

nº 82

Segundo Trimestre. Año 2022



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

**Los gastos permanentes de sustitución de un ama de casa muy especial y sus perjuicios excepcionales**

---

**Responsabilidad civil por accidentes marítimos: Abordaje**

---

**Reclamaciones por daños propios contra las aseguradoras de embarcaciones deportivas o de recreo**

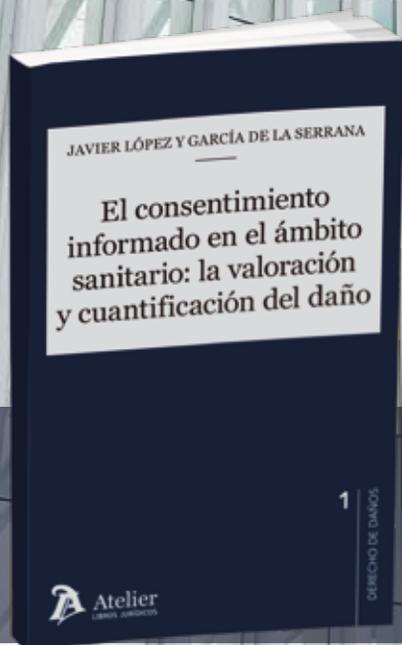
---

[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

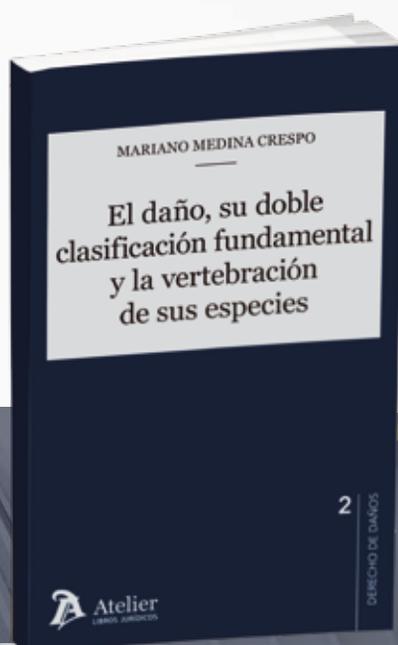
# Nueva Colección

## Cuadernos de Derecho de daños

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



Javier López y García  
de la Serrana  
ISBN: 9788418780226  
Páginas: 212  
Precio: 25 €



Mariano Medina Crespo  
ISBN: 9788418780233  
Páginas: 192  
Precio: 25 €



MªLuisa Atienza Navarro  
ISBN: 9788418780240  
Páginas: 450  
Precio: 49 €



Maren García-Valle Pérez  
ISBN: 9788418780257  
Páginas: 208  
Precio: 25 €



**Atelier**  
Editorial Jurídica

[www.atelierlibrosjuridicos.com](http://www.atelierlibrosjuridicos.com)

**OFERTA  
ESPECIAL  
DE LANZAMIENTO**

**PACK de los cuatro libros por**

**99 €**

(IVA incluido)

Oferta válida hasta el 30 de septiembre



nº82

Segundo Trimestre. Año 2022



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

[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

# SUMARIO REVISTA Nº 82

## EDITORIAL

- A propósito del seguro obligatorio de viajeros

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

## DOCTRINA

- Los gastos permanentes de sustitución de un ama de casa muy especial y sus perjuicios excepcionales

*Mariano Medina Crespo*.....11

- Responsabilidad Civil por accidentes marítimos: Abordaje

*Jose Domingo Monforte*.....37

- Ley aplicable a las reclamaciones por daños propios contra las aseguradoras de embarcaciones deportivas o de recreo. Los tribunales ante el artículo 406 de la ley 14/2014, de navegación marítima

*Juan E. Montenegro Martínez*.....43

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 29 de marzo de 2022.

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** el seguro de responsabilidad civil no cubre el incumplimiento por suministro de productos defectuosos fabricados por una empresa del grupo de la asegurada. Desestimación de la acción indemnizatoria que formula la asegurada frente a su aseguradora, al considerarse por el Tribunal Supremo que la póliza no garantiza la correcta ejecución de la prestación objeto de un contrato entre el asegurado y un tercero en el ámbito de la actividad empresarial o profesional de aquel, sin que ello suponga una desnaturalización de la cobertura del seguro.....51

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª), de 20 de abril de 2022

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Se reconoce el derecho de un trabajador a la percepción de una indemnización en concepto de resarcimiento por los daños morales causados por la actuación empresarial vulneradora de derechos fundamentales, en concreto, de su garantía de indemnidad, una vez declarada la nulidad del despido. Se rebaja la cantidad indemnizatoria solicitada de 150.000 euros a 60.000 euros, que se considera ajustada para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infligido al trabajador, a la vez que puede resultar disuasoria de futuras posibles conductas de ataque a los derechos fundamentales de los trabajadores.....63

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 27 de abril de 2022.

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** Se declara prescrita la acción resarcitoria ejercitada frente a la conductora demandada, al considerar como día inicial del cómputo del plazo de prescripción, la fecha de notificación al demandante de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ que desestimó el recurso de suplicación que había interpuesto contra la sentencia desestimatoria de su demanda contra el INSS, pretendiendo que se declarase su incapacidad permanente absoluta o invalidez permanente total. La interrupción del plazo prescriptivo frente a la aseguradora mediante reclamación extrajudicial no extiende sus efectos a su asegurada. Se trata de acciones, derechos y obligaciones diferentes. **79**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 30 de junio de 2022

**RESPONSABILIDAD CIVIL:** La interposición de una diligencia preliminar para la obtención de la historia clínica no constituye una acción idónea a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la actuación sanitaria, al igual que tampoco lo es la presentación de un escrito limitado a comunicar la intención de interrumpir la prescripción al amparo del artículo 1.973 del CC, por no constituir la acción idónea para ello. **89**

## PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por *José María Hernández-Carrillo Fuentes*..... **103**

## PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

La Responsabilidad Penal y Civil del Compliance-Officer en Alemania

Por *Lutz Carlos Moratinos Meissner*..... **129**

**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 de Honor), Javier López y García de la Serrana (Presidente), Andrés Cid Luque (Vicepresidente), José Manuel Villar Calabuig (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, Juan Manuel Rozas Bravo, 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, Xavier Coca Verdaguer, Lutz Carlos Moratínos, Francisco José Ledesma de Taoro y Sergio García-Valle Pérez.*

**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 (†), Antonio Salas Carceller, José Luis Seoane Spiegelberg, Antonio del Moral García, Pedro José Vela Torres y José Pérez Tirado.*

**GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:**

*Juan Antonio Xiol Ríos, Mariano Medina Crespo, Javier López García de la Serrana, Andrés Cid Luque y José María Hernández-Carrillo Fuentes.*

**DISEÑO:**

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

**IMPRIME:**

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

**D.L. GR-1228/02  
ISSN 1887-7001**



[asociacionabogadosrcs.org](http://asociacionabogadosrcs.org)

## A propósito del seguro obligatorio de viajeros

por Javier López y García de la Serrana  
Director

Siendo conscientes de que las vacaciones conllevan un aumento del uso de los medios de transporte público, