrucción financiados por Estados Unidos y su despegue coincidió con las iniciativas de comunitarización dadas en países Europeos que han tenido como consecuencia final la existencia de la Unión Europea.

En clave española la pionera Ley 110/1963 de Represión de prácticas restrictivas de la competencia, fue sustituida por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. En ambas normas ya contemplaban las consecuencias civiles en la esfera privada de los perjudicados de las infracciones del derecho de la competencia pero limitando la posibilidad de reclamar estos daños a entablar una acción ordinaria posterior (consecutiva) de un pronunciamiento que determine la existencia de la infracción.

Cabe hacer un aparte para clarificar que dentro de las demandas de la acción de resarcimiento por perjudicados por infracciones del Derecho de la competencia, caben dos tipos de acciones, aquellas entabladas con posterioridad, una vez ya se ha realizado un pronunciamiento judicial o administrativo que acredite la existencia y otros aspectos de la infracción del Derecho de la Competencia (consecutivas o “follow on actions”), y aquellas otras en las que la demanda se lleva a cabo sin esperar estos pronunciamientos (independientes o “stand alone actions”).

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia se permitió la convivencia de las acciones “stand alone” y las acciones “follow on”.

2. LA JURISPRUDENCIA PREVIA A LA DIRECTIVA 2014/104/UE

Con la publicación de esta Directiva, se trata de cubrir un déficit que existía en los ordenamientos Europeos, al no proteger de los intereses subjetivos o satisfacer los daños de los individuos perjudicados por infracciones de Derecho de la competencia, situación que además de una manifiesta injusticia, suponía el no utilizar estas acciones como recurso desincentivador (adicional a las sanciones) para hacer cumplir las políticas de Defensa de la competencia, y que funcionaría igual que las sanciones en el mismo sentido que Teoría preventiva general negativa del Derecho penal.

La evolución del Private Enforcement en Europa en tiempos modernos fue inicialmente en base a jurisprudencia, siendo el asunto iniciático el analizado por el TJCE en su Sentencia de 6 de Febrero (asunto 23/1967, Brasserie de Haecht contra Wilkin- Janssen) que establecía la aplicación directa de los artículos 101 y 102 TFUE en las relaciones entre particulares sin precisar previa declaración expresa de la Comisión Europea y siendo ejercitables directamente en sede judicial nacional.

Más recientemente, la sentencia del TJCE de 16 de Julio de 1999, Asunto c-453/1999 Courage contra Bernard Crehan y de 13 de Julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a c-298/04 Manfredi, fue más allá y reconociendo también el efecto directo de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, considerando que los particulares perjudicados por las prácticas anticompetitivas tenían derecho a reclamar su resarcimiento, incluso si el perjudicado había tomado parte en el acuerdo anticompetitivo. Igualmente la sentencia del asunto Courage también recoge la eficacia desincentivadora para los infractores del establecimiento de indemnizaciones a los sujetos privados que finalmente redundan en la protección de la competencia de los Mercados.

El asunto Manfredi introdujo el principio de procesal de los Estados Miembros al encargar a estos que sean ellos quien tenga que designar los órganos competentes para conocer de los asuntos de daños en base a la normativa comunitaria de competencia, preservando los principios de equivalencia (igual trato a reclamaciones en base a Derecho comunitario o interno) y efectividad (la regulación procesal no puede suponer una gran dificultad o imposibilidad en la práctica para el ejercicio de los derechos).

Para respaldar esto se promulgó “el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, que confirmaba la competencia de los Tribunales de los Estados Miembros para aplicar directamente esas

normas europeas, eliminando la exclusividad de la Comisión en este aspecto, descentralizando la aplicación pública y privada de las normas de competencia.

Previamente, antes de este Reglamento, la judicatura española era reacia a la aplicación directa del Derecho europeo, si bien ya en el año 2000, mediante Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 2 de junio de 2000, Distribuidora Industrial, DISA y Prodalca, Rec. 2355/1995 se efectuó un giro copernicano y se empezó a contemplar la aplicación directa del Derecho Europeo de Competencia.

Igualmente el asunto Manfredi puso de relevancia la necesidad de cierta armonización para lograr el respeto de los principios de equivalencia y efectividad, si bien la doctrina es discrepante por considerar que ni la jurisprudencia ni la finalidad de la norma hacen necesaria la armonización e incluso tal homogeneización puede resultar perjudicial.

Sea como fuere, a nivel internacional el conflicto entre normas de distintos ordenamientos o el distinto planteamiento o visión de una infracción en base a una tradición jurídica distinta y la multiplicación de operaciones de índole global y la aplicación del principio de extraterritorialidad que habilita a distintos países a la vez a conocer de las infracciones del Derecho de la competencia, hacen recomendable si no normas para armonizar, sí mecanismos de coordinación que impidan a los infractores aprovecharse de esas externalidades.

Por otro lado, cierta armonización si era necesaria en el sentido de que esta Responsabilidad Civil derivada de infracciones del Derecho de la Competencia tiene caracteres propios específicos que con la normativa interna preexistente a las transposiciones de la Directiva 2014/104/UE no daban un tratamiento satisfactorio en caracteres tan propios como puedan ser la repercusión de los sobrecostes, la existencia de pluralidad de responsables, la complejidad litigiosa derivada de la materia técnica y el desequilibrio de las partes en materia de prueba.

Aunque profundizando en las tesis de algunos autores críticos como Jesús Alfaro Águila Real en “*Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia*” quizás en estos ámbitos de gran dificultad en acertar plenamente sea óptimo lo que denomina “armonización negativa” o lo que es lo mismo dejar a los operadores jurídicos que se auto-impongan las soluciones que sean más eficaces sin necesidad de homogeneizar las normas; elegir entre el pleno resarcimiento evitando la sobrecompensación, el resarcimiento del daño pero que no se incurra en un castigo doble, conseguir incentivos a la litigación pero sin

crear una “cultura de la litigación” o garantizar el resarcimiento respetando todas las tradiciones procesales de los estados miembros, son dicotomías en las que el legislador opte por la mejor solución en todos los casos es complejo.

3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y ASUNTOS EN DETALLE

En cuanto a la estructura jurídica de las acciones de Responsabilidad Civil derivadas de infracciones del Derecho de la competencia, estas brotan del tronco común que en nuestro ordenamiento representa el artículo 1902 del Código Civil o la *acción aquiliana*, tal como se recoge en la Directiva en el considerando 11. Esto quiere decir que se encontrarán en ella los mismos elementos que en la Responsabilidad Civil general, de tal forma que para que surja, debe de haber acción u omisión de un actor, un daño en otro sujeto y un vínculo de causalidad entre la primera y el segundo, existiendo un criterio de imputación a título de culpa o negligencia. Cabría incorporar a este esquema básico que para que el daño sea resarcible no debe concurrir en el dañado un deber jurídico de soportar el perjuicio, es decir que el daño ha de ser antijurídico.

Es evidente que en estos casos la acción que constituye la iniciación de la responsabilidad es la infracción de la norma antitrust, es decir, que el sujeto responsable haya conculcado los artículos 101 y 102 del TFUE o el 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia Española, tal como establece por remisión el artículo 71 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Hay que denotar que existen algunas divergencias entre lo establecido en los artículos 101 y 102 del TFUE y el 1 y 2 de la LDC. El artículo 101 hace referencia explícitamente como sujeto activo de la infracción a las “empresas o asociaciones de estas” que usen como instrumentos “acuerdos, decisiones o prácticas”. Por el contrario el artículo 1 LDC incorpora otros instrumentos de la acción, además de los anteriores, como son las “recomendación colectiva” y la “práctica conscientemente paralela”.

En lo que concierne al artículo 102 TFUE, trata el abuso de posición dominante como una actividad prohibida, con un tenor casi idéntico, a lo previsto en el artículo 2 de la LDC, salvo que en la norma Nacional, se añade un punto 3 que extiende la prohibición de posición de dominio aun cuando la misma haya sido establecida por disposición legal, lo cual permite hacerse una idea de lo dañino que es el abuso de la posición dominante para el legislador, que en conductas colusorias permite excepciones, pero no así en situaciones de posición dominante.

Hay que tener en cuenta, que para la delimitación de la relevancia de las conductas

infractoras a efectos de Derecho Público sancionador, por economía procesal, se cuenta con un instrumento que evita utilizar recursos públicos para conductas sin especial relevancia, como es la “Regla de Minimis” que se encuentra regulada en el artículo 5 de la LDC, con desarrollo normativo a través del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Se entendía esta regla de *minimis* como el instrumento que permitía equilibrar la gratuidad de efectuar denuncias en este ámbito (lo que podía dar lugar a denuncias torticeras) y a la amplitud de definición de conductas prohibidas, si bien en la actualidad el riesgo de denuncias por intereses desviados ya no existirá puesto que la denuncia ya no vincula a la Autoridad de Competencia a iniciar el procedimiento sancionador.

Esta ausencia de vinculación no supone menoscabo a la seguridad jurídica del sistema, en la medida en que los denunciados dispondrán de otras instancias y de la acción privada para proteger sus intereses y también al considerar que la seguridad jurídica debe valorarse en términos agregados.

Aunque será un debate que se enriquecerá con la jurisprudencia que haya de venir, cabe plantearse si al aplicar la regla de *minimis*, si una conducta infractora no tiene interés a efectos de sanción, cómo afectará esa carencia de relevancia a una hipotética reclamación privada de los daños que haya podido ocasionar.

En nuestra opinión, la relevancia de la regla de *minimis*, solo será a efectos prácticos al hacer más difícil la acreditación del perjuicio, si bien el que una conducta restrictiva de la competencia carezca de relevancia para la administración a efectos de no incoar procedimiento, por exclusivas razones de eficiencia del sistema, nada obsta para que la misma sea una acción antijurídica que ocasiona un daño concreto en la esfera privada de un particular y por tanto, susceptible de ser resarcida.

3.1 LA DELIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL ENTRE SUJETOS VINCULADOS POR CONTRATO

En el ámbito de la responsabilidad por infracciones del Derecho de la competencia, aparte de la evidente responsabilidad extracontractual para con terceras personas distintas al infractor y su cliente directo, cabe pensar también la existencia de responsabilidad que surja por infracciones del Derecho de la competencia en el seno de un contrato y en la cual uno de los perjudicados sea parte. En este sentido la Jurisprudencia del TJUE en el asunto

Courage y Crehan, tartó el impago del Sr. Crehan de unos suministros de cerveza al suministrador Courage, que imponía unos precios superiores a los arrendadores de establecimientos del grupo que los que cobraba a otros clientes no afiliados. El tribunal nacional planteó una cuestión prejudicial incardinada a esclarecer si una parte de un contrato ilegal por infringir el

Derecho de la competencia, como lo era el Sr. Crehan, podía alegar la infracción en la que había participado, para la defensa de sus intereses y en caso afirmativo si tendría derecho a indemnización.

La sentencia indicó que la norma Europea se opone a que una norma nacional permita que una parte de un contrato que infringe el Derecho de la competencia pueda solicitar una indemnización por esta infracción, sin que el hecho de ser parte del contrato suponga un impedimento, y tampoco se opone a que una norma nacional impida esta indemnización en los casos en que la parte solicitante de la indemnización haya ostentado una "responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia", de tal forma que lo que habrá que analizar será si el demandante "se hallaba en posición de inferioridad notoria con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando en particular a su debido tiempo todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición".

No aclara en todo caso la sentencia si tal reclamación debería llevarse a cabo por vía extracontractual o contractual, pero parece que el motivo por el cual se irroga al demandante no parece encajar en el incumplimiento de las prestaciones contractuales, sino más bien en una conducta antijurídica separada de lo previsto en las voluntades manifestadas en el contrato.

En este sentido es interesante traer a colación las sentencias del Tribunal Supremo del 24 de Julio de 1969 o del 16 de Diciembre de 1986, que en síntesis defendían que no opera ningún automatismo para invocar la responsabilidad contractual por el mero hecho de existir una relación contractual previa entre dañante y dañado, sino que para que esto suceda excluyendo la responsabilidad Aquiliana, el daño debe haberse causado debido al incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, "dentro del la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial".

En el mismo sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 2008, aunque en esta se incorporan nuevos planteamientos como la posibilidad de que concurren ambas responsabilidades a la vez en

un esquema mixto que doctrinalmente se ha denominado de "Unidad de culpa civil".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012, nº 344/2012, sentencia pionera del cártel de Azúcar, ha terminado de zanjar el asunto, utilizando terminología anglosajona, e indica que existiendo " *the law of contract* " y " *the law of torts* " -, *hay que entender [...] que nos hallamos en el ámbito de la segunda.*

En similar sentido en cuanto a la concurrencia de responsabilidad extracontractual en asuntos con preexistencia de vínculo contractual se ha pronunciado también el TJUE en los asuntos Kalfelis/Schröder C-189/87, Petruzzi y Longo C- 261/90, Réunion européenne S.A. y otros 100 STS 7567/1986 de 16 de Diciembre 101 STS 7354/2008 de 22 de Diciembre de 2008 : Según la jurisprudencia de esta Sala, «la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC - y otro subjetivo -la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe-» (STS de 31 de octubre de 2007, recurso de casación núm. 3219/2000). Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo (SSTS 22 de julio de 1927, 29 de mayo de 1928, 29 de diciembre de 2000). Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación. No cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio de unidad de la culpa civil.

De todas formas, es preciso recordar que el artículo 6.3 del CC que "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención", por lo que teniendo en cuenta que la nulidad surte efectos "ex tunc", sería difícilmente sostenible que una responsabilidad surgida de un contrato nulo de pleno derecho (inexistente a todos los efectos) pueda ser de

carácter contractual puesto que el acuerdo no produce ningún efecto conforme al brocardo “quod nullum est nullum effectum producit”.

3.2 EL DAÑO: COMPONENTES Y ELASTICIDAD PRECIO DE LA DEMANDA

La prueba y cuantificación de este serán un elemento capital en el éxito de las acciones. En la regulación de la Directiva el “pleno resarcimiento” es el objetivo básico, tratando de que las acciones privadas reguladas sirvieran para devolver a las personas que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la Competencia (art 72.2 Ley de Defensa de la Competencia; 3.2 de la Directiva), e incluso se plantean la posibilidad de introducir la institución de daños punitivos y aunque la Jurisprudencia TFUE no lo impide, (es más en la Sentencia Manfredi contempla que pueda existir, de acuerdo al principio de equivalencia, si existen en los ordenamientos nacionales en reclamaciones similares), también le parece correcto que los tribunales nacionales impidan que el ordenamiento jurídico comunitario produzca enriquecimientos injustos en los perjudicados.

Finalmente en el Libro Blanco se impone el posicionamiento de la norma en la tradición legislativa Europea impidiendo los daños punitivos, de tal forma que, de forma vertebrada, las partidas que incluye el daño indemnizable serán, conforme el artículo 72 LDC, “el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses”, proscribiendo la “sobrecompensación o daños punitivos o múltiples” (tal regulación es idéntica a la efectuada en la Directiva de forma autónoma en su artículo 3.2, en base al considerando 12, y en este caso no por remisión a las normas nacionales de los Estados Miembros, para evitar una falta de homogeneidad de los ordenamientos nacionales).

El considerando 12 plantea también un dilema interesante, puesto que en él se fija el plazo

de devengo de los intereses en el momento del daño hasta el momento del abono del pago, si bien esta previsión se separa de lo previsto en el Código Civil Español donde se establece el día de inicio en el día de la interposición de la demanda (arts. 1108 y 1100 CC).

La norma transpuesta nada ha dicho respecto a este particular por lo que estamos en una indeterminación legal que se habrá de resolver jurisprudencialmente afirmando (o no) el valor normativo de los considerandos de las Directivas (que como criterio interpretativo ya es innegable) y aplicando, en caso de que se le otorgue este, el principio de primacía del Derecho Europeo.

En contra de otorgarles valor normativo pero sí un fuerte valor interpretativo se sitúan los autores Mariano Yzquierdo Tolsada y Vicente Arias Máiz (2006, Pág.184). Igualmente en clave nacional la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990, F.J. 2º niega que el preámbulo y la exposición de motivos tengan valor normativo, aunque tampoco es claro que los considerandos de las normas europeas sean equiparables a estos, en la medida en que la propuesta de Directiva ya recoge una exposición de motivos distinta de los considerandos.

El adoptar el posicionamiento de la Directiva fijando el “dies a quo” de la cuantificación de los intereses en el de la producción del daño es coherente con el carácter compensatorio de estos intereses.

El artículo 78 Ley de Defensa de la Competencia delimita el concepto del daño definiendo el daño emergente como el “sobrecoste efectivamente soportado por el perjudicado, que no haya sido repercutido” y contemplando que “también conllevará el derecho del perjudicado a reclamar y obtener una indemnización por lucro cesante como consecuencia de una repercusión total o parcial de los sobrecostes”.

En relación al daño emergente varios autores, con buen criterio sostienen la existencia de otros daños difusos que no se han tenido en cuenta a la hora de indemnizar [Francisco Marcos y Albert Sánchez Graells (2008, Pág. 474-475), Vera Sopeña Blanco y Gustavo Andrés Martín Martín (2015, Pág. 7)] y que no conviene obviar, aunque no sean en términos puramente monetarios y más remotos y por tanto de mucha mayor dificultad de cuantificación, como son la variedad y dinamismo del mercado, los perjuicios relativos a la innovación y calidad de los productos y servicios, el coste reputacional o la pérdida de cuota de mercado.

Por otro lado, en cuanto a lucro cesante, es conveniente esbozar un concepto económico comúnmente desconocido a nivel teórico para los juristas pero que intuitivamente cualquier consumidor conoce, como es la elasticidad precio de la demanda.

Este es un concepto microeconómico básico que hace referencia a la relación existente entre las variaciones porcentuales de precio y la demanda porcentual agregada de un producto concreto. Es un instrumento analítico fundamental como indicador cuantitativo de la sensibilidad de las decisiones de compra a las variaciones de precio.

Si la demanda de un producto es elástica, la reducción de la demanda de un producto es mayor que la subida del precio del producto. Hay que tener en cuenta que la elasticidad siempre es negativa (o cero) dado que sólo se concibe que ante subidas de precio la demanda



disminuya en mayor o menor medida pero nunca aumente.

Son factores influyentes en la elasticidad precio de la demanda:

- La posibilidad de sustitución del producto, de tal forma que si la categoría de producto (no así la marca comercial) no tiene sustitutivos la demanda será más bien inelástica (no bajará la demanda ante subidas de precio).
- La importancia del producto en términos cuantitativos en proporción al presupuesto global del demandante. Cuando mayor proporción de la renta suponga el gasto, más elástica será la demanda.
- Otros dos factores influyentes serán el tiempo de adaptación del consumidor ante las variaciones de precio que no será igual en todo tipo de producto y el sentido del “efecto renta” del punto segundo de esta enumeración que tampoco opera igual

para todo tipo de producto, pero que por su complejidad entendemos que supera el objetivo del presente artículo.

Con las anteriores líneas maestras del concepto de elasticidad, podemos aplicarlas a la demanda agregada de los perjudicados por acciones anticompetitivas que, además del sobreprecio que habrán tenido que pagar, si lo han repercutido en sus consumidores siguientes, esta subida de precio también habrá supuesto para ellos una bajada en la demanda susceptible también de ser indemnizada.

El propio regulador Europeo es consciente de la dificultad en cuanto a la cuantificación del daño considerando que para lograrlo es preciso llevar a cabo modelos económicos complejos y abstractos que, tal como recoge el considerando 39 de la Directiva, “implican realizar una comparación con una situación que, por definición, es hipotética, por lo que nunca puede hacerse con total precisión”, entendiéndose, por ejemplo, que el daño emergente es “el resultado de la diferencia de precios entre cuantías ya

pagadas realmente y lo que se habría pagado si no se hubiera cometido la infracción” o que el lucro cesante, “es la disminución de las ventas causadas por el sobrecoste asumido por el agente económico”.

Estas y otras dificultades en la cuantificación del daño provoca que la norma faculte al Tribunal, por un lado a presumir la existencia de daños cuando se den conductas de cártel, salvo prueba en contrario, y por otro, para la estimación de la cuantificación del daño en las ocasiones en la que, ante las pruebas disponibles, y acreditado la existencia del daño, sea imposible o excesivamente difícil cuantificarlo.

3.3 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La acreditación de esta en el proceso es una de las mayores dificultades a la hora de construir la estructura jurídica para reclamar la Responsabilidad Civil, y eso es probablemente debido al carácter completamente abstracto del concepto, o a situaciones como la “causalidad múltiple o causalidad indeterminada”.

Dada la complejidad económica de las cuestiones implicadas, los reguladores europeos ya se hacían eco de esta dificultad considerando, además, que el requisito de causalidad no debería excluir a quienes hayan sufrido un perjuicio causado por una infracción de la legislación de defensa de la competencia de la reparación del perjuicio. En clave interna, nuestro ordenamiento facilita mediante la amplitud de la previsión de los medios de prueba que resultan admisibles y la abstracción de la regla de valoración probatoria por parte de los jueces y magistrados mediante su “sana crítica”.

Técnicamente la relación de causalidad puede entenderse, como se prevé en Derecho Anglosajón, como algo similar a una “conditio sine qua non” (cause in fact), una causalidad de hecho, que se produce “cuando el daño no hubiera ocurrido de no haberse realizado la conducta, por acción u omisión, del demandado, no obstante, este concepto casi naturalista se ha venido viendo matizado con criterios como los “proximate causation”, cuando no se tienen en cuenta causas remotas en relación a otras más próximas o rechazando causas más imprevisibles cuando concurren otras previsibles.

Otra perspectiva doctrinal de notable éxito a nivel europeo, y que ha acogido en ocasiones nuestro Tribunal Supremo (STS 16773/1988 de 11 de marzo, STS 17618/1990 de 27 de octubre de 1990, STS 12581/1992 de 25 de febrero de 1992, STS 2312/1997, sala 1ª, 1 de Abril de 1997, STS 3233/2004, sala 1ª, 12 de Mayo de 2004 y STS 7314/2004, sala 1ª, 11 de Noviembre de 2004), será la de la Causalidad Adecuada, entendida

esta como la causalidad que se produce entre la acción (u omisión) del responsable y el daño, si el resultado dañoso era previsible al realizar la acción. Nuestra doctrina poco dada a la concreción en algunos casos, no ha cuantificado cuando se ha de entender como previsible un resultado, cosa que podría haber hecho en base al concepto estadístico de la probabilidad.

La causalidad adecuada la entiende la Jurisprudencia como aquella que permita “valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido” conforme a los conocimientos generalmente aceptados.

En relación a un asunto de competencia desleal, aunque a efectos de ilustración nos resulta útil, la Audiencia Provincial de Madrid (Sentencia 6773/2006 de 25 de Mayo) indica que “el mero incumplimiento de cualquier obligación, o la existencia de cualquier clase de ilícito, no genera por sí la obligación de indemnizar. Es precisa una prueba concreta y completa de los hechos que sin incertidumbre demuestren la realidad de la ganancia frustrada y la relación de causa-efecto, para lo cual no obstante puede tomarse en consideración una cierta probabilidad en el curso normal de las circunstancias del caso, punto de vista objetivo que obliga a realizar una interpretación restrictiva, debiendo excluirse lo basado en deducciones inseguras o desprovistas de certidumbre”.

Por otro lado la jurisprudencia Europea previa a la Directiva también se pronunció respecto a este asunto estableciendo presunciones que permitieran la acreditación del nexo de causalidad como hizo la sentencia del asunto T-Mobile Netherlands y otros en la cual, en su apartado 51, indica que “siempre que una empresa participante en una concertación permanezca posteriormente activa en el mercado de que se trate, hay presunción iuris tantum [...] de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado”.

Similar presunción iuris tantum se establece en el artículo 76 Ley de Defensa de la Competencia/ 14 de la Directiva en la cual se indica que las “infracciones calificadas como cártel causan daños”.

El tenor literal del artículo parece hacer referencia en su presunción tanto a la existencia misma del daño como a la relación causal entre la acción del cártel y el daño, porque no en vano usan la expresión “ causan “, que es una conjugación de causa y según el diccionario de la Real Academia Española se entiende en sus dos primeras acepciones como “aquello que se considera como fundamento u origen de algo o motivo o razón para obrar”, ilustrando

por tanto la existencia intrínseca en la palabra causa de una relación entre una acción y una consecuencia.

En este mismo sentido se manifiestan algunos autores, aunque en referencia a los procedimientos “follow on”: Plantean dos escenarios como son que la Autoridad de Competencia proclame específicamente que hubo abuso de posición dominante o pacto colusorio o que declare que meramente hubo un acuerdo con objeto de falsear la competencia sin entrar en el resultado concreto de ese acuerdo.

Consideran en el primer caso, que debería existir una presunción que no admita prueba en contrario relativa a la existencia y causación del daño, independientemente que el dañado tenga que acreditar que pertenece al círculo de los dañados.

En la segunda hipótesis, dada la indefinición, creen que tan riguroso sería considerar que todo acuerdo que quiera alterar el mercado tiene como consecuencia causar daño, como ingenuo sería sostener lo contrario, por lo que plantean que en estos casos debería existir una presunción iuris tantum de la relación de causalidad.

Otros autores aportan otras reflexiones en este aspecto considerando que la causalidad como mecanismo de delimitación restrictiva de la legitimación activa, ha sido omitida en la LDC, en consecuencia de lo que supone una renuncia en la Directiva : exigir acreditación de la causalidad. En este sentido la Directiva no se ha decantado y ha dejado en la Responsabilidad de los Estados regular el aspecto de la causalidad requerida.

Adicionalmente Ángel Carrasco, pone de relevancia la dificultad de construir en puridad una relación de causalidad entre el infractor y los compradores indirectos, dado que en realidad el daño de los compradores indirectos no proviene de la conducta infractora sino de la decisión empresarial libre del comprador directo de imputar los costes a sus clientes (“passing on”), siendo esta decisión el hecho generador del daño (emergente) que es este sobrecoste y tanto más de las consecuencias que este lleve aparejadas en forma de lucro cesante.

Según el autor este escollo es sólo salvable asumiendo que en la Directiva existe un “postulado implícito” que sostiene que no hay restricciones de causalidad “con respecto al comprador directo y el siguiente de segundo nivel (solo en este caso a efectos del sobrecoste)”.

En todo caso, es interesante esta inversión de la carga de la prueba en materia de nexo de causalidad entre daño y acción en conductas cartelistas, establecido en el 76.3 de la Ley de Defensa de la Competencia, dado que facilitará

bastante los procesos al evitar la prueba de este carácter de la responsabilidad civil tan complejo.

3.4 EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN

Ha de entenderse sencillamente como el parámetro mediante el cual se puede vincular la acción dañosa a un sujeto concreto responsable que, en consecuencia, verá afectado su patrimonio si le reclaman.

Los criterios de imputación positivizados en el 1902 del Código Civil son los de culpa o negligencia. Es claro en el ámbito que nos ocupa de la Responsabilidad Civil derivada de infracciones del Derecho de la competencia que las conductas llevadas a cabo por parte de los infractores, en tanto perseguibles por el Derecho Administrativo Sancionador, son analizadas en base al principio de culpabilidad del artículo 25 de la Constitución Española (donde se exige el dolo o al menos la imprudencia para sancionar).

Además, es conveniente tener en cuenta que los intercambios comerciales lo que cobra o gana el vendedor necesariamente lo paga y pierde el comprador, son un “juego de suma cero”, por eso, difícilmente se podrá sostener que una conducta voluntaria del infractor encaminada a la subida de precios del mercado no contenga en sí misma el requisito de la culpa.

En los trabajos preparatorios de la Directiva, se indica que la Comisión nada tiene que objetar a los ordenamientos que presumen la culpabilidad cuando concurre una infracción o no tienen el requisito de la culpabilidad para condenar por Responsabilidad Civil. Pero al contrario para aquellos que exigen esta culpabilidad de forma separada a la infracción para establecer la Responsabilidad Civil, considera que no hay ninguna razón (salvo el error excusable) para liberar a los infractores de responsabilidad por ausencia de culpa, al considerar el principio de efectividad. Los términos vertidos en el artículo 71.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, tras la transposición, pueden hacernos pensar que el legislador ha optado deliberadamente por una cierta objetivación de la culpa con una afirmación tan rotunda : “Los infractores del Derecho de la competencia serán responsables de los daños y perjuicios causados”, más teniendo en cuenta que tal rotundidad no encuentra amparo en precepto alguno de la Directiva y además este aspecto fue objeto concreto de observaciones por parte de la Asociación Española de Derecho de la competencia, sin que la redacción final se viera afectada por las observaciones ni variara de la realizada en la Propuesta de Ley.

Este planteamiento tendría sentido si como ya hemos dicho, las infracciones del Derecho de la competencia de las que derivan las acciones privadas, ya incorporan en su propia esencia la antijuridicidad y voluntariedad como caracteres y que es complejo pensar que puedan

estar producidas por un error excusable o lo que es lo mismo el que cometería “una persona que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia”.

3.5 LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS

En materia de plazos rigen los principios de equivalencia y efectividad, tanto en lo referido a la duración del plazo como en materia de “dies a quo”. Es necesario verificar si la norma interna que fija el “dies a quo” en el día del acuerdo de la práctica anticompetitiva “hace imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a solicitar la reparación del perjuicio sufrido, en particular cuando dicha norma nacional establece también un plazo de prescripción breve y que no puede suspenderse” y debe tenerse en cuenta que el “plazo no ha de ser menos favorable que el relativo a recursos similares de carácter interno en la misma materia, y que la fijación del momento a partir del cual empieza a correr el plazo no debe haber imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario”.

Así, La Directiva viene a ampliar los plazos de prescripción y a establecer mecanismos de suspensión que favorezcan la interposición de acciones, sobre todo en tipo de acciones “follow on”.

En materia de plazo de prescripción y día de inicio del cómputo en acciones extracontractuales como las que nos ocupan, la regulación del Código Civil se encuentra en el artículo 1968. El plazo dado de 1 año inicia su cómputo “desde que lo supo el agraviado”, aunque en este aspecto la jurisprudencia ha sido un alivio para los reclamantes al imponer una amplia flexibilidad iniciando el plazo “desde que se conozca cabalmente y de modo cierto el daño definitivo sufrido” y precisando para que el perjudicado conozca la identidad de los daños y pueda reclamar con garantías y de forma cuantificada, haber obtenido “una verificación total de los daños producidos o incluso cuando el perjudicado tenga “aptitud plena” para reclamar, lo cual da una idea de lo flexible e indeterminado (y muy pro damnato) de la postura del alto Tribunal, que además se verá apoyado, en la materia de los ilícitos antitrust, en la especial complejidad y extensión de los aspectos a conocer para reclamar, y por la carga de la prueba de la prescripción que como se sabe, no se aprecia de oficio, sino a instancia y acreditada por quien la alega, con la dificultad intrínseca que ello supone.

Pero esta flexibilidad no debe interpretarse como que el demandante está amparado en cierta laxitud de la jurisprudencia a la hora de fijar el día de inicio del cómputo del plazo. El

tribunal considerará que este se inicia cuando la parte demandante esté en condiciones de conocer los elementos de juicio suficientes, no para el seguro éxito de la pretensión, sino sólo para el ejercicio de la misma.

En la Directiva se ha dado un plazo más favorable a estas acciones, estableciéndolo en 5 años (74LDC) a contar desde que “hubiera cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento o haya podido razonablemente tener conocimiento de [...] la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia, el perjuicio ocasionado por misma y la identidad del infractor”.

Con efectos dogmáticos, y en relación al Cártel de los Camiones, será interesante abordar el asunto de la eficacia de Directivas no transpuestas dentro de su plazo máximo, dado que la Transposición de la Directiva tenía un plazo máximo de 27 de Diciembre de 2016 que no se cumplió en España (entre otros Estados). España, traspuso la Directiva como hemos visto mediante un Real Decreto Ley que entró en vigor el 27 de Mayo de 2017, y contenía en materia de régimen transitorio en su Disposición transitoria primera, lo siguiente: “Las previsiones recogidas en el artículo tercero del real decreto ley no se aplicarán con efecto retroactivo y las recogidas en su artículo cuarto serán aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor”.

Así las cosas, en la preparación de las demandas que se han interpuesto en relación al “cártel de los camiones” ha surgido la duda de cuál es el régimen de prescripción de estas acciones.

Aunque no es pacífico, consideramos que el día de inicio del cómputo del plazo es aquel en que se conocían suficientemente los aspectos concretos necesarios para entablar una reclamación y eso se produjo en la publicación del texto de la Comisión, en su versión provisional no confidencial, de la decisión que se produjo el día 6 de Abril de 2017.

En relación a los clientes perjudicados la infracción del Derecho de la competencia generadora del perjuicio, es un acuerdo ilegal en el que estos tienen la condición de tercero, por lo que resulta pacífico en la doctrina el considerar que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual.

En ese momento no había aún norma de trasposición de la Directiva por lo que los plazos en principio eran los genéricos del Código Civil, que ya hemos visto, de 1 año para acciones de

Responsabilidad extracontractual.

Por superar el objeto de este artículo no entraremos en analizar el efecto directo de la Directivas no transpuestas en plazo, que podría

ser de interés en este aspecto, si bien es una materia que se trata en las sentencias de los asuntos TJUE 26/62 *Expeditie Onderneming van Gend & Loos* del 5 de febrero de 1963, 4 de diciembre de 1974 sobre el asunto 41/74 *Yvonne van Duyn*, sentencia 148/78, Asunto *Tullio Ratti* de 5 de abril de 1979 y sentencia del asunto 158/84 *M. H. Marshall*.

3.6 COMPETENCIA Y “FORUM SHOPPING”

La determinación de la Competencia internacional será relevante, dados los condicionantes de la globalización económica en la que están inmersos nuestros Mercados, y en esta materia habrá que estar a la regla general de atribución de los art. 4, 7.1 y 7.2 del Reglamento 1215/2012- Bruselas I bis o art. 22 ter LOPJ, del domicilio del demandante, teniendo en cuenta que se pueden dar múltiples puntos de conexión perfectamente defendibles, y por tanto, foro optativo a favor de la parte actuante como sucedió en el asunto del TJUE de *CDCnHydrogen Peroxide*, en el cual los demandantes CDC, vincularon la acción al foro alemán sede de uno de los infractores demandados, respecto al cual posteriormente renunciaron a su acción, manteniendo el proceso en Alemania, territorio ajeno a todas las partes subsistentes.

Es interesante el artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis, en el cual sostiene que “en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”, que fue clarificado en la sentencia del asunto antedicho que en su considerando 38 donde indica que “se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción contra el demandado puede ejercitarse a elección del demandante ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares” y ahonda, en sus considerandos del 44 al 56, indicando que en materia de casos de sobrecostes por infracciones de la normativa de la competencia ese lugar será tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel” (si se conoce y es único), “o del lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo específico e identificable por sí solo como el hecho causal del perjuicio alegado, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social” (como lugar en el que se ha materializado el daño).

En cuanto el sometimiento del fuero al arbitraje indicar que en los supuestos en los que exista una relación contractual previa entre demandante y demandado podrá cuestionarse la eficacia de las cláusulas de sumisión expresa o de arbitraje, en la medida en que se puede dudar si la redacción amplia y omnicompreensiva habitual de estas cláusulas puede servir para



contener los asuntos relativos a infracciones de la competencia que irroguen daños.

Esto fue resuelto por la sentencia en la que (CDC) *Hydrogen Peroxide SA* que en sus apartados 69 y 70 niega esta posibilidad a menos que se prevea de forma expresa en la cláusula de sumisión, argumentando que no será probable que las partes a la hora de perfeccionar el contrato se hayan representado siquiera la posibilidad de que exista este tipo de controversia y por tanto, no podrá afectar tal sumisión a estos asuntos cuando la cláusula sea genérica.

3.7 LEGITIMACIÓN

Serán perjudicados legitimados activos tanto los consumidores finales del bien objeto de la infracción como los sujetos que incorporen el bien objeto de la infracción a su proceso productivo. Con respecto a los primeros su perjuicio será el



sobrepago pagado, aunque en nuestra opinión también sea sostenible la reclamación de otros perjuicios de tipo más moral como puedan ser el no haber tenido acceso a tecnología mejor por el retraso deliberado en su desarrollo y distribución. Con respecto a los segundos, compradores sucesivos del bien objeto de infracción, la determinación de su perjuicio se tendrá que ver minorada por la repercusión de los sobrecostes a los siguientes consumidores “de debajo de la cascada”.

Es claro para ambos tipos de perjudicados la existencia de una barrera de entrada como serán los costes de la acción (reclamación) y los riesgos de ejercerla en relación a la importancia cuantitativa del perjuicio ocasionado, cuando el precio unitario de los bienes objeto de infracción sea pequeño. Estas barreras sólo se podrán evitar con un sistema de acción colectiva eficiente, que de no existir hará que la tutela judicial no sea en ningún caso efectiva, porque ni siquiera existirá.

Por otro lado, también existen otro tipo de perjudicados que resultarán menos intuitivos para el lector cómo serán aquellos afectados por el efecto paraguas o “umbrella pricing”, tratados en el asunto C-557/12, de 17 de octubre de 2012, en el procedimiento entre Kone AG y otros. Este efecto paraguas en los precios se manifiesta cuando en un mercado dado unas empresas llevan a cabo una acción colusoria de elevación de precios con afectación importante en la cuota de mercado, subida por la cual otros agentes del mercado no participantes del cártel, también elevan sus precios en concordancia con el mercado ineficiente. Los clientes de estos proveedores no cartelistas se verán perjudicados por unos precios artificialmente superiores a los que existirían de no haberse producido el cártel.

Aun con grave afectación del nexo de causalidad, en el asunto referido recoge el TJUE la posibilidad de que un perjudicado por el “umbrella pricing” reclame directamente a las

empresas cartelistas, al considerar que el cártel ha podido fijar unas condiciones de precio en el mercado que hayan servido al vendedor directo del perjudicado para fijar el precio artificialmente inflado.

Legitimación Pasiva : Es este aspecto el private enforcement no reviste ninguna especificidad, más allá del debate de la culpa ya afrontado “ut supra” y habida cuenta las previsiones introducidas por la norma de trasposición en el artículo 73 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación a la responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores y el 71.2 b) de la misma norma que extiende la responsabilidad de los infractores a “las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”.

Respecto a esta extensión de la responsabilidad, funciona como una presunción iuris tantum de responsabilidad de la persona física o jurídica que ejerza control sobre la persona infractora del Derecho de la competencia, y es una verdadera rareza en nuestro ordenamiento donde un sistema similar sólo opera excepcionalmente en caso de levantamiento del velo cuando concurra, conforme al artículo 7 del Código Civil, un abuso de derecho que conculque la exigencias de la buena fe.

Esta extensión de responsabilidad puede dar lugar a la absurda situación de que una empresa no sea ni mencionada en la resolución sancionadora de la Autoridad Nacional de Competencia pero finalmente sea la que tenga que responder por los daños.

También es obligado deslindar el régimen de responsabilidad conjunta y solidaria al compararlo con la responsabilidad solidaria impropia que existiría entre los infractores en nuestro ordenamiento en defecto de la previsión del 73.1 LDC. La responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores de derecho antitrust es nacida de la Ley y por tanto desde el inicio de la acción y afecta a todos los infractores sean o no demandados. La responsabilidad impropia nacería de la sentencia que la declarara y sólo respecto a los demandados que no podrían ejercer su acción de repetición contra otros infractores no participantes en el proceso.

3.8 EL RETO DE LA PRUEBA

En materia de aplicación privada del Derecho de la competencia, con la entrada en vigor de la transposición de la Directiva, se ha introducido en nuestro ordenamiento un fenómeno no común cómo es la atenuación de la carga de la prueba, que se dará como respuesta a la gran dificultad para los demandantes que supone la asimetría en el acceso a las información y tendrá como consecuencia una variación en el

estándar de prueba requerido para valoración del pleito por parte de los operadores jurídicos.

La existencia de una acción de infracción de normas de competencia nacional o Europea será especialmente difícil de acreditar por la complejidad técnico económica de los asuntos en los que el hecho (infracción) sobre el que se basa la reclamación es naturalmente secreto, al ser ilegal. Esta dificultad se encontrará más en procedimientos independientes que en los consecutivos de la acción de la Administración o Follow on.

Igualmente será complejo acreditar la cuantificación del perjuicio por las mismas razones expuestas. No obstante lo anterior, se ha tratado de paliar las dificultades en base a mecanismos para facilitar el acceso a las fuentes de prueba y también mediante presunciones e inversión de carga de la prueba, facilitando la fijación de ciertos hechos relevantes para la estimación de la demanda. Las facilidades probatorias introducidas afectan tanto a la propia existencia de la infracción, como a la responsabilidad de los demandados y la cuantificación de los daños.

Estas presunciones que permiten la acreditación de los extremos mediante indicios, se encuentran, por ejemplo el artículo 76.3 que indica “se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios” o el 79 del mismo texto legal que invierte el sentido de la carga de la prueba general en nuestro ordenamiento en favor del comprador indirecto que tendrá por acreditado que se le ha repercutido el sobrecoste, si prueba que existe un infractor que repercutió sobrecostes a un comprador que a su vez le vendió bienes objeto de la infracción. Esta presunción es equiparable a acreditar la existencia del daño.

3.9 LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

Es importante tener en cuenta que para lograr el pleno resarcimiento será necesaria la determinación concreta de la cuantía indemnizable, e indirectamente, buscando los criterios para determinarla se logrará acreditar la existencia misma del daño.

La acreditación de la cuantía del daño se ve especialmente dificultada por dos aspectos como son, el contenido técnico de tal acreditación mediante modelos econométricos complejos que resultan inasibles para personas no versadas en la materia, y por otro lado, la genérica asimetría de información entre infractores y demandantes respecto a los parámetros económicos de la infracción que pertenecen a la esfera privada de conocimiento de los infractores.

Así la Directiva y antes el Tribunal Supremo en la sentencia del Cártel del

Azúcar consideran la necesidad de introducir mecanismos de flexibilidad probatoria en cuanto a la cuantificación, dado que en estos procesos existe “la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, [...] problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones [...]”, y así en favor del principio de efectividad y pleno resarcimiento de las víctimas, aún en detrimento de la certeza judicial, se han introducido facilidades probatorias para la cuantificación, disminuyendo el estándar probatorio normal (17.1 Dir./ 76.2 LDC), de tal forma que, “si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de los daños”.

La utilización deliberada del término “estimar” no es inocente, entendiendo que el tribunal tiene la facultad exclusiva de atenuar el rigor de determinar una cuantía indubitada tan difícilmente determinable o también, que permite al demandante cuantificar su demanda en términos de estimación. La diferenciación de estos dos puntos de vista tendrá relevancia a efectos de costas del proceso.

Otro mecanismo para la facilitación de la cuantificación del daño será el recogido en el artículo 76.4 LDC mediante el cual el Tribunal puede solicitar la aportación de informes en materia de cuantificación del daño a las Autoridades Administrativas de Competencia.

Podría pensarse que una norma de este tipo, en nuestro ordenamiento, en realidad habría de tener un alcance limitado, consistente simplemente en permitir que el tribunal, a quien alguna de las partes –o las dos– le hubiera pedido la designación de perito en virtud del artículo 339.2 LEC, delegará dicho encargo en la Autoridad Nacional de Competencia.

Si se asumiera la posibilidad de que esta Autoridad operara, autónomamente, como “Perito” se estaría asumiendo la posibilidad de que el Tribunal acordara pruebas de oficio, lo cual supondría una innovación en nuestro Derecho y supondría desvirtuar el equilibrio procesal y el reparto de la carga de la prueba de las partes.

3.10 INCENTIVOS EN LAS ACCIONES FOLLOW ON

La preferencia del ordenamiento por las acciones “follow on” se manifiesta en la atribución del carácter de irrefutable a las resoluciones de las Autoridades de la Competencia y jurisdiccionales de órganos Nacionales, o en su defecto de prueba iuris

tantum (en la trasposición) si proceden de otros Estados Miembros. La preferencia es lógica para evitar resoluciones contradictorias en distintas acciones independientes sobre los mismos hechos y por economía procesal, y la ventaja de la irrefutabilidad es muy atractiva para los reclamantes incluso a pesar de la dilatación de los plazos en este tipo de acciones, que además son ventajosas también en tanto que el Derecho Procesal Civil que se aplicaría en la resolución de estos asuntos no está hecho para la instrucción y averiguación de hechos complejos, y está basado en el principio dispositivo y la actividad de las partes, problema que se vadea si se utiliza una la prueba constituida en el proceso sancionador previo que si dispone de herramientas propias del Derecho penal.

Por otro lado en materia de prescripción por el artículo 74.4 de la LDC se establece la interrupción de la misma en caso que la Autoridad de la competencia actúe por investigación o incoación de procedimiento, lo cual facilita la utilización de las acciones “follow on”.

3.11 ACCESO A FUENTES DE PRUEBA DEL DEMANDADO Y TERCEROS

Esta nueva herramienta introducida por la trasposición de la Directiva mediante la inclusión de algunos artículos en la LEC, es fundamental para atacar la asimetría de acceso a la información entre demandantes y demandados, y para confrontar la evitación de ofrecer información por parte de los infractores que se producía anteriormente en base a normas transversales, como eran las de protección de datos o los secretos comerciales. Será una herramienta primordial en las acciones independientes o “stand alone”, que no vienen precedidas de resolución sancionatoria de la Autoridad de Competencia.

No obstante, ha sido preciso regular este acceso en detalle porque es en este ámbito donde más se manifiesta la necesidad de equilibrar los intereses contrapuestos de la faceta privada del Derecho de la competencia y de la pública. Se trata de compatibilizar por un lado la eficacia de las actividades públicas de la Administración como instructora y sancionadora de infracciones antitrust y su interés por preservar los incentivos a los programas de clemencia, y la eficacia de las acciones privadas de daños por infracciones anticompetitivas. Para lograr el equilibrio será necesario establecer limitaciones en cuanto al tipo de documentos que son accesibles, o el momento de acceder, y la exigencia de solicitar de forma ponderada y justificada el acceso a tales documentos.

Procesalmente, se ha introducido este instrumento como innovación afectante a



todo el ordenamiento y no solo a los asuntos de Derecho de la Competencia, mediante la incorporación de una categoría nueva o instrumento como son las fuentes de prueba, que serán considerados los lugares, personas u objetos en los cuales se podrán practicar medios de prueba para que el tribunal pueda conformar su opinión respecto a los hechos controvertidos.

Se ha introducido una nueva Sección 1.^a bis dentro del Capítulo V del Título I del Libro II, con la siguiente rúbrica “Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia”, que regula un nuevo sistema caracterizado por ser un sistema amplio con una enumeración “numerus apertus” de las fuentes de prueba accesibles, cuyo acceso se producirá con carácter rogado y motivado por las partes, y que en ningún caso permitirá los sondeos probatorios de las fuentes de prueba, sino que

será precisa la aportación de indicios y el acceso se hará sometido a condiciones estrictas (Art. 283 bis a punto 2) y sustentadas en el principio de proporcionalidad (Art. 283 bis a punto 3). La autorización de acceso a las fuentes de prueba se hará ponderando los intereses en liza y, en particular, el sustento indiciario de la reclamación, la onerosidad de la exhibición y la confidencialidad de la información contenida.

En materia de confidencialidad el artículo 283 bis b) contempla que el Tribunal adopte medidas para proteger la misma, pero en todo caso la predisposición de la norma es tendente a la exhibición de este tipo de pruebas, tan es así, y aun parece de lógica, que contempla que la evitación de procesos de daños no es un interés de las empresas infractoras susceptible de protección, e incluso en su punto 5 expone una relación abierta de medidas que el Tribunal podría adoptar para proteger la información que tenga carácter de confidencial.

Cuando la fuente de prueba es un expediente de la Autoridad Nacional de Competencia el tema es algo más espinoso, porque como decíamos dar acceso libre a esta información pondría en riesgo el equilibrio del sistema público/privado de defensa del Derecho de la competencia y la eficacia de las propias autoridades en la persecución de las infracciones en curso y, además, afectaría muy negativamente a los incentivos incluidos en los programas de clemencia y, en consecuencia, a la propia eficacia general de las políticas de defensa de la competencia.

Helmut Brokelmann en su artículo *“La directiva de daños y su transposición en España”*, utiliza un código de colores diferenciador de los distintos documentos por su posibilidad de exhibición. La lista negra la copiarán (apartado 6 Art. 283 bis i) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción en el seno de un programa de clemencia, a los que no se podrá acceder, salvo por parte del Tribunal, previa solicitud motivada, para valorar si se trata de este tipo de documentos. Esta prohibición absoluta, en principio, no es un perjuicio para las víctimas puesto que esta documentación no existiría si voluntariamente no la hubiera elaborado el infractor, pero hay algunos autores que se plantean si este artículo es conforme a la doctrina asentada por la sentencia Donau Chemie que se oponía a que hubiera normas que impidieran de forma absoluta la posibilidad de ponderación por parte del juez.

La lista gris la ocuparán aquellos documentos (apartado 5 Art. 283 bis i) a los cuales no se puede acceder durante la tramitación de un expediente de la autoridad de Derecho de la competencia pero sí después, como son “la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia, la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, y las solicitudes de transacción que se hayan retirado”.

La lista blanca incluirá, por eliminación, en virtud del apartado 9 del Art. 283 bis i, el resto de documentos no recogidos en las otras categorías, incluso las partes de la prueba solicitada que relacionada con los documentos de la lista negra, no estén protegidos por el apartado 6.

Se establecen también en esta materia concreta algunas cautelas para equilibrar todos los intereses en juego como son la subsidiariedad del acceso a estos expedientes, que sólo se producirá en caso de que la información no se pueda obtener por otra vía o un análisis extra de la proporcionalidad para conceder el acceso, e incluso, la prohibición del uso indebido o extralimitado de estas pruebas y previendo

algunas consecuencias para accesos no autorizados a las pruebas o al uso inadecuado de las mismas.

3.12 LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y EL PRIVATE ENFORCEMENT

En relación a lo anterior especial sensibilidad tendrá el acceso a las fuentes de prueba de los expedientes sancionadores en los que se haya desarrollado un programa de clemencia y también supondrá un reto definir el alcance de la Responsabilidad Civil de los beneficiarios de clemencia, y sobre todo tratar ambos aspectos sin que el mantenimiento de los incentivos de los programas de clemencia ni el principio del pleno resarcimiento de los perjudicados privados se vean afectados. Los programas de clemencia son uno de los principales instrumentos de la Administración para lograr el éxito de las políticas de Derecho de la competencia.

La elección o primacía de uno de los dos intereses en pugna, será manifestación de la opción entre sistemas de Derecho de la competencia de corte americano, donde prima el interés por el resarcimiento particular, o más europeístas con el foco puesto en el interés público.

Los programas de clemencia son la palanca que permite movilizar la voluntad y romper el “status quo” que tendrán los infractores que, por definición, preferirán mantener en secreto sus conductas reprobables para lograr la indemnidad, más si no tienen tampoco incentivos para perjudicar a los competidores infractores. El establecimiento de sistemas de clemencia que beneficien al delator y, a la vez, perjudiquen a su competencia parece una forma óptima de lograrlo.

En los trabajos preparatorios de la Directiva se proponía sacrificar la reparación de los perjudicados para no desincentivar el instrumento eficaz que son los programas de clemencia. Afortunadamente ese posicionamiento tan radical no tiene reflejo en la Directiva donde se ha optado por poner en posición de ventaja relativa al infractor delator con respecto al resto de infractores pero no del todo respecto a las víctimas.

Si las palancas internas que actúan sobre la eficacia de los programas de clemencia, y que son directamente proporcional al interés de los infractores a acogerse, son la gravedad de las sanciones, la eficiencia y medios de las Autoridades de competencia nacionales y la claridad, seguridad jurídica y generosidad manifestada en el propio sistema de clemencia, y es esta tercera la que disminuye con el nuevo sistema de private enforcement, parece evidente que tendrá que actuarse respecto a las otras dos para recuperar el atractivo de los sistemas de clemencia.

3.13 EL PLENO RESARCIMIENTO Y EL “PASSING ON”

El pleno resarcimiento es la piedra angular sobre la que descansa todo el sistema de acción privada del Derecho de la Competencia y se ha plasmado en ordenamiento interno en el artículo 72 de la LDC, cuyo deseo orientador es retornar al perjudicado a la situación previa que tuviera antes de la acción dañosa.

Para lograrlo, ha sido fundamental la atribución del carácter conjunto y solidario a la responsabilidad de los infractores en un cártel (Art. 73 de la LDC), que es contraria, en cuanto a la solidaridad, a la previsión del artículos 1137 y siguientes del Código Civil establecen en materia de obligaciones en general. A pesar de la previsión legal, quizás por vía jurisprudencial se hubiera alcanzado el mismo régimen a través del concepto de *solidaridad impropia* en materia de Responsabilidad Extracontractual que es sostenido por reiterada jurisprudencia del TS.

A pesar de ello la solidaridad en este caso es propia, derivada de la Ley, y el pleno resarcimiento se lleva a extremos de afectar a las responsabilidades de los infractores beneficiarios de clemencia, en el sentido de que estos responderán completamente frente a sus compradores o proveedores directos, y sólo ante las víctimas de los demás infractores, como deudor de último recurso, en caso de que los co-infractores no asuman su responsabilidad 164 (Art. 11.4 Directiva/73.4 LDC).

Por otro lado el pleno resarcimiento en cuanto a los sujetos beneficiarios nos lleva a la noción de que “cualquier” perjudicado podrá reclamar (Art. 3 de la Directiva) independientemente de su posición en la cadena de valor o producción, lo que nos incardina al concepto de “passing on”.

Este no es otro que la natural repercusión de costes que se va efectuando a lo largo de los distintos sujetos de la cadena de producción y distribución, y la relevancia que tiene esta repercusión de costes (sobrecostes) en los siguientes escalones a la hora de cuantificar el daño producido por los infractores del Derecho de la Competencia. El “passing on” tiene una faceta activa que es la previsión normativa que otorga legitimación al comprador indirecto frente al infractor (evitando así indemnizaciones muy por encima de los daños causados al comprador directo por la infracción del Derecho de la competencia y también la falta de responsabilidad del infractor con respecto a los compradores indirectos). La faceta pasiva (defensiva) del “passing on” se refiere a que los infractores del Derecho de la competencia podrán alegar que el demandante (comprador directo) hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción, de tal forma que no podrá reclamar un daño que finalmente no ha soportado.

La introducción de esta faceta defensiva no ha estado exenta de polémica porque tan injusto es obviar la repercusión del sobreprecio en los siguientes consumidores a la hora de calcular el daño, como sostener que la totalidad del sobrecoste se repercute sin que esto tenga efectos sobre la demanda y así ignorar el efecto de la elasticidad precio de la demanda que tendrá como consecuencia la pérdida de ingresos por reducción del volumen de ventas.

Hay tesis más cercanas al Derecho anglosajón que defienden que hubiera sido más justo no incluir ninguna de las facetas del “passing on” al consideran que el infractor no debe beneficiarse de una consecuencia lógica del mecanismo del mercado que es que el comprador directo trate de minimizar el impacto del sobreprecio sobre su propio patrimonio.

Planteamiento de este tipo quizás susciten dudas al afectar en nuestra opinión a la institución del enriquecimiento injusto [(doctrina asentada por ejemplo en STS 7753/2010 de 29 de Julio que ilustra la concreción y vigencia en derecho común Español de los principios “nemo debet lucrari ex alieno damno” (nadie debe obtener lucro del daño ajeno) (D. 4,3,28), “Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet” (Nadie debe enriquecerse en detrimento de otro)], no obstante el razonamiento del Catedrático Jesús Alfaro, también es defendible y sustentado por algunas resoluciones, como en el Fundamento Jurídico 6º punto 2 párrafo final de la STS 651/2013 de 7 de Noviembre de 2013, al proponer que el hecho de que el comprador directo consiga repercutir el coste, primero, no parece que esté dentro de los deberes exigidos a este para mitigar el daño y ,desde luego, la repercusión del coste no es por causa de la existencia del sobrecoste sino por mérito de las habilidades del comprador directo y es por eso que no debería beneficiar al infractor.

Por otro lado al haber contemplado el “passing on” defensivo, se está complicando un sistema de reclamación que pretendía ser más simple y adicionalmente se está fortaleciendo la posición de los compradores indirectos en detrimento de los directos, cuando los indirectos tendrán mayores dificultades y falta de incentivos (por ejemplo menor perjuicio económico y lejanía con respecto a la acción de infracción), y de esta manera, indirectamente se está mejorando la posición relativa del infractor que sabe que la mayor parte del perjuicio de los compradores indirectos no se la van a reclamar. De hecho en los trabajos previos a la Directiva se preveía la posibilidad de impedir el “passing on” defensivo cuando “los compradores indirectos se enfrenten a la imposibilidad legal de reclamar compensación alguna sobre la base de las normas nacionales de causalidad (incluidas las normas sobre previsibilidad y lejanía)”.

Hubieran sido posibles otras opciones legislativas como que el comprador directo obtuviera el total de la indemnización y que los indirectos reclamaran a este, preservando clara la relación de causalidad entre el perjuicio de los compradores indirectos y la acción que lo ocasiona (la repercusión), aunque faltaría en este esquema la culpa, lo cual se podría haber resuelto con la objetivación de la responsabilidad. También se podría incluso haber introducido mecanismos de procedibilidad como legitimación activa necesaria de comprador directo e indirectos o acciones colectivas obligatorias al tipo de las “class actions” americanas. Pero ninguna de estas opciones cristalizaron en la norma emanada.

3.14 ACCIONES COLECTIVAS, ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y TRANSMISIÓN DE DERECHOS

A pesar de que el Derecho de la competencia es un ámbito especialmente apropiado para el desarrollo de las acciones colectivas, y era un interés del legislador europeo en los trabajos preparatorios de la Directiva, finalmente no se han introducido novedades en esta materia en esta ocasión, por afectar las acciones colectivas a muy diversos ámbitos del Derecho, no sólo al Derecho de la Competencia, y querer evitar la dispersión normativa.

Como hemos comentado, sería este un sistema que proporcionaría mucha mayor satisfacción a la tutela judicial efectiva, sobre todo en aquellas infracciones puntuales y de poco valor relativo, en las cuales “costes, retrasos, incertidumbre, riesgos y cargas” suponen un desincentivo claro y motivo de impunidad del infractor, además de que serviría para evitar las ineficiencias procesales que este tipo de demandas individualizadas pueden provocar.

Se podrían haber hecho convivir, como proponía la Comisión Europea, las demandas en representación con las demandas colectivas (que funcionarían de forma residual respecto a las primeras), siendo las de representación aquellas demandas entabladas por organismos o asociaciones habilitadas por el Estado Miembro en relación a determinado incumplimiento específico de la normativa de competencia y designadas oficialmente para el asunto concreto, que actuarían en favor de los intereses de una colectividad de víctimas identificadas o, en ocasiones, identificables. De esta manera a través del uso complementario de estas dos tipos de acciones se podría acaparar la mayor parte de las acciones privadas de Derecho de la competencia que los particulares no hubieran decidido llevar adelante de forma individual, dando cumplimiento tanto a la finalidad resarcitoria de la norma como a la de prevención general de las infracciones del Derecho de la

Competencia a través de la acción privada.

La Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, proponía un modelo de “class actions” a la americana conforme a la Federal Rule of Civil Procedure nº. 23, aunque más enfocada en la faceta “opt-in” o en la posibilidad de que los particulares individuales se pudieran sumar al procedimiento y con fuerte control judicial de la legitimación de la acción y su financiación, sin embargo esta recomendación como decíamos no fue acogida por el legislador, pero esta no regulación no ha de entenderse como una exclusión específica y determinada de estos sistemas, sino que más bien contempla que puedan existir acciones colectivas como lo hace en el considerando 13 o el artículo 2.4 de la Directiva, dejando abierta la posibilidad.

En tanto no se desarrolle un sistema de acciones colectivas como el indicado, se podrán seguir utilizando otras estrategias jurídicas que eviten ciertas ineficiencias de las acciones individuales, como puede ser la acumulación de acciones (art. 71-73 LEC), particularmente las acciones de representación de las asociaciones de defensa de los consumidores (art. 11 LEC) o la transmisión de los derechos de indemnización.

Respecto a este último tema la propia Directiva recoge de forma implícita en varios pasajes la transmisibilidad de estos derechos, lo cual supone una innovación en nuestra tradición jurídica y como decíamos puede servir materialmente para colectivizar las acciones, por ejemplo, mediante la creación de una estructura jurídica interpuesta que sea la adquirente de los derechos y que finalmente sea la que ejercite la acción de reclamación. Igualmente este puede ser un mecanismo útil para la financiación de los procesos de reclamación o para la obtención de liquidez por parte de los perjudicados.

La traslación del riesgo de la acción jurídica a terceros intervinientes en el proceso que litigue en nombre propio para la consecución de sus intereses adquiridos es una posibilidad inédita en España, pero que sí se ha producido en otros ordenamientos con influencias más anglosajonas en lo legal, donde fondos de inversión especializados centran su modelo de negocio en este tipo de transacciones. Será extraordinariamente interesante el tratamiento jurisprudencial que se dará en el futuro a los escollos jurídicos que puedan encontrar este tipo de reclamaciones efectuadas por terceros adquirentes de los derechos y en función de este tratamiento quizás en el futuro se dé satisfacción a algunas corrientes de opinión que reclaman ya la creación de mercados secundarios de derechos de reclamación.

Argumentando la transmisibilidad de los derechos hay que tener en cuenta que nuestro sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual es una manifestación moderna de la “lex Aquilia de damno dato” del Derecho Romano, en la cual, aunque no se hablaba de responsabilidad, si que se mencionaba con entidad propia a la acción de reclamar el resarcimiento del daño causado. Esta acción es una facultad que se integra en el patrimonio del damnificado, que puede ejercitarla para la obtención de una indemnización resarcitoria, y desde que se ocasiona el daño, el damnificado es tributario de un derecho de crédito (en sentido amplio) frente al responsable. Hay que tener en cuenta el tenor del artículo 1089 CC que dice que “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

La Transmisión de créditos está regulada en el artículo 1526 y siguientes de dicho texto que a su vez deriva del 1112 del CC que indica que “todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”, y será aún más natural mediante el fenómeno que viene produciéndose en nuestro Derecho que D. Luis Díez-Picazo denominó “Cosificación de los Créditos” y que tiene una de sus últimas manifestaciones en la tan actual “titulización” de créditos.

Caben disquisiciones respecto al momento de nacimiento del crédito, si es con efecto del daño o de la declaración judicial del mismo, si bien es pacífica la posibilidad de ceder créditos futuros asique el planteamiento no tiene relevancia a efectos prácticos. Igualmente se puede dilucidar la diferencia entre la nomenclaturas habituales de derecho de reclamación y crédito indemnizatorio, si bien su diferenciación es en base a un criterio temporal, siendo el primer concepto una “expectativa de crédito” mientras que el segundo ya reúne condiciones como son la liquidez, vencimiento y exigibilidad que harían viable una acción más ejecutiva.

Lo que es innegable es el carácter algo aleatorio de la cesión de reclamaciones por cuanto no puede garantizarse en estas un resultado, que además es exógeno al depender del criterio de la contraparte y sobre todo del juzgador. Pero en ellos, a salvo de cualquier vicio de la autonomía de la voluntad que pueda concurrir, lo que sí es claro es que se realiza una traslación completa del riesgo entre el cedente y el cesionario.

4. CONCLUSIONES

La disciplina del Análisis Económico del Derecho sostiene que el Derecho tiene como función social la de facilitar los intercambios

y la cooperación entre individuos. Es por ello, que cuando analizamos desde este enfoque las infracciones del Derecho de la competencia, consideramos que estas afectan a la esencia misma del Derecho como institución.

Sea como fuere, es evidente que la inclinación hacia la avaricia de los agentes económicos existe, igual que han sido múltiples los ejemplos históricos en los que estos han obviado la función social de la Economía de Mercado, en la cual, la evolución de los regímenes democráticos se ha hecho cada vez más protagonista el individuo o consumidor.

A este individuo hay que protegerle en diversos planos, y el haber abandonado la protección de sus intereses, en resarcir los perjuicios que le hubiera ocasionado una infracción del Derecho de la Competencia, es simplemente un déficit del ordenamiento. Es cierto que la persecución por el derecho público de estas infracciones ya supone un estupendo reto, teniendo en cuenta la globalización de la economía y la complejidad de las tramas y los recursos limitados con los que cuenta el sector público para ello (que comparativamente con los recursos de que disponen las organizaciones infractoras para ocultar sus infracciones aún lo son más).

Para paliar ese déficit mencionado, se ha dado un muy buen primer paso con la transposición de la Directiva, aunque se hayan dejado ámbitos de indeterminación que se tendrán que resolver por vía jurisprudencial en el futuro. No obstante lo anterior, la regulación si ha sido innovadora en cuanto a introducir caracteres propios de la Responsabilidad Civil derivada de infracciones del Derecho de la competencia.

Uno de ellos será el concepto del “passing on”, a través del cual en materia de legitimación activa, esta se extiende a todos los perjudicados independientemente del lugar que ocupen en la cadena de suministro. No importa que el perjudicado no haya tenido tratos comerciales con ninguno de los miembros del cártel infractor, puesto que se le permitirá reclamar al infractor que haya causado el sobreprecio que el reclamante haya tenido que pagar a su vendedor directo (el cual sí que ha comprado al infractor). Esta sería la “faceta positiva” del “passing on”, si bien también se contempla la “faceta negativa” que será el permitir al infractor alegar que el reclamante no ha sufrido realmente algunos daños que reclama cuando los haya repercutido a sus sucesivos compradores.

En nuestra opinión la “faceta positiva” complica extraordinariamente el sistema, y además supone una ventaja para los infractores que verán como en la práctica los compradores indirectos no les reclamarán, porque la cantidad a reclamar será menor (y por tanto menos atractiva) cuanto más indirecto sea el comprador, y además el comprador indirecto



perderá motivación cuanto más alejado (no sólo físicamente) se encuentre de la acción infractora (mayor dificultad para el acceso a la información y otras barreras).

La “faceta negativa” o defensiva beneficia al infractor de una acción que se produce no por su diligencia o actividad o virtud sino por mera lógica de mercado, como es la repercusión del incremento del coste a los sucesivos compradores, por tanto parece algo injusto hacer que se beneficie de ello el infractor.

Otro elemento propio de esta especial Responsabilidad Civil será la solidaridad de la responsabilidad de los infractores como garantía del pleno resarcimiento de los perjudicados, incluso cuando alguno de los infractores sea beneficiario de un programa de clemencia, en cuyo caso, el infractor goza de una ventaja relativa con respecto al resto de los infractores puesto que responderá sólo de los daños de sus perjudicados, y de los perjudicados de otros

infractores sólo como último recurso cuando los demás infractores no le hayan podido resarcir.

También hay innovación en este ámbito en materia de prueba al introducir medidas como la flexibilización de la misma (o inversión de la carga), el establecimiento de presunciones y la rebaja del estándar probatorio y un nuevo medio de prueba como es el acceso a las fuentes de prueba. Esta innovación es obligada por el carácter propio de esta Responsabilidad Civil que se derivará de actos ilegales (y por tanto ocultos y generalmente que pertenecen al ámbito de lo privado de los infractores) y de complejidad técnica en sus conductas y cuantificación del daño, lo cual introduce importantes dificultades probatorias que se han tratado de paliar.

Las presunciones sobre la existencia misma del daño o la reducción del estándar requerido habitualmente para la prueba, cuando sea prácticamente imposible cuantificar el daño,

serán medidas interesantes pero que plantean dudas de si no abrirán una vía para introducir cierta laxitud en el sistema de prueba y también habrá que estar atento al sentido de la jurisprudencia en esta materia en su relación con la tutela judicial efectiva.

Con respecto a la nueva prueba de acceso a las fuentes de prueba del demandado o del tercero, será preciso ver cómo funciona el sistema con respecto a la multitud de requisitos y cautelas existentes para la autorización al acceso (acceso rogado, motivado, no indiscriminado ni de sondeo, proporcionalidad y limitación del alcance y extensión, subsidiariedad y postergación en caso de ser fuentes de prueba dentro de un programa de clemencia, etc...).

Igualmente, en relación a lo anterior, será precisa cierta modificación de las políticas públicas de persecución de prácticas anticompetitivas en relación al atractivo de los programas de clemencia, que se verá afectado por la nueva regulación dado que la evolución de la acción privada puede resultar un desincentivo al acogimiento por parte de los infractores a los programas de clemencia.

Por otro lado, el nuevo sistema también tiene la especialidad de otorgar carácter de presunción irrefutable o refutable las derivadas de resoluciones firmes de las autoridades de la competencia nacionales o de otro Estado miembro, respectivamente, lo cual doctrinalmente, puede dar lugar a discusión de si esta previsión supone una afectación a la independencia judicial o incluso conculca la obligatoria separación de poderes de nuestro sistema democrático, al permitir que un acto administrativo vincule a la autoridad judicial.

Por último en relación a los elementos conformadores de la Responsabilidad Civil como son acción, daño, nexo de causalidad y criterio de imputación, en la derivada de las infracciones del Derecho de la Competencia se sigue el esquema habitual del 1902 C.C. con algunas especificidades.

La acción se ha definido por remisión a los preceptos de Derecho de la competencia nacional y europea y, en nuestra opinión, al acreditar la infracción se está dando pasos agigantados para acreditar a su vez el nexo de causalidad y la culpa (como criterio de imputación).

Entendiendo la acción dañante como un acuerdo secreto para subir precios y/o reducir la innovación, acreditando la existencia y puesta en marcha del acuerdo, es contraintuitivo pensar que el acuerdo no produzca (cause), necesariamente, el fin para el que se llevó a cabo, incremento de precios que los perjudicados soportarán. Así se acredita el nexo de causalidad.

Pero también se acreditará en igual sentido la culpa porque difícilmente se podría pensar

que un infractor lleve a cabo una acción anticompetitiva sin representarse que va a provocar necesariamente un perjuicio a tercero, más cuando los intercambios comerciales son un "juego de suma cero" en los que todo lo que uno gane necesariamente lo tiene que perder otra persona.

No obstante lo anterior, el legislador europeo prima el principio de efectividad frente a la exigencia de la culpa, de tal forma que el único criterio de exclusión de la responsabilidad será la actuación infractora en base a un error excusable, que en la realidad no se dará y adicionalmente se desprende del tenor literal de las normas cierta objetivación de la culpa. En materia de nexo de causalidad la norma europea no ha sido explícita, posibilitando que sean los Estados miembros quienes decidan los requisitos para su acreditación o incluso su exigencia, encontrándose en el tenor de la norma rotundas afirmaciones tendentes hacia el establecimiento de presunciones en cuanto a la existencia del nexo de causalidad.

En materia de plazo de prescripción la nueva regulación es generosa en cuanto al plazo mismo como a la fijación del "dies a quo", en base a eventos un tanto etéreos, y con respecto a la posibilidad de la suspensión o interrupción del mismo, todo ello, entendemos guiado por la voluntad de lograr el resarcimiento de los perjudicados y respetar el principio de efectividad.

Por último, habrá de tenerse en cuenta, que de los caracteres de la Responsabilidad Civil derivada de infracciones del Derecho de la competencia lo más difícil de acreditar será el daño y su cuantificación, a pesar de que se ha definido para facilitar su medida en base a la agregación de las masas patrimoniales que son daño emergente, el lucro cesante y los intereses.

En nuestra opinión, para terminar, a pesar de la completa regulación se han dejado ámbitos de indefinición o interpretables jurisprudencialmente, que con el paso del tiempo definirán si este ha sido un buen primer paso sobre el que trabajar por ejemplo introduciendo otras opciones legislativas exógenas a nuestra tradición jurídica, pero útiles para la tutela judicial, como los daños punitivos o las acciones colectivas inclusivas de corte americano (o otros mecanismos jurídico análogos) o si estamos ante un sistema pleno que ya despliega sus efectos satisfactoriamente para la defensa de los intereses de los perjudicados particulares. El tiempo lo dirá.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho, InDret 2007.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el private enforcement del Derecho de la Competencia, (2009), InDret, nº 1.
- ALONSO SOTO, R., Nuevas normas reguladoras de las acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia, Revista de análisis del Despacho Gómez-Acebo y Pombo.
- ARAUJO, M; BACHES OPI, S.; BROKELMANN, H.; CALLOL, P.; CAPILLA, A.; GÓMEZ DE LA CRUZ, E.; IGARTUA, I.; MANZARBEITIA J., y VIDAL.P. ; Comentarios a la propuesta legislativa del grupo de trabajo de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA (2017).
- BROKELMANN, H., La directiva de daños y su transposición en España, Revista General de Derecho Europeo 37 (2015).
- CANTERO GAMITO, M., La aplicación privada del derecho de la competencia”, capítulo “Los programas de clemencia en la Lucha antitrust, Lexnova, Pág. 696-697.
- CANTOS, F.; CARRERA, E. Y GONZALO, P., La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita, Gaceta Jurídica de la UE, Editorial La Ley, núm. 36, (2013), Pág. 11-36.
- CARPAGNANO, M., El private enforcement del Derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C 295-298/04., InDret 2007.
- CARRASCO PERERA, A. Perjudicado, comprador indirecto y relación causal en daños por ilícitos competenciales, Artículo del Despacho Gómez-Acebo y Pombo, (2017).
- COLECTIVO, Reclamaciones de daños causados por cárteles: el Tribunal Supremo somete la defensa del “passing on” a requisitos estrictos, Grupo de Competencia de Gómez-Acebo & Pombo.
- DÍEZ ESTELLA, F. y ESTRADA MERAY, C., Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente, Revista de derecho de la competencia y la distribución, Wolters Kluwer N° 15 (2014).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; GUTIÉRREZ CARRIZO, I. Y OTROS, 1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia, Libro Marrón, Círculo de Empresarios; Artículos “Sobre algunas dificultades para la llamada “aplicación privada” de las normas de competencia en España”, pág. 60-74 y “El efecto tiempo: eficacia vs seguridad jurídica. Eficacia pro seguridad jurídica”, Pág. 124.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: Apuntes a la luz de la directiva 2014/104 y de la propuesta de ley de transposición, Cuadernos de Derecho Transnacional (2017), Vol. 9, N° 1, pPág. 125-152.
- H. FRANK, R., Microeconomía y conducta, McGraw Hill (1992)
- HERRERO SUÁREZ, C., La transposición de la directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de ley de transposición de la directiva, Cuadernos de Derecho Transnacional (2016), Volumen 8, N° 1, pág. 150-183.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F., La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles, Revista ICE 50, Enero-Febrero 2014. N.º 876, Aniversario de la primera ley de competencia en España.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, P., La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust, InDret 2013.

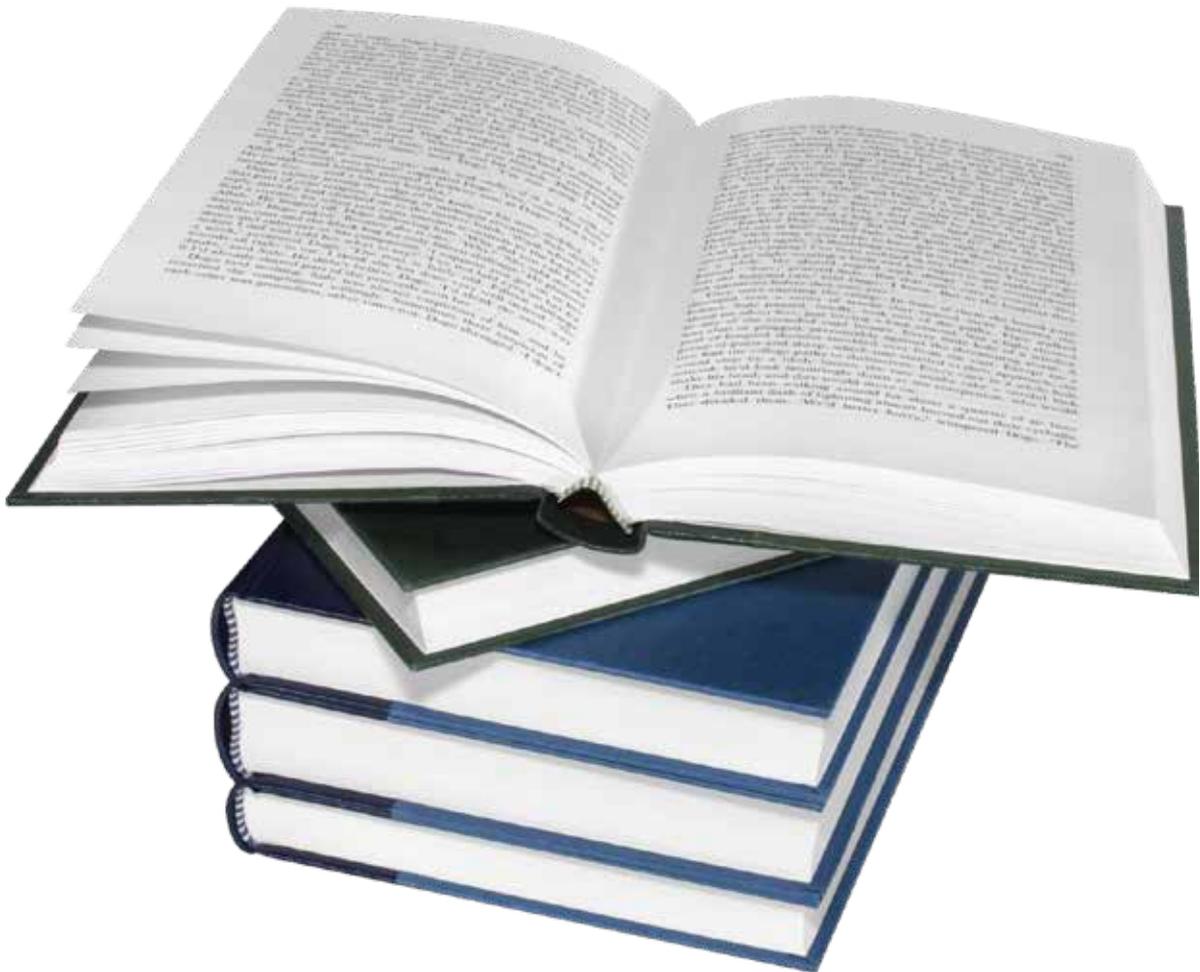
SANCHO GARGALLO, I., Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia, InDret 2009.

SOPEÑA, V. y MARTÍN, G., La esperada transposición de la Directiva de indemnización de daños causados por ilícitos antitrust ¿para cuándo?, Almacenederecho.org

TORRE SUSTAETA, V., Daños y perjuicios por infracción de las normas de derecho de la competencia. La tutela procesal del derecho de la competencia en el plano nacional español, Editorial Aranzadi, Pág. 36-38

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. y BENGOETXEA CABALLERO, J, Breves apuntes sobre las sentencias básicas del tribunal de justicia de la unión europea, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, Núm. 33 (2014) Pág. 443-480.

VELASCO SAN PEDRO, L.A. Y HERRERO SUÁREZ, C., Cuestiones de derecho material y derecho procesal, capítulo La «passing-on defence», ¿un falso dilema?, Pág. 593-604.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Póliza de seguro de accidentes. La oscuridad de las cláusulas incorporadas en las condiciones generales –a pesar de que hayan sido expresamente aceptadas por el asegurado–, perjudicarán a la parte que las ha incluido en el contrato, teniéndose por no puestas y prevaleciendo lo recogido en las condiciones particulares

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 17 de abril de 2018.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijás Quintana

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Don Antonio contrató en el año 2007 con Seguros Generali una póliza de accidentes. En la citada póliza como garantías aseguradas, entre otras, se establecía la siguiente: «invalidez permanente absoluta y parcial por accidente».

A consecuencia del accidente sufrido por don Antonio, el día 12 de julio de 2010 fue declarado en situación de invalidez permanente total derivada de accidente no laboral, a resultas de lo cual reclama a la aseguradora la suma de 16.790 euros, más el interés del artículo 20



de la Ley de Contrato de Seguro, y la condena a cumplir los gastos médicos y quirúrgicos sin limitación temporal alguna, con fundamento en el artículo 3 de la citada Ley .

La aseguradora se opuso a la reclamación por considerar que en ningún caso era objeto de seguro la incapacidad permanente total, sino únicamente la invalidez absoluta y la invalidez permanente parcial, y que las definiciones de las garantías de invalidez y las condiciones que se consideran limitativas en la demanda se encuentran en la solicitud de seguro, conociendo las condiciones generales del seguro al contratar, como se deduce de su firma bajo la cláusula que reconocía haberlas recibido.

Lo que hizo la aseguradora fue consignar en concepto de indemnización la cantidad de 2.518,50 euros por la cobertura de invalidez permanente parcial, consistente en la pérdida total de la movilidad del tobillo en un 15%, conforme al baremo estipulado en las condiciones generales para cifrarla.

La sentencia recurrida en casación estimó el recurso de apelación de la aseguradora contra la sentencia del juzgado, que había acogido íntegramente la demanda (porque no había constancia de la recepción por parte del asegurado

de las condiciones generales al concertar la póliza, y porque la cláusula aplicada es limitativa de sus derechos, sin cumplir los requisitos del artículo 3 de la LCS). Dice la sentencia que el condicionado general establece correctamente la delimitación del riesgo asegurado, y que como tal no requiere su expresa aceptación por escrito, sino su mero conocimiento y aceptación por el tomador, «como sucede en el presente caso en el que se acciona con base en la póliza que conlleva la recepción de tales condiciones generales y de las que se deriva y aprecia claramente la existencia de dicho baremo..., como factor de delimitación del riesgo asegurado, es decir, la invalidez permanente por accidente designada en el condicionado particular antes mencionado».

SEGUNDO. - El recurso de casación contiene dos motivos sobre interpretación contra proferentem y calificación de las cláusulas como limitativas de derechos del asegurado, y los requisitos que deben reunir para su eficacia frente al mismo, en ambos casos en contra de la jurisprudencia de esta sala que cita en el recurso, así como de lo previsto en los artículos 1288 del CC, artículo 3, en relación con los artículos 2 y 8, todos ellos de la Ley de Contrato de Seguro, 89.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, General para la Defensa de los Consumidores y

Usuarios, y los artículos 5, números 1, 5 y 6 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación .

Los dos se van analizar de forma conjunta para estimarlos.

1. Dice la Sentencia 541/2016, de 14 de septiembre lo siguiente: «A partir de la definición contenida en el art. 100 LCS, conforme al cual se conceptúa el accidente como lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal, permanente o muerte, la jurisprudencia ha establecido que en el seguro voluntario de accidentes, cualquier restricción mediante cláusulas que determinen las causas o circunstancias del accidente o las modalidades de invalidez, por las que queda excluida o limitada la cobertura, supondría una cláusula limitativa de derechos del asegurado (STS, Sala 1.ª -Pleno- 402/2015, de 14 de julio)».

2. A su vez, la sentencia núm. 676/2008, de 15 de julio, que reiteraba la doctrina establecida por la sentencia núm. 1340/2007, de 11 de diciembre (y las que en ella se citan), abordó específicamente el problema de la calificación de la cláusula que suponía una restricción de la suma a indemnizar en caso de invalidez permanente, y concluyó: «[l]a jurisprudencia tiene declarado que la restricción de la suma con la que procede indemnizar los supuestos de invalidez permanente distinguiendo o excluyendo distintos supuestos según la gravedad de las lesiones sufridas implica, desde esta perspectiva, una limitación de los derechos del asegurado si en las condiciones particulares se estableció una suma única por invalidez permanente total, dado que el concepto de invalidez permanente, puesto en relación con el de incapacidad permanente total en el orden laboral, supone la falta de aptitud para el desempeño de las funciones propias del trabajo habitual, y ésta puede producirse tanto por una lesión muy grave como por otra menos importante (además de las que cita la parte recurrente, STS 13 de mayo de 2008, rec. 260/2001)».

3. En suma, la determinación de la indemnización por incapacidad permanente mediante un porcentaje sobre el capi-

tal garantizado en función del grado de invalidez permanente y secuelas sufridas por el asegurado, expresado en una tabla contenida en la condiciones generales, en contradicción con las condiciones particulares, en las que únicamente figura una cifra fija, importe de la indemnización por tal concepto, como sucede en este caso, supone una cláusula limitativa, que requiere para su validez los requisitos del art. 3 LCS .

4. La sentencia recurrida declara que las condiciones generales han sido especialmente conocidas y aceptadas por el tomador del seguro, accionando «con base en la póliza que conlleva la recepción de tales condiciones generales y de las que se deriva y aprecia claramente la existencia de dicho baremo», siendo doctrina de esta sala que la aceptación de las condiciones generales por parte del asegurado mediante su firma en las condiciones particulares con referencia expresa a aquellas implica su aceptación, salvo cuando la referencia a ellas se haga con carácter genérico e indeterminado que sea susceptible de inducir a confusión (STS 7 de julio de 2006 rec. 4218/1999).

Sucede así en este caso en el que en las condiciones particulares no figura la determinación de grados de invalidez permanente ni se puede inferir que lo sea dada la forma en que se aparece redactada la cláusula en cuestión pues únicamente figura una cifra fija, como importe de la indemnización por tal concepto, lo que supone una cláusula limitativa, en cuanto es susceptible de ser aplicada a supuestos de incapacidad permanente total, que requiere para su validez los requisitos del artículo 3 LCS, como así la calificó la propia aseguradora en la solicitud del seguro.

5. Pero es que, además, partiendo de la existencia de una incapacidad del asegurado en grado total, la póliza presenta una indudable oscuridad, oscuridad que la propia aseguradora alimenta desde el momento en que parece negar la falta de cobertura de esta suerte de invalidez, porque no viene mencionada en ningún sitio de la póliza, ni en las particulares ni en las generales, para luego reconducirla a la parcial ofertando al asegurado una propuesta de liquidación, que tomó en cuenta la sentencia.

La Audiencia Provincial, dice la sentencia 375/2011, de 7 de junio, «al interpretar que la invalidez permanente total debe ser baremada conforme a la invalidez permanente parcial ha realizado una interpretación no conforme con el artículo 1288 del Código Civil al ir contra el asegurado. Las condiciones particulares introducen una duda sobre la incapacidad permanente total al distinguir solo la incapacidad permanente absoluta y parcial. La interpretación contra proferentem más adecuada es la de entender que la incapacidad permanente total, dadas las circunstancias del contrato, que asegura a un trabajador de una profesión determinada, ante la falta específica de previsión, equivale a una incapacidad permanente absoluta y como tal ha de ser baremada. La invalidez permanente total inhabilita al asegurado para el ejercicio de su profesión, lo que se puede producir tanto por una lesión grave como por una menos grave pero decisiva para el desempeño de la actividad laboral, por lo que la interpretación de la Audiencia Provincial, que barema conforme a la incapacidad permanente parcial, no estando regulada la baremación de la incapacidad permanente total, contraría la regla del 1288 del Código Civil.

Partiendo del planteamiento del recurso, desde la perspectiva de interpretación contractual, las condiciones particulares son oscuras: primero, por no hacer mención a la invalidez permanente total y segundo, porque al no hacer mención a este tipo de invalidez, el asegurado desconoce cómo va a ser indemnizado. Esa oscuridad ha de perjudicar a la parte que ha redactado el contrato y por tanto, la interpretación que ha de hacerse es que producido el siniestro de declaración de invalidez permanente total, ésta ha de indemnizarse conforme a lo establecido en las condiciones particulares para la invalidez permanente absoluta. El hecho de que las condiciones generales en las que se barema la invalidez permanente parcial, hayan sido o no entregadas al asegurado, es intrascendente en este recurso pues aún en el supuesto que se hubieran entregado las condiciones generales, tal y como se recoge en el condicionado particular, tampoco en estas se contiene ninguna cláusula en relación con la invalidez permanente parcial».

Solución que debe predicarse a los gastos de asistencia médica o sanitaria, que excedan del límite temporal anual establecido en el condicionado general.

QUINTO.- La estimación del recurso de casación conlleva la asunción de la instancia, y, como consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Generali España, y la estimación de la demanda, en la forma que resuelva la sentencia del juzgado, que se mantiene en su integridad, con expresa imposición a dicha aseguradora de las costas causadas por la apelación; sin hacer especial de las del recurso de casación, de conformidad con los artículos 398 y 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Antonio contra la sentencia de fecha 14 de julio de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, en el recurso de apelación núm. 358/2014 .

2º.- Anular dicha sentencia y desestimar el recurso de apelación interpuesto por Generali España SA de Seguros y Reaseguros contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Ciudad Real, que mantenemos en su integridad.

3º.- Condenar a dicha aseguradora al pago de las costas causadas en apelación y no hacer expresa imposición de las costas originadas por el recurso de casación.

Líbrense al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Esta sentencia que comentamos no es tan sólo una resolución más del Alto Tribunal sobre el artículo 3 de la Ley 50/80 redundando sobre la ya tradicional distinción entre cláusulas limitativas y delimitadoras. Es desde luego eso pero también algo más: una nueva vuelta de tuerca en la protección de los asegurados, esta vez en el ámbito de los seguros de personas y más concretamente del seguro de accidentes.

D. Antonio, como consecuencia de un accidente, es declarado en situación de incapacidad permanente total. Como tiene un seguro de accidentes contratado pretende ser indemnizado en el importe fijado a tal efecto en condiciones particulares. El litigio surge porque el asegurado, como decimos, fue declarado en situación de incapacidad permanente en grado de total y en las condiciones particulares de la póliza sólo aparecían como riesgos asegurados los grados absoluto y parcial de la invalidez permanente derivada de accidente. Por este motivo, por no figurar expresamente en las condiciones particulares como riesgo asegurado la incapacidad permanente en grado de total, la aseguradora rechaza el pago de la prestación asociada en póliza a la invalidez absoluta y reconduce la misma a la pactada para la parcial, aplicando entonces las tablas de porcentaje de incapacidad que a tal efecto existían en condiciones generales y ofertando una cantidad sensiblemente inferior a la reclamada.

La sentencia de instancia estimó la demanda del asegurado pero la Audiencia Provincial la revocó, absolviendo a la aseguradora al entender que la delimitación del riesgo asegurado estaba correctamente realizada en condiciones generales y que la cláusula que introducía un baremo con porcentajes de incapacidad a aplicar a las cuantías aseguradas en función de las limitaciones resultantes del accidente era una cláusula de carácter delimitador y por tanto no necesitaba expresa aceptación por escrito sino un mero conocimiento y aceptación por el tomador lo que entendía que sucedía en este caso al haber éste accionado en base a la póliza que aporta, lo que presume su previa recepción.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo revoca la sentencia y da la razón al asegurado y lo hace sobre la base de los siguientes argumentos:

1º. Recuerda la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias 402/15, de 14 de julio (sentencia de Pleno) y 541/16 de 14 de septiembre, según las cuales cualquier cláusula introducida en póliza que restrinja la indemnización inicialmente pactada, excluyéndola o limitándola, en atención a causas o circunstancias del accidente o las modalidades de invalidez, es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado por lo que su eficacia dependerá del estricto cumplimiento de los requisitos marcados por el artículo 3 Ley 50/80 y la jurisprudencial que lo interpreta.

... la delimitación del riesgo que se hacía en condiciones particulares era, cuanto menos, sorprendente, al no hacer constar de forma expresa el grado de medio de las situaciones incapacitantes reconocidas en legislación laboral.

COMENTARIO

2º. En consecuencia, las cláusulas introducidas en un contrato de seguro con la finalidad de fijar la indemnización por incapacidad permanente aplicando un porcentaje sobre la suma asegurada en función del grado de invalidez o de la entidad de las secuelas que sufre el asegurado conforma a tabla o baremo, son cláusulas limitativas.

3º. Matiza, aludiendo en este caso a la sentencia de la misma Sala de 7 de julio de 2006; Rec.: 4218/1999) el valor de la firma del asegurado a los efectos de otorgar validez a las cláusulas limitativas o excluyentes de cobertura. Dicha firma sólo supondrá aceptación cuando la referencia que se haga a las cláusulas limitativas no se haga con carácter genérico e indeterminado, de tal manera que pueda inducir a confusión al tomador de seguro y/o asegurado.

4º. Considera que hay oscuridad en la redacción de la póliza. Las condiciones particulares introducen una duda porque sólo aparecen descritos como riesgos asegurados las situaciones de incapacidad permanente absoluta y parcial y no se hace mención al grado de incapacidad que está precisamente situado entre los dos sí recogidos. Así, al no hacer mención expresa, el asegurado desconoce tanto si va a ser indemnizado en caso de incapacidad permanente total (aunque pueda suponerlo al tener asegurado el riesgo inmediatamente mayor y el inmediatamente menor) y desconoce además en qué cuantía. Estas ambigüedades dificultan una adecuada comprensión del alcance real del contrato y no pueden favorecer a quien lo ha redactado, por lo que cualquier interpretación esclarecedora habrá de hacerse optando por la que sea más favorable al asegurado pues así lo exige el artículo 1.288 del Código Civil.

En definitiva, el Tribunal Supremo casa la sentencia y concede al asegurado por su incapacidad permanente total la misma suma que en el contrato figuraba pactada para la incapacidad permanente absoluta al entender que al haberse celebrado el contrato en el marco del aseguramiento a un trabajador de una profesión determinada, la ausencia específica de previsión de esta circunstancia (la incapacidad en grado de total) hace equivaler una a la otra.

En mi opinión, la delimitación del riesgo que se hacía en condiciones particulares era, cuanto menos, sorprendente, al no hacer constar de forma expresa el grado de medio de las situaciones incapacitantes reconocidas en legislación laboral. Evidentemente ello podía suponer, como luego ocurrió, una fuente segura de problemas interpretativos que el Tribunal Supremo resuelve, como no podía ser de otra forma, en favor del asegurado, pues el artículo 1288CC es claro y contundente en sus términos.

...El Tribunal Supremo casa la sentencia y concede al asegurado por su incapacidad permanente total la misma suma que en el contrato figuraba pactada para la incapacidad permanente absoluta al entender que al haberse celebrado el contrato en el marco del aseguramiento a un trabajador de una profesión determinada...

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Seguro de responsabilidad civil. Los dos tipos cláusulas “claim made” sobre el ámbito temporal del seguro de responsabilidad civil reguladas en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, en su párrafo segundo, tienen sus propios requisitos de cobertura temporal, no siendo exigible que estos sean cumulativos, de modo que para la validez de las cláusulas de futuro no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, viceversa

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 26 de abril de 2018.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- *Cuestión controvertida y antecedentes del recurso*

El presente recurso de casación se interpone en un litigio promovido por un arquitecto técnico cuya responsabilidad civil profesional venía siendo asegurada desde su colegiación por la mutua demandada. El demandante interesó esencialmente que se declarase ineficaz la resolución unilateral del contrato por la aseguradora y que se declarase injustificada e inaplicable, por contraria a Derecho, la cláusula de delimita-

ción temporal de cobertura incluida en la póliza, cuestión esta última a la que se redujo la segunda instancia.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1.-"X", de profesión arquitecto técnico, aseguró su responsabilidad civil profesional con la entidad Musaat, Mutua de Seguros a Prima Fija (en adelante Musaat) desde su colegiación, suscribiendo en el año 2010 la última póliza de duración anual (doc. 1 de la demanda), que estuvo vigente hasta su expiración a finales de ese año, ya que la aseguradora le comunicó por anticipado su voluntad de no renovarla.

Esta última póliza (n.º 0-65733), denominada «Responsabilidad civil profesional aparejadores/arquitectos técnicos/ingenieros de edificación», suscrita el 21 de octubre de 2009 y con vigencia desde las 0 horas del día 1 de enero hasta las 24 h del día 31 de diciembre de 2010, contenía unas «condiciones especiales» (doc. 1 de la contestación) en las que se incluyeron las siguientes cláusulas (se reproduce únicamente el tenor literal del texto que guarda relación con la cuestión controvertida):

«Artículo 1º: OBJETO DEL SEGURO: El presente Seguro garantiza las reclamaciones efectuadas durante la vigencia de la póliza relativas a la responsabilidad civil que directa o subsidiariamente puede serle exigida judicial o extrajudicialmente a los Asegurados en virtud de lo dispuesto en los Artículos 1.101 -salvo casos de dolo o morosidad- 1.591, 1.902 y 19.03 del Código Civil [...]» .

«Artículo 4º: CONSIDERACIÓN DEL SINIESTRO: El siniestro surge desde el momento que un tercero, a través de una reclamación, judicial o extrajudicial, pone en conocimiento del Asegurado la existencia de unos daños, personales o materiales, con motivo de la actuación profesional, formalizada en la correspondiente Hoja de Encargo [...]».

«Artículo 8º: GARANTÍAS: [...] NO QUEDAN CUBIERTAS DENTRO DE LAS GARANTÍAS DE ESTA PÓLIZA LAS RECLAMACIONES EN OBRAS REALIZADAS CON ANTERIORIDAD O DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE CONTRATO SIEMPRE Y CUANDO DICHAS RECLAMACIONES POR ESTAS ACTUACIONES PROFESIONALES SE FORMULEN DESPUÉS DE HABER DEJADO DE TENER LA CONDICIÓN DE ASEGURADO».

«Artículo 13º: DELIMITACIÓN TEMPORAL DEL SEGURO: El alcance de la cobertura de esta Póliza se refiere exclusivamente a aquellas reclamaciones formuladas durante la vigencia de la póliza relativas a la responsabilidad civil exigible al Asegurado por su condición de Aparejador, Arquitecto Técnico y/o Ingeniero de Edificación, de donde resulta que cualquier reclamación efectuada con POSTERIORIDAD a la vigencia del contrato y por razón de la responsabilidad civil exigible al Asegurado quedará fuera del ámbito de la cobertura pactada».

El documento de condiciones especiales se acompañó de un «Pacto adicional» a las mismas del siguiente tenor: «En cumplimiento de lo establecido en la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, el Asegurado acepta específicamente el contenido de los siguientes artículos de las Condiciones Generales de la Póliza, salvo en lo que resultaren modificados por el presente Condicionado Especial. [...] CLÁUSULA FINAL: El Asegurado conocedor de los derechos y obligaciones que por medio de esta Póliza adquiere, los acepta, y reconoce expresamente haber sido informado del ámbito de cobertura del seguro, aceptándolo en los términos que a continuación expresa:

EL SEGURO NO AMPARA OBRAS.

EL SEGURO AMPARA LAS RECLAMACIONES QUE POR SU ACTUACIÓN PROFESIONAL SE LE EFECTÚEN ESTANDO EN VIGOR LA PÓLIZA: Por consiguiente, las partes se afirman y ratifican en el contenido de los 13 artículos de las presentes Condiciones Especiales, desarrollados en las 5 páginas anteriores, y con promesa de cumplirlo bien y fielmente lo firman».

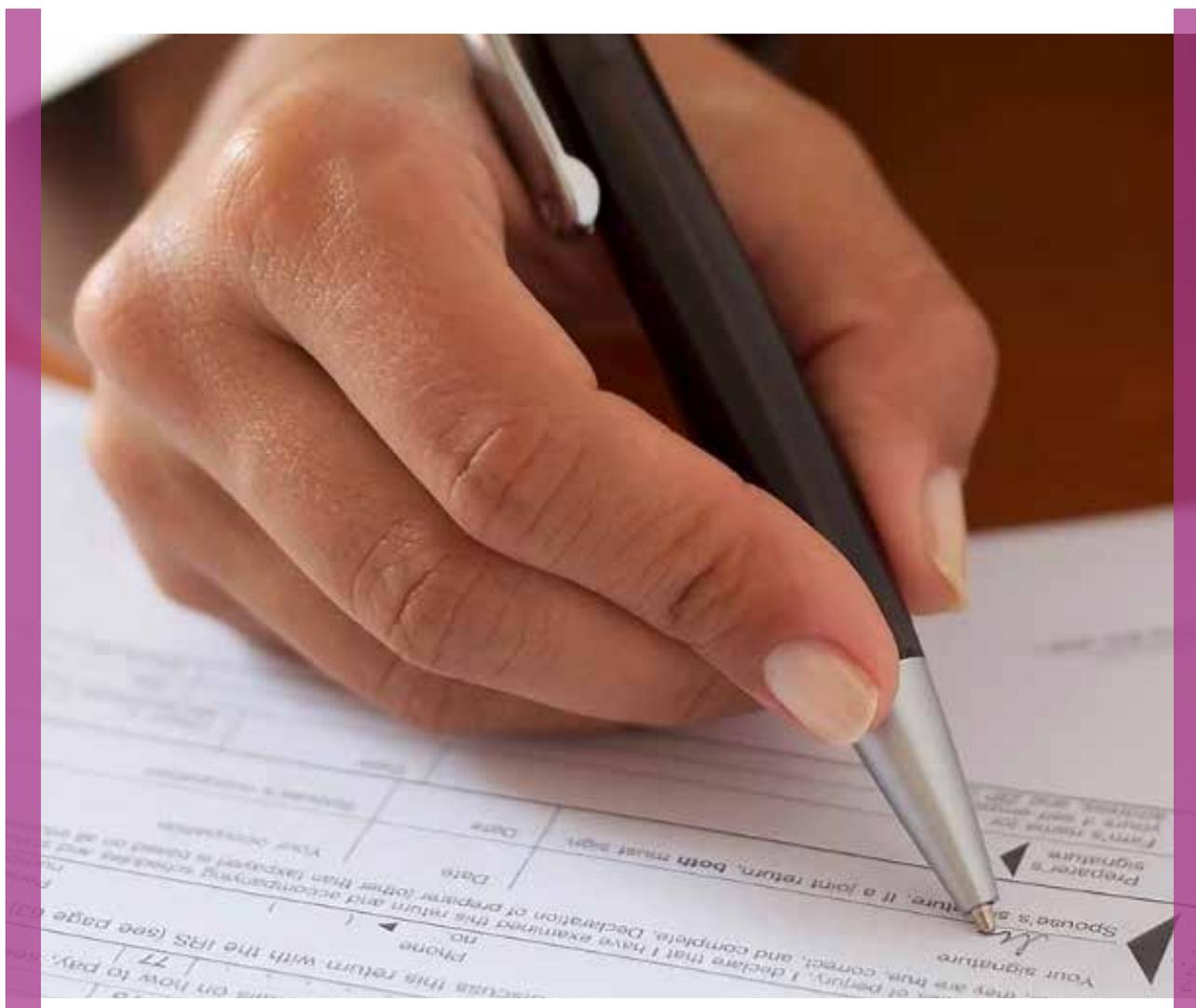
2.- El 2 de enero de 2013, "X" interpuso demanda de juicio ordinario contra Musaat solicitando se declarase que la resolución unilateral del contrato llevada a cabo por la aseguradora carecía de causa que la justificara, que conculcaba la propia publicidad con que dicho seguro fue ofertado y que el demandante seguía estando cubierto por las reclamaciones que trajeran causa de obras por las que hubiera abonado las correspondientes primas complementarias, debiendo asumir la demandada tanto las indemnizaciones a cuyo pago fuera condenado como su defensa y asistencia jurídica. En síntesis, alegaba: (i) que desde que se colegió como arquitecto técnico venía asegurando su responsabilidad civil profesional con la mutua demandada y pagaba por ello tanto una prima fija correspondiente a cada anualidad como primas complementarias en función de los trabajos o proyec-

tos que visaba; y (ii) que en noviembre de 2010, tras más de veinte años de relación contractual, recibió una carta por la que la mutua le comunicaba que daba por finalizado el contrato, sin mayor explicación, lo que consideraba contrario a Derecho, a la publicidad ofertada y a los estatutos de la mutua, así como constitutivo de un grave perjuicio para el demandante y de un enriquecimiento sin causa para la mutua al desentenderse esta de posibles reclamaciones por daños en obras por las que el asegurado ya había abonado la correspondiente prima complementaria.

3.- Musaat se opuso a la demanda alegando, en lo que interesa y en síntesis: (i) que el seguro no era único sino que se iba renovando cada año por voluntad de las partes, por lo que en ningún caso cubría todo el periodo de responsabilidad máxima de 10 años que derivaba de los arts. 1591 CC y 17 LOE, y que el suscrito en el año 2010 no fue resuelto unilateralmente por la mutua sino que simplemente se extinguió por la

llegada del plazo anual pactado (31 de diciembre de 2010), respondiendo la decisión de no renovar la póliza a la elevada siniestralidad (número de reclamaciones contra el demandante) soportada durante ese año; y (ii) que la póliza tenía un efecto retroactivo pero no prospectivo, de modo que el siniestro no lo constituía el daño derivado del ejercicio profesional del asegurado, sino la reclamación judicial o extrajudicial de un tercero respecto de la indemnización que pudiera corresponderle por ese daño causado por el asegurado en el desempeño de su profesión, siempre que las reclamaciones se hicieran en el periodo de vigencia de la póliza aunque respondieran a daños por actividad profesional anterior a su suscripción.

4.- A resultas de lo alegado en la contestación sobre la cláusula de delimitación temporal el demandante hizo alegaciones complementarias en el sentido de negar su validez por ser contraria a los arts. 3 y 73 LCS y, subsidiariamente, para caso de que fuera considerada vá-



lida y oponible, en el sentido de que solo podría oponerse frente a reclamaciones por obras visadas en el año 2010, que fue cuando dicha estipulación fue firmada, pero no respecto de obras anteriores. En consecuencia modificó su petición inicial interesando que se declarase inaplicable dicha cláusula o, subsidiariamente, que lo fuera solo en los términos indicados. Acompañó las «condiciones especiales» firmadas por el demandante en el año 2010, último año de vigencia de la póliza.

En respuesta a estas alegaciones la demandada adujo que no debían admitirse por no tener encaje legal, que tampoco debía admitirse el documento aportado, pues obraba en poder del demandante y debió aportarse con la demanda, y que la cláusula de delimitación temporal era válida al ajustarse al tenor del art. 73 párrafo segundo LCS, modalidad de retroactividad ilimitada, cubriendo la póliza reclamaciones por obras visadas incluso antes de que se suscribiera pero siempre que dichas reclamaciones se efectuasen durante su vigencia.

5.- La sentencia de primera instancia, estimando parcialmente la demanda, declaró que la cláusula de delimitación temporal no era válida ni oponible y que por ello no impedía la cobertura de las reclamaciones que pudiera recibir el asegurado por obras para cuyos proyectos o actuaciones hubiera abonado las correspondientes primas complementarias. Sus razones a este respecto fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la alteración de las peticiones iniciales de la demanda estaba justificada por el contenido del escrito de contestación; (ii) el seguro de responsabilidad civil suscrito entre el demandante y Musaat no fue único, pues a lo largo del tiempo en que duró su vinculación se habían sucedido múltiples pólizas, cada una de un año de duración, de forma que no es que la mutua decidiera resolverlo unilateralmente sino que el suscrito en 2010 expiró el 31 de diciembre de ese año al hacer uso la mutua de su derecho a no renovarlo; (iii) según la jurisprudencia las cláusulas de delimitación temporal de cobertura eran válidas conforme a lo dispuesto en el art. 73 párrafo segundo LCS, siempre que, como limitativas de los derechos del asegurado, respetasen las exigencias del art. 3 LCS; (iv) en el presente caso las «condiciones especiales» incluyeron como art. 13 una cláusula de ese tipo, denominada «Delimitación temporal del seguro», plenamente ajustada a lo dispuesto en el art. 3 LCS pero no a los requisitos de su art. 73, párrafo segundo, lo que determinaba que fuera nula y no oponible, ya que si bien la póliza tenía un efecto retroactivo ilimitado y cubría

todos los daños producidos incluso antes de su entrada en vigor siempre que la reclamación se efectuase durante la vigencia de la póliza, por el contrario «el tiempo posterior a la vigencia no respeta el mínimo anual de la norma pues, como se ha dicho, en dicha cláusula se indica que no son objeto de cobertura las reclamaciones efectuadas con posterioridad a la vigencia del contrato».

6.- Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación la aseguradora demandada, limitado a combatir el pronunciamiento sobre la cláusula de delimitación temporal. La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso, confirmó la sentencia apelada y condenó en costas a la apelante. En lo que interesa sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) la apelante funda su recurso en que es erróneo entender que el art. 73 párrafo segundo LCS «exige que el criterio temporal mínimo de un año se observe tanto respecto del tiempo anterior a la vigencia del contrato como con posterioridad a su extinción»; (ii) del tenor de dicho precepto resultan dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, las de «cobertura retroactiva», en las que la aseguradora asume la cobertura de siniestros acaecidos antes de la vigencia de la póliza y reclamados durante la misma, con la condición de que esa retroactividad sea como mínimo de un año anterior a la celebración del contrato, pudiendo ampliarse dicho plazo por voluntad de las partes pero no reducirse, y las de «cobertura posterior», en las que la aseguradora busca limitar temporalmente los efectos de la cobertura, de modo que, siendo consecuencia lógica del contrato de seguro que la aseguradora responda si el hecho causante se da durante la vigencia del contrato, independientemente de que dicho contrato ya no esté en vigor cuando se haga la reclamación, como consecuencia de este tipo de cláusulas se limita el plazo de responsabilidad, exigiéndose que la reclamación se dé en un plazo que, no obstante, no puede ser inferior al mínimo de un año establecido por la ley, a contar desde que finalizó el contrato, pues de no ser así -como es el caso de la litigiosa- son nulas y carecen de eficacia dado que su contenido perjudica al asegurado; y (III) en consecuencia, la cláusula litigiosa es limitativa de derechos, y si bien respeta las exigencias del art. 3 LCS en cuanto a su aceptación por el asegurado, no cumple los requisitos del art. 73 párrafo segundo LCS, pues este precepto implica, para este caso, «que la cláusula debería tener para declarar su validez que "la reclamación del perjudicado se dé en un plazo no inferior a un año a contar desde la fecha en la que finalizó el contrato" pues lo contrario como es

el caso de autos en que la entidad aseguradora ha prescindido de dicho plazo lo que motiva un perjuicio de los derechos del asegurado. Así pues, debemos mantener la declaración de nulidad de la cláusula».

7.- Contra la sentencia de segunda instancia recurrió en casación por interés casacional la aseguradora demandada-apelante mediante un solo motivo, que, en esencia, sostiene la validez de la cláusula de delimitación temporal por no ser acumulables los requisitos legales de la cláusula de futuro a los de la cláusula retroactiva.

SEGUNDO.- *Motivo único del recurso*

El único motivo del recurso de casación se funda en infracción del párrafo segundo del art. 73 LCS, alegándose la existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de esta sala.

En su desarrollo se argumenta, en síntesis: (i) que dicho precepto, incorporado por la reforma de 1995 (Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, BOE 9 de noviembre), permite distinguir dos tipos o modalidades de cláusulas de delimitación temporal (*claim made*), las que circunscriben la cobertura «a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un periodo de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su periodo de duración», y las cláusulas que, como la controvertida, circunscriben la cobertura «a los supuestos en que la reclamación tenga lugar durante el periodo de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de los efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado»; (ii) que la vulneración de la doctrina jurisprudencial se produce porque los requisitos temporales que establece dicho precepto no son «acumulativos», según entiende el tribunal sentenciador al considerar que para el caso de cláusulas con cobertura retroactiva como la litigiosa la cobertura comprenda tanto el periodo de al menos un año anterior a la vigencia de la póliza como también ese mismo periodo mínimo de un año desde su extinción; (iii) que por eso la sentencia recurrida, concretamente sus fundamentos segundo, sexto y séptimo, se oponen a la jurisprudencia de esta sala sobre las cláusulas de delimitación

temporal, toda vez que, aun sin pronunciarse expresamente sobre la controversia, «en ningún caso ha exigido que concurren la proyección retroactiva y la proyección prospectiva de la eficacia del contrato» ni las ha declarado nulas por ser de solamente una de las dos modalidades legalmente previstas, sino únicamente por no respetar los requisitos del art. 3 LCS, por ser excepciones no oponibles al perjudicado que ejercita la acción directa o por no ser de aplicación al caso el párrafo segundo del art. 73 LCS, introducido por la reforma de 1995.

Para justificar el interés casacional cita -y en algún caso extracta- las sentencias 40/2009, de 23 de abril, 482/2008, de 4 de junio, 366/2012, de 19 de junio, 375/2007, de 22 de marzo, 1002/2005, de 21 de diciembre, y la de 28 de enero de 1998, todas ellas porque, según la entidad recurrente, declaran la validez de las cláusulas de delimitación temporal que se ajusten al art. 3 LCS independientemente de que pertenezcan a una de las dos modalidades previstas en el 73 LCS, siendo por ello válida al amparo del segundo inciso una cláusula como la aquí litigiosa, de cobertura anterior o «efecto retroactivo ilimitado, pero no prospectivo».

Termina la parte recurrente solicitando que esta sala fije, o declare infringida o desconocida por la sentencia recurrida, la siguiente doctrina:

«Que los requisitos de eficacia temporal exigidos por el párrafo segundo del art. 73 LCS para la validez de las cláusulas *claim made* o de limitación temporal de cobertura no son acumulativos ni concurrentes, sino que basta con que la citada cláusula esté dotada de eficacia retroactiva o prospectiva, en todo caso, al menos durante un año, de manera que dicha cláusula es válida si, además de observar los requisitos del art. 3 LCS, o bien limita la cobertura a los siniestros que sean reclamados durante el año siguiente a la extinción del contrato, o bien amplía la cobertura a los siniestros que sean reclamados vigente la póliza por hechos previos a la vigencia del contrato de seguro».

La parte recurrida no ha formulado oposición.

TERCERO.- Doctrina jurisprudencial sobre las cláusulas de delimitación temporal

La jurisprudencia, al interpretar el actual párrafo segundo del art. 73 LCS, añadido por la d. adicional 6.ª de la Ley 30/1965, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ha considerado admisibles



las cláusulas de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil si cumplen el requisito, como cláusulas limitativas que son según la propia norma, de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, como exige el art. 3 LCS (sentencias 700/2003, de 14 de julio, 87/2011, de 14 de febrero, 283/2014, de 20 de mayo, y 134/2018, de 8 de marzo).

También se ha declarado por la jurisprudencia que la interpretación de estas cláusulas no debe perjudicar al asegurado ni al perjudicado (sentencias 87/2011, de 14 de febrero, y 366/2012, de 19 de junio), pero esta declaración debe ponerse en relación o bien con sentencias sobre el art. 73 LCS antes de su modificación en 1995, o bien con la aplicación de su redacción posterior a casos de sucesión o concurrencia de seguros de responsabilidad civil para evitar periodos de carencia de seguro o de disminución de cobertura en detrimento del asegurado o del perjudicado, pues claro está que las cláusulas de delimitación temporal, como limitativas que son, en principio siempre perjudican al

asegurado.

En cambio, esta sala no se ha pronunciado sobre la concreta cuestión que plantea el presente recurso, consistente en si cualquier cláusula de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil debe o no cumplir, a la vez, los requisitos de las de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro, inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS) y de las retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro, inciso segundo del mismo párrafo).

CUARTO.- Decisión de la sala: validez de la cláusula de delimitación temporal retrospectiva si cumple los requisitos propios de esta, sin que sean exigibles, además, los requisitos de las cláusulas de futuro. Estimación del recurso

El motivo, y por tanto el recurso, debe ser estimado por las siguientes razones:

1.º) No se discute que, conforme al art. 13 en relación con el art. 8 de las condiciones espe-



ciales de la póliza, el seguro cubría las reclamaciones efectuadas durante la vigencia de la póliza «en [entiéndase «por»] obras realizadas con anterioridad o durante la vigencia de este contrato».

2.ª) Tampoco se discute que la cláusula limitativa se ajustó a los requisitos del art. 3 LCS en cuanto a aparecer destacada de modo especial y ser específicamente aceptada por escrito.

3.ª) La cuestión controvertida, consistente en la exigencia o no de que una cláusula retrospectiva cumpla, además, el requisito temporal de las de futuro (cobertura de las reclamaciones posteriores en, al menos, un año después de la vigencia del seguro), es resuelta por la sentencia recurrida confirmando el criterio afirmativo de la de primera instancia, que consideró nula la cláusula de delimitación temporal porque «no respeta uno de los dos mínimos de cobertura exigidos por el párrafo segundo del artículo 73 LCS ».

4.ª) Tal interpretación no se corresponde con lo que en realidad dispone el art. 73 LCS. Cualquiera que sea la opinión que merezca la introducción de su párrafo segundo al alterar la regla general de su párrafo primero para poner el acento no en el nacimiento de la obligación del asegurado de indemnizar a un tercero, sino en la reclamación de este tercero contra el asegurado, lo cierto es que se declaran legalmente admisibles dos modalidades de cláusulas de delimitación temporal, cada una de ellas con sus propios requisitos de validez. Así se desprende de su regulación diferenciada en dos incisos separados por un punto y seguido y del comienzo de la redacción del inciso segundo con el adverbio «asimismo», equivalente a «también», seguido de las palabras «y con el mismo carácter de cláusulas limitativas», reveladoras de que cada una de las modalidades contempladas en el párrafo segundo del art. 73 LCS es diferente de la otra y tiene sus propios requisitos de validez, por más que ambas sean limitativas.

5.ª) En consecuencia, la cláusula de delimitación temporal controvertida cumplía con lo exigido para la modalidad del inciso segundo del párrafo segundo del art. 73 LCS, pues la limitación temporal consistente en que la reclamación al asegurado se formulara «durante la vigencia de la póliza » se compensaba con una falta de límite temporal alguno respecto del hecho origen de la reclamación («obras realizadas con anterioridad o durante la vigencia de este contrato»); es decir, cualquiera que fuese el tiempo de «nacimiento de la obligación», y por más que la redacción del art. 8 de las condiciones especiales de la póliza, en negativo, fuese manifiestamente mejorable con solo haberla hecho en positivo.

6.ª) Por tanto la sentencia recurrida, al declarar nula la cláusula en cuestión por no incluir una cobertura, además, de las reclamaciones posteriores en, al menos, un año a contar desde la fecha de finalización del contrato, infringió el párrafo segundo del art. 73 LCS, pues vino a sumar un requisito exigido únicamente para las limitaciones temporales de la modalidad del inciso primero (cobertura posterior de futuro), que pone el acento en la reclamación y no en el nacimiento de la obligación resarcitoria del asegurado frente a terceros.

QUINTO.- Casación de la sentencia recurrida, decisión sobre el caso y fijación de doctrina jurisprudencial.

Conforme al art. 487.3 LEC procede casar la sentencia recurrida para, en su lugar, estiman-

do el recurso de apelación interpuesto en su día por la aseguradora demandada, desestimar totalmente la demanda, con imposición de costas al demandante conforme al art. 394.1 LEC y sin imponer a ninguna de las partes, conforme al art. 398.2 LEC, las de la segunda instancia y las del recurso de casación.

También procede fijar la siguiente doctrina jurisprudencial: «El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso segundo) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro».

SEXTO.- Devolución del depósito

Conforme a la d. adicional 15.ª. 8 LOPJ, procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación por interés casacional interpuesto por la demandada Musaat, Mutua de Seguros a Prima Fija, contra

la sentencia dictada el 14 de julio de 2015 por la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 397/2015 .

2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.

3.º- En su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto en su día por dicha demandada, revocar la sentencia dictada el 30 de diciembre de 2014 por el titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Gandía en las actuaciones n.º 1/2013 de juicio ordinario y, en su lugar, desestimar totalmente la demanda interpuesta contra dicha recurrente por "X", con imposición a este de las costas de la primera instancia.

4.º- Fijar la siguiente doctrina jurisprudencial: «El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso segundo) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro».

5.º- No imponer a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia ni las del recurso de casación.

6.º- Y devolver a la parte recurrente el depósito constituido. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.



Por Carmen Reyes Vargas
Abogada

La Sala 1ª del TS establece que la validez de la cláusula “claim made prospectiva” no depende de la validez ni existencia de la cláusula de cobertura retroactiva, ni viceversa.

La sentencia que nos ocupa, trae un interesante debate que hasta el momento no había sido abordado por el Tribunal Supremo, relacionado con el segundo inciso del artículo 73 de la LCS, esto es, en relación con la validez de las cláusulas de delimitación temporal denominadas prospectivas. Dicho precepto establece lo siguiente:

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

A través de dicho precepto, se establecen unas cláusulas de delimitación retrospectiva (las que más problemática han suscitado), y unas de delimitación prospectiva, surgiendo la controversia en el presente caso respecto si la validez de la segunda modalidad está condicionada a la existencia de la primera.

En el caso enjuiciado, el reclamante de profesión arquitecto técnico, aseguró su responsabilidad civil profesional con la entidad MUSAAT, Mutua de Seguros a Prima Fija (en adelante MUSAAT) desde su colegiación, suscribiendo en el año 2010 la última póliza de duración anual, que estuvo vigente hasta su expiración a finales de ese año, ya que la aseguradora le comunicó por anticipado su voluntad de no renovarla. En dicha póliza, se establecía como cláusula de delimitación temporal la presente: *“El alcance de la cobertura de esta Póliza se refiere exclusivamente a aquellas reclamaciones formuladas durante la vigencia de la póliza relativas a la responsabilidad civil exigible al Asegurado por su condición de Aparejador, Arquitecto Técnico y/o Ingeniero de Edificación, de donde resulta que cualquier reclamación efectuada con POSTERIORIDAD a la vigencia del contrato y por razón de la responsabilidad civil exigible al Asegurado quedará fuera del ámbito de la cobertura pactada”.*

COMENTARIO

El 2 de enero de 2013, el arquitecto técnico interpuso demanda de juicio ordinario contra Musaat solicitando se declarase que la resolución unilateral del contrato llevada a cabo por la aseguradora así como se declarase inaplicable dicha cláusula de ámbito temporal. En este sentido, el Juzgado declaró efectivamente que la cláusula de delimitación temporal no era válida ni oponible ya que si bien la póliza tenía un efecto retroactivo ilimitado y cubría todos los daños producidos incluso antes de su entrada en vigor siempre que la reclamación se efectuase durante la vigencia de la póliza, por el contrario “el tiempo posterior a la vigencia no respeta el mínimo anual de la norma pues, como se ha dicho, en dicha cláusula se indica que no son objeto de cobertura las reclamaciones efectuadas con posterioridad a la vigencia del contrato”. Dicha sentencia, fue ratificada en segunda instancia frente a la que se interpuso el recurso de casación correspondiente por la aseguradora demandada.

La Sala 1ª efectivamente, ha considerado admisibles las cláusulas de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil si cumplen el requisito, como cláusulas limitativas que son según la propia norma, de aparecer destacadas de modo especial en la póliza y haber sido específicamente aceptadas por escrito, como exige el art. 3 de la LCS, pero esta declaración debe ponerse en relación, bien con sentencias sobre el art. 73 de la LCS antes de su modificación en 1995, bien con la aplicación de su redacción posterior a casos de sucesión o concurrencia de seguros de responsabilidad civil para evitar periodos de carencia de seguro o de disminución de cobertura en detrimento del asegurado o del perjudicado, pues claro está que las cláusulas de delimitación temporal, como limitativas que son, en principio siempre perjudican al asegurado. Si bien, la Sala Primera no se había pronunciado hasta el momento sobre la concreta cuestión que plantea el presente recurso, consistente en si cualquier cláusula de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil debe o no cumplir, a la vez, los requisitos de las de futuro (reclamación posterior a la vigencia del seguro, inciso primero del párrafo segundo del art. 73 LCS) y de las retrospectivas o de pasado (nacimiento de la obligación antes de la vigencia del seguro, inciso segundo del mismo párrafo).

La sentencia analizada, atendiendo a la literalidad del inciso segundo del artículo 73 de la LCS, donde cada modalidad está separada con un punto y aparte y del adverbio “asimismo”, concluye que no cabe otra interpretación que la de considerar dos modalidades de cláusulas limitativas, pero independientes y con requisitos de validez distintos, de forma, que establece la siguiente doctrina: “El párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso segundo) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro”.

Consideramos que esta sentencia resulta muy acertada, ya que si bien inicialmente la cuestión controvertida puede parecer algo simplista, la falta de pronunciamiento sobre la cuestión podría haber suscitado mucha discusión en la jurisprudencia menor, atendiendo precisamente a los antecedentes de la misma y a la sentencia que viene a revocar, en la que de forma injustificada se incorporaba un requisito a la cláusula de limitación temporal retroactiva –además del requisito de la aceptación expresa del asegurado conforme a los requisitos del artículo 3 de la LCS–, exigiendo para su validez que se incluya la cobertura para las reclamaciones del asegurado dentro del año desde la finalización del contrato.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

El Supremo estima que la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que «no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiese producido», contradice el principio de la carga probatoria, trasladándola a quien carece de medios para probar lo contrario, además de no tener en cuenta el principio de responsabilidad por riesgo, el cual, si bien no es de carácter plenamente objetivo -salvo los casos en que así venga establecido por ley-, produce precisamente el efecto de obligar a quien presta el servicio generador del riesgo a acreditar el verdadero origen del siniestro

Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 24 de mayo de 2018.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Según el relato de hechos de la sentencia impugnada, el día 10 de noviembre de 2005, sobre las 23,09 horas, se produjo una explosión en un edificio sito en RAMBLA, NUM X, de Tarragona, motivado por una acumulación de gas que se produjo en una vivienda del piso NUM X de dicho inmueble y a consecuencia de la cual fallecieron cinco personas, cuatro de ellos familiares de don Valentín, moradores del piso NUM X, y el Sr. Gustavo, morador del piso NUM X donde se produjo el siniestro. También resultó lesionado don Aurelio, que transitaba

por la calle en las inmediaciones del inmueble, a causa de los cascotes que se desprendieron por la explosión ocurrida en el inmueble, resultando también dañados tres vehículos estacionados en la vía pública propiedad respectivamente de doña Inmaculada, don Fidel y Hertz de España S.A.

Se siguieron varios procesos por reclamación de los distintos perjudicados, los cuales fueron acumulados. Por lo que se refiere a los ahora recurrentes, formularon en su día las siguientes reclamaciones: 1) Don Valentín solicitó la condena de Gas Natural y Mapfre al pago de la cantidad de 1.120.961 euros más intereses legales y de la LCS, con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC y normativa protectora de los consumidores y usuarios, afirmando que ha de operar una responsabilidad objetiva por riesgo. En el siniestro fallecieron su esposa, de 37 años, y sus tres hijos, de 4, 3 años y veinte días respectivamente; 2) Axa solicitó la condena de Gas Natural y Mapfre al pago de la cantidad de 517.106,88 euros más intereses legales y de la LCS, con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC y, subsidiariamente, 1101 y concordantes CC, y normativa reguladora del suministro de gas; 3) Don Aurelio solicitó la condena de Gas Natural y Mapfre al pago de la cantidad de 499.883,36 euros más intereses legales y de la LCS, con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC. El citado paseaba por la calle en el momento de ocurrir el siniestro y sufrió lesiones de consideración.

Seguidos los oportunos trámites, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Tarragona dictó sentencia por la que consideró que ninguna responsabilidad puede imputarse a la sociedad Gas Natural Sdg. S.A. ni a la Comunidad de Propietarios RAMBLA000 NUM000, de Tarragona, ni a sus respectivas aseguradoras, Mapfre Industrial, S.A. y Axa Seguros Generales S.A., ya que solo se debe responder por lo acontecido en el piso NUM003, donde se produjo la fuga de gas que dio lugar a la posterior explosión, declarando la responsabilidad de la aseguradora de dicha vivienda, Liberty Seguros, en relación con los vehículos propiedad de la Sra. Inmaculada y del Sr. Fidel y de Hertz de España S.A., que habían dirigido su demanda contra ésta, con desestimación de las pretensiones formuladas por el Sr. Valentín respecto del fallecimiento de su esposa e hijos y la formulada por el Sr. Aurelio en relación con las lesiones que padeció a causa del mencionado siniestro, al no haber dirigido su demanda contra dicha aseguradora de la vivienda del piso NUM003, sino contra otros

presuntos responsables, respecto de los que no consideró que existiera tal responsabilidad.

Recurrida dicha sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª) dictó sentencia de fecha 27 de abril de 2015 por la que confirmó la dictada en primera instancia. La sentencia niega la responsabilidad de Gas Natural porque, aun cuando se desconoce cómo se formó la nube de gas que dio lugar a la explosión, no se ha acreditado que la fuga se debiera a defecto en la instalación que Gas Natural hubiera debido detectar. Concluye que no es posible una imputación objetiva del siniestro a la compañía suministradora, presumiendo que el accidente es imputable a quien está en contacto directo con la causa del mismo, esto es, quien ocupaba la vivienda en el momento de la explosión. Afirma (Fundamento de Derecho).

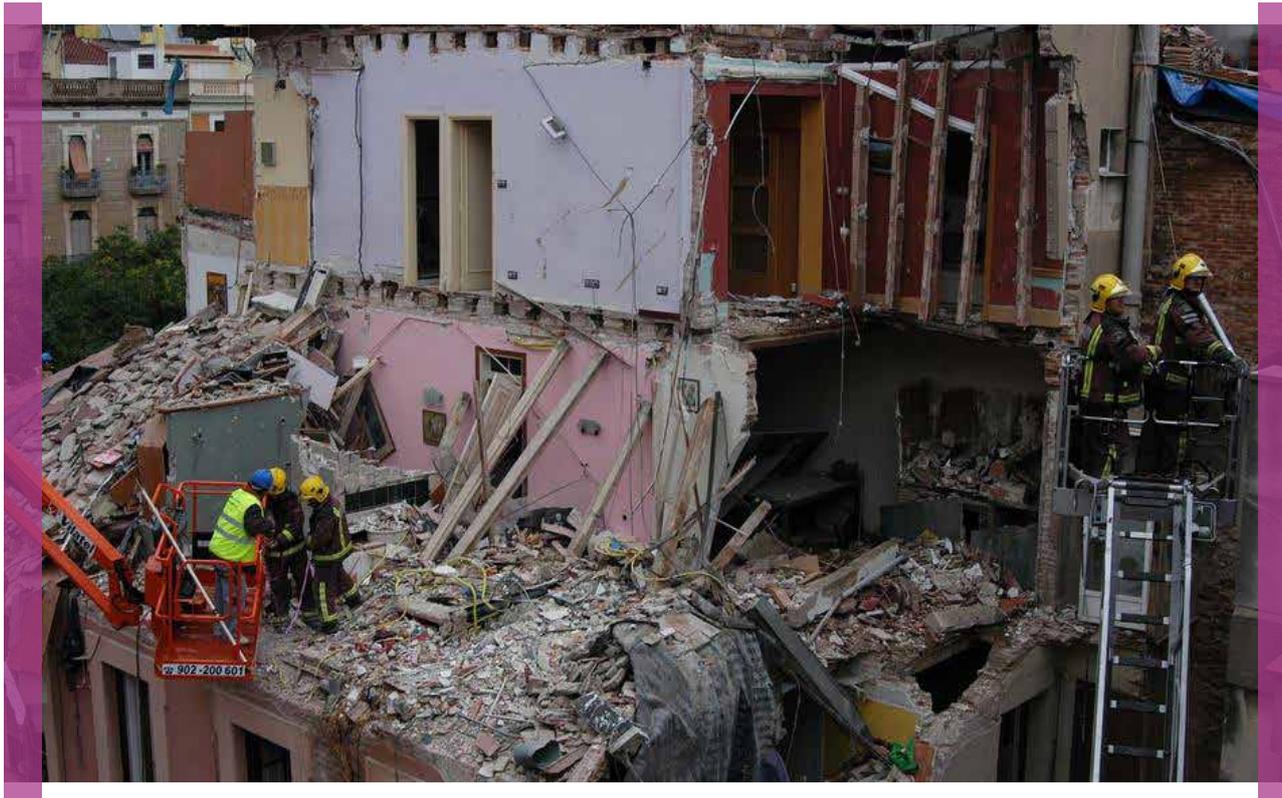
4.ª) que «no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiese producido», de lo que deduce que los demandantes no han probado la existencia de una relación de causalidad que permitiría atribuir responsabilidad a Gas Natural.

Contrae dicha sentencia han recurrido por infracción procesal y en casación don Valentín y Axa Seguros Generales S.A., recurriendo solo en casación don Aurelio.

Recursos por infracción procesal.

SEGUNDO.- Los recursos por infracción procesal interpuestos en nombre de don Valentín y de Axa Seguros Generales S.A. coinciden en la denuncia, en su primer motivo, de la infracción del artículo 217 LEC. Se formulan ambos al amparo de lo previsto en el artículo 469.1.2.º LEC por vulneración de dicha norma procesal reguladora de la sentencia, afirmando que la resolución recurrida prescinde de los criterios de atribución de la carga de la prueba establecidos jurisprudencialmente e infringe lo dispuesto por la norma en relación con la disponibilidad y facilidad probatoria.

Se alega que en el presente caso ha de regir la inversión de la carga de la prueba sobre el origen del suceso, que ha de recaer en Gas Natural S.A. -como prestadora del servicio- no sólo por razón del riesgo que se crea sino también en atención a la facilidad probatoria que ha de tener frente a quienes simplemente, sin relación con el suceso, sufren los daños causados por éste. Se considera así que, al tratarse de un supuesto de inversión de la carga de la



prueba nacido fundamentalmente de la propia jurisprudencia, relacionada en estos casos con la previsión del artículo 28 de Ley 26/1984, de 19 de julio, en su redacción vigente en la fecha del suceso, existe una clara conexión entre la infracción procesal que se denuncia y el fondo de la cuestión debatida a que se refiere el recurso de casación.

El motivo se estima por cuanto la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que «no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiese producido», contradice el principio de la carga probatoria, trasladándola a quien carece de medios para probar lo contrario además de no tener en cuenta el principio de responsabilidad por riesgo, el cual si bien no es de carácter plenamente objetivo -salvo los casos en que así venga establecido por ley- produce precisamente el efecto de obligar a quien presta el servicio generador del riesgo a acreditar el verdadero origen del siniestro.

Dice la sentencia de esta sala núm. 210/2010, de 5 abril, que «La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006) y

ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 marzo de 2006)».

En este caso las circunstancias profesionales del prestador del servicio le obligaban a asumir activamente la carga de acreditar el verdadero origen del siniestro, lo que la propia sentencia impugnada viene a reconocer que no ha hecho.

En consecuencia, la estimación de dicha infracción procesal lleva directamente a la aplicación de la regla

7.ª del apartado 1 de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual -sin necesidad de examinar los restantes motivos de dicho recurso-

«Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2.º del apartado primero del artículo 469, la Sala, de

estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia».

Recursos de casación

TERCERO.- Los recursos de casación se formulan por un solo motivo, y en lo esencial coinciden en su fundamentación alegando la infracción de lo dispuesto por el artículo 1902 CC y la jurisprudencia.

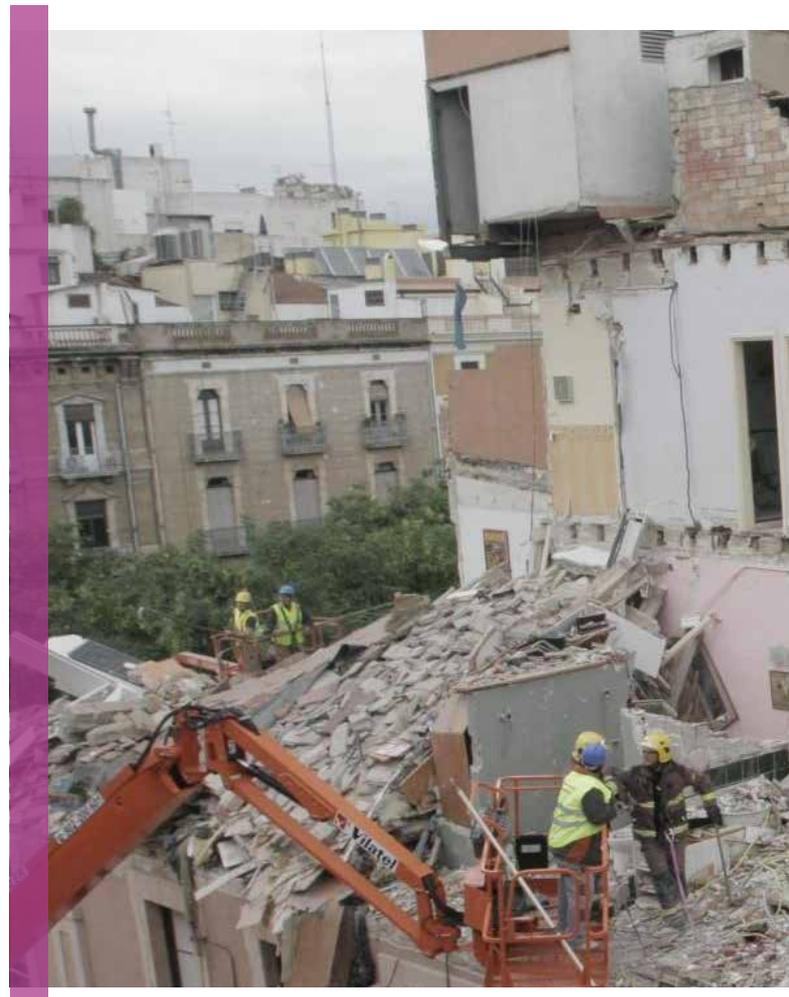
El recurso del Sr. Valentín invoca varias sentencias que aplican la teoría de la responsabilidad por riesgo en casos similares, en especial la STS de 16 de diciembre de 2008, en un supuesto que considera análogo en el que no cabía imputar con certeza acción u omisión negligente al fallecido, ni podía afirmarse que la instalación estuviera en mal estado y se derivó hacia la empresa suministradora la carga de acreditar que el resultado dañoso no era consecuencia de su actuación. También se refiere a las sentencias de 23 de diciembre de 1995, 29 de octubre de 2004, 20 de diciembre de 2011. Combate los argumentos de la sentencia impugnada por entender que la jurisprudencia en que se apoya recayó sobre supuestos que no eran análogos, pues en aquellos casos se acreditaba una conducta negligente del propietario o de la víctima, lo que no ocurre en el presente caso.

El recurso de Axa expone que concurren los requisitos exigidos por la sala para la aplicación de la doctrina de la objetivación de la responsabilidad por riesgo, citando las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2007, 29 de octubre de 2004, 30 de julio de 1998, 16 de diciembre de 2008 y 29 de marzo de 2006. Igualmente considera que la sentencia no valora las consecuencias de la falta de diligencia de Gas Natural que ha quedado acreditada por el hecho de no haber verificado las revisiones de la instalación en plazo, infringiendo la doctrina contenida en las sentencias citadas. Insiste en que la sentencia recurrida se fundamenta en una aplicación errónea de la doctrina de esta sala dictada a propósito de supuestos diferentes del que era objeto del proceso.

El recurso de don Aurelio pone de manifiesto que la suministradora, según resulta de la propia base fáctica de la sentencia recurrida, no ha acreditado haber agotado la diligencia que le era exigible para la reducción del riesgo, siendo

además un hecho probado que no había cumplido con el régimen de inspecciones a que venía obligada, invocando las sentencias de esta sala de 16 de diciembre de 2008, 28 de abril de 1997, 23 de diciembre de 1999, 29 de octubre de 2004, 30 de julio de 1998, 25 de noviembre de 2010 y 20 de diciembre de 2011.

Aun cuando existen sentencias de la sala que consideran que en determinados supuestos de explosiones de gas no se aplica la doctrina de la responsabilidad por creación de riesgo, no se trata de supuestos análogos al presente. Así, la sentencia n.º 120/2009, de 19 de febrero, se refiere a la explosión de una bombona de gas y no de un suministro continuado de gas en una instalación, como es el presente caso; y declaró probado que en la bombona suministrada no existía defecto, mientras que en este caso no se ha declarado que la instalación estuviera en buen estado, ni que la explosión se debiera a un acto intencionado del vecino del piso NUM003, sino que ante la falta de prueba de la verdadera causa del siniestro se ha hecho recaer sobre los demandantes la carga de acreditar la responsabilidad.



La sentencia nº 725/2010, de 25 de noviembre, afirma que el nexo causal debe ser acreditado por el actor, pero en el supuesto que examinaba se había declarado probada una negligencia en la instalación de las gomas de salida del gas desde la bombona a la cocina, instalación realizada por el demandado, por lo que existía una persona a la que imputar la negligencia, que era ajena a la suministradora.

En definitiva, la incertidumbre sobre la causa o causas del siniestro implica que no puede quedar exonerada de responsabilidad la suministradora y su aseguradora, cuando aquélla era quien contaba con los medios y conocimientos adecuados para dar certeza sobre tales causas y no lo ha hecho, según viene a reconocer la propia sentencia recurrida.

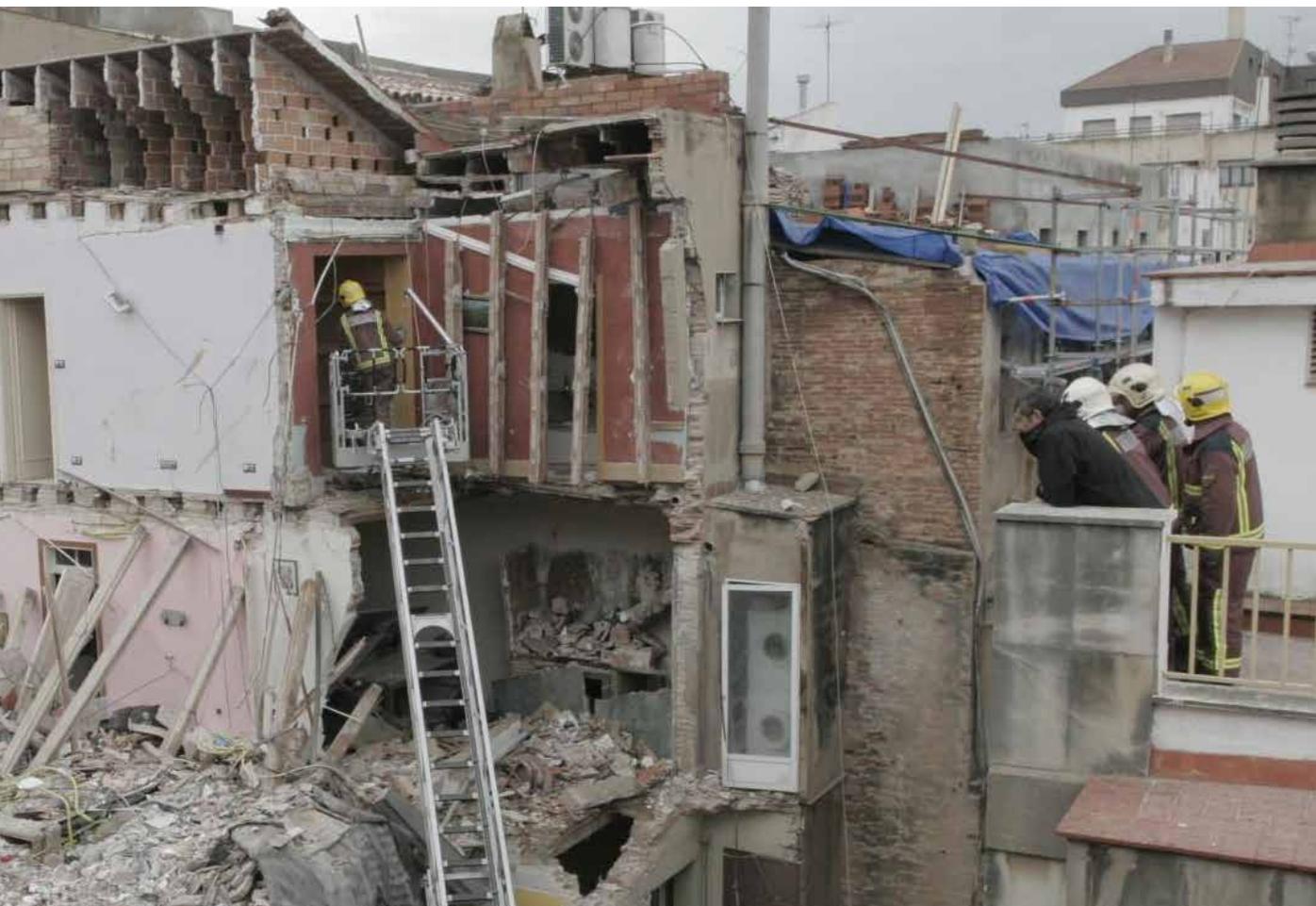
CUARTO.- Como consecuencia han de estimarse en su integridad las demandas interpuestas por los hoy recurrentes don Valentín y don Aurelio contra Gas Natural y Mapfre, y de Axa Seguros S.A. contra Gas Natural, dado que no se ha discutido la procedencia de las cantidades reclamadas, habiendo acreditado las de-

mandantes su procedencia por los daños y perjuicios sufridos con ocasión del siniestro.

Así, Gas Natural y Mapfre, dentro de los límites establecidos en el contrato de seguro, han de indemnizar a don Valentín en la cantidad de 1.000.000 euros en concepto de indemnización por el fallecimiento de su esposa y sus tres hijos y 120.961 euros por gastos debidamente acreditados, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la demanda, sin que proceda la imposición de los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro a cargo de Mapfre, dadas las circunstancias en que se produjo el suceso y las razonables dudas surgidas sobre la responsabilidad de la asegurada, que determinaron su absolucón en ambas instancias.

Del mismo modo, y sujeta al pago de los mismos intereses, dichas demandadas habrán de indemnizar al perjudicado don Aurelio en la cantidad de 499.883,36 euros por las muy graves lesiones sufridas con ocasión del siniestro.

Gas Natural, con aplicación de los mismos



intereses, indemnizará a Axa Seguros Generales S.A. en la cantidad de 517.106,06 euros, que dicha demandante acredita como satisfecha a distintos perjudicados como consecuencia del mismo siniestro.

Costas

QUINTO.- Estimados los recursos, no procede condena al pago de las costas causadas por los mismos, con devolución de los depósitos constituidos, así como por los recursos de apelación formulados por los ahora recurrentes. Procede condenar a Gas Natural y Mapfre al pago de las costas causadas por los mismos en primera instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por don Valentín y Axa Seguros Generales S.A. y el de casación interpuesto por don Aurelio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona, en Rollo de Apelación n.º 42/2014, con fecha 27 de abril de 2105, la que dejamos sin efecto parcialmente, siendo sustituida por los pronunciamientos que se insertan a continuación en relación con los recurrentes.

2.º- Estimar la demanda interpuesta por don Valentín contra Gas Natural y Mapfre, ésta última dentro de los límites del seguro contratado, y condenar a dichas demandadas a satisfacer-

le solidariamente la cantidad de 1.120.961 euros, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la demanda.

3.º- Estimar la demanda interpuesta por don Aurelio contra Gas Natural y Mapfre, ésta última dentro de los límites del seguro contratado, y condenar a dichas demandadas a satisfacerle solidariamente la cantidad de 499.883,36 euros, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la demanda.

4.º- Estimar la demanda interpuesta por Axa Seguros Generales S.A. contra Gas Natural, y condenar a esta última a satisfacerle la cantidad de 517.106,06 euros, más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la interposición de la demanda.

5.º- No procede condena en costas causadas por la interposición de los presentes recursos, ni por los de apelación deducidos por los hoy recurrentes, con devolución de los depósitos constituidos.

6.º- Condenar a Gas Natural y Mapfre al pago de las costas causadas en primera instancia por don Valentín y don Aurelio, así como a Gas Natural a las causadas a instancia de Axa Seguros Generales S.A.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Presunción de culpa del suministrador de gas por tratarse de una actividad de riesgo. La incertidumbre causal del siniestro implica que no puede quedar exonerada de responsabilidad la suministradora y su aseguradora

Desde hace unos años, el Tribunal Supremo empezó a hablar de los “riesgos normales de la vida”, para precisar que, cuando estamos en presencia de este tipo de riesgos, tenemos un deber jurídico de soportar el daño y solo si el perjudicado acredita la culpa o negligencia del causante, va a ser resarcido de los daños producidos. En definitiva, en estos casos se aplican las normas generales de determinación de responsabilidad del artículo 1902 CC y las de la carga de la prueba del artículo 217 LEC.

A sensu contrario, cuando estamos en presencia de “riesgos anormales de la vida” o que superan los estándares medios de normalidad, y no existe una norma concreta que regule un determinado tipo de responsabilidad –como puede ser la responsabilidad derivada de la circulación de vehículos a motor, donde se establece legalmente una responsabilidad civil objetiva-, nos encontramos ante una responsabilidad por riesgo. En estos casos, debe aplicarse el artículo 1902 del CC, si bien, la jurisprudencia, para dar respuesta a los daños producidos por actividades más o menos peligrosas, ha suavizado los requisitos de este artículo y ha hablado, según los casos, de presunción de culpa del causante, inversión de la carga de la prueba, facilidad probatoria, elevación del estándar de diligencia exigible o el principio pro damnato.

La Sentencia de la Sala 1ª del TS, de 22 de septiembre de 2015, resume con claridad el alcance y significado de la doctrina del riesgo, cuando nos dice: “La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados, debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio”.

Sin embargo, la Sala 1ª del Alto Tribunal no llega a pronunciarse con claridad sobre la inversión de carga de la prueba en este tipo de actividades de riesgo. Así, la STS, de 18 de marzo de 2016, en la que se reclaman daños derivados de las heridas producidas en un pie, al pisar unos cristales en una discoteca, cuando el lesionado se dirigía a los baños del local, pese a reconocer que estamos ante riesgos superiores a los normales, sostuvo que es necesaria una previsión legal expresa que habilite la inversión de la carga de la prueba, previsión que el Alto Tribunal encontró entonces en el art. 147 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007.

No obstante, la reciente STS que comentamos, de 24 de mayo de 2018, da un paso más allá en lo relativo a la presunción de culpabilidad por parte del que ejercita una actividad de riesgo, en este caso, un suministrador de gas.

Los hechos que dan lugar a esta resolución, tienen que ver con la explosión de gas en una vivienda de Tarragona, en la que fallecieron cinco personas, una resultó herida grave y se ocasionaron cuantiosos daños materiales en el edificio.

COMENTARIO

En lo que ahora nos interesa, el lesionado grave, el perjudicado por el fallecimiento de su esposa y de sus tres hijos y la entidad aseguradora que había abonado los daños materiales del edificio, formularon distintas demandas de reclamación de daños, con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1902 CC y normativa protectora de los consumidores y usuarios, afirmando que ha de operar una responsabilidad objetiva por riesgo, contra Gas Natural y su aseguradora. Dichas demandas fueron acumuladas en el procedimiento que analizamos.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Tarragona dictó sentencia por la que consideró que ninguna responsabilidad cabe atribuir a la sociedad Gas Natural ni a la Comunidad de Propietarios, ni a sus respectivas aseguradoras, puesto que solo deben responder los moradores del piso donde se produjo la fuga de gas que dio lugar a la posterior explosión y la aseguradora de dicha vivienda.

Tras el recurso de apelación, la sentencia de la AP de Tarragona, que confirma la de instancia, niega la responsabilidad de Gas Natural porque, aun cuando se desconoce cómo se formó la nube de gas que dio lugar a la explosión, no se ha acreditado que la fuga se debiera a defecto en la instalación que Gas Natural hubiera debido detectar. Concluye que no es posible una imputación objetiva del siniestro a la compañía suministradora, presumiendo que el accidente es imputable a quien está en contacto directo con la causa del mismo, esto es, quien ocupaba la vivienda en el momento de la explosión.

Los actores interpusieron recursos ante el TS por infracción procesal y de casación.

Los recurrentes por infracción procesal alegaron que, en el presente caso, ha de regir la inversión de la carga de la prueba sobre el origen del suceso, que ha de recaer en Gas Natural S.A. -como prestadora del servicio- no sólo por razón del riesgo que se crea sino también en atención a la facilidad probatoria que ha de tener frente a quienes simplemente, sin relación con el suceso, sufren los daños causados por éste.

La Sala, que admite el motivo, entiende aplicable al caso analizado la inversión de la carga de la prueba, al indicar que “la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que «no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiese producido», contradice el principio de la carga probatoria, trasladándola a quien carece de medios para probar lo contrario, además de no tener en cuenta el principio de responsabilidad por riesgo, el cual si bien no es de carácter plenamente objetivo -salvo los casos en que así venga establecido por ley- produce precisamente el efecto de obligar a quien presta el servicio generador del riesgo a acreditar el verdadero origen del siniestro”.

En este caso, añade la sentencia, “las circunstancias profesionales del prestador del servicio le obligaban a asumir activamente la carga de acreditar el verdadero origen del siniestro, lo que la propia sentencia impugnada viene a reconocer que no ha hecho”.

En cuanto al recurso de casación, los recurrentes, aludiendo a distintas sentencias de la Sala 1ª del TS, pretenden que se aplique la doctrina de la responsabilidad por riesgo, en el sentido de invertir la carga de la prueba sobre quién ejerce dicha actividad y, además, goza de mayor facilidad probatoria.

Para la Sala, en este caso, no se ha probado la negligencia del usuario del gas ni tampoco que la instalación se encontrase en perfecto estado. Por ello, la incertidumbre sobre la causa o causas del siniestro implica que no puede quedar exonerada de responsabilidad la suministradora y su aseguradora, cuando aquélla era quien contaba con los medios y conocimientos adecuados para dar certeza sobre tales causas y no lo ha hecho, según viene a reconocer la propia sentencia recurrida.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

La falta de concreción del cuestionario debe operar en contra del asegurador, como en el presente caso, en que el cuestionario es tan genérico que la valoración del riesgo no iba a depender de las circunstancias comprendida en él o por las que fue preguntado el asegurado

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 30 de mayo de 2018.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Marín Castan

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El presente litigio versa sobre la reclamación del tomador-asegurado contra su mutua de seguros exigiéndole el pago de las cantidades que decían corresponderle después de que le hubiera sido reconocida una invalidez permanente absoluta. Dicha pretensión, estimada parcialmente en primera instancia, fue desestimada en apelación al apreciarse que el asegurado, médico psiquiatra de profesión, había ocultado dolosamente diversas patologías psíquicas que padecía y por las que venía siendo tratado cuando cumplimentó el cuestionario de salud.

Los antecedentes más relevantes para la decisión del recurso son los siguientes:

1.- Se han declarado probados o no se discuten estos hechos:

1.1. Con fecha de efecto 1 de diciembre de 2007 el demandante, D. Damaso, médico especialista en psiquiatría y que en esa fecha tenía 39 años de edad, suscribió con Mutual Mèdica de Catalunya i Balears, Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija (en adelante Mutual Mèdica), un producto denominado M.E.L. (Médicos de Ejercicio Libre), que se ofertaba como alternativa al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) e integraba una serie de seguros (30 Primeros Días, Invalidez, Vida-Ahorro, Asistencia en viaje, Ahorro-Jubilación y Dependencia-venta) que cubrían, entre otros, el riesgo de invalidez.

1.2. El producto se contrató telemáticamente por el demandante, a través de la propia página web de la mutualidad, mediante un proceso o «circuito informático» en una de cuyas fases o pasos (número 4) tenía que facilitar algunos «datos personales» (como, por ejemplo, nombre y apellidos, sexo, DNI, fecha de nacimiento, domicilio y número de hijos).

1.3. Durante este proceso, al final del paso 4, se le pidió que respondiera afirmativamente (picando en la zona interactiva marcada con el SÍ) o negativamente (picando sobre el NO) a la siguiente pregunta (doc. 12 de la contestación, folio 159 de las actuaciones de primera instancia): «¿Ha sufrido o sufre alguna enfermedad o intervención quirúrgica relevante? En caso afirmativo indique de forma detallada cuáles».

1.4. El demandante respondió negativamente (marcando en el NO).

1.5. Sin embargo, el demandante llevaba varios años bajo tratamiento médico-psiquiátrico y farmacológico por diversas patologías psíquicas que le habían venido afectando de forma periódica desde su juventud. Según la documentación médica incorporada a las actuaciones (docs. 7 a 11 de la contestación), con 19 años sufrió el primer episodio depresivo, al que siguieron subdepresiones tratadas con «Sertralina» (antidepresivo); a los 29-30 años apareció una primera hipomanía/manía, que pasó a tratarse con «Venlafaxina» (también antidepresivo)

tras experimentar un «viraje eufórico» (informe pericial psiquiátrico, pág 141 de las actuaciones); se autodiagnosticó de trastorno bipolar tipo II (folio 125 de las actuaciones) y tuvo cuadros de ansiedad y abuso del alcohol y de benzodiacepinas, patologías que finalmente determinaron su incapacidad.

1.6. En el título de mutualista expedido a nombre del demandante, integrado por una sola hoja, con la firma del propio demandante en su reverso, figuraba la siguiente cláusula adicional: «D) El mutualista declara que los datos personales y los relativos a su salud que ha facilitado voluntariamente a MUTUAL MÉDICA durante el proceso de contratación de los seguros incluidos en el presente título son correctos. Igualmente, el mutualista declara que es conocedor de que cualquier inexactitud, omisión u ocultación en la declaración de los datos que sirven de base para la contratación de los seguros incluidos en el presente título puede ser causa de nulidad en la contratación, comportando la pérdida de sus derechos como tomador, de acuerdo con lo que establece la normativa de seguros. En relación con la declaración anterior el mutualista manifiesta su conformidad con el presente título, que se ha emitido sobre la base de una declaración de salud en la que no se ha declarado ninguna patología».



1.7. El 19 de octubre de 2011 el demandante comunicó a la mutua haber sufrido un siniestro por trastornos de la personalidad, y el 2 de abril de 2012 hizo uso del formulario de consulta web para preguntar a la mutua lo siguiente (doc. 4 de la contestación): «Si las bajas por enfermedad mental, con ingreso hospitalario incluido, son susceptibles de recibir compensación económica».

La mutua respondió a dicha pregunta el siguiente día 3 en los siguientes términos (doc. 5 de la contestación): «Le informamos de que de acuerdo con lo que establece el Reglamento del seguro de 30 primeros Días y de Invalidez, las patologías mentales se pagarán, con carácter retroactivo a partir del momento en que se produzcan una Incapacidad Permanente y Absoluta para todo tipo de trabajo»

1.8. Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) de fecha 15 de mayo de 2012, dictada a propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial de Badajoz, el demandante fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y se le reconoció el derecho a la correspondiente pensión pública, constando

como cuadro clínico residual desencadenante de dicha incapacidad un «trastorno mixto de la personalidad (grupos A y B)» que le generaba limitaciones orgánicas y funcionales «psiquiátricas grado funcional III» (docs. 5 y 6 de la demanda).

1.9. A primeros de agosto de 2012 el demandante remitió a la mutua una copia de la resolución del INSS (doc. 5 de la contestación), que esta contestó requiriendo la aportación «de los informes médicos presentados a la Seguridad Social para la valoración de su incapacidad permanente en los que conste la fecha de debut, así como la evolución de la patología» (doc. 6 de la contestación). El demandante atendió a dicho requerimiento adjuntando «los informes solicitados sobre mi enfermedad que esta debutó a la edad de 19 años» (doc. 7 de la contestación). A la vista de esta documentación, y por considerar que la patología por la que se reclamaba era «previa a la solicitud de inscripción y a la declaración de salud», la mutua rechazó el siniestro anulando los seguros «de 30 primeros días, invalidez y dependencia» (doc. 13 de la contestación), y el Servicio de Atención al Mutualista rechazó la queja del demandante y consideró correcta esta decisión (doc. 14 de la contestación).



2.- Con fecha 6 de marzo de 2014 el Sr. Damaso promovió el presente litigio contra la mutua en reclamación de 36.655,32 euros, en concepto de «prestaciones derivadas de seguros de 30 primeros días, Vida-Ahorro, y Ahorro-Jubilación, así como por rentas vencidas derivadas del Seguro de Invalidez», más una renta mensual de 358,21 euros, también como prestación derivada del seguro de invalidez, a partir de febrero de 2014 y hasta que el demandante cumpliera 70 años, todo ello incrementado con los intereses del art. 20 LCS respecto de la primera cantidad desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago.

En apoyo de estas pretensiones alegó, en lo que ahora interesa y en síntesis: (i) que en su condición de médico decidió suscribir con la mutualidad demandada el producto M.E.L., que incluía diversos seguros con distintas coberturas; (ii) que por resolución del INSS de 15 de mayo de 2012 se le había reconocido una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo que conllevaba contractualmente la posibilidad de reclamar a la mutua las sumas previstas de concurrir -como era el caso- las eventualidades cubiertas; y (iii) que le correspondía percibir, en concreto, por el seguro 30 Primeros Días la cantidad de 358,50 euros (calculada desde el 19 de octubre de 2011 en que fue dado de baja por enfermedad común y a razón de 11,95 euros/día); por el de invalidez, la cantidad de 7.701,51 euros (a razón de 358,21 euros/mes, desde el 15 de mayo de 2012 -esta mensualidad se computa al 50%- en que se le reconoció por el INSS la incapacidad hasta el 28 de febrero de 2014); y la cantidad de 358,21 euros/mes (desde marzo de 2014 y hasta que cumpliera los 70 años), por el Vida-Ahorro la cantidad de 3.000 euros y por el de Ahorro-Jubilación la cantidad de 25.591,31 euros.

3.- La mutua demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis: (i) que en la contratación telemática del producto el demandante había ocultado intencionadamente datos relevantes sobre la patología psiquiátrica que padecía desde los 19 años al responder negativamente a la pregunta que figuraba en el cuestionario; (ii) que además el demandante había ratificado con su firma esa declaración, pues en el título de mutualista se indicaba expresamente que el mismo se había emitido sobre la base de que en la declaración de salud no se hubiera indicado padecer patología alguna; y (iii) subsidiariamente, que no había lugar al pago de las cantidades reclamadas, por ser menor la cobertura del seguro 30 días (10,61 euros/día) y la de invalidez (318,27 euros/mes), porque la contin-

gencia cubierta en el seguro Vida-Ahorro dependía del fallecimiento del asegurado, lo que no había acontecido, porque en caso de rescate de este solo correspondía la cantidad de 225,73 euros y, en fin, porque la cantidad por Ahorro-Jubilación en caso de rescate sería la de 2.051,87 euros.

4.- La sentencia de primera instancia, estimando en parte la demanda, condenó a la demandada al pago de 10.337,31 euros con cargo a los seguros 30 Primeros Días (358,20 euros), Vida-Ahorro (225,73 euros), Ahorro- Jubilación (2.051,87 euros) e Invalidez (7.701,51 euros) más una renta mensual de 358,21 euros desde febrero de 2014 hasta que el demandante cumpliera los 70 años, también con cargo al seguro de Invalidez.

Sus razones fueron, en síntesis las siguientes: (i) pese a lo alegado en el escrito de contestación, no se podía considerar probado que la mutua sometiera al demandante a un cuestionario de salud que tuviera que cumplimentar a través de su página web ni, por tanto, que el asegurado, al suscribir telemáticamente su seguro, hubiera ocultado, respondiendo negativamente, que padeciera alguna enfermedad o que se hubiera sometido a alguna intervención quirúrgica relevante; (ii) en cualquier caso («a efectos dialécticos»), dados los términos de la supuesta pregunta («¿Ha sufrido o sufre alguna enfermedad o intervención quirúrgica relevante? En caso afirmativo indique cuáles»), esta tendría tal ambigüedad que no permitiría concluir que el asegurado verdaderamente contestó que no padecía ninguna patología sino que en todo caso habría dicho no padecer una patología «relevante», calificativo que por estar dotado de un importante matiz de subjetividad no podía operar en su contra al incumbir a la aseguradora la formulación de preguntas concretas y no genéricas para valorar el riesgo; (iii) aunque era cierto que el asegurado padecía patologías mentales desde los 19 años (las cuales evolucionaron hasta causar una incapacidad temporal y, finalmente, una incapacidad permanente absoluta), también lo era que las mismas no habían sido un obstáculo para su desempeño profesional ininterrumpido sin baja médica hasta febrero de 2009; (iv) ni siquiera el hecho de que fuera médico psiquiatra determinaba que se tuviera que considerar probado que le constaba padecer -y por tanto que ocultaba- una enfermedad relevante, pues según su propia apreciación, en atención a su experiencia profesional, bien podía haber considerado sus patologías como no relevantes, por todo lo cual debía descartarse la existencia de dolo o cul-



pa grave; (v) la eventual concurrencia de causa de exclusión de cobertura, citada incidentalmente por la parte demandada, no había sido objeto del pleito; y (vi) en consecuencia, procedía estimar parcialmente la demanda, acogiendo íntegramente la reclamación efectuada en concepto de indemnización correspondiente al seguro de los 30 Primeros Días, por importe de 358,50 euros, y la efectuada con cargo al seguro de Invalidez (7.701,51 euros por rentas vencidas hasta febrero 2014, más una renta mensual de 358,21 euros/mes desde entonces y hasta la fecha de jubilación), y parcialmente las reclamaciones por seguro de Vida-Ahorro (225,73 euros en lugar de los 3.000 euros solicitados) y por seguro de Ahorro-Jubilación (2.051,87 euros en vez de 25.595,31 euros), en cuanto que debía entenderse que el asegurado había ejercitado su derecho de rescate, todo ello sin el recargo del art. 20 LCS al concurrir causa justificada «referida a la aplicación del art. 10 LCS a la vista de la patología psiquiátrica que presentaba el actor con anterioridad a la firma del contrato entre las partes».

5.- La mutua recurrió en apelación por considerar improcedente cualquier indemnización, al concurrir dolo del asegurado, y subsidiariamente por el carácter excesivo de las cantidades reconocidas, alegando a este respecto, en síntesis, que la sentencia apelada había incurri-

do en incongruencia por conceder algo que no se había pedido ya que en su contestación la mutua negó que debiera nada por los seguros Vida-Ahorro y Ahorro-Jubilación y solo adujo «a los meros efectos dialécticos...que las sumas correctas eran otras» (pág. 6 del escrito de interposición del recurso de apelación), sin que la parte demandante manifestara pretensión indemnizatoria alguna a este respecto que justificara la estimación parcial de la demanda.

6.- La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación, revocó la sentencia apelada y desestimó íntegramente la demanda, con imposición al demandante de las costas de la primera instancia y sin hacer pronunciamiento en cuanto a las de la segunda. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) no había razón para desconfiar de la autenticidad del cuestionario de salud online que plasmó la negativa del asegurado de haber padecido una enfermedad previa relevante, y con menor motivo cuando el doc. 3 estaba firmado por el asegurado y en el mismo se admitía haber emitido previamente una declaración de salud en la que no había hecho constar patología alguna; (ii) con la ocultación de que padecía patologías psíquicas el demandante actuó con dolo o engaño por cuanto no se trataba de «trastornos psíquicos puntuales sino periódicos en el tiempo, con tratamientos específicos que, a la

postre, incluso derivaron en una nueva depresión, abuso del alcohol y de benzodiazepinas, con necesidad de control médico», todo lo cual derivó finalmente en el trastorno por el que fue incapacitado; y (iii) consecuentemente, estaba justificada la negativa al pago de la aseguradora, al quedar liberada por el dolo de aquel.

7.- El demandante interpuso contra dicha sentencia recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en dos motivos (que el recurrente denomina como fundamentos de derecho segundo y tercero), fundados ambos en infracción del art. 10.1 LCS, por oposición a la jurisprudencia de esta sala sobre los requisitos formales del cuestionario (motivo primero) y sobre la insuficiencia de su contenido por haberse reducido el cuestionario de salud a una única pregunta, genérica, inconcreta y subjetiva (motivo segundo).

En síntesis se alega, en cuanto al motivo primero, que la jurisprudencia condiciona la validez del cuestionario de salud a que haya sido rellenado de puño y letra y firmado por el propio asegurado (cita y extracta las sentencias 339/2001, de 6 de abril, y 374/2007, de 4 de abril), por lo que no puede otorgarse valor de cuestionario a un «simple pantallazo de ordenador» en el que, según el recurrente, no consta su cumplimentación manual ni firma electrónica o digital del asegurado; y en cuanto al motivo segundo, que la pregunta contenida en el formulario web no podía considerarse un cuestionario en sentido gramatical, sino una pregunta «genérica, inconcreta y planteada aisladamente» que, según la jurisprudencia, no puede liberar al asegurador de su obligación de pago (cita la sentencia 1190/2008, de 4 de diciembre), ya que por el matiz subjetivo de la expresión «relevante», que en la pregunta se puso en relación con enfermedad o intervención quirúrgica, dependía de factores o circunstancias personales que la respuesta, cualquiera que fuera, siempre pudiera ser equívoca y «carecería de entidad a los efectos de poder ser considerada como inexactitud u omisión dolosa o con culpa grave» a los efectos del art. 10 LCS.

La parte recurrida se ha opuesto al recurso tanto por causas de inadmisión como por razones de fondo. En cuanto a las primeras alega, en síntesis: (i) infracción del art. 273 LEC e incorrecta presentación del recurso de casación por falta de firma electrónica válida de procurador y abogado; (ii) infracción del art. 31 LEC en re-

lación con el art. 225 LEC, por falta de intervención de abogado en la interposición del recurso de casación; (iii) infracción de los criterios de admisión aprobados por acuerdo del Pleno de esta sala de fecha 30 de diciembre de 2011, por falta de correcto encabezamiento o formulación del motivo y falta de respeto a la valoración probatoria, porque la sentencia recurrida se funda en la existencia de dolo o mala fe del asegurado y no en inexactitudes o deficiencias del cuestionario por el solo hecho de que este se presentara telemáticamente. En cuanto al fondo alega, en síntesis: (i) que la razón decisoria está en la apreciación de dolo o engaño, no en la validez formal del cuestionario; (ii) que en cualquier caso la sentencia recurrida acierta al apreciar que el asegurado ocultó dolosamente el riesgo de la enfermedad que debía saber que padecía al estar relacionada con su propia especialidad médica, e incluso esperó, para comunicar el siniestro, a que se alcanzara el periodo mínimo legal para percibir pensión pública (15 años); y (iii) que en cualquier caso, la sentencia recurrida es conforme con la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos que debe contener el cuestionario de salud.

TERCERO.- Los óbices de admisibilidad alegados no puede impedir el examen de fondo del recurso de casación por las siguientes razones:

1.^ª) En cuanto a la pretendida falta de postulación, el recurso de casación se tuvo por interpuesto válidamente por diligencia de ordenación de 18 de septiembre de 2015, la cual fue debidamente notificada a ambas partes (en el caso de la entidad recurrida, a través del mismo procurador Sr. Rivera Pinna) y no fue recurrida.

2.^ª) En cuanto a los restantes defectos, aun siendo cierto que el recurso adolece de algunas incorrecciones formales (por ejemplo, tener una estructura similar a un escrito de alegaciones), sin embargo resulta patente que la controversia no es fáctica sino jurídica, que esta aparece suficientemente identificada y, en fin, que puede ser abordada por este tribunal con pleno respeto a los hechos probados, dado que consiste en si cabe admitir la validez formal de un cuestionario de salud presentado y suscrito telemáticamente y, sobre todo, si pueden producirse los efectos legalmente previstos para el caso de dolo o culpa grave del asegurado en función de los términos concretos en que el asegurado fue interrogado, ya que, según el pertinente art. 10 LCS, párrafo primero, que se cita como infringido, la improcedencia de que el asegurador quede liberado de su deber de pago puede deberse

tanto a la falta de presentación del cuestionario de salud -a lo que equivaldría la presentación de un cuestionario que no se considerara formalmente válido como tal- como a que el presentado se considere incompleto (inciso último de dicho párrafo).

CUARTO.- El recurso debe ser estimado por las siguientes razones:

1.^a) La sentencia de esta sala 726/2016, de 12 de diciembre, citada por las más recientes 222/2017, de 5 de abril, y 542/2017, de 4 de octubre, sintetiza la jurisprudencia sobre el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS en cuanto a su configuración como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto.

2.^a) Es un hecho probado del que se ha de partir en casación que en el proceso de contratación telemática de los seguros incluidos en el producto M.E.L. el asegurado tuvo que facilitar al sistema (rellenando la correspondiente casilla) los datos por los que se le preguntaba en cada una de las distintas fases o pasos del formulario online, y que en el paso 4 se le preguntó expresamente, para que respondiera afirmativa o negativamente sobre sus antecedentes de salud, en los siguientes términos:

«¿Ha sufrido o sufre alguna enfermedad o intervención quirúrgica relevante? En caso afirmativo indique de forma detallada cuáles».

El demandante respondió que no.

3.^a) En cuanto a si el cuestionario de salud debe o no revestir una forma especial de la que deba depender su eficacia, la citada sentencia 726/2016, mencionada también en este punto por la 222/2017, declara lo siguiente:

«Ahora bien, que el deber de declarar el riesgo se traduzca en un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunte por el asegurador no implica que el cuestionario deba revestir una forma especial pues, como apunta la parte recurrida, en numerosas ocasiones esta sala ha otorgado eficacia a la «Declaración de salud» que se incorpora a la documentación integrante de la póliza de seguro. Así, la sentencia 482/2004, de 31 de mayo, declaró:

“Es cierto, que, si la entidad aseguradora no exige el cuestionario [o declaración correspondiente] debe pechar con las consecuencias

(SS., entre otras, 23 de septiembre de 1.997, 22 de febrero y 7 de abril de 2.001, 17 de febrero de 2.004), porque [en el régimen de la LCS] no hay propiamente un deber de declaración, sino de respuesta del tomador acerca de lo que le interesa de él al asegurador y que le importa a efectos de valorar debidamente el riesgo, como la concurrencia de aquellos otros extremos que sean de interés (SS., entre otras, de 11 de noviembre y 2 de diciembre de 1.997 y 22 de febrero de 2.001). La jurisprudencia no exige una forma especial para lo que el art. 10 LCS denomina ‘cuestionario’ (según la segunda de las acepciones del Diccionario de la RAE, que resulta la más adecuada aquí, es una ‘lista de preguntas que se proponen con cualquier fin’), por lo que no se contradice la doctrina legal dándole plena eficacia a la ‘Declaración Estado Salud’ que figura impresa en la póliza firmada por el asegurado (f. 98), y en tal sentido se orientan entre otras Sentencias las de 24 de junio de 1.999 y 2 de abril de 2.001”.

«En el mismo sentido, la sentencia 693/2005, de 23 de septiembre, declaró, acerca del cuestionario de salud, que “no existe una exigencia de forma especial para el mismo, por lo que ha de reconocerse plena eficacia a la ‘declaración de salud’ que suele insertarse en las pólizas a que nos referimos”».

Por tanto, desde esta perspectiva formal, la decisión de la sentencia recurrida de reconocer validez a la declaración de salud efectuada por el hoy recurrente al cumplimentar el cuestionario incluido en la solicitud de contratación online fue correcta.

4.^a) En cuanto al aspecto material, lo que esta sala debe examinar es si el tipo de pregunta que se le formuló era conducente a que el asegurado pudiera representarse a qué antecedentes de salud que él conociera o no pudiera desconocer se refería, es decir, si la pregunta que se le hizo fue bastante para que pudiera ser consciente de que, al no mencionar sus patologías mentales, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo. La aplicación concreta de la jurisprudencia mencionada ha llevado a esta sala a distintas soluciones, justificadas por las diferencias de contenido de la declaración-cuestionario.

Así, esta sala ha negado la existencia de ocultación en casos de cuestionarios (o declaraciones de salud) demasiado genéricos o ambiguos, con preguntas sobre la salud general del asegurado claramente estereotipadas que



no permitieron al asegurado vincular dichos antecedentes con la enfermedad causante del siniestro (entre las más recientes, sentencias 157/2016, de 16 de marzo, y 222/2017, de 5 de abril).

La sentencia 157/2016, de 16 de marzo, valora el contenido de una declaración de salud, en concreto la circunstancia de que se tratara de una cláusula «estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado» en el momento de suscribir el seguro, en la que no se incluían preguntas significativas para la determi-

nación del riesgo objeto de cobertura, y por eso descarta que en tal caso el asegurado hubiera infringido el deber de contestación o respuesta que le imponía el art. 10 LCS al no mencionar la enfermedad (cáncer) que padecía. Así, declara lo siguiente: «Como se observa de la póliza suscrita, lejos de interesar alguna respuesta acerca de enfermedades relevantes del asegurado, caso del cáncer padecido, resulta claramente estereotipada acerca de la salud general que presenta el asegurado, sin individualizar o concretar preguntas relevantes acerca de la determinación del riesgo objeto de cobertura.



padecía desde mucho antes, estuviera ocultando datos de salud relevantes para la valoración del riesgo, «pues no se le preguntó específicamente sobre si padecía o había padecido enfermedad o patología afectante a su salud mental (solo se aludió a patologías de tipo cardiaco, respiratorio, oncológico, circulatorio, infeccioso, del aparato digestivo o endocrino -diabetes-) ni si padecía enfermedad de carácter crónico, con tratamiento continuado, que ella pudiera vincular de forma razonable con esos antecedentes de enfermedad mental que condujeron finalmente a la incapacidad».

El presente caso se asemeja a los anteriores, pues a diferencia de los casos analizados en las sentencias 726/2016, de 12 de diciembre, y 542/2017, de 4 de octubre, en los que sí se había preguntado al asegurado específicamente acerca de enfermedades concretas, e incluso a diferencia del caso analizado por la sentencia 72/2016, de 17 de febrero, en el que, aunque las preguntas fueron más genéricas, sin referencia a enfermedades concretas, sí se le preguntó si había tenido o seguía teniendo alguna limitación física o psíquica o enfermedad crónica, si había padecido en los últimos cinco años alguna enfermedad o accidente que hubiera necesitado de tratamiento médico o de intervención quirúrgica y si se consideraba en ese momento en buen estado de salud, en el presente caso consta probado de forma no revisable en casación que se preguntó al hoy recurrente de forma meramente genérica si había padecido o padecía en ese momento cualquier enfermedad o intervención que además fuera «relevante». De este modo, a la inconcreción derivada de la falta de preguntas sobre una patología concreta, de tipo mental, que pudiera asociar a sus padecimientos, se sumaba el empleo de un adjetivo que, como alega el recurrente y argumentó la sentencia de primera instancia, está dotado de un matiz de subjetividad que no puede operar en perjuicio del asegurado, ni siquiera tratándose de un médico especialista en psiquiatría, pues sus conocimientos en la materia, aunque permitan descartar que no fuera consciente de su enfermedad, no implican necesariamente que tuviera que valorar sus antecedentes psíquicos como significativos o relevantes, ya que no le habían impedido ejercer su profesión hasta la fecha del siniestro.

De forma que no puede considerarse que el asegurado, al no mencionar dicha enfermedad padecida, infringiera el deber de contestación o de respuesta que le impone el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro».

En esa misma línea, la sentencia 222/2017, de 5 de abril, considera que, dados los términos en que aparecía redactada la declaración de salud por parte de la compañía aseguradora, no cabía entender que, porque la tomadora no manifestara los antecedentes de posible psicosis que

En definitiva, la falta de concreción del cuestionario debe operar en contra del asegurador, pues a este incumben las consecuencias de la presentación de una declaración o cuestionario de salud excesivamente ambiguo o genérico, ya que el art. 10 LCS, en su párrafo primero,

exonera al tomador-asegurado de su deber de declarar el riesgo tanto en los casos de falta de cuestionario cuanto en los casos, como el presente, en que el cuestionario sea tan genérico que la valoración del riesgo no vaya a depender de las circunstancias comprendida en él o por las que fue preguntado el asegurado.

QUINTO.- La estimación de ambos motivos determina la del recurso de casación y, en consecuencia, que proceda casar la sentencia recurrida y, en funciones de instancia, con desestimación del recurso de apelación interpuesto en su día por la demandada, la confirmación de la sentencia de primera instancia.

No es óbice a este pronunciamiento confirmatorio que en su recurso de apelación la mutua cuestionara por incongruente el pronunciamiento estimatorio parcial de la demanda en cuanto a las prestaciones con cargo a los seguros Vida-Ahorro y Ahorro-Jubilación, ya que este fallo respondía a que la sentencia de primera instancia decidió rechazar el argumento principal de la mutua apelante por el que se negaba cualquier prestación con cargo a dichos seguros y estimar que el demandante tuviera derecho a cobrar con cargo a ellos por haber hecho uso de su derecho de rescate, lo que desplazó la controversia al aspecto cuantitativo, sin que en este extremo pueda tacharse de incongruente una sentencia que concedió menos de lo pedido en la demanda y justamente lo que, en su argumentación subsidiaria, fue admitido como debido por la demandada, que además, en su recurso de apelación, extremadamente confuso en los puntos referidos a la incongruencia de la sentencia apelada y a las cantidades acordadas por la misma, sí reconoce que estas cantidades fueron las indicadas por ella misma al asegurado «en su momento y de manera extrajudicial».

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 398.2 LEC, al estimarse el recurso de casación, no procede imponer a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo.

En cuanto a las costas de la segunda instancia, de conformidad con el referido art. 398.1 LEC en relación con el art. 394.1 LEC, procede imponer a la parte demandada las costas de su recurso de apelación, dado que tenía que haber sido desestimado.

Conforme al apdo. 8 de la d. adicional 15.ª LOPJ, procede devolver a la parte recurrente en casación el depósito constituido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Damaso contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2015 por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz en el recurso de apelación n.º 263/2015 .
- 2.º- Casar la sentencia recurrida, dejándola sin efecto.
- 3.º- En su lugar, confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia.
- 4.º- Imponer a la demandada-apelante las costas de la segunda instancia.
- 5.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.
- 6.º- Y devolver al recurrente el depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la comunicación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

La sentencia comentada trata de nuevo la problemática de la validez de los cuestionarios de salud que está siendo objeto de revisión recurrente en el Tribunal Supremo. De hecho, con fecha 10 de mayo de 2018, la Sala 1ª dictó sentencia (STS 1628/2018), siendo también ponente el magistrado Don Francisco Marín Castán, tratando también esta materia. Y venimos de Sentencias recientes: 726/2016 de 16 de marzo, 222/2017 de 5 de abril, o 542/2017 de 4 de octubre.

En el presente caso se falla en favor del demandante, por lo tanto, se le niega validez suficiente al cuestionario por realizar una pregunta genérica y *la falta de concreción debe operar en contra del asegurador*. Se trata de un caso realmente peculiar donde a cualquiera le surgirán dudas sobre las posibles intenciones del contratante, aunque finalmente el Tribunal Supremo se decanta a su favor, cosa que también hizo el juez de primera instancia, pero fue revocado por la Audiencia Provincial de Badajoz. El resultado favorece al actor al entender el tribunal que, pese a que se trataba de un profesional de la medicina, especialista en psiquiatría, que padecía enfermedad crónica psíquica con 20 años de evolución y que contrata voluntariamente (no es un seguro impuesto por entidad financiera, como en otros casos) una póliza especial en 2009 y a quién en 2011 se le concede una incapacidad absoluta por la agravación de su enfermedad psiquiátrica, el cuestionario no es claro y concreto. En el cuestionario de salud contestó NO a la pregunta *¿Ha sufrido o sufre alguna enfermedad o intervención quirúrgica relevante?, En caso afirmativo indique de forma detallada cuales*. También hay que señalar que la póliza no garantiza unos importes muy elevados, y eso jugaría en favor del asegurado ante sospechas de un posible fraude en la contratación.

Destacamos una frase recogida en la sentencia que justifica la diversidad de resoluciones: *“La aplicación concreta de la jurisprudencia mencionada ha llevado a esta sala a distintas soluciones, justificadas por las diferencias de contenido de la declaración cuestionario”*. El Tribunal Supremo, en su ya reiterada jurisprudencia sobre el artículo 10 de la LCS, ha establecido la declaración del riesgo como un deber de contestación o respuesta a lo que pregunte el asegurador, sobre el que además recaen las consecuencias que derivan de la presentación de un cuestionario incompleto. Por lo tanto, asentada esta doctrina, cada caso enjuiciado dependerá de como el cuestionario, si lo hubiera, ha hecho las preguntas claves que hubieran condicionado el aseguramiento.

De nuevo se dan las circunstancias que ya establecía la Sentencia 157/2016 de 16 de marzo, de la sala 1ª del TS, al señalar que es la entidad la que no cumple con su deber de *someter al asegurado la cumplimentación de un cuestionario de salud, propiamente dicho, sin posibilidad, por tanto, de que éste pudiera cumplir con su deber de responder a hechos o circunstancias que pudieran ser relevantes para la valoración del riesgo*, al no individualizar o concretar preguntas relevantes acerca de la determinación del riesgo “objeto de cobertura”. Queda claro que los cuestionarios de salud que se limitan a realizar una pregunta general sobre los posibles antecedentes del asegurado no tendrán validez si se pretende utilizar el mismo para rehusar la cobertura.

La Sentencia 5095/2014 de 2 de diciembre, se hizo eco de la doctrina al entender que *para apreciarse infracción en la declaración del riesgo porque el descrito es diverso del real, es necesario que la discordancia sea relevante, porque las circunstancias en las que se basó la valoración del riesgo hubieran influido en las condiciones en que se contrató el seguro y en la decisión del asegurador de aceptar el contrato*. Siendo cierto que en este caso tienen una clara influencia, y si el cuestionario se hubiera planteado bien otro resultado se hubiera obtenido. Otra cosa es si declarada la patología la aseguradora hubiera rechazado el aseguramiento por no ser una patología de alto riesgo.

COMENTARIO

Ahora bien, si revisamos la sentencia de 10 de mayo de 2018 encontramos algún matiz que deberemos tener en cuenta antes de plantearse una demanda. En este caso, se trata de una póliza contratada por dos hermanas, siendo una de ellas la que se encarga de responder el cuestionario de salud de ambas, con poder para ello, pero que la misma oculta información relevante sobre el delicado estado de salud de su hermana, quién fallece poco tiempo después de haber contratado la póliza. En este caso el Tribunal Supremo sienta dos criterios relevantes: el cuestionario de salud es “personalísimo” y solo puede ser contestado por el asegurado, y las pólizas de vida no vinculadas, respecto al destino del capital garantizado, a productos financieros no deben tener las mismas exigencias que las que, consecuencia de un producto financiero o no, se destina la indemnización a los beneficiarios particulares (asegurado o sus herederos). Así, en este caso el TS considera que pese a la existencia de un cuestionario de salud claro firmado por tercero, a su vez beneficiario del fallecimiento de la asegurada, que considera invalido precisamente por ser firmado por tercero aunque tenga poder para ello, y que el contrato no esta destinado a cubrir un riesgo financiero, se acepta el rehúse de la cobertura por la clara intencionalidad en la contratación de la póliza (como indica el Art. 10 de la LCS, el asegurador queda liberado al mediar dolo o mala fe del tomador del seguro).

Respecto al dolo, hay ya históricos pronunciamientos del Alto Tribunal que lo definen como “*la reticencia en la expresión de las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que puedan influir en la valoración del riesgo y que de haberlas conocido el asegurador hubieran influido decisivamente en la voluntad de celebrarlo*”. La última de esas sentencias pone a su vez en relación el art. 10 de la Ley de Contrato de Seguro con el art. 1269 del Código Civil y con la jurisprudencia al respecto para declarar que «El concepto de dolo que da el art. 1.269 CC, no sólo comprende la insidia directa e inductora sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente. (Sentencia 1200/2007 de 15 de noviembre)

Se ha llegado a establecer que *el asegurado/tomador debe contestar exclusivamente a lo que se le pregunta, y si no se le pregunta por una determinada patología y posteriormente ésta es determinante para el acaecimiento del siniestro, la aseguradora no podrá achacar al asegurado/tomador el no haberla declarado en el Cuestionario de Salud. Por su claridad, transcribimos la valoración que el Tribunal Supremo hace en la Sentencia 676/2014 de 4 de diciembre (por cierto, mal referenciado en la Sentencia 157/2016 de 12 de marzo, que lo asocia a la sentencia de 2007) sobre la intervención de los empleados de la aseguradora “... Lo realmente relevante para que esta circunstancia exonere de tal deber e impida por ello que pueda valorarse como una conducta que, por ser dolosa, libera al asegurador del pago de la indemnización una vez actualizado el riesgo cubierto de la muerte de la persona asegurada, es que, por la forma en que se rellenó, pueda concluirse que la tomadora del seguro no fue preguntada por esta información relevante. En los casos en que el cuestionario es rellenado por los empleados de la compañía aseguradora sin que se haya recabado de la tomadora del seguro la contestación de las preguntas, por mucho que aparezca su firma al final del cuestionario, no habrá habido infracción del deber de declarar aquella circunstancia relevante para la determinación del riesgo, porque de hecho no habrá sido preguntado por ella. Pero si consta acreditado, como es el caso, que los empleados rellenaron el cuestionario con las contestaciones suministradas por la tomadora, previa formulación de las preguntas que incluían aquellas relativas a haber padecido con anterioridad una enfermedad de cáncer, en ese caso hemos de entender que ha existido una infracción del deber de declaración.»*

Como conclusión, de nuevo se sanciona al asegurador por no actuar de conformidad a los criterios que la Jurisprudencia ha establecido en su interpretación del artículo 10 de la LCS.

Tribunal Superior de Justicia

CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO

Responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración por pérdida de oportunidad al privarse al paciente de la posibilidad de ser diagnosticado de un cáncer en estado I que podría haber evitado el fallecimiento posterior. Se indemniza a la esposa del fallecido en concepto de daño moral en la cantidad 40.000 euros. Se exonera del artículo 20 de la LCS a la aseguradora

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 18 de abril de 2018
Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NO SE ACEPTAN los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, y

PRIMERO.- Objeto del recurso de apelación.- Doña Santiago impugnó la resolución de 20 de abril de 2015 de la secretaria xeral técnica de la Consellería de Sanidade, por delegación de la Conselleira, desestimatoria de la reclamación de la indemnización de 83.594'11 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por el fallecimiento de su marido don Marcial, de 77 años a la sazón, en el Hospital Lucus Augusti de Lugo el día 19 de enero de 2012 a consecuencia de un cáncer de pulmón.

La recurrente entendió que dicha patología le fue diagnosticada tardía e indebidamente a consecuencia del actuar negligente en la atención sanitaria dispensada, pues se le diagnosticó tres semanas antes de su muerte, pese a que pudo haber sido detectada y tratada desde el año 2010, debido a unas radiografías de tórax que se le practicaron y mostraban una imagen anómala en el lóbulo superior izquierdo del pulmón.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Lugo desestimó el recurso contencioso-administrativo.

Frente a dicha sentencia interpone la demandante recurso de apelación.

SEGUNDO.- Resumen de la historia clínica relevante que se desprende del expediente administrativo.- Como consecuencia de sufrir un fuerte golpe, con traumatismo craneal, tras caerse fortuitamente en la calle, a media tarde del día 5 de marzo de 2010 don Marcial, nacido el NUM001 de 1934, acudió al servicio de urgencias del Hospital Clínico, perteneciente al Complejo Hospitalario Universitario de Santiago de Compostela (CHUS), donde le fueron realizadas diversas pruebas, entre ellas un TAC craneal y una placa de tórax, esta última en decúbito supino, ofreciendo una imagen de escasa calidad, aunque podía ser suficiente para descartar hallazgos en relación con la causa de la caída, constando en el informe "elevación de interfase abdómino-torácico derecha", siendo dado de alta seguidamente, para seguir controles con su médico de cabecera.

Ya en el mes de octubre de 2010, debido a que el señor Marcial iba a ser operado de cataratas, en el curso del preoperatorio le fueron realizadas diversas placas de tórax,

posterior, anterior y lateral, emitiéndose informe por el servicio de Radiología del CHUS el día 14 de octubre de 2010 en el que constan como hallazgos "Silueta cardiopericárdica en el límite alto de la normalidad. Sin evidencia de patología parenquimatosa pleuropulmonar aguda. Elevación del hemidiafragma derecho. Osteopenia radiológica y presencia de discreto acuñamiento anterior de varios cuerpos dorsales medios y bajos".

Con ocasión del estudio preoperatorio para la intervención de otra catarata el 7 de abril de 2011 se realiza al paciente otra radiología de tórax en el CHUS, siendo informada así: "Sin evidencia de patología pleuro-pulmonar aguda. Elevación del hemidiafragma derecho. Discreto acuñamiento anterior de cuerpos vertebrales dorsales medios y bajos".

Con fecha 4 de diciembre de 2011 el paciente acudió de nuevo al servicio de urgencias del CHUS por fuerte dolor lumbar derecho, que le impide incluso caminar refiriendo asimismo cuadro catarral, siendo realizada una radiografía de tórax, que es informada así: "Elevación de la silueta diafragmática derecha ya conocida. Radiopacidad localizada en lóbulo superior izquierdo compatible con proceso infeccioso como primera posibilidad diagnóstica. Recomendamos control Rx hasta su completa resolución", siendo dado de alta con el juicio clínico de "Dolor lumbar, costado derecho de características atípicas", aconsejando control por el médico de atención primaria, y si empeoraba su estado debería acudir de nuevo al servicio de urgencias.

Con ocasión de hallarse en el domicilio de una hija suya en Lugo, a mediados de diciembre de 2011 nuevamente volvió a sufrir fuertes



dolores, lo que motivó que acudiese al Hospital universitario Lucus Augusti de Lugo (HULA), donde, para determinar la causa de dicho dolor, se efectuaron distintas pruebas, una de ellas radiológica, que es informada como "Masa de 4,5x3 cm en lóbulo superior izquierdo. No otras lesiones pleuropulmonares. Silueta cardiopericárdico y vasculatura pulmonar normal. Gas abdominal, sin otras alteraciones abdominales. No imágenes sugestivas de Metástasis óseas. Osteoporosis. Signos degenerativos mínimos a nivel de columna dorso-lumbar. No ascitis".

El día 27 de diciembre de 2011 acude nuevamente al servicio de urgencias del CHUS con estudio completado del nódulo pulmonar realizado en el HULA, con lumbalgia y pérdida de peso, por lo que se decide su ingreso en el servicio de neumología, donde se realizan estudios como TAC torácico, gammagrafía ósea, endoscopia respiratoria y biopsia pulmonar, entre la fecha del ingreso hasta el 3 de enero de 2012.

En el TAC torácico se aprecia masa en lóbulo superior izquierdo de 35,7x41,5 mm de contorno irregular, masa adrenal izquierda de 26'2 mm, múltiples metástasis óseas, lesiones óseas en arcos costales, esternón, pala iliaca izquierda y vértebras lumbares, enfermedad metastásica hepática con dos lesiones de 16,8 y 55,1 mm sugestivas de enfermedad metastásica.

A la vista de todo lo anterior el paciente es diagnosticado de cáncer broncogénico estadio IV (adenocarcinoma), con metástasis hepáticas, óseas y suprenales.

Dada la situación familiar se decide su traslado al HULA de Lugo, donde ingresa en el servicio de neumología el 4 de enero de 2012, decidiéndose tratamiento exclusivamente sintomático por el mal estado general del paciente.

De acuerdo con la familia se consulta con el servicio de HADO (hospitalización a domicilio) para seguimiento en domicilio, con aceptación por su parte, pero posteriormente el paciente manifiesta su deseo de ser atendido en centro hospitalario, por lo que es trasladado a la unidad de cuidados paliativos, donde se consigue un buen control sintomático, recurriéndose a la sedación paliativa de acuerdo con la familia por delirium refractario en las últimas horas, produciéndose el fallecimiento el día 19 de enero de 2012 en el HULA de Lugo.

TERCERO.- Alegaciones de la apelante en que funda su recurso de apelación.

En el escrito de formalización del recurso de apelación específica la demandante que la responsabilidad patrimonial del Sergas cuya declaración reclama es consecuencia de la inadecuada asistencia sanitaria dispensada a su esposo, don Marcial, que finalmente le llevó al fallecimiento, por lo cual reclama la suma de

83.594,11 euros o aquella otra cantidad que se determine en función de la prueba practicada.

La apelante alega que tal inadecuada asistencia sanitaria ha consistido en que el cáncer de pulmón debiera haber sido diagnosticado y tratado ya en el año 2010, puesto que especialmente la radiografía de tórax realizada en octubre de ese año mostraba una imagen anómala en el lóbulo superior izquierdo del pulmón, que en aquel momento debiera ser estudiada, tratada o, al menos, realizar un seguimiento de su evolución, pese a lo cual no se realizó prueba alguna tendente a averiguar el origen, características y posibles consecuencias de la presencia del citado "quiste", "anomalía", "imagen" o "lesión".

Seguidamente afirma que, de haberse realizado en el año 2010 pruebas médicas a fin de realizar un estudio o seguimiento de esa "imagen anómala", se hubiese podido detectar la enfermedad del señor Marcial con más de un año de antelación al fallecimiento de éste, con la consecuencia lógica de poder haber recibido un tratamiento adecuado para la misma desde el primer momento, de forma que posiblemente hubiese salvado su vida, o cuando menos la hubiese alargado considerablemente.

Precisamente por entender la apelante que era posible un diagnóstico de la enfermedad en el año 2010 es por lo que alega la concurrencia de error en la valoración de la prueba en la sentencia apelada.

A tal efecto argumenta la recurrente que la totalidad de los facultativos que declararon en el juicio, tres de ellos como testigos peritos profesionales del Sergas, reconocen y afirman que en las radiografías del año 2010 existía y se veía una imagen anómala en el lóbulo superior izquierdo del pulmón, y aunque la doctora Debora (perito médico de la apelada) ha tratado de minimizar su importancia diciendo que la referida "anomalía" no se podía calificar como un nódulo por no tener bordes definidos, lo cierto es que esa imagen que se veía en la radiografía era algo anormal, por lo que, dado su carácter no usual, debería haber sido detectado, estudiado y, en su caso, tratado, o, cuando menos se debiera haber hecho un seguimiento de su evolución, a partir de lo cual existían en el Sergas medios adecuados y suficientes para diagnosticar la patología en el año 2010.

También afirma la apelante que existían motivos en el año 2010 para que los profesionales del Sergas hubiesen diagnosticado la enfermedad en tal fecha.

Cita la demandante como antecedentes que durante el año 2010 el paciente acudió en numerosas ocasiones a los servicios médicos de urgencias, y que el señor Marcial había tenido un hábito tabáquico, que cualquier facultativo podía ver en sus antecedentes médicos.

Y seguidamente incide la apelante en ciertas opiniones de los testigos-perito que depusieron en el juicio, en concreto: 1º el doctor Donato, radiólogo del HULA, refiere que en la radiografía del año 2010 existe un hallazgo anormal que hay que controlar, y, aunque pudiera ser un tapón mucoso el protocolo determina que hay que averiguar qué es exactamente, 2º el doctor Luis Antonio, neumólogo del HULA, señaló que en la radiografía de octubre de 2010 se evidencia una lesión "muy clara", y que en el contexto del paciente se debiera haber hecho un TAC para descartar que esa lesión pudiera ser maligna, 3º la doctora Petra, neumóloga del CHUS, refiere que la lesión era objetivable en el año 2010, por lo que debió ordenarse un seguimiento con más radiografías o un TAC, pues, aunque no había claros síntomas de cáncer de pulmón en el 2010, la radiografía sirve para sospechar, de modo que se debían haber hecho pruebas para descartar el origen maligno de la anomalía.

Estima la apelante que existió negligencia que produjo un quebrantamiento de la *lex artis*, pues, a la vista de las respuestas ofrecidas por dichos testigos peritos, existía una imagen anormal y visible que exigía que se deberían haber hecho estudios o seguimiento de esa imagen, con lo que se habría detectado que aumentaba de tamaño, máxime cuando el propio perito de la codemandada, doctor Benigno, refiere que existía una espirometría/infiltrado, pero no síntomas de cáncer, y que repetiría la prueba de imagen para comprobar si la imagen desaparecía, lo que no se llegó a hacer.

En último lugar, alega la apelante que era posible prolongar la vida del paciente, o, al menos, mejorar la calidad de esta, si se hubiesen hecho en el 2010 las pruebas tendentes al diagnóstico de la enfermedad, pues en ese momento la imagen podría medir unas diez veces menos que en 2011 (declaración de la neumóloga doctora Petra), debiendo tener en cuenta que un cáncer sin tratar pasa de un estadio I al IV en aproximadamente un año.

CUARTO.- Resulta válida y procedente una nueva valoración de la prueba.-

Tanto la Letrada de la Xunta de Galicia como la defensa de la aseguradora comienzan alegando, en sus respectivas oposiciones al recurso de apelación, que debe ser respetada la valoración de la prueba del juzgador de primera instancia, por no ser ilógica, irracional, arbitraria ni conculcar los principios generales del derecho, añadiendo que no está permitido sustituir la efectuada por aquel, cuyo criterio objetivo e imparcial debe primar sobre el subjetivo y parcial de la apelante.

Ante todo ha de resaltarse que a estas alegaciones no se une consecuencia alguna, pues no se reclama la inadmisión de una y otra apelación por ese motivo.

Conviene poner de manifiesto que el recurso de apelación sitúa al órgano de segunda instancia en idéntica posición que el ocupado por el que aprecia la prueba en primera instancia, pues aquel recurso, a diferencia de lo que sucede con el de casación, permite la revisión de los hechos, por lo que queda abierta la posibilidad de una nueva valoración de la prueba que discrepe de la del/a juzgador/a "a quo", posibilidad que se reafirma y acrecienta con el empleo de los modernos medios de reproducción y grabación, de modo que la grabación de las sesiones de la vista celebrada en primera instancia coloca a esta Sala en la misma posición de inmediación que tuvo el titular del Juzgado que dictó la sentencia apelada. Por ello, es lógico y legítimo que se solicite una nueva valoración de la prueba, con mayor motivo si se tiene en cuenta que aquella privilegiada inmediación de que goza asimismo el órgano de apelación facilita la detección de los posibles errores, inexactitudes o insuficiencias en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- Doctrina jurisprudencial sobre la pérdida de oportunidad.-

El punto nuclear de debate en este litigio ha estado centrado en la determinación de si en los exámenes radiológicos realizados a lo largo del año 2010 se reveló algún signo en el pulmón izquierdo del paciente que aconsejaba ulteriores análisis o seguimientos para propiciar el diagnóstico anterior de la patología cancerosa que finalmente determinó el fallecimiento de aquél.

Es decir, si la exteriorización de ese dato revelador pudo haber dado pie al seguimiento posterior del mismo, y, de ese modo, detectar la enfermedad antes de diciembre de 2011, en que finalmente se produjo el diagnóstico.

Si así fuera, cabría acudir a la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad que reclama la recurrente, porque la no advertencia de ese relevante signo en las pruebas radiológicas le habría privado de la oportunidad de tratamiento de tal patología que lograrse bien salvarlo, o cuando menos mejorar su esperanza o calidad de vida.

Antes del examen concreto del caso presente conviene hacer un repaso de la doctrina jurisprudencial sobre la pérdida de oportunidad.

Tal como se desprende de las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011, recurso de casación núm. 5893/2006, y de 3 de julio de 2012, (RC 6787/2010), la pérdida de oportunidad se presenta como una figura alternativa a la "*lex artis*" que se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente.

Por lo demás, la pérdida de oportunidad exige tomar en consideración dos elementos:

el grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera podido producir un resultado beneficioso y el alcance o entidad del mismo (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 2012, recurso de casación 2755/2010, y 3 de julio de 2012 (RJ 2012, 10451, recurso de casación 6787/2010).

En el mismo sentido, la sentencia Tribunal Supremo de 3 de julio de 2012 (Recaída en el Recurso 6787/2010) ha declarado que la pérdida de oportunidad viene caracterizada por la posibilidad de que de haberse llevado a cabo una actuación omitida el resultado hubiese podido ser otro.

En concreto, se extrae de la jurisprudencia que para la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad basta con cierta oportunidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no que afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia del diagnóstico tardío de la enfermedad.

En este sentido se pronuncian las sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2012 (recurso de casación 43/2010) y 19 de junio de 2010 (RC579/2011), en las que se declara que "basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias".

Como especifica la STS del 18 de julio de 2016 (RJ 2016, 3618), recurso de casación 4139/2014 : "Es sabido que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación, cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación .

También precisa la STS de 25 de mayo de 2016 (RJ 2016, 2275) (recurso de casación 2396/2014) la entidad de prueba requerida: " La doctrina de la pérdida de oportunidad exige

que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética".

A la hora de concretar la cuantía indemnizatoria no resulta indiferente especificar si ha concurrido un supuesto de pérdida de oportunidad, o, por el contrario, si cabe apreciar quiebra de la "lex artis ad hoc", pues, tal como ha señalado la sentencia de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 560) (recurso de casación 2892/2011), la pérdida de oportunidad se configura " como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio ", añadiendo seguidamente, a efectos de cuantificación de la indemnización " Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente ". En análogo sentido se han pronunciado las STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 6525) (recurso de casación 4429/2004), 25 de junio de 2010 (RJ 2010, 5886) (recurso de casación 5927/2007), 23 de septiembre de 2010 (RJ 2011, 965) (recurso de casación 863/2008) y 16 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1490) (recurso de casación 3747/2009).

En definitiva, la cuantía de la indemnización es diferente si se acredita la infracción de la lex artis, en cuyo caso ha de tenderse a la reparación integral o plena indemnidad de los daños y perjuicios causados (STS de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7648) en recurso de casación 3056/2008, 3 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6485) en recurso de casación 2441/2010, y 16 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6781) en recurso de casación 1777/2010), o si, pese a no demostrarse la quiebra de esta, se justifica la privación de expectativas en que consiste la pérdida de oportunidad, debido a la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consiguiente entrada en juego a la hora de valorar el daño así

causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo (STS 23 de septiembre de 2010 en recurso de casación 863/2008, 19 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1298) en recurso de casación 5893/2006, 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 342) en recurso de casación 43/2010, y 3 de julio de 2012 en recurso de casación 6787/2010), de modo que en este segundo caso la pérdida se asemeja en cierto modo al daño moral, que es el concepto indemnizable (STS 3 de diciembre de 2012 en recurso de casación 2892/2011).

SEXTO.- Apreciación de pequeña lesión en la radiografía de octubre de 2010 sin la práctica de ulteriores pruebas para descartar un proceso tumoral en formación; pérdida de oportunidad-

Para disipar la duda sobre la posibilidad de realizar el diagnóstico de la enfermedad en el año 2010 lo relevante es si en los exámenes realizados en ese año se exteriorizó algún dato indiciario de la patología finalmente diagnosticada, al margen de que ello se haya producido con ocasión de la asistencia prestada con otro objetivo, pues el hecho de que la finalidad de la búsqueda fuese otra no puede impedir que se encuentre algún signo que aconseje investigar la existencia de una patología diferente, máxime si esta es de gravedad y el diagnóstico temprano puede resultar decisivo.

Llevado al caso presente ello significa que, aunque el paciente haya acudido al centro hospitalario con ocasión de una caída accidental o para realizar el estudio preoperatorio de una intervención de cataratas, si en el examen radiológico existía la posibilidad de detectar un signo revelador de una grave patología, resulta imperativo incluirlo en el informe a realizar y proceder al seguimiento de ese dato.

En definitiva, no basta con atenerse al contenido de los informes radiológicos emitidos sino que ha de valorarse si la prueba practicada permite deducir que en los exámenes realizados se advertía una imagen merecedora de ser seguida e investigada.

Y para ello no resulta válido un análisis retrospectivo, que tenga en cuenta los datos que posteriormente se revelaron, sino que hay que partir de los datos exteriorizados cuando los exámenes radiológicos se realizaron, para lo que resulta útil lo que informaron los especialistas en la vista de primera instancia tras serles exhibidas las radiografías.

El informe radiológico de 5 de marzo de 2010, derivado de la radiografía de tórax practicada tras la caída sufrida en la calle por don Marcial, no reveló nada anómalo, pues no presentó evidencia de patología pleuropulmonar aguda, y ninguno de los testigos peritos que han declarado en la vista celebrada en primera

instancia manifiestan que se observe nada significativo.

Sin embargo, la radiografía realizada en octubre de 2010, con ocasión del estudio preoperatorio para cirugía oftalmológica de cataratas, ha llamado la atención de varios de los testigos peritos que han depuesto en la vista, pues en ella advierten la imagen de una lesión sólida en el lóbulo superior del pulmón izquierdo, que incluso el neumólogo del HULA doctor Luis Antonio ha considerado muy clara y ha declarado que presentaba alta sospecha de malignidad, por lo que debió efectuarse un TAC seguidamente para descartar que esa lesión pudiera ser maligna, lo que no se llevó a cabo.

Añade el doctor Luis Antonio que, aunque pudiera ser un tapón mucoso, esas pruebas han de efectuarse igualmente para tal descarte de ese diagnóstico alternativo.

Y este mismo especialista en neumología ha manifestado que si se hubiera practicado el TAC y se hubiera diagnosticado tempestivamente el tumor, si bien difícilmente se prolongaría la vida del paciente, porque se vio posteriormente que había metástasis, con seguridad se mejoraría su calidad de vida, ya que el tiempo de actuación mejora el pronóstico.

Cierto es que este propio especialista aclara que, a la vista de esa imagen, hubiera preguntado al paciente si tenía fiebre o dolor de espalda, como otros síntomas reveladores, pero aunque tampoco ello se haya realizado, la práctica de más exploraciones resultaba imperativa para poder rechazar la malignidad.

Es así como en la vista el doctor Luis Antonio ha completado su apreciación, recogida en el informe de 5 de enero de 2012 (folios 25 a 27 del expediente administrativo y documento nº 7 de los aportados con la demanda), de que en las radiografías previas el nódulo ya parecía existir en el 2010, aunque de menor tamaño.

A la vista de la radiografía de 14 de octubre de 2010 también incide en la observación de la lesión pulmonar el radiólogo del HULA don Donato, quien manifiesta en la vista de primera instancia que en aquella se podía observar una pequeña lesión en la zona superior izquierda (del pulmón), que representa un hallazgo que exige un control, siendo necesario prescribir un tratamiento y seguimiento en diez días, para comprobar si ha remitido, y, en caso de no haberlo hecho, es precisa la realización de un TAC, pese a lo cual no recuerda que se hubieran hecho otros estudios posteriores, aun siendo primordial el tiempo ante la posibilidad de un tumor, rechazando que dicha imagen se pudiera confundir con un cruce de estructuras vasculares, ya que la zona del pulmón en que se halla está muy alta y lejana de los vasos. En definitiva, aclara que el protocolo determina que hay que averiguar a qué se corresponde

dicha imagen para determinar de qué se trata, con lo cual coincide con el anterior especialista que asimismo ha depuesto como testigo perito.

Incide asimismo en los mismos extremos la doctora Petra, especialista en neumología del CHUS, quien igualmente ha manifestado que en la radiografía de octubre de 2010 se observa una pequeña lesión, que podía ser bien fibrocicatricial (cicatriz que resta tras un proceso infeccioso) bien un proceso en formación, ante cuyo hallazgo, y a fin de disipar las dudas, lo más correcto hubiera sido ordenar un seguimiento con más radiografías o un TAC, o realizar una interconsulta con un neumólogo para determinar las ulteriores pruebas a realizar, de modo que, aunque no había claros síntomas de cáncer de pulmón, aquella radiografía podía servir de base para la sospecha de malignidad, que exigía ser descartada.

Todas las anteriores apreciaciones respaldan la valoración contenida en el informe pericial presentado por la parte actora, aportado con la demanda y emitido por don Iván que, si bien es facultativo especialista en valoración de daño corporal y no en radiología ni neumología, se apoya en los informes de los neumólogos del Sergas de Lugo y Santiago de Compostela para destacar que en las imágenes de 2010 parecía existir imagen compatible con nódulo pulmonar, lo que exigía la realización de pruebas complementarias necesarias.

Ante la existencia de tal imagen reveladora de pequeña lesión, y sin la práctica de nuevas pruebas, resultaba muy aventurada la afirmación del informe de radiología de 14 de octubre de 2010 de que no existía evidencia de patología parenquimatosa pleuropulmonar aguda, pues la revelación de tal evidencia precisaba del contraste de nuevas exploraciones que no se llevaron a cabo.

Contradicen las anteriores apreciaciones lo que han declarado, en primer lugar el especialista en neumología doctor Benigno, que ha informado a instancia de la codemandada, quien dice que no se evidencia ninguna anomalía pulmonar, ya que no había una sintomatología, como expectoraciones o cuadros de infección respiratoria, compatible con la clínica, subrayando la dificultad de un diagnóstico de la dolencia en su estadio I.

Sin embargo, dicho facultativo no se pronuncia claramente sobre la imagen de lesión que han apreciado los otros especialistas en el pulmón izquierdo del paciente, siendo así que lo que se imputa no es que directamente debiera haberse diagnosticado la patología cancerosa, sino que, ante la detección de aquella imagen en la radiografía, no se hayan realizado pruebas ulteriores para discernir si se trataba de un tumor y de cara a descartar su posible malignidad.

En segundo lugar, la especialista en

radiología doña Debora afirmó en la vista que no se advierte anomalía en el pulmón en la radiografía de octubre de 2010, rechazando que se tratase de un nódulo por su imposible medición, pues un nódulo tiene, al menos, un centímetro, manifestando seguidamente que a lo sumo estaría indicado hacer un seguimiento radiológico, que "fue lo que se hizo" y pudo verse que no había progresión.

La afirmación de que un nódulo ha de tener al menos un centímetro parece significar que esta especialista algo vio en la radiografía (lo que contradice su anterior afirmación de que no advirtió ninguna anomalía en el pulmón), pero que no le concedió importancia debido a su tamaño.

Y su manifestación de que se hizo seguimiento radiológico choca con lo que se desprende del expediente administrativo y de la prueba documental, en los que no aparece aquél.

Incluso la jefa de servicio de radiodiagnóstico del CHUS doctora Felicísima (documento nº 10 del expediente administrativo) admitió que en la radiografía de octubre de 2010 se apreciaba una tenue radiopacidad, y si bien añade que en aquel momento podría pasar desapercibida o confundirse con un cruce de estructuras vasculares, lo cierto es que no pasó desapercibida porque aquélla lo advirtió, y ya hemos visto que el doctor Donato descartó tajantemente que pudiera confundirse con un cruce de estructuras vasculares, ya que la zona está muy lejana a los vasos. En definitiva, tampoco esta especialista ofrece una explicación racional sobre el motivo por el que no se ahondó en el estudio de aquella imagen respecto a quien aparecía como exfumador en los antecedentes personales.

Por otra parte, el jefe de servicio de neumología del CHUS Ezequiel coincidió con la anterior en que la correcta calificación de la lesión sólo es posible con una revisión retrospectiva de todas las radiografías que se han practicado a don Marcial, pero añadió seguidamente que no hubiera sido posible alcanzar igual conclusión sin conocer la evolución posterior, ya que en octubre de 2010 era muy pequeña y difícil de valorar.

En consecuencia, el anterior especialista admite la presencia de la lesión, aunque pequeña y difícil de valorar, lo que hacía exigible la práctica de pruebas complementarias (nuevas radiografías, TAC) para profundizar en el estudio y alcanzar un diagnóstico más temprano.

Por consiguiente, frente a la apreciación del juzgador "a quo", y una vez escuchadas, a través de la grabación, las declaraciones en la vista de los anteriores especialistas que han depuesto como testigos peritos, además del examen de la documentación del expediente administrativo, la Sala concede mayor valor a lo informado por los doctores Luis Antonio, Donato y Petra,

junto a lo dictaminado por el doctor Iván, considerando que en la radiografía de octubre de 2010 existía la imagen de una pequeña lesión en el lóbulo superior del pulmón izquierdo del paciente, que exigía la realización de ulteriores pruebas (como nuevas radiografías o un TAC) o incluso una interconsulta con neumólogo, para disipar la duda sobre un posible proceso de formación tumoral, que a partir de diciembre de 2011 se reveló más claramente, pues con ello se perdió la oportunidad de detectar más tempranamente el tumor y examinar su malignidad, con el consiguiente diagnóstico de cáncer de pulmón, que, aparte de mejorar el pronóstico, muy probablemente se hallaría en estadio I, y mejoraría su calidad de vida.

Por consiguiente, en contra de lo que razona la sentencia apelada, sí existían motivos para indagar sobre el posible origen de la imagen que en la radiografía de 2010 se manifestaba.

Es cierto que las razones por las que el paciente acudió a recibir asistencia médica en octubre de 2010 no estaba conectada con proceso tumoral alguno, pero también lo es que la detección de la imagen anómala en la radiografía, que varios especialistas calificaron claramente como lesión en el lóbulo del pulmón, aunque fuese en el curso de un preoperatorio de otra intervención, merecía ser investigada con la práctica de otras pruebas que permitiesen confirmar o descartar un grave diagnóstico que se podía derivar de ellas.

La omisión de aquellas pruebas complementarias no puede considerarse como infracción de la "lex artis", porque es cierto que no se ha demostrado que el paciente presentase otros síntomas que pudieran ser reveladores del proceso tumoral (fiebre, dolor lumbar o de espalda) en octubre de 2010 y, en todo caso, la radiografía se ejecutó en un preoperatorio de una cirugía oftalmológica de cataratas, pero el hecho de que la detección de la imagen anómala de una lesión en el lóbulo del pulmón izquierdo haya sido cuando se prepara una intervención distinta, no excusa de que deba investigarse sobre aquella imagen e indagarse a que puede deberse, de cara a disipar la incertidumbre sobre su origen y para alcanzar un diagnóstico adecuado.

Se trata, pues, de un caso paradigmático de pérdida de oportunidad, porque se ha privado al paciente de la posibilidad de ser diagnosticado, en octubre de 2010, de la patología cancerígena en estadio I, a la vista de que es un año, según la mayoría de especialistas informantes, el tiempo que suele transcurrir entre el mismo y el estadio IV, coincidente aproximadamente con el tiempo transcurrido entre octubre de 2010, en que se practicó la radiografía del preoperatorio de cataratas, y diciembre de 2011, en que se produjo el diagnóstico definitivo.

Por consiguiente, concurre el elemento

de la antijuridicidad del daño, derivado de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

SÉPTIMO.- Cuantía de la indemnización.- La indemnización a otorgar ha de estar muy condicionada por el hecho de que la antijuridicidad del daño no deriva de la apreciación de infracción de la lex artis sino de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

En efecto, a la hora de concretar la cuantía indemnizatoria no resulta indiferente especificar si ha concurrido un supuesto de pérdida de oportunidad, o, por el contrario, si cabe apreciar quiebra de la "lex artis ad hoc", pues, tal como ha señalado la sentencia de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 560) (recurso de casación 2892/2011), la pérdida de oportunidad se configura " como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio", añadiendo seguidamente, a efectos de cuantificación de la indemnización " Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente ". En análogo sentido se han pronunciado las STS de 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 6525) (recurso de casación 4429/2004), 25 de junio de 2010 (RJ 2010, 5886) (recurso de casación 5927/2007), 23 de septiembre de 2010 (RJ 2011, 965) (recurso de casación 863/2008) y 16 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1490) (recurso de casación 3747/2009).

En definitiva, la cuantía de la indemnización es diferente si se acredita la infracción de la lex artis, en cuyo caso ha de tenderse a la reparación integral o plena indemnidad de los daños y perjuicios causados (STS de 10 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7648) en recurso de casación 3056/2008, 3 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6485) en recurso de casación 2441/2010, y 16 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6781) en recurso de casación 1777/2010), o si, pese a no demostrarse la quiebra de esta, se justifica la privación de



expectativas en que consiste la pérdida de oportunidad, debido a la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consiguiente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo (STS 23 de septiembre de 2010 en recurso de casación 863/2008, 19 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1298) en recurso de casación 5893/2006, 23 de enero de 2012 (RJ 2012, 342) en recurso de casación 43/2010, y 3 de julio de 2012 (RJ 2012, 10451) en recurso de casación 6787/2010), de modo que en este segundo caso la pérdida se asemeja en cierto modo al daño moral, que es el concepto indemnizable (STS 3 de diciembre de 2012 en recurso de casación 2892/2011).

En el caso presente, al no haberse ahondado en octubre de 2010 en la búsqueda del origen de la lesión que se apreciaba en el pulmón izquierdo del paciente han desaparecido las posibilidades de que en ese momento se hubiera obtenido el diagnóstico del proceso cancerígeno que con toda probabilidad se hallaba en estadio I, en derivación de él, del tratamiento ulterior de dicha patología.

Pero tampoco puede olvidarse que no se ha probado que en ese mes de octubre de 2010 se detectase ningún otro síntoma de proceso tumoral en el pulmón, a lo que cabe añadir que aquella imagen en la radiografía se obtuvo cuando se estaba preparando la intervención de cataratas, que nada tenía que ver con la

patología cancerosa, todo lo cual ha de tomarse en consideración para reducir el importe indemnizatorio.

En consecuencia, en función de las sumas que suele conceder esta Sala en los casos de pérdida de oportunidad, que oscila entre 30.000 y 60.000 euros, se considera que en el caso presente la indemnizarse por aquel daño moral ha de fijarse en 40.000 euros en favor de la esposa del paciente fallecido.

OCTAVO.- Abono de intereses: diferenciación entre los del artículo 141.3 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) y los del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

En cuanto a los intereses de la suma indemnizatoria, ha de diferenciarse entre los del artículo 141.3 de la Ley 30/1992 respecto a la Administración, y los del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en relación a la aseguradora.

En cuanto a los primeros, han de imponerse a la Administración los intereses del artículo 141.3 de la Ley 30/1992 desde la fecha de la reclamación en vía administrativa (STS de 5 de febrero de 2000), porque se presenta el presupuesto que define dicho precepto.

De distinto modo se plantean las cosas respecto a los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro .

Los intereses de que hablamos se recogen en el artículo 20 de la Ley Contrato de

Seguro, que establece:

“Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse

válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas:

1.^º Afectará, con carácter general, a la mora del asegurador respecto del tomador del seguro o asegurado y, con carácter particular, a la mora respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil y del beneficiario en el seguro de vida.

2.^º Será aplicable a la mora en la satisfacción de la indemnización, mediante pago o por la reparación o reposición del objeto siniestrado, y también a la mora en el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

3.^º Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro.

4.^º La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100.

5.^º En la reparación o reposición del objeto siniestrado la base inicial de cálculo de los intereses será el importe líquido de tal reparación o reposición, sin que la falta de liquidez impida que comiencen a devengarse intereses en la fecha a que se refiere el apartado 6.^º subsiguiente. En los demás casos será base inicial de cálculo la indemnización debida, o bien el importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

6.^º Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro.

No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.

Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de

dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa.

7.^º Será término final del cómputo de intereses en los casos de falta de pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, el día en que con arreglo al número precedente comiencen a devengarse intereses por el importe total de la indemnización, salvo que con anterioridad sea pagado por el asegurador dicho importe mínimo, en cuyo caso será término final la fecha de este pago. Será término final del plazo de la obligación de abono de intereses de demora por la aseguradora en los restantes supuestos el día en que efectivamente satisfaga la indemnización, mediante pago, reparación o reposición, al asegurado, beneficiario o perjudicado.

8.^º 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.

9.^º Cuando el Consorcio de Compensación de Seguros deba satisfacer la indemnización como fondo de garantía, se entenderá que incurre en mora únicamente en el caso de que haya transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha en que se le reclame la satisfacción de la indemnización sin que por el Consorcio se haya procedido al pago de la misma con arreglo a su normativa específica, no siéndole de aplicación la obligación de indemnizar por mora en la falta de pago del importe mínimo. En lo restante cuando el Consorcio intervenga como fondo de garantía, y, sin excepciones, cuando el Consorcio contrate como asegurador directo, será íntegramente aplicable el presente artículo.

10.^º En la determinación de la indemnización por mora del asegurador no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil (LEG 1889, 27), ni lo preceptuado en el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), salvo las previsiones contenidas en este último precepto para la revocación total o parcial de la sentencia ”.

La doctrina jurisprudencial interpretativa de dicho precepto se recoge inicialmente en la sentencia de 19 de septiembre de 2006 de la Sala 3.^ª del Tribunal Supremo, destacando que para la aplicación de aquellos intereses se exige que no exista causa justificada de la falta de pago, mencionando como supuestos en 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, así como en el supuesto de que se precisa el pronunciamiento judicial

para la determinación de la indemnización procedente.

Posteriormente, en la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2012, Rec. casación 2724/2011, se especificó con mayor precisión tal doctrina jurisprudencial, declarando:

"La cuestión en el presente recurso es muy concreta y se centra en la procedencia de la aplicación de los intereses moratorios especiales previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro (RCL 1980, 2295), a los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, en los que se ha producido una decisión judicial que declara la concurrencia de los requisitos para determinar la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial (artículo 139 y ss LRJAP y PAC). E incluso son más relevantes los supuestos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario, donde su especialidad y la aplicación al caso concreto de las características de "obligación de medios" y no de "resultados" adquiere unos tintes de complejidad añadidos. Esta cuestión habrá de determinar el análisis conjunto de ambos motivos planteados por la recurrente por su evidente interrelación.

La sentencia de instancia considera que debe condenarse a satisfacer sobre el principal los intereses moratorios especiales a la aseguradora ya que no existe "razón bastante para eximirla del pago de dicha deuda" atendido a tanto a su intervención en el expediente como a que pudo afianzar o pagar la deuda.

La postura de este Tribunal está clara al efecto, y plenamente consolidada, por las sentencias que se citan por la recurrente y otras muchas que se han ido produciendo, como es la reciente de veintinueve de marzo de dos mil once (recurso de casación 2794/2009), que si bien se dicta en el ámbito de un accidente de tráfico, recoge afirmaciones indudablemente aplicables al presente caso:

"La doctrina reflejada en la sentencia que el motivo invoca, dictada el 10 de octubre de 2008 por la Sala Primera de este Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 1445/2003, no pone de relieve tampoco la errónea interpretación por la Sala de instancia de aquel art. 20.8, pues se dice en el párrafo tercero del fundamento de derecho segundo de aquélla que " en la aplicación del precepto invocado, la jurisprudencia de esta Sala (véanse, entre muchas otras, las Sentencias de 11 de noviembre y de 21 de diciembre de 2007) ha destacado la necesidad de valorar la posición de las partes y la razonabilidad de la oposición o del impago por parte de la compañía aseguradora, sentando la regla de que los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro se deben si no se encuentra una razón justificativa del impago de la indemnización por parte de la compañía

aseguradora, y 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, habiéndose valorado los elementos de razonabilidad en el proceso mismo, en los casos en que la oposición se declara al menos parcialmente ajustada a Derecho, cuando es necesaria la determinación judicial ante la discrepancia de las partes, o cuando se reclama una indemnización notablemente exagerada (Sentencia de 21 de diciembre de 2007)".

Así decíamos en la sentencia de 23 de diciembre de 2009 (Rec. Cas. 1364/2008): "Sin embargo, esa razón justifica la no condena al pago de aquellos intereses sólo mientras ha estado pendiente una situación de incertidumbre sobre la existencia del derecho pretendido. Desaparecida esa incertidumbre con esta sentencia, deberá regir aquel precepto, entendiéndolo, en aplicación de lo que dispone su núm. 3, que la aseguradora incurre en mora si trascurre el plazo de tres meses desde su notificación sin que se haya cumplido la obligación de pago de la indemnización que fijamos, a cuyo abono, con carácter solidario con la Administración, la condenamos. Es este matiz o criterio, con preferencia a otro distinto que pudiera extraerse de la sentencia que acabamos de citar, el que entendemos más acomodado a la finalidad razón de ser de aquel art. 20, pues una vez declarado el derecho a una indemnización asegurada, entran en juego las distintas posiciones jurídicas que el ordenamiento predica para el asegurado y para el asegurador; entre ellas, la concerniente a los intereses debidos."

Por su parte, en la STS de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10199) (recurso de casación 6878/2010) se desestimó la petición de los intereses del artículo 20 LCS por haber sido necesaria su determinación judicial ante la excepcionalidad del supuesto.

También nosotros lo hemos entendido así en nuestra sentencia de 13 de mayo de 2015 (rollo de apelación 31/2015), en la que razonamos:

"En cuanto a la solicitud de condena de ZURICH al abono de los intereses moratorios del artículo 20.4 LCS, el Tribunal Supremo viene declarando que solo procedería la imposición de los mismos cuando la demora no tuviera una causa que justifique el retraso y, en el presente caso, es evidente que concurre, dada la tardanza

de la Administración en resolver el expediente, pues siendo dirigido el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación actora, se dictó, con fecha 21/02/2013, resolución expresa desestimatoria, dejando pasar la Administración Sanitaria un largo lapsus desde la presentación en vía administrativa (29/12/2010), para cumplir con su obligación de dar respuesta expresa.

En ese sentido se pronuncia la S.T.S. de 23 de marzo de 2011 (dictada en el recurso de casación 2302/2009) señalando:

"... En cuanto a los intereses legales sobre las cantidades ahora efectivamente reconocidas se devengarán sobre las mismas desde el momento de la interposición de la reclamación ante la Administración. Y en cuanto a la reclamación de los intereses por mora de la aseguradora no ha lugar a su reconocimiento. Para ello nos remitimos a la Jurisprudencia de esta Sala y Sección recogida en la sentencia de 23 de diciembre de 2009 y en la que en ella se cita, y en la que expresamos que rechazamos aquella pretensión salvo en el matiz al que haremos referencia. Decíamos en aquel supuesto que ahora reproducimos que "la condena al pago de esos intereses requiere, claro es, que el asegurador haya incurrido en mora en los términos que el precepto prevé, disponiendo su núm. 8 que "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". En un caso como el de autos, en el que el rechazo por la Administración aseguradora de la reclamación de responsabilidad patrimonial no carecía de todo fundamento, hasta el punto de ser refrendado por la Sala de instancia en su sentencia, no cabe apreciar una actitud de la aseguradora elusiva, injustificable, del pago de la indemnización. De ahí que, siguiendo en este punto el criterio que es de ver en la sentencia de 19 de septiembre de 2006, dictada en el recurso de casación núm. 4858 de 2002 ..."

Reiteramos asimismo un pronunciamiento similar, en aplicación de aquella doctrina jurisprudencial, en nuestra sentencia de 3 de junio de 2015 (rollo de apelación 182/2015).

En el caso presente ha concurrido causa justificativa del impago previo por parte del asegurador porque se ha precisado el pronunciamiento judicial para la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la consiguiente determinación de la indemnización procedente, siendo así que la antijuridicidad del daño ha procedido de la vulneración de la doctrina de la pérdida de la oportunidad.

Al estar justificada la falta de satisfacción del importe mínimo, no cabe apreciar mora del

asegurador, y en ese sentido ha de excluirse el abono de los intereses de la Ley de Contrato de Seguro.

NOVENO.- Costas procesales de segunda instancia.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, al acogerse el recurso de apelación, no se hará especial pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS

Que con acogimiento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 2 de Lugo de 18 de julio de 2017, REVOCAMOS la misma, y en su lugar, estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido por doña Santiago contra la resolución de 20 de abril de 2015 de la secretaria xeral técnica de la Consellería de Sanidade, por delegación de la Conselleira, desestimatoria de la reclamación de la indemnización de 83.594'11 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, por el fallecimiento de su marido don Marcial, de 77 años a la sazón, en el Hospital Lucus Augusti de Lugo el día 19 de enero de 2012, y condenamos solidariamente a la Administración y a la Compañía de Seguros Zurich a abonar a dicha demandante la suma de CUARENTA MIL EUROS (40.000 €), más los intereses del artículo 141.3 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) respecto a la Administración, sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella puede interponerse recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o ante la Sala correspondiente de este Tribunal Superior de Justicia, siempre que se acredite interés casacional. Dicho recurso habrá de prepararse ante la Sala de instancia en el plazo de TREINTA días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, en escrito en el que se de cumplimiento los requisitos del artículo 89 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para admitir a trámite el recurso, al prepararse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0402-17), el depósito al que se refiere la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (RCL 2009, 2089) (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Por Luis Medina Alcoz
*Profesor Titular de Derecho administrativo de la Universidad Complutense
 Letrado del Tribunal Constitucional*

Todos los sistemas de responsabilidad resarcitoria que conozco, tanto europeos como americanos, de Derecho tanto privado como público, configuran la culpa o negligencia como título de imputación en el ámbito sanitario, esto es, como buena razón que justifica el traslado de los perjuicios padecidos del patrimonio de la víctima al del médico (o institución sanitaria) que los causa. Suelen regular supuestos de responsabilidad objetiva por riesgo creado (daño nosocomial) o sacrificio especial (daños derivados de campañas de vacunación), pero el criterio general es siempre que hay responsabilidad solo si la actuación médica no se ajusta al estándar de calidad objetivamente exigible en el caso concreto. Tal criterio se aplica típicamente a casos de diagnóstico intempestivo o equivocado como el que comentamos.

El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones españolas (art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que reitera en lo esencial la cláusula del funcionamiento normal o anormal recogida en el art. 139 de la Ley 30/1992) se inscribe en esta tendencia, según toda la doctrina especializada. El Tribunal Supremo sigue diciendo que la responsabilidad patrimonial es objetiva con carácter general, pero declara que los daños resultantes son antijurídicos e indemnizables sólo si la Administración sanitaria ha infringido la *lex artis*. Incumplir la *lex artis* es tanto como incurrir en culpa o negligencia, de modo que, también conforme a la jurisprudencia contencioso-administrativa, la responsabilidad médico-sanitaria descansa en el desajuste entre la conducta médica realizada y la objetivamente exigible.

La Sentencia que comentamos se aleja de este criterio, prácticamente universal. Declara que la omisión de las pruebas complementarias que habrían podido anticipar el diagnóstico del cáncer de pulmón que a la postre mató al marido de la reclamante “no puede considerarse como infracción de la *lex artis*”. Señala en este sentido que “no se ha demostrado que el paciente presentase otros síntomas que pudieran ser reveladores del proceso tumoral (fiebre, dolor lumbar o de espalda) en octubre de 2010 y, en todo caso, la radiografía se ejecutó en un preoperatorio de una cirugía oftalmológica de cataratas”. Pese a ello condena a una Administración diligente a abonar 40.000€, que se corresponden más o menos con la mitad de lo reclamado (83.594,11€), que es la indemnización básica prevista en el Baremo de 1995 para este caso.

La Sentencia inventa un nuevo supuesto de responsabilidad objetiva, que no se justifica en ninguna buena razón o título imputación (riesgo creado, sacrificio especial). De modo que el contribuyente ha de afrontar los daños que la enfermedad causa a los pacientes de la sanidad pública, aunque esta haya funcionado correctamente, sin anomalías, de acuerdo con la *lex artis*. El fundamento de este nuevo supuesto de responsabilidad objetiva, sin infracción de la *lex artis*, es un singular entendimiento de la doctrina de la pérdida de oportunidad. A ello me refiero seguidamente.

... la omisión de las pruebas complementarias que habrían podido anticipar el diagnóstico del cáncer de pulmón que a la postre mató al marido de la reclamante “no puede considerarse como infracción de la *lex artis*”

Todos los sistemas de responsabilidad resarcitoria que conozco establecen el nexo causal como presupuesto de la reparación. Si es claro que el diagnóstico tempestivo no hubiera evitado la muerte, rechazan la responsabilidad patrimonial, aunque los facultativos incurrieran en culpa por tardar más de lo debido en identificar la patología. Del mismo modo, si es seguro que el diagnóstico tempestivo hubiera evitado el fatal desenlace, afirman la responsabilidad patrimonial, siempre que haya culpa por ser objetivamente exigible el diagnóstico tempestivo. En fin, si hay incertidumbre, esto es, si el juzgador tiene elementos tanto a favor como en contra de la hipótesis de que el tratamiento médico correcto hubiera evitado el daño, es habitual que afirmen una responsabilidad parcial, ajustada a la medida de la probabilidad causal.

Sólo si hay infracción de la *lex artis* (culpa) y si hay incertidumbre sobre si un tratamiento correcto hubiera sanado al paciente (causalidad dudosa), entra en juego la pérdida de oportunidad como expediente que impide que la víctima quede sin resarcimiento por un daño que la negligencia médica pudo ocasionarle

La regla de responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal recibe en todas las jurisdicciones el nombre de doctrina de la pérdida de oportunidad. Se trata siempre de un criterio que funciona al lado del correspondiente título imputación subjetiva (normalmente la culpa) para afrontar las dificultades de prueba del nexo causal. Sólo si hay infracción de la *lex artis* (culpa) y si hay incertidumbre sobre si un tratamiento correcto hubiera sanado al paciente (causalidad dudosa), entra en juego la pérdida de oportunidad como expediente que impide que la víctima quede sin resarcimiento por un daño que la negligencia médica pudo ocasionarle; y que impide al mismo tiempo que la Administración sanitaria repare la totalidad de un daño que pudo producirse en todo caso. Bajo la influencia de la doctrina científica, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha recogido este planteamiento al señalar que la teoría de la pérdida de oportunidad es un “régimen especial de imputación probabilística” que opera en supuestos de incertidumbre causal (STS, Sala 1ª, de 16 de enero 2012). La Sala 3ª, bajo la misma influencia, define la pérdida de oportunidad como una “regla de imputación causal alternativa a la tradicional [todo o nada] resultante de las cláusulas generales de responsabilidad”, esto es, un “régimen especial de imputación probabilística” que se aplica cuando “es dudosa la existencia del nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma”. Conduce a descontar una parte del valor total de los daños padecidos en función de la probabilidad causal: “según el grado de probabilidad que se estime concurrente en cada caso resultará procedente una cuantía u otra, más cercana evidentemente en determinados supuestos a la de la completa indemnidad, si se considera que son muchas las posibilidades de curación”, y “más lejana, si consideran en cambio más remotas tales posibilidades” (STS, Sala 3ª, de 20 de marzo de 2018).

La Sentencia que comentamos se aleja radicalmente del este planteamiento. En primer lugar, concibe la pérdida de oportunidad como “figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido”. Según declara, la “antijuridicidad del daño” puede derivar “de la apreciación de infracción de la *lex artis*” o “de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad”. Esta construcción es absolutamente original en España y en el panorama comparado. Su único antecedente es la doctrina de algunas Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, expresamente revocada por la precitada STS de 20 de marzo de 2018: “la infracción de la *lex artis* (responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración) constituye el criterio rector determinante de su procedencia en la mayor parte de las ocasiones”; “más allá del defectuoso funcionamiento del servicio”, habrá responsabilidad sólo si opera “algún título específico de imputación”, como “la creación de un riesgo” o “la irrogación de un sacrificio especial”; sin un título subjetivo de imputación (infracción de la *lex artis*, riesgo o sacrificio) “difícilmente puede prosperar la responsabilidad”; la doctrina de la pérdida de oportunidad no es una “figura alternativa a la infracción de la *lex artis*”; “se mueve en un distinto plano que el de la *lex artis*. Concretamente se sitúa en el terreno de la incertidumbre...acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente”.

En segundo lugar, la Sentencia comentada cuantifica la indemnización atendiendo, no al grado estimativo de probabilidad causal, sino al nivel de culpa: Si hay infracción de la *lex artis*, “ha de tenderse a la reparación integral o plena indemnidad”. En el caso, la Sala afirma que no la hay, pero que, a fin de cuantificar la indemnización, habría que tener en cuenta los elementos que apuntan a ella (“existían motivos para indagar sobre el posible origen de la imagen que en la radiografía de 2010 se manifestaba”) y los que no (“tampoco puede olvidarse que en ese mes de octubre de 2010 se detectase ningún otro síntoma de proceso tumoral en el pulmón”; la radiografía “se obtuvo cuando se estaba preparando la intervención de cataratas, que nada tenía que ver con la patología cancerosa”). En última instancia, la cantidad concedida resulta de las indemnizaciones previstas por la Sala en otros casos.

...la “antijuridicidad del daño” puede derivar “de la apreciación de infracción de la *lex artis*” o “de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad”.

A la vista del caso y del análisis que del mismo lleva a cabo el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, cabe apreciar que el fallo no es disparatado. Aunque la Sentencia descarta la infracción de la *lex artis*, lo cierto es que, tras valorar minuciosamente los diversos informes periciales, viene a convencer de lo contrario. La Sala no es tan minuciosa a la hora de valorar el nexo causal, pero, según parece, no puede afirmarse con seguridad que, aplicado el tratamiento adecuado con anterioridad, el paciente habría alargado la vida; ello justificaría la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad como regla de responsabilidad proporcional ante la incertidumbre causal. De modo que, al conceder la mitad de la cantidad resultante del sistema legal de valoración, la Sala habría evitado la injusticia de que la víctima quede sin reparación pese a ser posible que le causaran el daño y al mismo tiempo la injusticia de que la Administración sanitaria pague la indemnización plena pese a ser posible que no haya contribuido a la generación del daño.

Ahora bien, para llegar a este resultado, la Sentencia comentada dice partir de una teoría de la responsabilidad resarcitoria que, según he razonado, es única y originalísima. Este singular planteamiento afirma responsabilidades objetivas sin base en título alguno de imputación en supuestos que el Derecho civil y los ordenamientos jurídico-administrativos de nuestro entorno someten al criterio culposo; y altera radicalmente el contenido de la doctrina de la pérdida de oportunidad, que queda convertida en un instrumento de reparación que atiende al nivel de culpa o negligencia en que hayan incurrido los servicios sanitarios.

No logro atisbar qué argumentos podrían justificar que la Administración sanitaria española quede obligada a indemnizar en supuestos de diagnóstico tardío, si no era verdaderamente exigible una identificación más temprana de la patología. Se me escapa igualmente por qué la doctrina de la pérdida de oportunidad habría de cobrar un significado completamente distinto en el contencioso-administrativo español, como instrumento que evita que esta nueva responsabilidad objetiva alcance a la totalidad del daño padecido. La Sentencia comentada no contribuye a despejar estas incógnitas. Presenta sus planteamientos como aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, sin aportar los argumentos de fondo que justificarían cambios tan revolucionarios y sin tomar en consideración la precitada STS, Sala 3ª, de 20 de marzo de 2018.

Posiblemente, estos planteamientos nuevos y originalísimos son fruto, no de una reflexión jurídica de fondo, sino, simplemente, de los malentendidos que provoca que desde los años setenta del siglo XX la jurisprudencia contencioso-administrativa haya dado habitualmente la espalda a la Ciencia del Derecho de daños para elaborar un lenguaje propio, por completo aislado y alejado de la literatura jurídica especializada, del Derecho civil y del Derecho administrativo de los países de nuestro entorno.



perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes
Abogado

La Sentencia nº 105/2018, de 1 de marzo, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, delimita perfectamente la postura del responsable civil subsidiario (una entidad bancaria en este caso) y además acusación particular, que en este último concepto pretendió - infructuosamente - que se condenase al acusado como responsable civil respecto de las cantidades que abonó, pero “no cabe por una misma partida indemnizatoria, tener dentro del proceso penal, la condición de perjudicado y responsable civil subsidiario simultáneamente”:

“Otra en el lado de las partes pasivas. Esta sociedad mercantil ostentó esta doble condición con pleno derecho, siempre en defensa de sus personales intereses: por un lado, al entenderse perjudicada por la conducta punible de Ireneo que se quedó con dinero que iba destinado a A S.L., concretamente a cualquiera de las dos cuentas bancarias específicas que se abrieron al respecto; por otro lado, en cuanto que, frente a las peticiones de otras acusaciones particulares acogidas en el auto de apertura del juicio oral, tal sociedad se vio obligada a soportar la demanda de responsabilidad civil subsidiaria por su particular relación con I que, en definitiva, en sus comportamientos puni-

bles actuaba como mediador en nombre de esta tan repetida sociedad limitada.

Ciertamente, cabe en virtud de los antecedentes fácticos y la concreta causa de pedir, la posibilidad de recaer en el lado activo o pasivo de la pretensión, por la misma partida indemnizatoria, pero no simultáneamente; cabe reclamar en subrogación del perjudicado, cuando se atiende previamente a indemnizar en atención a la protección de la víctima y al margen de la relación con el acusado, como es el caso de las aseguradoras; pero no cabe, como indica el Ministerio Fiscal, dentro del proceso penal, ejercitar la acción de repetición interna entre res-

ponsable civil subsidiario y responsable civil directo. En modo alguno, cabe excluir a la entidad bancaria del ámbito del acusado, su agente financiero; sólo esa relación ha determinado en autos, el adelanto indemnizatorio. La aseguradora que tiene legitimación como perjudicada en el proceso penal, valga un ejemplo de tráfico, no es la del conductor -autor-, o del propietario del vehículo -responsable civil directo-; esta aseguradora no puede reclamar en el proceso penal (aunque eventualmente tuviere algún derecho de repetición) frente a sus asegurados, responsables civiles directos o subsidiarios.

Es decir, no cabe dentro del proceso penal, que la aseguradora responsable civil directa, reclame al asegurado y autor criminal, consecuentemente también responsable directo, la cantidad indemnizada en virtud de cláusulas no oponibles frente a la víctima, pero sí frente al asegurado. Ese sería, dada la causa petendi alegada en conclusiones por el banco, el supuesto parangonable, y no el contemplado en el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 30 de enero de 2007. Por otra parte, la STS 199/2007, de 1 de marzo, que aplica dicho acuerdo versa sobre depósito en caja de seguridad, harto diverso de un depósito irregular; donde resulta inequívoco, que la reparación por la aseguradora a los clientes de las cajas de seguridad, se desenvuelve en todo momento en ámbito de la víctima, que en ningún momento han dejado de ser los efectivos titulares de los objetos depositados, lo que no acontece cuando el depósito es irregular.

Ni cabe, dentro del proceso penal, que un coautor que ha anticipado la totalidad de la indemnización (en aras por ejemplo de que le sea estimada la atenuante de reparación), se

erija en actor civil frente a los demás coautores, en virtud de las cuotas que le correspondan como consecuencia de su posición en la relación interna de solidaridad.

Además, la complejidad sobre la determinación de las cuotas, la imputación de la que corresponda en su caso al subsidiario por su culpa in vigilando o in eligendo en que hubiera incurrido; la diversa regulación de la responsabilidad por el hecho de otro en el Código Civil, diferente entidad y alcance de la acción de repetición según el empleado infractor (vd. art. 1904 CC y su proyección analógica a supuestos no contemplados), la hacen impropia para acumularla, sin previsión ni autorización normativa alguna, a las que ya se dirimen por mandato legal.

Complejidad e inadecuación que es igualmente predicable al ejercicio de las diversas acciones de repetición o subrogación, previstas en el Código Civil o la legislación especial.

5. En su consecuencia, la STS 225/2005, de 24 de febrero, citada en la STS 199/2007, de 1 de marzo, donde encuentra primigenia plasmación el Acuerdo de Pleno de 2007, que en interpretación de la redacción del artículo 113 CP, permite la personación de la aseguradora como actor civil subrogada en la posición del perjudicado la que previamente ha indemnizado, establece:

(...) para resolver este problema, es decir, si una compañía aseguradora que cubre un determinado riesgo, y que a consecuencia de la acción u omisión de su asegurado, satisface el importe de la indemnización pactada en la póliza o legalmente establecida (como en los casos de seguro obligatorio) al perjudicado por el delito, puede subrogarse en la posición

de éste, en el seno del procedimiento penal, y actuando como tercero civil perjudicado, reclamar del acusado el importe de lo satisfecho en nombre de éste al directamente perjudicado por el delito, hemos de partir de las posiciones jurídicas de las partes en conflicto .

En efecto, será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo. Así, para poner un ejemplo, en la mecánica comisiva derivada de un accidente de tráfico ocasionado con imprudencia punible, no solamente será perjudicado el directamente afectado por la acción u omisión del sujeto activo del delito (que incuestionablemente lo es), sino todas aquellas personas que, por ese hecho, se vean en la obligación de realizar gastos, prestar servicios o satisfacer indemnizaciones. De ese modo, son terceros perjudicados las entidades de asistencia sanitaria que presten cualquier servicio para solventar la salud del accidentado, o quien afronte las prestaciones económicas de cualquier tipo para aminorar o reparar las consecuencias del ilícito cometido. Ese tercer perjudicado siempre habrá de estar en la órbita jurídica del dañado o lesionado por el delito, nunca en la posición del causante del daño, imputado en la comisión delictiva, porque los que ostentan este estadio procesal, serán responsables directos o subsidiarios de la infracción penal, nunca terceros perjudicados por la misma, a los efectos de poder reclamar lo que tengan por conveniente de tal acusado en el proceso civil correspondiente, fuera siempre del proceso penal. En el ejemplo que se ha puesto, sería impensa-

zación legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda." Esto es, tales aseguradores ostentan frente al ámbito jurídico de la víctima la condición de responsables directos hasta tal límite, pero con respecto a la órbita del causante de la infracción penal, que es el acusado (eventualmente, el responsable civil subsidiario), o lo que es lo mismo, su asegurado, si bien pueden ostentar algún derecho de repetición, la ley penal -en el precepto transcrito- les reserva tal acción, pero deberán ejercitarla en el procedimiento civil correspondiente, no en sede del proceso penal.

En autos, reiteramos una vez más, el escrito de conclusiones de la entidad bancaria en su condición de acusación particular, no invoca el contrato de depósito, como razón de la indemnización instada, sino a las cantidades que ha "soportado" por la actuación del acusado "como Agente del Banco"; es decir la responsabilidad civil que ha hecho frente por el delito cometido por su representante o gestor (agente en este caso concreto), en el desempeño (ciertamente extralimitado) de sus servicios. Esa posición, derivada de su formalizada y voluntaria causa de pedir, concordante con la acción de repetición como responsable civil

subsidiario (por el riesgo creado por la actividad de su agente financiero y la culpa in eligendo e in vigilando frente al mismo) no resulta posible en el seno del proceso penal; por más que en términos generales toda empresa en cuyo seno un empleado comete un delito y es obligada a resarcir los perjuicios es, de alguna manera, perjudicada en el hecho, pues es condenada a satisfacer las cantidades económicas derivadas del hecho cometido por su empleado (STS 698/2017, de 25 de octubre); pero la potencial posibilidad de repetición por esa relación interna del responsable civil subsidiario frente al directo, es ajena pues al proceso penal."

El hecho de que el propietario no comunique a la aseguradora la venta del vehículo no exonera a ésta de responsabilidad, en esta línea concluye la Sentencia nº 181/2018, de 25 de abril, de la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona

"4. La transmisión del seguro opera por imperativo del artículo 34 y el hecho de que el transmitente no comunique la venta del vehículo asegurado no exonera de responsabilidad a la aseguradora, si sobreviene el siniestro después de la venta. El incumplimiento de la obligación no puede perjudicar a terceros y lo único que ocurrirá, en caso de falta de comunicación, será que el vendedor responderá de los daños y perjuicios ocasionados, como cualquiera que incumple una obligación. Ese criterio de supervivencia del seguro aunque no haya mediado comunicación a la aseguradora lo han mantenido el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de mayo de 1996 y otras audiencias provinciales, como la de Madrid en sentencia de 24 de abril de 1999, Lérida en sentencia de 7 de febrero de 2000, Guadalajara en su sentencia

198/2010, de 10 de noviembre, que cita otras, o la de Baleares en sentencia 344/2016, de 25 de octubre.

En estos casos solo caben dos posibilidades: que el vendedor comunique a su aseguradora la venta del vehículo o que no la comunique. De haberse producido el primer supuesto, la responsabilidad de la aseguradora sería clara. En el segundo supuesto, ha de afirmarse la misma responsabilidad. La transmisión ex lege del contrato de seguro no puede quedar sin efecto porque el transmitente no haya cumplido su obligación de comunicar. No lo establece la ley y ello podría afectar a terceros, que podrían verse privados de la garantía que supone el aseguramiento. La norma del artículo 34 cumple una finalidad de protección de los adquirentes de la cosa asegurada, pero,

en virtud de esa finalidad, lo cierto es que el seguro sigue existiendo por disposición de la ley y esa existencia no tiene por qué limitar sus efectos a la protección del titular de la cosa asegurada. No puede continuar existiendo el seguro a unos efectos y no a otros.

.... En la fecha del siniestro a que se refiere el litigio los seguros aparecían vigentes en el Fichero Informativo de Vehículos Asegurados, con la presunción de veracidad que establece el artículo 23.3 del Reglamento del Seguro Obligatorio. Para que cesase dicha constancia debió dirigirse al organismo alguna comunicación, de la que no se ha aportado ningún dato.

Por último, el criterio mantenido por la juez de primera instancia comporta que la carga de la prueba sobre la co-

municación de los anteriores titulares del vehículo a sus aseguradoras correspondería a la demandante. Como ésta no ha probado que existiesen las comunicaciones, debe resolverse el litigio considerando que no existieron y que, por tanto, no tuvieron Mutua Madrileña ni Catalana la oportunidad de dejar sin efecto el contrato.

Se trata de un criterio que no puede compartirse. La demandante es una tercera ajena a la relación entre las aseguradoras demandadas y quienes fueron asegurados y/o tomadores del seguro que mantuvieron respecto al vehículo. Es verdad que para las demandadas podría resultar difícil aportar pruebas respecto a esta cuestión. Probar que no se les comunicaron las ventas sería probar hechos negativos. Pero eran ellas las que mantenían la relación con las anteriores tomadoras del seguro y podían haber exigido de las mismas acreditación de que comunicaron la venta del vehículo o, cuando menos, estaba en su mano haber explicado las vicisitudes del contrato. Es decir, hasta cuándo permaneció vivo

y cómo fue extinguido y por quién.

5. Así pues y resumiendo, en el fichero administrativo las demandadas constaban como aseguradoras, con el efecto de presunción de existencia del seguro establecida reglamentariamente. No hay constancia de que los transmitentes del vehículo comunicasen la venta del automóvil, lo cual no excluye la transmisión del contrato. Por otra parte la duda sobre la existencia de la comunicación no puede perjudicar a la demandante, en beneficio de quienes fueron parte en esos contratos de seguro y nada han alegado ni acreditado sobre la forma de extinción de los mismos.

Efecto de todo ello ha de ser la responsabilidad de las dos demandadas por las consecuencias del siniestro ocurrido en una fecha en que ellas eran aseguradoras, conforme a lo establecido en el artículo 32 de la Ley del Contrato de Seguro y, en definitiva, por razón de la subsistencia de los contratos de seguro. El precepto se refiere al supuesto de concurrencia

de aseguradores con un mismo tomador. Pero no hay ningún inconveniente para aplicar el mismo principio aunque los tomadores sean distintos. La razón de ser es la misma, aunque la ley contemple el supuesto de un tomador único porque la norma está dictada pensando en las posibilidades de fraude por la contratación de distintas pólizas respecto a un mismo interés asegurado. Así lo entendió esta sección en su sentencia de 13 de marzo de 2008, que consideró que, en definitiva, había más de un contrato de seguro en vigor y no tenía por qué ser efectivo uno y no el otro, siempre que ello no implicase un pago superior al valor del interés asegurado. Por otra parte, las demandadas no han objetado la aplicabilidad del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 32. En definitiva, lo ocurrido fue que había 3 seguros sobre un mismo vehículo cuando éste se vio implicado en un siniestro y, por tanto, no hay razón para que no respondan las 3 aseguradoras, por partes iguales al no existir ningún criterio que permita prescindir del principio de igualdad.”



Sentencia nº 153/2018, de 27 de marzo, de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, resolviendo la candente cuestión de si resultando inexistente el tratamiento dental con una Mercantil que incluso “desaparece”, el paciente ha de continuar pagando o no el contrato vinculado de financiación:

“Facultad del consumidor para oponer al financiador, en el contexto de los contratos vinculados, las vicisitudes del contrato para el que se concertó la financiación

I. La conexión funcional existente entre los contratos en los que ha intervenido la consumidora (prestación de servicios dentales y préstamo para la financiación del precio) conlleva, según la misma sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016, que no esté justificado dar un tratamiento autónomo a cada una de las relaciones contractuales conexas, como si se tratara de una realidad aislada del conjunto. Se trata de fenómenos jurídicos que constituyen una unidad económica, que obedecen a una unidad de interés y de función, por lo que deben ser tratados de forma unitaria.

Por ello el art. 15.1 de la LCC de 1995 -aplicable por razones temporales, se insiste, al supuesto debatido- establecía que el consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al empresario que hubiera concedido el crédito; y supeditaba el ejercicio de aquel derecho a determinados requisitos, entre los que se citan, por asociarse con el supuesto debatido, los siguientes:

a) Que el consumidor, para la adquisición de los bienes o servicios, haya concertado

un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de aquellos.

- b) Que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquel ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de este.
- c) Que el consumidor haya obtenido el crédito en aplicación de acuerdo previo mencionado anteriormente.
- d) Que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho.

II. Todas las anteriores premisas concurren en los contratos vinculados que son objeto del presente litigio; así:

a) Ya se ha hecho alusión al incontrovertido hecho de que la Sra. H concertó el préstamo personal con una entidad (B F, E.F.C., S.A.) distinta de la que habría de prestar los servicios de tratamiento dental (A.C. D)

b) El concepto de “exclusividad” del acuerdo concertado entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios ha

sido sustancialmente relativizado por la doctrina legal -tal exigencia ha desaparecido de la relación de requisitos que enuncia el artículo 29 de la vigente LCCC de 2011-, como lo acredita la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016, que matiza al respecto que “los tribunales de instancia han interpretado el requisito de la «exclusividad» del modo amplio en que lo han hecho las sentencias de esta sala 735/2009, de 25 de noviembre, y 33/2010, de 19 de febrero, 35/2011, de 1 de febrero, 80/2011, de 22 de febrero, 148/2011, de 4 de marzo, y 14/2013, de 4 de febrero, interpretación amplia que ha tenido acogida en la redacción del art. 29 de la vigente ley, y que permite superar la relativa antinomia que se producía entre el segundo párrafo del art. 14.1 de la ley y la exigencia de exclusividad del art. 15.1.b. Existe una conexión funcional entre el préstamo y la venta de consumo, pues aquel ha sido concedido para financiar esta, y existe una colaboración activa entre vendedor y financiador que facilita la firma de los dos contratos por el consumidor”.

c) Tampoco se ha discutido que si la Sra. H obtuvo el crédito con la entidad B F, E.F.C., S.A. fue porque existía un previo acuerdo entre dicha entidad y A.C. D respecto a la financiación de los servicios médicos pres-

tados por esta última. La literalidad del documento número 1 de la demanda impide sopesar otra alternativa.

- d) La exigencia de que el consumidor haya reclamado judicial o extrajudicialmente contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho ha sido también interpretada con flexibilidad por la jurisprudencia desde una doble perspectiva: primera, la forma mediante la que puede instrumentarse la reclamación extrajudicial frente al proveedor; y segunda, el cauce procesal al que puede recurrirse para ejercitar aquel derecho.

Con respecto al primer aspecto, la tan citada sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2016 indica que la razón del requisito de que se haya formulado una reclamación previa al proveedor estriba en la necesidad de que el incumplimiento del vendedor del bien o proveedor del servicio no sea opuesto por primera vez cuando el financiador reclame el pago del préstamo concedido, sino que previamente se haya puesto en conocimiento del proveedor el incumplimiento del contrato por las deficiencias del producto o servicio suministrado o su no conformidad con lo pactado, y se le haya colocado en la tesitura de dar una respuesta satisfactoria al consumidor. De este modo, el ejercicio de derechos frente al financiador es subsidiario de la puesta en conocimiento del incumplimiento al proveedor y la exigencia de un remedio efectivo a tal incumplimiento.

Teniendo en cuenta la razón de la previsión legal, y tomando en consideración la realidad social de los nuevos medios de relación entre proveedores y consumidores, ha de entenderse

se que la reclamación extrajudicial puede consistir no solo en la remisión de un escrito o la interposición de una demanda, sino también en otras conductas que necesaria y concluyentemente suponen tal reclamación frente al proveedor, por poner en su conocimiento el incumplimiento contractual y exigirle un remedio a tal incumplimiento.

A la luz de las anteriores consideraciones, debe convenirse que la demandada ahora recurrente ha cumplimentado satisfactoriamente aquel requisito mediante la aportación del documento número 1 de la contestación, consistente en una queja formulada ante el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Catalunya, de fecha 29 de octubre de 2009 (folio 53 de autos), en la que expone pormenorizadamente las vicisitudes del tratamiento y la imposibilidad, por causas no imputables a la paciente, de obtener los resultados perseguidos. En el mismo documento la Sra. Hortensia interesaba expresamente la mediación del precitado Colegio Oficial para "solicitar la cancelación del préstamo y reclamar daños y perjuicios por todo el dolor padecido".

Sobre la segunda cuestión, el Alto Tribunal entiende que la previsión de que el consumidor puede ejercer frente al empresario que le concede crédito los mismos derechos que tuviera frente al proveedor que ha incumplido el contrato incluye tanto el ejercicio de acciones, de modo principal o mediante reconvencción, como el planteamiento de excepciones frente a la reclamación por parte del financiador, como es el caso, pues de ambas formas se están ejercitando los derechos que para el consumidor resultan del incumplimiento contractual que ha sufrido.

El régimen legal de los contratos vinculados en el crédito al consumo sirve también para fundar el ejercicio reactivo de sus derechos por el consumidor que es demandado por el financiador y le faculta para oponer frente al financiador las excepciones que se deriven del incumplimiento contractual del proveedor. La previsión legal no sirve solamente para fundar el ejercicio de acciones en vía principal o reconvenccional por parte del consumidor frente al financiador.

III. Con ello quedarían prácticamente removidos todos los óbices que pudieran condicionar la viabilidad del recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña H, porque la representación de B F, E.F.C., S.A. no ha discutido en ningún momento -ni siquiera se opuso al recurso de apelación ni compareció en esta alzada- que el tratamiento odontológico para cuya financiación se concertó el contrato de préstamo con la entidad actora no llegó a dispensarse por causas no imputables a la consumidora.

...

IV. Se recuerda, finalmente, que la juzgadora de instancia deniega implícitamente la posibilidad de la consumidora de oponer a la entidad financiadora las vicisitudes del contrato de prestación de servicios médicos al socaire del tenor de la cláusula 11ª del contrato de préstamo, que establece que "el presente contrato de financiación es ajeno e independiente de la adquisición del bien o servicio concertado con el vendedor, así como de las incidencias o responsabilidades derivadas de tal operación, obligándose el titular a satisfacer puntualmente las cuotas y demás conceptos establecidos en el presente contrato (...)".



Sin embargo, se trata, obviamente, de una estipulación que contraviene flagrantemente la normativa de consumo que con anterioridad se ha analizado en relación con los contratos vinculados, por cuanto es contraria a la norma legal del artículo 14.2 de la LCC de 1995, conforme a la cual la ineficacia del contrato principal de consumo acarrea la del contrato vinculado de financiación. Además, se significa

que el artículo 3 del mismo cuerpo legal proclamaba que "no serán válidos, y se tendrán por no puestos, los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor contrarios a lo dispuesto en la presente ley, salvo que sean más beneficiosos para este".

En definitiva, la sobrevenida pérdida de eficacia del contrato

principal -se insiste que el tratamiento odontológico no llegó a prestarse- acarreó, conforme a la normativa y doctrina legal expuestas, la del contrato de financiación vinculado, lo que determina, sentado y probado que el capital prestado fue entregado directamente a la empresa prestataria del servicio, la inexigibilidad del crédito aquí reclamado por el prestamista en aquella financiación."

Una sentencia sin duda señera la nº 159/2017, de 18 de abril, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Alicante, -en ponencia del Ilustrísimo Sr. Úbeda de los Cobos- que en apelación de un expediente de menores revoca la denegación en la instancia del no reconocimiento de la incapacidad permanente total, adecuando el cálculo a la Ley 35/15, en la cual a diferencia de la norma derogada, se incluye la indemnización por incapacidad permanente para víctimas jóvenes no incorporadas al mercado laboral, como es el caso del perjudicado. Ahora bien, solo en los casos en que pueda calificarse como total y absoluta:



variedad) de difícil delimitación. Con la diversificación del mercado laboral en una sociedad como la nuestra muchas secuelas pueden determinar la imposibilidad de desarrollar una gran cantidad de profesiones de diferentes ámbitos, y que requieran diferentes habilidades. Ello no obstante, considero deberá huirse de interpretaciones muy extensivas que puedan hacer de peor condición, según el reiterado baremo, a un joven incorporado al mercado laboral pero con pingües ingresos que a uno que todavía no ha trabajado. Sobre esta problemática se efectúan unas interesantes consideraciones en el dictamen 3/16, del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial.

La visión monocular es, sin duda, una importante limitación en una gran cantidad de profesiones, de tal manera, que es difícil que, al menos, no determine el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial (STS, Sala 4ª, de 21 de marzo de 2005).

En este ámbito consideramos de interés los postulados recogidos en la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2016, para un Abogado:

"A considerar que el demandante se halla afecto de la incapacidad permanente parcial que reclama, en función de los preceptos legales señalados y doctrina jurisprudencial expuesta, al conllevar su afectación visual (visión monocular) una reducción de su capacidad laboral para el ejercicio de las funciones de su profesión de abogado (entre otras -y como describe la sentencia de contraste- consulta y lectura de textos y documentos, redacción de escritos, etc.), que si bien no le impide llevar a cabo las tareas fundamentales de dicha profesión, si ha de implicar una merma de su rendimiento laboral no inferior

al 33% del normal, al tener que efectuarlas en condiciones manifiestamente desfavorables."

Por tanto, aun en aquellas profesiones en las que resulta evidente que la profundidad en la visión o la adecuada apreciación de las distancia, no suponen un grave menoscabo para su ejercicio nuestra Jurisprudencia admite que el recurrente estará limitado para su desarrollo.

Resulta manifiesto que no podrá desarrollar muchas profesiones, no sólo las relacionadas con la conducción de vehículos o la manipulación de cargas (gruista por ejemplo); sino otras que requieran una cierta precisión en la utilización de herramientas o una visión en profundidad (muchas profesiones relacionadas con la informática)

Son muy ilustrativos los argumentos de la STS (Sala 4ª) de 21 de marzo de 2005, con relación a un picador minero:

"La profesión de picador minero requiere, por las condiciones en que se desarrolla y por el riesgo de producir accidentes propios y a terceros que comporta, tal y como se razona en la sentencia de contraste para la actividad minera en general, del mantenimiento de unas condiciones de visión binocular para el cálculo de distancias y de una agudeza visual mayor que la que presenta el trabajador recurrente".

En conclusión consideramos que la incorporación del menor al mercado laboral se va a ver ciertamente disminuida y no sólo por la pérdida de la visión binocular, sino por el perjuicio estético evidente, que también le limitará, no incapacitará, para el ejercicio de numerosas profesiones en una sociedad tan pendiente de la imagen como la nuestra.

"Como es lógico no cabe determinar la incapacidad permanente total para una persona que no ha trabajado conforme a los cánones habituales, por ejemplo los aplicados ante la jurisdicción laboral, al no contar con una profesión concreta sobre la que baremar la pérdida de habilidades que suponen las secuelas sufridas. Para solucionar este problema el artículo 130 d), incluye una modificación del citado concepto

"A estos efectos, se entiende por incapacidad total la imposibilidad de llevar a cabo una gran cantidad y variedad de actividades laborales".

La interpretación de dicha norma no está exenta de problemas al establecer un concepto muy amplio (gran cantidad y

Con estos antecedentes, si estimamos que G ha quedado incapacitado para el ejercicio de una gran cantidad y variedad de profesiones, por lo que conforme al baremo utilizado estimamos adecuada una indemnización por importe de 126.786 euros, lo que determina la estimación del motivo.”

“QUINTO.- La disconformidad de la aseguradora M de L con la Sentencia de instancia se fundamenta en su condena como responsabilidad civil, por considerar que la póliza de responsabilidad civil del hogar suscrito por la madre del menor, no cubre los daños a terceros originados por una conducta dolosa, como es el caso.

En las condiciones generales del contrato de seguro (folio 418 de las actuaciones) puede leerse:

“... el Asegurador cubre las indemnizaciones que el Asegurado deba satisfacer como civilmente responsable de los daños materiales y/o personales directos involuntariamente causados a terceros, que hayan sido originados en el contenido asegurado, así como por acciones u omisiones en que intervenga imprudencia o negligencia del Asegurado, o de cualquier otro miembro de la Unidad Familiar que conviva en el hogar, producida dentro de la esfera de su vida privada, en virtud de los artículos 1902 al 1910 del Código Civil ”.

Dicha indemnización alcanza el daño causado con el límite previsto en las condiciones particulares del contrato.

Como se argumenta en la Sentencia de instancia la responsabilidad de la aseguradora no deriva de forma directa de la responsabilidad del menor, sino de la madre en aplicación del artículo 1903 CC. Se trata de una responsabilidad por negligencia, rayana en la responsabilidad por riesgo como ha recordado la Jurisprudencia. En este sentido, afirmó la STS de 7 de enero de 1992 (Sala de lo Civil): “ la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador la por omisión de aquel deber de vigilancia, sin que exonere de responsabilidad el dato de no hallarse presentes el padre o la madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, como dice la Sentencia de 29 de diciembre de 1962 , se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose criterios de equidad de dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños...” .

En parecidos términos se pronuncia la Sentencia de la misma Sala de 8 de marzo de 2006:

“Es doctrina de esta Sala la de que la responsabilidad declarada en el artículo 1.903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla

una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no puede calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia (SSTS 14 de Marzo de 1.978 ; 24 de Marzo de 1.979 ; 17 de Junio de 1.980 ; 10 de Mazo de 1. 983; 22 de Enero de 1.991 y 7 de Enero de 1.992 ; 30 de junio 1995 y 16 de mayo 2000); razones que ponen en evidencia la infracción legal denunciada en el motivo y el error jurídico padecido por la sentencia de instancia.

La cobertura en el ámbito de la responsabilidad civil del asegurado es, por tanto de carácter general, y se fundamenta en todos los supuestos previstos en los artículos 1902 a 1910 del Código Civil. El artículo 1903 recoge una responsabilidad por culpa, que como hemos argumentado se califica de responsabilidad por riesgo por la Jurisprudencia. Por tanto, al analizar la cobertura del siniestro ha de tenerse en cuenta la conducta de aquél que siempre lo será en aplicación de dicho precepto por culpa in vigilando, es decir, negligencia y no dolo.



En un procedimiento por los delitos -entre otros- de Estafa, sostenidas las acusaciones pública y particular por el Ministerio Fiscal, y Gobierno de Aragón, y la acusación Popular por la Asociación de Ambulancias del País Vasco, las dos primeras solicitaron el sobreseimiento al inicio de la vista, manteniendo la acusación la última. La Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó la alegación del acusado de que se aplicase el Art. 782.1 de la LECrim y la interpretación conforme a la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo -conocida como Doctrina Botín-, expresada en la Sentencia nº 1045/2007, de 17 de diciembre, prosiguiendo el juicio, y condenando al acusado.

El recurso, se decide en sentencia nº 288/2018, de 14 de junio por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en ponencia del Ilustrísimo Sr. Marchena Gómez - es de innegable interés el voto particular del Excelentísimo Sr. Varela Castro al que se adhiere el Excelentísimo Sr. del Moral García -:

“3.- No es cierto que la doctrina sentada por la STS 1045/2017, 17 de diciembre (Caso Botín) haya sido flexibilizada, hasta el punto de perder sus notas definitorias, por la sentencia STS 54/2008, 20 de enero (caso Atucha). De entrada, la primera de esas resoluciones no es susceptible de censura por el hecho de que propugne una interpretación literal del art. 780.2 de la LECrim. Quien así razona olvida que la interpretación de las normas « según el sentido propio de sus palabras» constituye la primera de las pautas hermenéuticas impuestas por el art. 3.1 del Código Civil. Tampoco es aceptable una línea de razonamiento que debilite el valor de una resolución del Tribunal Supremo -luego confirmada, como veremos, por precedentes posteriores- por el hecho de que incorpore votos particulares discrepantes con el criterio de la mayoría.

La doctrina proclamada por las doctrinas Botín y Atucha no puede entenderse sin la singularidad de cada uno de los supuestos de hecho a los que esta Sala tuvo que dar respuesta. ... existe un dato que diferencia conceptualmente

ambos precedentes. Mientras que en uno de ellos coinciden en la petición de cierre el Ministerio Fiscal y la acusación particular, en el segundo está ausente cualquier acusación que invoque la defensa del interés particular del perjudicado. Y sólo está presente la acusación pública porque el delito por el que se iniciaron las diligencias -desobediencia- es un delito que, por definición, no admite un perjudicado que pueda monopolizar las consecuencias negativas que, para una u otra persona, haya traído consigo la comisión del ilícito penal. Es, por tanto, una exigencia conceptual, ligada a la naturaleza del delito investigado, la que impide la presencia de un perjudicado directo que, invocando su voluntad de mostrarse parte, pueda asumir el ejercicio de la acusación particular.

La jurisprudencia, por tanto, no avala un entendimiento de la acción popular construido a partir de la imaginaria contradicción entre dos supuestos que no pueden ser equiparados. El cierre representado por la doctrina Botín, resultado de la coincidente voluntad de archivo asumida por los defensores de los intereses que latan

en el proceso penal, no se tornó en frívola decisión de apertura en la doctrina Atucha. En el primero de los casos, la celebración del juicio oral para reparar un daño que el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado declaraban inexistente, habría implicado un retroceso en la evolución histórica que explica los fines del proceso penal. Habríamos contribuido a resucitar una concepción trasnochada del orden jurisdiccional penal, ocasionalmente convertido en un artificial y frívolo campo de batalla en el que una asociación se arroga la defensa de intereses que ni el Fiscal ni el defensor institucional del patrimonio público reputan dañados. En el segundo de los casos, por el contrario, admitir la posibilidad de que, mediante una petición de archivo por parte del Fiscal, el delito de desobediencia pueda ser interpretado conforme al prisma enriquecido de una asociación, permite reforzar el significado constitucional de la acción popular como instrumento de participación popular en la administración de justicia, de modo especial, en aquellos casos en los que la asociación querellante presenta una visible proximidad con el objeto

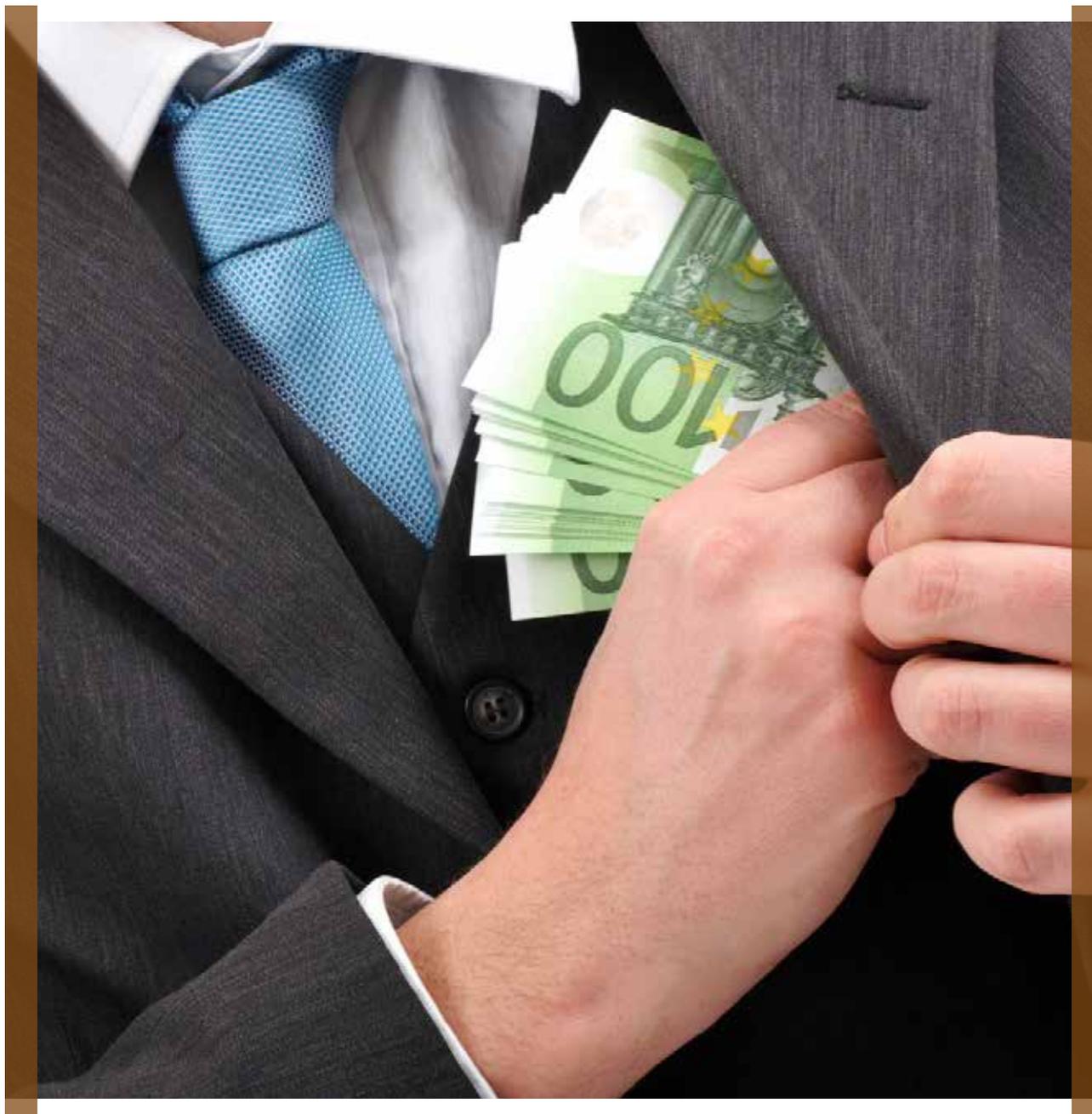
del proceso aferra a la obviedad de que un delito contra la hacienda pública, por ejemplo, no puede ser indiferente al interés colectivo. Desde luego, no lo es. Tienen razón quienes reivindicaban la dimensión social de aquel delito, ligada al deber constitucional que alcanza a todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica (cfr. art. 31 CE). Sin embargo, ese mandato constitucional no agota el bien jurídico protegido en los delitos contra la hacienda pública. Antes al contrario, se aproxima más a la razón de política criminal que justifica el castigo con penas privativas de libertad a todo aquel que, mediante la elusión fraudulenta del pago de los impuestos, menoscabe el patrimonio y las expectativas de ingreso en el erario público. Con todos los matices sugeridos por su tratamiento sistemático, estamos ante un delito de naturaleza patrimonial, por más que su existencia entronque de una manera tan directa con la llamada constitucional a la irrenunciable vigencia del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas. Dicho en palabras de la STS 952/2006, 6 de octubre, se trataría de algo más que un delito patrimonial, pues

presenta una clara relación con «... la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del patrimonio estatal, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente imperiosas necesidades públicas ».

No cabe, en consecuencia, oponer a la defensa profesional del erario público una entusiasta defensa amateur, ejercida por todo aquel que considere que debe empeñar sus esfuerzos en neutralizar la desidia del representante y defensor legal del patrimonio del Estado. La lectura constitucional del proceso penal no es conciliable con la admisión de un amicus fisci dispuesto a asumir, sin más apoderamiento que su personal iniciativa, la representación y defensa del erario público en aquellos casos en los que su defensor institucional considera que no ha existido un daño penalmente reclamable. Admitir lo contrario puede conducir a situaciones paradójicas, tanto en lo afectante a la declaración de responsabilidades civiles, incompatibles con el ejercicio de la acción popular, como al efectivo reintegro de esos importes en las arcas públicas sin que ni siquiera exista un acto administrativo de requerimiento de pago al finalmente condenado.

1.4.- En la STS 1045/2007, 17 de diciembre (caso Botín), razonábamos la constitucionalidad de un enunciado legal - art. 782.1 LECrim - llamado a restringir la capacidad de ejercicio de la acción popular. Justificábamos entonces una decisión de cierre a partir de la convergente petición de sobreseimiento del defensor de los intereses públicos y del acusador particular. Decíamos entonces que «... es perfectamente plausible que cuando el órgano que "tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley" (art. 124 CE) así como el propio perjudicado por los hechos consideran que la causa debe ser sobreseída porque los hechos no constituyen delito, el Legislador no haya querido conferir a la acción popular un derecho superior al de las otras partes conjuntamente consideradas. Parece claro que en tales casos las perspectivas de que la acción tenga éxito estarán claramente mermadas, dado que el Fiscal estima que no está comprometido el interés social, en los términos del art. 124.1. CE, y el perjudicado no encuentra razones para mantener su pretensión punitiva basada en un interés particular.»

Con la particularidad dimanante de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, resulta de interés la Sentencia nº 327/2016, de 17 de marzo de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en cuanto que acoge la tesis contraria al imponer la obligación de pago del interés de la cifra objeto de condena a una compañía que se ha mantenido ajena al hecho origen de la responsabilidad hasta que no es traída al proceso en que se dilucida esta:



“Y en fin, también esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto de este particular en sentido contrario al planteado por la parte apelante. Así, en la Sentencia de la Sección 1ª (sede Granada) de 3 de noviembre de 2008 (recurso 496/2006) se afirma que “si bien se condena en el fallo a una Compañía privada de seguros, (resultado consecuente de su participación como codemandada en este proceso, ex art. 21 c) LJCA de 13 de julio de 1998), no puede entenderse aplicable la LCS en su plenitud,

porque la reclamación parte de la responsabilidad patrimonial de una Administración Pública, sin que haya mediado mora en la compañía de seguros, que tienen conocimiento de la reclamación al ser emplazada en este proceso. Además, el reconocimiento del derecho a obtener los intereses legales, a computar desde la fecha de la sentencia, queda referido a la aplicación del art. 106.2 LJCA de 13 de julio de 1998”.

Y en la Sentencia también de esta Sala de la Sección 3ª

(sede Sevilla) de 3 de julio de 2008 (recurso 479/2001) se razona lo que sigue:

“Procede condenar solidariamente al pago de las aludidas sumas a la compañía aseguradora codemandada en virtud de la relación de aseguramiento que le une con la Corporación demandada, sin que proceda acoger la solicitud de condena relativa al pago del interés previsto en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro , pues, como establece la sentencia del TS de 19-9-2006”

Qué es una regla sin excepción -que la confirme como tal-, y así se muestra - con buena base argumenta - en la Sentencia nº 217/2018 de 8 de mayo, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, estimatoria en aplicación del principio de presunción de inocencia tras analizar el curso probatorio del caso:

“SEXTO.- Para cerrar el discurso, hemos de volver de nuevo a la doctrina general sobre la potencialidad de la invocación de la presunción de inocencia. Sirve de guía la STS 794/2014, de 4 de diciembre, cuyo contenido en buena parte sería asumido por la STS 29/2017, de 25 de enero que es reiteradamente invocada por el recurrente.

...La jurisprudencia, no obstante, ha hablado últimamente de casos en que podría debió dudar (STS 991/2014, de 4 de junio) acuñándose una suerte de “incertidumbre objetiva” que convertiría en insuficiente la certeza subjetiva del juzgador basada en prueba objetivamente de cargo.

Aquí el primer plano está cubierto satisfactoriamente: el Tribunal ha razonado y expresa su plena convicción. En el segundo plano, sin embargo surgen grietas: ¿no debió dudar por la fragilidad de ese único testimonio? Fragilidad y también debilidad por su desarrollo procesal (un primer testimonio que adolecía de graves deficiencias; el segundo, nada espontáneo, y limitado a unas contestaciones sin efectuar un relato propio, un informe pericial realizado tras entrevista cuya grabación no ha estado disponible y cuestionada por otra pericial); por incoherencias no despejadas; y por una explicación plausible sobre su origen (evocación de la escena de la comedia presenciada).

El Tribunal de casación ha de ser cuidadoso para no invadir las

competencias del Tribunal de Instancia subvirtiendo el reparto de espacios funcionales trazado por el legislador. Pero al mismo tiempo no puede abdicar de su responsabilidad para dispensar tutela judicial efectiva -en el sentido constitucional- a quien acude al Tribunal Supremo.

Hemos de auto-restringirnos para no usurpar atribuciones -valoración de la prueba- que el legislador ha residenciado en los tribunales de instancia. No somos nosotros los llamados a alcanzar una certeza más allá de toda duda razonable: solo nos corresponde comprobar si el tribunal de instancia la ha obtenido de forma legalmente adecuada y respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia lo que exige que su convicción sea “compartible” objetivamente, aunque no sea “compartida” concretamente. Por eso no basta para anular una sentencia con que pudiéramos esgrimir algún tipo de discrepancia en los criterios de valoración de la prueba con el Tribunal de instancia -eso, ni siquiera nos corresponde planteárnoslo-. Solo debemos sopesar si en el iter discursivo a través del cual el Tribunal ha llegado desde el material probatorio a la convicción de culpabilidad existe alguna quiebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, o si el material probatorio no es concluyente, y por tanto puede til-

darse de constitucionalmente insuficiente para sustentar una declaración de culpabilidad.

Hay que eludir la tentación de convertir una divergencia valorativa en causal de casación; pero al mismo tiempo es preciso guardar cierto equilibrio para no cercenar indebidamente el juego que en la casación corresponde a dos derechos fundamentales de primer orden como son la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia.

En ese territorio intermedio, de difícil acotación, nos movemos en este asunto.

Además de prueba concluyente una condena exige la certeza personal del juez que no es seguridad matemática ni se contrapone a dudas concebibles en abstracto.

Pero al introducirse un juicio de racionalidad dentro del margen de fiscalización que se habilita desde la presunción de inocencia se crean puntos de confluencia con el derecho a la tutela judicial efectiva desde el momento en que es exigencia anudada a ella que la respuesta jurisdiccional sea racional. La “suficiencia” de la prueba evidenciada por la motivación coherente y sin fisuras del Tribunal es uno de los perfiles de la presunción de inocencia de contornos más vaporosos o difusos. No por ello podemos prescindir del juicio que debe hacerse desde él.

En principio, sentada la suficiencia en abstracto de la prueba y el ajuste a parámetros de lógica de la forma de deducir y razonar del Tribunal de instancia, el debate sobre la credibilidad mayor o menor de unos medios de prueba frente a otros, la interrelación entre todos ellos, el contraste entre la proclamada inocencia del acusado y los elementos de prueba testificales o de otro signo que apuntan en dirección contraria, queda agotado en la instancia y no puede reproducirse en casación sin traicionar el reparto de funciones que nuestro legislador procesal ha establecido entre el Tribunal de instancia y el de casación.

Prima facie, podría parecer que esto nos conduce a la desestimación del recurso por venir obligados a respetar el por sí respetable criterio del Tribunal. Pero no podemos quedarnos ahí. Hay puntos en ese razonamiento que dejan cuestiones demasiado abiertas: la

persistencia no ha podido ser examinada con rigor pues se debe prescindir de la primera declaración, las manifestaciones en el plenario, lejos de reflejar espontaneidad o exteriorizar una narración, muestran enorme dependencia a las preguntas contestándose con monosílabos o asumiendo una de las alternativas que el interrogador le ofrece; dejando sin explicar algunas afirmaciones o con otras que no son verosímiles (tocamientos diarios o forma de ubicarse el profesor en esos momentos). No basta decir que las menores fabulan menos de lo que se cree, ni afirmar que su recuerdo suele ser exacto (observaciones que parecen más ligadas a una pericial); ni argumentar que no consta que pudiese haber inducciones o que los niños casi siempre testifican con precisión para concluir que la afirmación de la menor se ajustaba a la realidad. También los especialistas en psicología del testimonio del menor dan

cuenta tanto de alteraciones del tejido del recuerdo como de supuestos de auténtica implantación de recuerdos inexistentes el primer momento.

Identificamos, por esas irregularidades, posibilidades alternativas no tajantemente descartables, un eventual influjo inconsciente que generase esa ideación: una insuficiencia objetiva de la prueba que impide derrotar la presunción de inocencia.

El escrutinio casacional de una condena a la luz de la presunción de inocencia no puede quedarse en constataciones epidérmicas según ha entendido una línea jurisprudencial que ha venido a ensanchar los espacios de control, empujada sin duda también por la inexistencia de un recurso de apelación reclamado por textos internacionales (doble instancia felizmente implantada en fechas muy recientes en régimen no aplicable a este asunto)."

La sentencia nº 248/2018, de 24 de mayo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo recuerda la vigencia del principio de rogación en el orden penal, y compendia la concesión y determinación del daño moral:

"...el Fiscal solicitó una indemnización en favor de Bienvenido en 261,4 euros. Bienvenido, sin constituirse como parte, reclamó en el plenario 947,68 euros más. No fue asumida esa petición por el Fiscal. Sin embargo la sentencia acuerda una indemnización en favor del citado de 1194 euros.

No es una violación del principio acusatorio como pa-

rece argumentar el recurrente, sino del principio de rogación. Para medir la congruencia de la sentencia con la pretensión civil hay que acudir a los criterios del proceso civil y no a las especialidades del proceso penal. En particular la imposibilidad de fijar una indemnización más alta que la solicitada no es una derivación del principio acusatorio (como se argumenta a veces

de forma inercial) sino de los principios dispositivo y rogación (SSTS 365/2012, de 15 de mayo, octubre de 2002).

El principio dispositivo se matiza con la asignación de legitimación al Fiscal que tiene obligación de ejercer la acción salvo renuncia expresa o reserva de su titular. Pero la acción civil no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en la jurisdicción penal (STS 768/2009, de 16 de julio) estando por tanto sometida a los principios de rogación y dispositivo (STS 936/2008, de 10 de octubre o 1004/2001, de 28 de mayo). Si el Fiscal, única parte que ejercitaba la acción civil no pidió más, hay que estar a su cifra y casar en

este particular la sentencia.

La indemnización por daños morales ...”Dice el TS que no cabe olvidar que cuando de indemnizar a los daños morales se trata, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, por tratarse de magnitudes diversas y no homologables, de tal modo que, en tales casos, poco más podrán hacer que destacar la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia y repulsa social de los mismos, así como las circunstancias personales de los ofendidos y, por razones de congruencia, las cantidades solicitadas por las acusaciones (TS S 416/97, de 24-3 y A. 12-5-2000).

El informe de la psicóloga forense Sra. Zulima, de fecha 11 de noviembre de 2013, recoge que en la fecha de evaluación, se infieren en la explorada, signos residuales y fluctuantes de sintomatología psíquica negativa, asociada a signos de ansiedad y estado anímico depresivo (evitación a determinados contextos, intermitencia emocional, fluctuación de pensamientos recurrentes,), compatibles con los hechos denunciados y, probablemente agravadas, por incidencia del contexto judicial, en concurrencia con otros eventos, estresantes, vivenciados, desencadenados por vivencias personales y laborales. En su trayectoria personal, se objetiva afrontamiento y evolución favorable al diagnóstico reactivo de vivencia traumática (estrés postraumático).

No cabe duda de que el comportamiento enjuiciado produce, amén de innegable sufrimiento, un profundo sentimiento de humillación, impotencia, angustia y desconfian-

za, especialmente considerando las circunstancias en que se produjo, merecedor de resarcimiento, destacando que la víctima preciso tratamiento psicológico, lo que evidentemente supone severas limitaciones para el desenvolvimiento de su vida cotidiana, por todo lo cual se estima razonable y proporcionada la cuantía interesada por el Ministerio Fiscal de 20.000 euros, en la que englobamos los menoscabos físicos y morales. Caso similar SAP Málaga, Sección 1ª nº 75.2017, de 30 de enero, Sumario 5/16”.

La cifra de seis mil euros fijada es razonable, más allá de la imposibilidad de llegar a una cuantía que se presente como la única correcta. Serían igualmente razonables 10.000 ó 7.000 ...ió 3.000 euros!. La Sala de instancia tiene atribuida la exclusiva competencia para decidir ese monto siempre que no abdique de moldes de “razonabilidad”. Y aquí, pese al silencio motivador, no se fuerzan esos parámetros: cualquier explicación resultaría en cierta medida tanto obvia en cuanto a la procedencia de indemnización (es patente que hay perjuicios morales que además el art. 193 CP presume), como insuficiente en cuanto a la cuantificación (con un mismo razonamiento podríamos llegar a cifras muy diversas).

Ha de tenerse ese concreto pronunciamiento por ajustado dentro de la imposibilidad de una ecuación exacta o una motivación plenamente satisfactoria en cuanto a dar razón de cada céntimo o explicar por qué no se han dado 100, 600 ó 2.000 euros más. La cuantificación en estos casos es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño, “no patrimonial” frente al que solo cabe una “compensación” econó-

mica. Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho. Mientras que la finalidad de la restauración del daño alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos e imprecisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo “alguna-cantidad-habrà-que poner” como se ha dicho por algún tratadista de forma gráfica. Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid. SSTC 42/2006 o 20/2003, de 10 de febrero). Pas de motivation sans texte se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que acaban de citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica e incluso implícita puede ser suficiente. Ese estándar mínimo que no puede estirarse más, salvo con el uso de una retórica o unas fórmulas huecas, pues no van a conducir a cifras concretas, está colmado por la sentencia (STS 684/2013, de 16 de julio). Era seguramente deseable alguna mayor retórica motivadora. Pero basta la remisión a las lesiones y daños sufridos que se efectúa combinada con la lectura del párrafo final del hecho probado para considerar suficientemente justificada”.

Para cerrar la cuestión - de que ya hemos ofrecido información en anteriores ocasiones - sobre la posible inconstitucionalidad del inciso segundo del párrafo segundo del Art. 384 del CP "por posible vulneración del principio de legalidad penal, o su interpretación integradora, como presunción de puesta en peligro cuando quien maneja el vehículo a motor no ha demostrado nunca las capacidades mínimas para realizar tal actividad, a resolver caso a caso en legalidad ordinaria" - según cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Toledo, resuelta en Auto de Pleno del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 2018, validando que se pueda sancionar administrativamente y condenar penalmente por el mismo hecho descrito:

"5. Como antes hemos expuesto, la duda de constitucionalidad no se construye en el Auto de planteamiento a partir de los propios términos del precepto penal cuestionado, cuya inteligencia es clara, sino desde la subjetiva interpretación que el juzgador lleva a cabo de éste tras ponerlo en relación con una infracción administrativa que describe una conducta que considera idéntica a la recogida en el tipo penal. El Juez promotor considera que el precepto penal cuestionado es indeterminado porque no permite establecer la línea que separa el delito de la infracción administrativa.

Para analizar dicha premisa conviene destacar de nuevo las conductas descritas en las dos normas tomadas en consideración por el Juez. Según el art. 384 CP es delito "conducir un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción"; conforme al art. 77 k) RDL 6/2015, de 30 de octubre, constituye infracción administrativa "conducir un vehículo careciendo del permiso o licencia de conducción correspondiente".

La puesta en relación de las conductas a que se refieren el precepto penal y el administrativo sancionador permite apreciar, de forma natural, que no son idénticas, lo que permite cuestionar por erróneo el pun-

to de partida del razonamiento judicial que pretende fundamentar la duda y, por tanto, la duda misma. Mientras el tipo penal sanciona a quien conduce un vehículo o ciclomotor sin haber obtenido nunca un permiso o licencia que habilite a conducirlos, cualesquiera que sean sus características, el tipo administrativo califica como sancionable la carencia de autorización administrativa específica para conducir el concreto vehículo o ciclomotor que se maneja, pero sin excluir que el conductor tenga licencia para conducir otro distinto.

Como señala el Fiscal General del Estado, remitiéndose a la jurisprudencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (STS núm. 369/2017, de 22 de mayo, de la que otras posteriores y recientes son secuela), las conductas descritas en ambos preceptos son distintas, aún cuando la que es penalmente relevante incluye siempre la segunda, pero no a la inversa: en el primer caso se exige que el sujeto activo de la conducta no haya obtenido en ningún momento licencia para conducir cualquier tipo de vehículo a motor o ciclomotor; mientras en el segundo, de forma más limitada, la autorización administrativa para conducir obtenida por el autor de la conducta no es adecuada al tipo de vehículo con el que se circula. La sanción administrativa más leve se prevé para

quien, habiendo superado las comprobaciones correspondientes para circular en la vía pública con algún tipo de vehículo de motor o ciclomotor y habiendo obtenido la licencia correspondiente, lo hace con uno que no se corresponde con la categoría administrativa de la licencia obtenida. La conducta sancionada administrativamente puede ser considerada por el legislador de menor gravedad en cuanto el peligro abstracto para la circulación que genera está en relación con la categoría del vehículo que se conduce, pero no con el hecho de no haber superado nunca las pruebas oportunas que habilitan para circular en la vía pública con un vehículo o ciclomotor.

6. Lo expuesto sería suficiente para apreciar la falta de fundamento de la duda expuesta pues, descartada la identidad de las conductas que fundamenta la denuncia de falta de taxatividad normativa, la cuestión queda reducida a la propuesta que el Juez promotor hace para que este Tribunal se pronuncie sobre la mayor coherencia lógica del criterio interpretativo que ofrece como solución a la alegada duplicidad normativa, lo que excede los límites de nuestra jurisdicción. El debate abstracto que en este proceso constitucional puede plantearse no tiene como objeto determinar cuál es la interpretación debi-



da del tipo penal, pues dicho debate ha de ser efectuado y resuelto ante los órganos de la jurisdicción ordinaria sino, más limitadamente, sobre si los términos de la norma penal cuestionada la hacen imprevisible para sus destinatarios; cuestión ésta a la que ya hemos respondido negativamente.

Finalmente, para justificar la inadmisión de la cuestión planteada es posible añadir un argumento adicional que ha sido ya apuntado y tiene que ver con el contexto jurisprudencial previo en el que se plantea la duda. Expusimos antes que las

dudas sobre la supuesta imprecisión de una norma penal, ya sea por su dicción literal o por su puesta en relación con otras normas vigentes, pueden quedar clarificadas por una interpretación regular y estable de la jurisprudencia aplicativa.

Dicha circunstancia concurre en el presente supuesto pues la interpretación más generalizada del precepto en la jurisdicción ordinaria -casi unánime-, así como la unificación de criterio de las diversas interpretaciones posibles del texto de la ley ya realizada por la Sala de lo Penal del Tribunal

Supremo a través del recurso casación, refuerzan la conclusión de que los términos del precepto penal cuestionado no son imprecisos, ni admiten fundadas interpretaciones diversas que lo hagan impredecible. Y, en cualquier caso, las que pudieran haberse formulado a través de sus años de vigencia -el tipo penal cuestionado fue introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, más de diez años atrás- han sido resueltas a través del sistema ordinario de unificación de criterio jurídico existente en la jurisdicción ordinaria.”

Dicen que detrás de una gran resolución ha de haber siempre un gran Magistrado, pero antes aun, en el tiempo y en la oportunidad, un Letrado empecinado que creyó factible lo que todos le decían inexistente o inconsistente. La Sentencia nº 472/2017, de 27 de noviembre de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Valencia sorprende confirmando la condena en la instancia, de la empresa de video-vigilancia, de un centro comercial en el que esta prohibido el acceso de perros, que lo inadvertió dando lugar a que entrasen un perro y su dueño, se paseasen, y los excrementos de aquel provocasen la caída y lesiones de la actora:

“Ha quedado probado, porque así es admitido por todas las partes, que en el centro comercial La Galería está prohibida la entrada de perros, pese a lo cual, don P entró en la misma con un animal y estuvo paseando por el centro comercial, siendo los excrementos de su perro los que provocaron la caída de la actora.

...Así mismo, ha quedado probado, que la Galería estaba dotada de un sistema de video-vigilancia con cámaras a cargo de la mercantil apelante, y que por medio de ese sistema el vigilante de seguridad advirtió la caída de la actora y pudo socorrerla y que, tras ocurrir, los hechos, por medio de las grabaciones, pudieron identificar al dueño del perro, también demandado, y comprobar lo ocurrido.

Atendiendo a estos hechos, consideramos que debe confirmarse la condena de la apelante puesto que, dentro de sus funciones se hallaba la vigilancia general y evitar la comisión de infracciones, lo que no hizo puesto que pese a las cámaras de seguridad, no advirtió la entrada del perro y que deambulase por dentro del centro comercial, con su dueño, por ello,

la condena que se impone a Levantina de Seguridad no es por no limpiar las zonas comunes sino por no haber advertido la entrada de una persona portando un perro, y no haber impedido que la misma deambulase por el centro comercial, lo que pone de manifiesto una negligencia en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia.

Ciertamente, que el contrato suscrito por la parte apelante es un contrato de medios y no de resultados, pero la demandada incumplió tales obligaciones. Así, el Tribunal Supremo en la sentencia del 17 de marzo de 2011, Roj: STS 2058/2011, Nº de Recurso: 1244/2007, Nº de Resolución: 200/2011, Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA, nos dice:

<<Existió entre los litigantes un contrato de arrendamiento de servicio que tuvo por objeto las labores de vigilancia y seguridad de las obras de viviendas y urbanización en Txurdinaga-Otxarkoaga de Bilbao. Es decir, un contrato de mera actividad y no de resultado. Ahora bien, la sentencia no aplica en contra del recurrente el artículo 1544 puesto que no atiende al resultado,

sino a un servicio negligentemente prestado por parte de quien asumió el encargo y no lo cumplió en los términos que exigía la diligencia del buen profesional de la vigilancia. El cumplimiento defectuoso - artículo 1101 del Código Civil - del contrato de servicio - artículo 1544- es, por tanto, la causa por la que se le imputa el resultado que surge no obstante las condiciones en que se realizaban las labores de vigilancia pues era obligación suya determinar bajo su responsabilidad la adecuación del servicio que debía prestar respecto de los bienes protegidos teniendo en cuenta los riesgos a cubrir, en este caso una obra y no un edificio terminado. Lo contrario vaciaría de contenido el contrato, dejando su cumplimiento a la libre determinación de una de las partes, pues siempre estaría en su mano disponer sobre el objeto de la vigilancia en función de las circunstancias en que esta se prestaba, incluso no hacer nada pues nada podía exigirlas dadas las condiciones adversas en que lo hacían incluida la superficie a vigilar.>>”

El Juzgado de lo Penal nº 2 de Zaragoza concluye con la Sentencia nº 122/2018, de 25 de abril, el enjuiciamiento del desgraciado suceso en el que el acusado conduciendo bajo la influencia de bebidas alcohólicas atropella y mata a dos ciclistas:

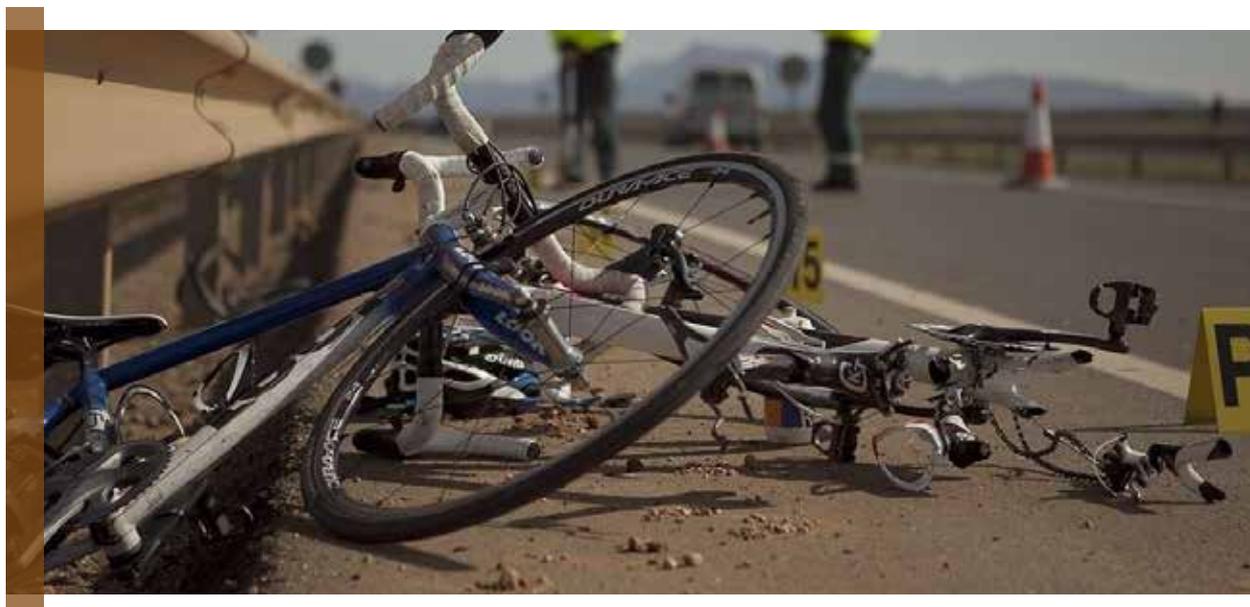
Lo primero que debe decirse es que no se aprecia una atenuante de reparación del daño del art. 21-5ª CP. Ciertamente que ha abonado 25.000 €, pero lo ha hecho 4 días antes del juicio, solo a una parte de los familiares, cuando la mayoría ya habían sido resarcidos por la aseguradora y en una suma que, a la postre, apenas representa el 4 % de los 621.604,16 € de la totalidad de indemnizaciones.

Sin embargo, el factor que principalmente se tiene en cuenta a la hora de rechazar la reparación del daño no es el económico. Este pago tardío y parcial no ha ido acompañado, ni en el momento del accidente, ni en la instrucción, ni en el acto del juicio, de una asunción de su responsabilidad, siendo que nunca ha habido el menor indicio de que el siniestro se debiera a causas distintas de su propia negligencia y de ha-

ber abusado del alcohol. Reconocer su culpa y arrepentirse sinceramente hubiera resultado verdaderamente reparador para los familiares de los ciclistas y también para la sociedad, en la lucha diaria contra los accidentes de tráfico, especialmente los causados por el alcohol y las drogas. En lugar de eso ha ido cambiando sus declaraciones, ha negado haber conducido de forma irregular por la A-23, ha minimizado la entidad del consumo alcohólico alegando que no cenó y sobre todo ha eludido cualquier responsabilidad en el doble atropello mortal asegurando que no ocupó el arcén, lo que solo puede entenderse en el sentido de que por alguna razón fueron los ciclistas los que se cruzaron en su trayectoria.

Por todo ello, y valorando además que no es la primera vez que es condenado por ir

bebido y generar un siniestro (aunque por su antigüedad ese antecedente no genere reincidencia), el largo tiempo que estuvo conduciendo bajo el alcohol por diversas vías, que las tasas fueron elevadas porque el consumo también lo fue, que ya en la Autovía condujo de forma peligrosa hasta el punto de que otros conductores prefirieron no adelantarse y sufrió un pequeño accidente, que pese a darse cuenta de ese primer choque optó por seguir conduciendo y que en definitiva por una gravísima negligencia minutos después se llevó por delante a dos ciclistas que circulaban correctamente, de lo cual no se dio cuenta sino cuando ya se había consumado el atropello, con el terrible resultado de dos fallecimientos, procede imponerle las máximas penas contempladas en el art. 142-1 CP.”





También en el ámbito militar –si bien con restringido alcance económico– hallamos presente el daño moral, recogido en la Sentencia nº 17/2016, de 22 de septiembre, del Tribunal Militar territorial de A Coruña, Sección 4ª, asociado a una condena por los delitos de insulto a superior, C.B.I.B.A. negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia:

“Al Teniente D. B , la cantidad de setecientos euros (700€), por las lesiones sufridas y también por el daño moral ocasionado, ya que este Oficial, que se encontraba en el ejercicio de sus funciones, vio su dignidad personal menoscabada y también su seguridad personal y familiar, por las amenazas proferidas por el Guardia Civil C , pasando por una situación de tensión totalmente injustificada y por una alteración anímica seria ya que vio desautorizada su actuación y sufrió una agresión física por

un miembro de la Guardia Civil que menoscabó su principio de autoridad en el desarrollo de sus legítimos cometidos, y todo ello ante un numeroso grupo de compañeros.

Al Guardia Civil D. B , la cantidad de seiscientos euros (600€), por las lesiones sufridas, por los daños producidos en la pulsera de su propiedad, por la férula inmovilizadora de su dedo pulgar, que tuvo que comprar, incluyendo también el resarcimiento del daño moral ocasionado, al tratarse de

un Guardia Civil que realizaba sus funciones bajo las órdenes de un superior jerárquico y que vio menoscabada su dignidad personal y profesional, su salud, su seguridad personal y familiar, al verse agredido y amenazado por un compañero que mantuvo una actitud agresiva, insultante, chulesca, durante un largo espacio de tiempo. Este Guardia manifestó a la Sala la sensación de inseguridad que le produjeron las amenazas vertidas hacia su persona y a su familia por el Guardia Civil Casimiro.”



Con tino se pronuncia la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Mérida (Sección Penal), en resolución núm. 187/2016, de 14 de noviembre, frente a la petición de que el pronunciamiento de la Seguridad Social acerca de una incapacidad – absoluta- se trasvase tal cual, y por razón de su origen, es la Jurisdicción penal –o civil- que falla:

“Tanto la Sala de lo civil como la de lo social del Tribunal Supremo tienen resuelta esta cuestión (sentencia de 17 de julio de 2007 de la Sala de lo social y sentencias de 25 de marzo de 2010 y 36/2013, de 4 de febrero, de la Sala de lo civil). El factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta tiene como objeto principal reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales. Y es que el baremo alude a la ocu-

pación o actividad habitual, sin hacer referencia a la actividad laboral del afectado. Por ello, la sola circunstancia de que la víctima haya sido declarada afecta de una incapacidad permanente absoluta no la hace acreedora de la aplicación del factor de corrección previsto en el baremo para la invalidez absoluta. Acertadamente, la juez de instancia refiere que el señor Juan Pedro no está impedido para cualquier actividad u ocupación, sea o no laboral, pues hay actividades que, aun con dificultad, sí puede hacer. Añadir que el nuevo

baremo (Ley 35/2015, de 22 de septiembre), aquí no aplicable, solo tiene presente la incapacidad laboral a efectos de lucro cesante. En lo que afecta al perjuicio personal particular, al clásico daño biológico, ese daño se reconduce como ocurre ahora al perjuicio moral, pero se gradúa no por tipos de invalidez sino por la pérdida de calidad de vida, que puede ser muy grave, grave, moderada o leve. No obstante, el grave se viene a asociar a la incapacidad permanente absoluta y el moderado a la total.”

Contiene numerosos aspectos procesales interesantes la Sentencia nº 544/2016 de 22 de noviembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de entre ellos, destacar el siguiente:

“La parte recurrente insiste en la carencia sobrevenida de objeto y en la falta de legitimación pasiva, razonando que la responsabilidad civil que se reclama no es transmisible mortis causa, lo que impide hablar de sucesión procesal por parte de quienes no son titulares del objeto litigioso, carecen de conexión objetiva con el fondo del asunto y no tienen idoneidad plena para defender en juicio, con igualdad de armas procesales, la ausencia de responsabilidad civil del causante, ya que no pueden debatir cómo ocurrieron unos hechos hace 14 años.

Este razonamiento va en contra de la normativa reguladora de la sucesión y de los propios actos de los demandados.

...En resumen, la legataria del usufructo universal y los herederos testamentarios comparecieron en el proceso y, lejos de limitarse a alegar la renuncia a la herencia (salvo D. Ceferino), han sostenido la oposición a la pretensión ejercitada por los demandantes, en lo que, como destaca la Juez “a quo”, constituye un acto que acredita una aceptación tácita de la herencia ex art. 999 párrafo 3º CC, tanto porque se autotitularon como herederos, en lo que supone la voluntad de aceptar -cuando no el hecho de haber aceptado desde un año antes-, como porque realizaron una actuación, como es la de comparecer en juicio sosteniendo la posición de su causante, para el que la ley solo otorga legitimación al heredero (cfr. SSTs 27 de junio de 2000 y 12 de julio de 2006).

De acuerdo con los arts. 657 CC, los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, y, según el art. 659 CC, la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no extingan con su muerte, no hay duda de que, con la aceptación de la herencia, la obligación pecuniaria, ya judicializada, que podía derivarse de una condena al pago de los daños y perjuicios que el causante causó en vida a título de culpa o negligencia, los demandados se colocaron en la posición del acusante, asumiendo las consecuencias procesales y sustantivas derivadas de su decisión.

Para salir al paso de esta conclusión, los recurrentes afirman que nos encontramos ante una responsabilidad intuitu personae o personalísima, que se extingue con la muerte del sujeto. Se ocuparon de esta cuestión las SSTs de 11 de octubre de 1943, 17 de febrero de 1981, 26 de marzo de 1994 o 30 de octubre de 1995, que, entre muchas otras, vienen a establecer como regla general la transmisibilidad mortis causa de las relaciones, derechos y obligaciones de contenido patrimonial, salvo que específicamente haya sido limitada por ley o por pacto, lo que no es el caso.

Se apunta asimismo la dificultad, cuando no imposibilidad, de defenderse respecto de unos hechos que se dicen acaecidos hace 14 años. Sin embargo, éste no es un motivo que fundamente la falta de le-

gitimación pasiva o la carencia sobrevenida de objeto; la deuda, en su caso, surgió con motivo de los hechos determinantes del daño, con independencia de cuando se produjeran, y, con la aceptación de la herencia, pasan a los herederos como una partida del conjunto de los derechos y obligaciones que integran la herencia. Si, por la razón que fuese, los herederos no deseaban asumir la eventual indemnización que pudiera acordarse en vía judicial, les bastaba haber renunciado a la herencia. Por otra parte, atendida su edad y su residencia, no podían ignorar ni los acontecimientos en que se vio envuelto su esposo y padre, ni el devenir del procedimiento penal, habiendo tenido la oportunidad de proponer y practicar la prueba que hubieran considerado adecuada para la defensa de sus intereses, sin que la demora observada tanto en el procedimiento penal (nueve años) como en el civil (casi cinco años) sea imputable a los demandantes, antes al contrario, al menos la primera solo es achacable al propio acusado, de quienes los hoy recurrentes traen causa.

Con el matiz que se dirá a continuación, ni hay por tanto falta de legitimación pasiva, que deriva de su condición de herederos, ni carencia sobrevenida de objeto, en tanto que la acción civil para reclamar los daños y perjuicios causados por responsabilidad extracontractual no desaparece por mor ni del fallecimiento del presunto autor ni del consiguiente archivo del procedimiento por extinción de la acción pe-

nal a raíz de tal fallecimiento.

Ahora bien, en el recurso y respecto de la demandada Dña. S , se fundamenta la falta de legitimación pasiva, además de en el carácter personalísimo de la deuda, en que no tiene la condición de heredera sino de usufructuaria.

La responsabilidad por las deudas de la herencia recae sobre el heredero, que es el propietario de los bienes y derechos que integran el caudal hereditario. La discusión surge cuando coexisten dos titularidades reales sobre los mismos bienes, lo que hace necesario especificar a quien corresponde hacer frente a dichas deudas y qué sucede si es preciso enajenar bienes para hacer frente a las mismas.

La doctrina considera mayoritariamente que el usufructuario de parte de la herencia o de toda ella es legatario (cfr. en el mismo sentido la STS de 20 de octubre de 1987 y la STSJ Galicia de 18 de noviembre de 2014). Como principio, dado que el usufructuario es legatario y no sucesor a título de heredero, no debería

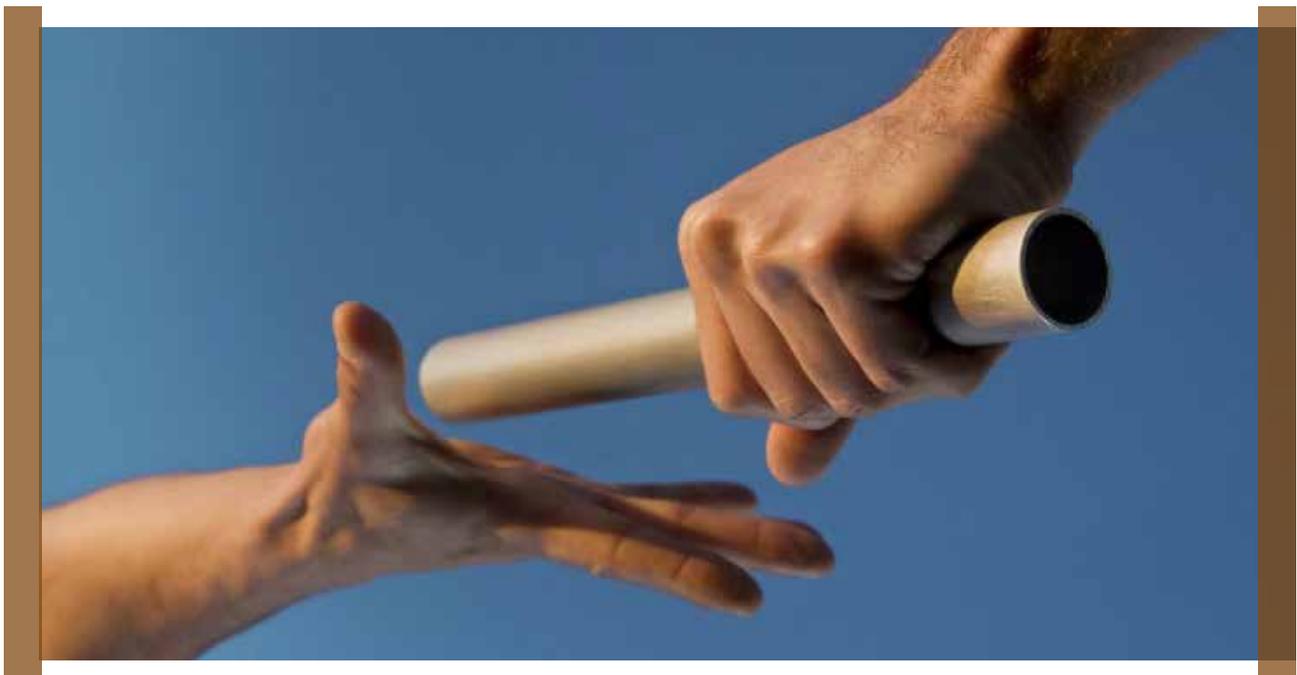
responder de las deudas hereditarias, puesto que corresponden al heredero, a no ser que no haya suficientes bienes para hacer frente a las mismas, en cuyo caso se reducirían los legados -o bienes usufructuados-, conforme a lo previsto en el art. 510 del CC.

En todo caso, los acreedores deben reclamar judicial o extrajudicialmente el pago al heredero nudo propietario, al no existir una responsabilidad directa del usufructuario.

No obstante, ello no supone que la usufructuaria no deba ser llamada a juicio. Así, la STS de 20 de septiembre de 1982 , en un supuesto en que la acción se dirigió únicamente contra el hijo del causante y único heredero del mismo, obviando a la viuda usufructuaria universal, declaró: " al haberse prescindido del llamamiento edictal solicitada por la entidad accionante y ordenada oportunamente por el Juez, se ocasionó vulneración trascendental de forma y el desconocimiento de un principio esencial del procedimiento (el de audiencia bilateral, conforme al brocardo "nemo

inauditus damnari potest"), dificultando la intervención en el debate, por lo pronto, del cónyuge superstite, heredero forzoso aunque su legítima haya sido pagada mediante legado, o de otros posibles interesados, tanto más que tampoco consta que el mencionado testamento rijan la sucesión del causante y que si bien la viuda no puede ser condenada al pago del pasivo de la herencia y menos aún imponerle una responsabilidad "ultravires", es preciso que sea convocada al litigio en que se reclamen deudas contra el haber hereditario de su consorte, por tener un interés directo en el mismo, al poder ver mermado el contenido de su cuota usufructuaria (sentencia de 28 de octubre de 1970), lo que excluye la posibilidad de que el hijo -demandado "nominatim" en su concepto de fiador y no en otro- asuma válidamente por su unilateral manifestación referida la representación voluntaria de la herencia ".

En consecuencia, la impugnación debe ser estimada en orden a absolver a la code demandada de la pretensión deducida."



Reflejo judicial de la pesadilla en que puede convertirse un entrenamiento deportivo, realizando una chica de 16 años ejercicios en cama elástica, en él sufre un accidente hiperextensión forzada de rodilla de la pierna derecha. Tras la cual, en un centro médico de resultados de no practicarle las pruebas diagnósticas complementarias aconsejables con el consiguiente retraso en el diagnóstico fue finalmente precisa la amputación de la pierna por encima de la rodilla; así se recoge en Sentencia nº 73/2017, de 16 de marzo, del Juzgado de lo Penal nº 3 de Vigo:

“...deportiva, por entender que las mismas no son imputables al acusado, y por tanto no podrán tenerse en cuenta a la hora de fijar las responsabilidades civiles. Pues bien entiende esta juzgadora que dicha tesis carece de virtualidad, en la medida en que las meras hipótesis, no objetivadas, no pueden ser tenidas en cuenta, y para ello solo hay que acudir al concepto de secuela, sobradamente conocido, y que define la misma como las deficiencias físicas, intelectuales, orgánicas y sensoriales, y los perjuicios estéticos que derivan de una lesión y permanecen, una vez finalizado el proceso de curación, estando en este caso las mismas objetivadas a través del informe Médico-Forense de Sanidad obrante en autos.

Expuesto lo anterior, en primer lugar, y a través del Informe Médico-Forense de Sanidad, obrante a los folios 1156 y 1157 de autos, debidamente ratificado en el acto de la vista y no impugnado de adverso, ha de entenderse acreditado que la paciente D^a. I invirtió en la curación de sus lesiones un total de 292 días, de los cuales 13 días fueron de hospitalización, 252 de carácter impeditivo y 27 de carácter no impeditivo. Aplicando de forma orientativa dicho Baremo, y teniendo en cuenta que 3 de los días de hospitalización la paciente permaneció en la UCI, 10 días en la cantidad de 75 euros, 252 días en 52 euros, y los 27 días no

impeditivos en 30 euros, por lo que resultaría, salvo error u omisión, una cantidad total de 14.964 euros, que constituiría en palabras del nuevo Baremo el perjuicio personal particular de la perjudicada.

Asimismo ha quedado acreditado, a través del Informe médico-Forense que a la perjudicada le restan las siguientes secuelas:

- amputación supracondílea del miembro inferior derecho, amputación de fémur unilateral a nivel diafisario, a valorar en grado muy importante (50-60 puntos).
- Trastorno depresivo reactivo en grado leve. (5-10 puntos)
- Perjuicio estético importantísimo dinámico y estático (amputación y cicatriz de 17 X 1cm), (3-50 puntos)

A la vista de dicho Informe, y teniendo en cuenta la intensidad y gravedad de las mismas, desde el punto de vista anatómico-funcional, se estima adecuado valorar la secuela de “amputación supracondílea del miembro inferior derecho, amputación de fémur unilateral a nivel diafisario, en grado muy importante” en 60 puntos, y la secuela “Trastorno depresivo reactivo en grado leve” en 7 puntos, lo que aplicando la fórmula prevista para el caso de secuelas concurren-

tes, nos daría un total de 63 puntos, lo que atendida la edad de la perjudicada y acudiendo a las correspondientes tablas de Baremo resultaría una cantidad de 163.319,32 euros.

Por su parte, y respecto del “perjuicio estético importantísimo dinámico y estático (amputación y cicatriz de 17 X 1cm)”, se estima adecuado valorar el mismo en 50 puntos.

Acudiendo a las correspondientes tablas del Baremo, resultaría por este concepto una cantidad de 111.149,10 euros.

En relación al concepto de intervención quirúrgica, que se contempla en la nueva regulación, atendido el carácter de la operación y las complejidades técnicas, se estima adecuada la cantidad interesada por la acusación particular de 1.100 euros.

Respecto al daño moral complementario a la secuela, la nueva normativa contempla dicho daño moral en el artículo 105 resultando el mismo aplicable, entre otros casos, cuando una sola secuela alcance al menos 60 puntos, como es el caso de autos. En el caso de la perjudicada atendida la extensión e intensidad del perjuicio psicológico, orgánico y sensorial, así como la edad de la lesionada, se entiende totalmente ajustada a derecho la cantidad interesada por la acusación particular, de 96.000 euros.

En relación al perjuicio moral por pérdida de calidad de vida, y atendida la Tabla 2B de la Ley, se entiende que atendida la afectación de las secuelas en la calidad de vida de la perjudicada, al perder la misma su autonomía personal para realizar algunas actividades esenciales, así como profesionales, ha de fijarse como perjuicio grave. En este sentido hay que matizar que la misma se dedicaba al deporte de élite, por lo que esta circunstancia le va a limitar no solo en el desenvolvimiento de su vida diaria sino también en el aspecto profesional, puesto que Isidora tal y como ha manifestado en el acto de la vista, quiere seguir dedicándose, aun cuando no sea al mismo nivel, a la actividad deportiva, y ello conllevaría, además, limitaciones para trabajar en actividades con deambulación constante, estar de pie y en numerosas actividades físicas, por lo que atendiendo a lo anteriormente expuesto y a la edad de la perjudicada, se entiende adecuado fijar, dado que la indemnización que oscila entre 90.000 y 150.000 euros, en este concepto la cantidad de interesada por la acusación particular de 100.000 euros .

En relación a las prótesis, se ha centrado la discusión, en el acto de la vista, en la necesidad de la prótesis deportiva, necesidad que, a la vista de la prueba practicada, entendemos ha quedado debidamente acreditada. Contamos en este sentido con el Informe Pericial de D. A , quien tras afirmarse y ratificarse en el mismo, explica en el acto de la vista que basa la necesidad de dicha prótesis, tal t como se refleja en su Informe, en la edad de la perjudicada y su futuro deportivo, a fin de que la amputación no constituya obstáculo para que la paciente siga practicando deporte. Añade que los com-

ponentes de dicha prótesis deportiva están fabricados para soportar grandes cargas, ya que las fuerzas que actúan sobre la misma son mucho mayores durante la carrera que cuando se camina y la devolución de energía también tiene que ser mucho mayor. Mantiene, además, que ambas prótesis tienen prescripción facultativa, fueron prescritas por el médico rehabilitador, y sostiene de forma razonada y coherente que, en el caso de I , la prótesis Genium 3 permite alguna actividad deportiva pero siempre acompañada del pie, explicando que, en el caso de Isidora y por el nivel de su amputación, queda un espacio pequeño para la utilización del pie, y el pie que utiliza la prótesis Genium no cabe.

Dicho Informe no ha sido desvirtuado de adverso, en la medida en que, por una parte, la perito propuesta por la aseguradora, D^a. Diana , tras ratificarse en su informe, y mantener que considera que la Genium 3 es adecuada para realizar deporte, reconoce que en las prótesis hay que tener en cuenta el muñón femoral, siendo el pie tritón el adecuado para la actividad deportiva, admite que no examinó a la paciente, ni habló con ella ni con su familia, que no sabe quién le indicó la prótesis ni consultó los informes de rehabilitación, para finalizar señalando que "no tiene experiencia como protésica, y que "no sabe si ahora o en el futuro lo necesitará pero cree que no".

En igual sentido el perito propuesto por la aseguradora D. P mantiene, en el acto de la vista, que no incluye en su Informe la prótesis deportiva porque considera que está incapacitada para hacer deporte, en la medida en que desde la caída estaría imposibilitada ya para la realización de ac-

tividades deportivas, sin embargo también reconoce que no vio a la paciente ni tampoco el Informe Forense de alta.

En relación a la indemnización de las prótesis , y partiendo del dato de que la indemnización por este concepto ha de ser probada, contamos con el Informe Pericial de D. A ... en el que calcula los costos de la misma, sobre la base de 65 años de uso de la misma, optando por un sistema de capitalización a efectos de determinar el importe que va a precisar la lesionada a lo largo de su vida, así como su necesidad, periodicidad y cuantía de los gastos, sistema que atendiendo al principio de integración de la indemnidad de la perjudicada y en evitación de nuevos procesos judiciales, se estima adecuado en el caso concreto .

Acreditada la necesidad de ambas prótesis, y la periodicidad y cuantía de los gastos, a través del referido Informe, hemos de concluir que respecto de la prótesis Genium, tras analizar cada uno de los componentes, su vida media y nº de unidades que necesitará la paciente, el importe total resultante sería de 1.168.642 euros. Respecto de la prótesis deportiva, atendiendo, tal y como se consigna en el Informe, a que todos sus elementos tienen una vida útil de 2 años, marcada por los fabricantes, se llega a un cálculo global por este concepto de 485.875 euros.

Atendiendo a lo anteriormente impuesto el acusado deberá indemnizar a D^a. I en la cantidad total, salvo error u omisión, de 2.154.684,73 EUROS , así como en las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia por los gastos previsibles de asistencia sanitaria, y en el perjuicio patrimonial por incremento de costes de movilidad,

Interesante, la Sentencia nº 87/2017, de 14 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª - procedimiento de Jurado -, que además de realizar un resumen sobre el daño moral y el principio "res ipsa loquitur", resuelve la alegación del apelante -condenado por asesinato- sobre la indemnización o responsabilidad civil, la desestructuración familiar del fallecido, sin trabajo, dedicado a la chatarra, soltero, enfermo de sida:

"En definitiva, puede establecerse que el derecho de los hermanos a ser indemnizados, ha de ceder, como regla, en los casos en que haya parientes más cercanos con derecho a ellos. Como excepción puede sostenerse aquellos casos en los que las relaciones fraternales fueran particularmente intensas de modo que la aflicción derivada de la muerte del hermano sea especialmente destacable, más allá de la que pueda ser considerada como normal en el ámbito de las relaciones familiares.

Cierto que en alguna ocasión la Sala Segunda -STS 861/2009, de 15 de julio, FJ 5º, roj STS 5419/2009 - también ha hablado de que "el dolor por la muerte de un ser querido salvo en el supuesto de ruptura acreditada y "ex ante" de toda relación de afectividad, se presume y que el denominado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados, porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuan-

do fluye de manera directa y natural del relato histórico (STS 1490/2005)". Afirmaciones que hay que entender en el contexto en que se producen, destacado en el mismo Fundamento por la propia Sentencia, a saber: en una situación en que el Tribunal de instancia había justificado dicho daño moral " in extenso a lo largo de los cuatro folios que dedicó a esta cuestión y con cita de los elementos probatorios que justificaron las distintas cantidades dando cabal y cumplida respuesta a



las exigencias legales contenidas en el art. 115 CPenal ”.

Repite los términos supra transcritos de la STS de 27 de noviembre de 2003 el FJ 10º de la STS 879/2005, de 4 de julio (roj STS 4443/2005), confirmando especial trascendencia al hecho de que los hermanos del fallecido estén personados en la causa ejerciendo la acusación particular (en idéntico sentido el ATS 630/2013, de 14 de marzo, roj ATS 3067/2013, FJ 5º.C). Y sobre este concreto extremo precisa el ATS 1319/2014, de 10 de julio -roj ATS 7398/2014 -, ” que el personamiento de los hermanos de la víctima al efecto de ejercitar acciones civiles en el proceso penal es requisito necesario para conceder una indemnización a su favor según la jurisprudencia de esta Sala ” (FJ 4º.C)

Postulados éstos que perviven en nuestra más reciente legislación -dicho sea solo a mayor abundamiento, dada su no aplicabilidad al caso por razón del momento en que acaecen los hechos-, de la que es expresión el art. 2.b.2º de la Ley 4/2015, del Estatuto de las Víctimas del Delito, en conexión con el art. 109 bis LECrim, cuando considera víctima indirecta a los hermanos, solo en defecto de cónyuge, descendientes, progenitores, etc....

Pero lo que es más importante -dado el carácter puramente orientativo de los Barremos en caso de delitos dolosos-, la Sentencia, aunque sí valora la relación de convivencia de la madre con D. D., no justifica en absoluto la afectio de la víctima con sus dos hermanos mayores de edad: exigencia de motivación tanto más necesaria cuando se declara probado que dichos hermanos no convivían con D. D., ni consta relación alguna de

dependencia respecto de él. Justificación particularmente inexcusable respecto de uno de los hermanos del fallecido, D. J R, quien ni siquiera se ha personado en la causa como acusador particular. En definitiva: el daño moral de los hermanos no fluye de manera natural del relato histórico, como para poder afirmar, sin más, su padecimiento moral.

No obstante, la Sala sí ha de discriminar claramente la situación de Dª. D y de D. J R: la primera actúa como acusadora particular y, respecto de ella, se puede razonablemente establecer, a la vista de lo manifestado en el acto del juicio por su madre y por la propia Dª D , que la víctima tenía una buena relación con su hermana, un contacto directo y continuo con ella -vivían en la misma localidad. Lo que hace que esta Sala, con la minoración a la que luego se aludirá para la madre y la hermana en aplicación del art. 114 CP , estime ajustado a Derecho reconocer como acreditado su daño moral y proceder a su resarcimiento.

A distinta conclusión hemos de llegar respecto de la indemnización por daño moral otorgada a D. J R, que no la juzgamos conforme a Derecho por la lisa y llana razón de que, más allá de la mera relación de parentesco, ni consta ni se alega -de hecho la impugnación de la acusación particular se refiere solo a Dª. J M y a su madre- dato alguno de afectio, relación o dependencia de D. J R con su hermano fallecido: no aplicable de forma automática la doctrina in re ipsa loquitur , pues ” la inferencia del daño moral exige una cierta imputación objetiva del mismo ” -es experiencia nada insólita la realidad de hermanos que carecen de relación o que incluso tienen enemis-

tad o desafección-, no encontramos sustento en el factum ni en las actuaciones que nos permita explicitar la causa de tal indemnización, ni, en consecuencia, la procedencia de acordarla en recta razón, y de acuerdo con las exigencias de la lógica y la justicia (STS 225/2017, de 30 de marzo , FJ 9º.5, roj STS 1206/2017).

El motivo es estimado.

En su virtud, la Sala, repara en que, para la cuantificación del daño moral, 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 STS, 2ª, de 10 de junio de 2014 (ROJ STS 2498/2014), ”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)”. Así lo recuerda también recientemente el ATS 932/2017, de 1 de junio -roj ATS 6819/2017 -, cuando dice (FJ 10º):

”Nuestra jurisprudencia destaca que la exigencia de identificar las bases indemnizatorias puede resultar insuperable cuando se trata de la indemnización por daño moral, pues los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba que les permita cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente. Los daños morales no es preciso que tengan que concretarse con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para la víctima y de la necesidad de integrarlo en su

experiencia vital, sin más parámetro para la evaluación de su alcance - cuando no hay alteraciones médicamente apreciables- que la gravedad de la acción que lesionó al perjudicado, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima (STS 1004/2016, de 23 de enero de 2017).”

Resultado de esa “evaluación global” de la reparación debida a las perjudicadas y ponderando las circunstancias relevantes en la producción del daño y las concurrentes

en los ofendidos por el delito (gravedad de los hechos, edad del fallecido, parentesco de los beneficiarios, relación acreditada de éstos con D. Dy contribución de la víctima en la producción del perjuicio), el Tribunal cuantifica la indemnización que corresponde por el daño moral inferido a su madre, D^a. C , en la cantidad de ochenta mil euros (80.000 €). D^a. D deberá ser indemnizada en la cantidad de diez mil euros (10.000 €). En ambos casos dichas cantidades deberán ser incrementadas con los intereses moratorios del art.

576.2 LEC,” que se devengarán a partir de la fecha de la sentencia de primera instancia , en la que establece por primera vez el daño indemnizable, cuya cuantificación económica se ha llevado a cabo mediante la aplicación de los criterios establecidos en la presente sentencia” (criterio aplicado, v.gr., en la STS, 1^a, 538/2014, de 30 de septiembre, FJ 7^o in fine, roj STS 3847/2014 , en un caso en que la Sala de casación también minoró la cuantía de la indemnización concedida en primera instancia).”

Con elegancia, la Sentencia de la Sala 1^a del Tribunal Supremo nº 199/2018 de 10 de abril, establece como no exonera de la imposición de los intereses descritos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro la oposición de la aseguradora en base a una cláusula que incumple los requisitos exigidos por el Art. 3 de la referida Ley:

“La cláusula controvertida no planteaba ninguna duda interpretativa, sino que fue declarada ineficaz y no vinculante en ambas sentencias porque, tratándose de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, no cumplía las formalidades exigidas por el artículo 3 de la LCS. Podría valorarse en qué medida puede aceptarse que la aseguradora se beneficie del artículo 20.8 cuando las dudas sobre la cobertura no son dudas interpretativas de las cláusulas del contrato sino falta de cumplimiento de las formalidades del artículo 3, de la LCS. Pero esta valoración no puede llevar a otra conclusión que la de negar a la aseguradora la causa

justificada que invoca para no haber pagado ni consignado indemnización alguna en la forma que previene el artículo 20, tratándose de una cláusula que no cumple con los requisitos del artículo 3 y que este incumplimiento es directamente imputable a la aseguradora, razón por la que se la expulsó del contrato, como si no se hubiera incorporado al mismo.

No estamos, en definitiva, ante un ordenado asegurador, que teniendo conocimiento del siniestro, habría satisfecho u ofrecido la indemnización pertinente, valorando la probabilidad de que los tribunales hubieran apreciado la causa de nulidad, sin perjuicio

de cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho («conducta acrisolada», dice la sentencia 206/2016, de 5 de abril), ni tampoco se puede inferir que se haya originado una situación de incertidumbre sobre la cobertura del siniestro cuando fue la propia aseguradora la que contribuyó a crearla al incumplir lo que le obligaba el artículo 3 de las LCS, y ello impide apreciar la causa justificada que estimó concurrente la sentencia.”

Días más tarde, el 23 de abril de 2018, la propia Sala, la Sentencia nº 223/2018, ante el ejercicio por la aseguradora del derecho de repetición tras una condena por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, en el entorno del Seguro Voluntario, confirma la condena del asegurado por cumplirse por la cláusula limitativa en que se fundaba la reclamación todos los requisitos del Art. de la 3 LCS.:

“La sentencia núm. 402/2015, de 14 de julio, formula doctrina, que ha sido reiterada entre otras por la núm. 76/2017, de 9 febrero, en el siguiente sentido: a) La exigencia de que las cláusulas limitativas de derechos figuren «destacadas de modo especial», tiene la finalidad de que el asegurado tenga un conocimiento exacto del riesgo cubierto. La jurisprudencia de esta Sala exige que deben aparecer en las condiciones particulares y no en las condiciones generales, por más que, en estas últimas declare conocer aquéllas, como advierte la STS de 1 de octubre de 2010, RC 2273/2006, entre otras. La redacción de las cláusulas debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad y sencillez, y deben aparecer destacadas o resaltadas en el texto del contrato; y b) En cuanto a la exigencia de que las cláusulas limitativas deban ser «especialmente aceptadas por escri-

to», es un requisito que debe concurrir cumulativamente con el anterior (STS de 15 de julio de 2008, RC 1839/2001), por lo que es imprescindible la firma del tomador y la firma no debe aparecer solo en el contrato general, sino en las condiciones particulares que es el documento donde habitualmente deben aparecer las cláusulas limitativas de derechos. La STS de 17 de octubre de 2007 (RC 3398/2000) consideró cumplida esta exigencia cuando la firma del tomador del seguro aparece al final de las condiciones particulares y la de 22 de diciembre de 2008 (RC 1555/2003), admitió su cumplimiento por remisión de la póliza a un documento aparte en el que aparecían, debidamente firmadas, las cláusulas limitativas debidamente destacadas. En ningún caso se ha exigido por esta Sala una firma para cada una de las cláusulas limitativas.

Dicha doctrina, aplicada al caso, nos lleva a considerar que se han cumplido las exigencias del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro y que, en consecuencia, el tomador conocía dicha limitación establecida para el caso de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, ya que la cláusula en cuestión aparecía en las condiciones particulares, se destacaba en negrita el lugar que ocupaban las «cláusulas limitativas», así denominadas en el contrato, y todas ellas aparecían aceptadas mediante la firma del tomador al pie de las condiciones particulares. De ahí que, aun cuando esta sala considera como limitativa de los derechos del asegurado dicha cláusula, el cumplimiento de los requisitos impuestos por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro hace que la misma sea oponible y genere el derecho de repetición que fundamenta la interposición de la demanda.”

Hallamos en el Auto nº 119/2018, de 10 de mayo, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cádiz un feliz ejemplo de aplicación - orientadora - del Art. 135 de la Ley 35/2015:

“Partiendo de las anteriores circunstancias de hecho, consideramos que pueden ser utilizados como criterios para la resolución del litigio, los establecidos por la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro

en la Circulación de Vehículos de Motor, tras la reforma operada en la misma por la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, que si bien no es aplicable por razones temporales al accidente origen de los presentes

autos, pueden servir de orientación para resolver supuestos similares; el artículo 135 de la referida Ley, en relación con los traumatismos menores de columna vertebral, dispone que se indemnizarán como



lesiones temporales siempre que la naturaleza del hecho lesivo pueda producir el daño de acuerdo con los criterios de causalidad genérica siguientes:

- a) De exclusión, que consiste en que no medie otra causa que justifique totalmente la patología.
- b) Cronológico, que consiste en que la sintomatología aparezca en tiempo médicamente explicable. En particular, tiene especial relevancia a efectos de este criterio que se hayan manifestado los síntomas dentro de las setenta y dos horas posteriores al accidente o que el lesionado haya sido objeto de atención médica en este plazo.
- c) Topográfico, que consiste en que haya una relación entre la zona corporal afectada por el accidente y la lesión sufrida, salvo que una explicación patogénica justifique lo contrario.
- d) De intensidad, que consiste en la adecuación entre la lesión sufrida y el mecanismo de su producción, teniendo en cuenta la intensidad del accidente y las demás variables que afectan a la probabilidad de su existencia.

Conforme a lo expuesto y dado que en el caso de autos no concurre el criterio de exclusión en dos de los demandantes pues padecen lesiones degenerativas que pueden

explicar los dolores que manifiestan y tampoco el criterio de intensidad pues la colisión ocurrida fue de una evidente levedad, de una intensidad mínima e incluso puede decirse que salvo la primera asistencia médica inmediata tras el accidente en las que únicamente consta la manifestación subjetiva de dolores cervicales, no constan unas asistencias posteriores continuadas que permitan constatar claramente la concurrencia del criterio cronológico, consideramos que al no concurrir tres de los cuatro criterios establecidos legalmente, debemos mantener la resolución de instancia que considera no acreditada la relación causal discutida.”

Muestra cierta de que distintas jurisdicciones de distintos órdenes jurídicos-, por más que una transversalidad entre ellas sea inevitable, o incluso que un Magistrado a lo largo de su vida laboral desarrolle esta en jurisdicciones diversas- observan su normativa y alcanzan conclusiones propias, es la sentencia nº 821/2017, de 14 de diciembre, de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona:

“La declaración de incapacidad permanente por accidente de trabajo derivado de trastorno depresivo mayor realizada en la jurisdicción social no permite que se deba concluir que el actor sufrió un accidente en los términos del contrato de seguro que motive que la demandada deba abonar la indemnización prevista, por cuanto se trata de un orden jurisdiccional distinto que resuelve en atención a principios y normas diferentes, con una finalidad diversa aunque para alcanzar la decisión debieron valorarse aspectos fácticos coincidentes con los que son objeto de este procedimiento.

Así, pese a la calificación realizada en el orden social debe atenderse a los términos del contrato de seguro suscrito entre las partes, puesto que el concepto de accidente de trabajo no se corresponde con el concepto de accidente que motiva el derecho del asegurado a percibir la indemnización por incapacidad permanente.

De la documentación correspondiente al expediente del actor remitido por la Secretaría de Salud Pública resulta que el actor fue diagnosticado en septiembre de 2011 de trastorno depresivo mayor, que el 4 de diciembre de 2012 se realizó propuesta de incapacidad permanente temporal por trastorno depresivo mayor recurrente grave, y que el 17 de enero de 2014 se dice que persistía estado depresivo importante con conductas regresivas. En diferentes informes se dice que en 2009 el actor empezó con un conflicto laboral que cumplía los criterios de acoso laboral, y que por ello inició tratamiento farmacológico y grupal (grupo de estrés laboral), con estado de-

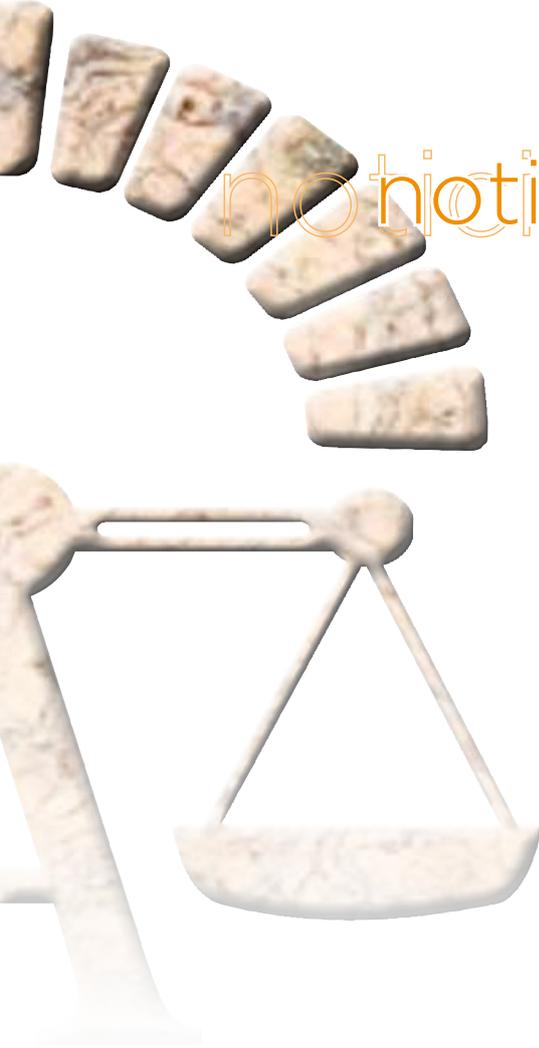
presivo importante; que según refería el actor su situación apareció como consecuencia de una situación laboral altamente estresante, y que el acoso permanecía aunque estaba de baja; que al retornar al trabajo sufrió una crisis de angustia. También consta un informe de la unitat de salut laboral de Barcelona en que se dice que las hipótesis técnicas más probables son que el actor ha estado expuesto desde 2006 a una situación catalogable como conductas hostiles sistemáticas generadas por dos de sus jefes.

En el informe psiquiátrico y psicociolaboral del actor emitido por médico psiquiatra se dice que sufrió unos comportamientos en el trabajo que le han generado un trastorno adaptativo y depresión mayor grave, que en el inventario de acoso laboral obtuvo una puntuación sugestiva de haber sufrido conductas y situaciones de acoso laboral.

El informe pericial de la demandada dice que el actor padece una depresión mayor que le incapacita totalmente para cualquier actividad laboral y que es una enfermedad derivada de accidente de trabajo, y concluye que siendo un tema jurídico y no médico en base a las condiciones de la póliza de seguro la enfermedad no estaría cubierta por la póliza. En el acto de la vista el perito declaró que el actor padeció dos antecedentes de depresión y que luego en 2009 hizo un cuadro depresivo más grave relacionado con el trabajo; asimismo manifestó que no se había acreditado que el hecho que motivó la declaración de incapacidad permanente cumpliera los requisitos de accidente conforme a la póliza.

De lo expuesto resulta que se considera acreditado que el actor sufrió una depresión y que la misma encuentra su origen en la situación laboral padecida. No obstante, si bien es cierto que la depresión fue causada por factores externos y ajenos a la intencionalidad del asegurado, resulta difícil afirmar que la depresión encuentre su origen en una causa violenta súbita. Así, lo que se relata en los informes es una situación prolongada en el tiempo que se vive de forma angustiosa por el actor, sin que se reconozca probada una efectiva situación de acoso laboral, por lo que si bien el origen de la depresión encontraría su origen en una situación externa, siendo la situación laboral el acontecimiento traumático que desencadenaría la depresión, no puede afirmarse que la depresión aparezca de forma súbita sino que se trataría de una patología que se manifiesta de forma progresiva y gradual a causa de una situación angustiosa en el trabajo que se repite en el tiempo, y no por un trauma producido súbitamente en atención a una determinada situación violenta generada en el ámbito laboral, puesto que es el propio actor el que refiere una situación de angustia que se prolonga en el tiempo y acaba provocando una depresión que se cronifica y motiva la declaración de invalidez permanente.

Por tanto, debe concluirse que al no haberse probado que la declaración de incapacidad permanente encuentre su origen en un accidente, procede desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución recurrida.”



→ CELEBRACIÓN EN NERJA DE LAS XIII JORNADAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

Organizadas el pasado día 8 de junio por la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (Vocalía de Málaga) y por la Sección de Responsabilidad Civil y Seguro del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga. Las Jornadas han contado con la colaboración de la Delegación de Torrox del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga y del Ayuntamiento de Nerja, localidad elegida para su celebración.

En el Centro Cultural de la Villa de Nerja se dieron cita numerosos profesionales atraídos por un programa de la máxima calidad, que en esta ocasión ha ofrecido las más recientes novedades en el ámbito de la responsabilidad civil médica y de la responsabilidad civil ex-delicto, materias que han sido expuestas por **Roberto Rivera Miranda**, Juez de Primera Instancia e Instrucción nº4 de Vélez-Málaga y por **Manuel Sánchez Aguilar**, Magistrado de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga.

Por su parte, el abogado, **Gregorio Martínez Tello**, expuso sobre las novedades del concepto de Hecho de la Circulación a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE tras cuya intervención finalizaron las Jornadas con la organización de un "Laboratorio Práctico" sobre el Baremo de la Ley 35/2015, que estuvo moderado por el secretario general de la Asociación, **Javier López y García de la Serrana**.



En el transcurso del acto de Clausura de esta Jornada, tuvo lugar la imposición de la **insignia de Oro** de la Asociación a **Andrés López Jiménez**, Vocal de la Asociación de Andalucía Centro, y de la **insignia de Plata** de la Asociación a los miembros de la Asociación, **Gregorio Martínez Tello**, **Juan Manuel Herrera Rodríguez** y **Juan Carlos Céspedes Villalba**, por su continua contribución a la difusión de la Asociación Española de Abogados especializados en RC y Seguros en la provincia de Málaga.





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

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350

Hacia un baremo del daño sanitario

En el ámbito sanitario valorar el daño es complejo, pues no supone solo baremar –determinar económicamente la pérdida de la vida o de la salud–, sino ajustar esa pérdida a un estado previo en el que existía una predisposición al daño finalmente causado.

Un baremo es, por definición, un conjunto de normas establecido para realizar una valoración. Se trata de una tabla de cálculo en la que, atendiendo a criterios objetivos, se pretende dar uniformidad a las valoraciones del daño corporal.

El baremo por antonomasia, el de la Ley 35/2015, pretende establecer una cifra exacta a la pérdida de la vida, de la integridad física e incluso del lucro cesante.

De ahí que el daño sanitario pueda ser tributario de un baremo. Es decir, que resulta positivo que exista una herramienta que permita al operador jurídico determinar con cierta precisión el valor del daño. Pero al margen de esa baremación “mecánica”, deben existir unos criterios o pautas orientativas que permitan disminuir o incrementar la cifra resultante en función de determinadas circunstancias.

Autor: Eugenio Moure González



*Tu libro en Smarteca,
ahora mucho más que un libro:*

Consulta en las **bases de datos de Wolters Kluwer** todas las referencias legales y jurisprudenciales citadas.

Consulta las condiciones de compra de esta obra en:



tienda.wolterskluwer.es

902 250 500

clientes@wolterskluwer.com

Gijón

Convention Bureau

XVIII

Congreso Nacional Asociación
Española de Abogados
Especializados en Responsabilidad
Civil y Seguro

Jueves día 15

- 13:00 h. Asamblea: Salón de actos de la Biblioteca Municipal (antiguo Banco de España), calle Jovellanos 23, Gijón.
- 16:00 h. Entrega de acreditaciones
- 16:30 h. **Inauguración**
Palacio de Congresos de Gijón. Asistirá la Excmo. Sra. Dña. Encarnación Vicente Suárez, Directora General de Justicia e Interior del Principado de Asturias
- 17:00 h. PRIMERA PONENCIA: "Supuestos de RC amparados por el seguro del hogar"
Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso García,
Magistrado y presidente de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias
- 18:00 h. SEGUNDA PONENCIA: "Más allá del mal llamado baremo sanitario: por una ley de responsabilidad civil médica y sanitaria"
D. Miguel Martín Casals,
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona
- 19:00 h. TERCERA PONENCIA: "La nueva jurisprudencia sobre la prescripción de la RC"
D. Santiago Cavanillas Múgica,
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Baleares
- 20:30 h. Recogida de los autobuses en el Palacio de Congresos
- 21:00 h. Recepción "Espicha tradicional"
Lugar: en Ullagar El Trole,
Ctra. del Trole, 80. 33394 Gijón

Viernes día 16

- 09:30 h. CUARTA PONENCIA: "Interrupción o no del nexo causal por inadecuada asistencia médica en accidentes de circulación"
Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegerberg,
Magistrado, Presidente de la Audiencia Provincial de A Coruña
- 10:30 h. QUINTA PONENCIA: "Reflexiones sobre un Baremo que no es el que tendría que haber sido: sus maleficios resarcitorios y las reformas necesarias"
D. Mariano Medina Crespo,
Presidente de AEAERCS
- 11:30 h. Pausa Café
- 12:00 h. Mesa Redonda (intervención de 30 min. cada ponente más 30 min de debate): "Reclamación previa, oferta motivada y cuestiones procesales en materia de RC automovilística. La Guía de Buenas Prácticas"
 - Ilma. Sra. Dña. M^o Cruz Aparicio Redonda, Magistrada del J^o de 1^o Inst. núm. 11 de Bilbao
 - Ilma. Sra. Dña. M^o José Rivas Velasco, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia n^o 14 de Granada
 - Ilmo. Sr. D. Gonzalo Sancho Cerdá, Magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia de Torrent
- 14:00 h. Almuerzo de trabajo
- 16:30 h. SEXTA PONENCIA: "Elenco de imprudencias dañosas con relevancia criminal"
Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet,
Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo
- 17:30 h. SÉPTIMA PONENCIA: "Configuración actual de las acciones de responsabilidad civil contra administradores sociales"
Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres,
Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
- 18:30 h. OCTAVA PONENCIA: "La RC en el ámbito del Derecho de Familia"
Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana,
Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo
- 19:30 h. Clausura del Congreso. Por la Excmo. Alcaldesa de Gijón
Dña. Carmen Moriyón Entrialgo
- 21:00 h. Recogida por los Autobuses en los hoteles recomendados para traslado a la Cena de Gala
- 21:30 h. **Cena de Gala** con Barra Libre
Lugar: Restaurante Somio Park
Carretera Gijón - Alto del Infanzón,
s/n (Somio), Gijón

Sábado día 17

- 10:30 h. Recogida en los hoteles por los autobuses
- 11:30 h. Visita a Cangas de Onís (primera capital de Asturias) y Covadonga (Basílica y gruta)
- 15:00 h. Comida asturiana en el restaurante Los Arcos de Cangas de Onís

ORGANIZA



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

PATROCINAN



COLABORAN



Directores del congreso:
Javier López y García de la Serrana
José Luis Nava Meana

www.asociacionabogadosrcs.org

902 361 350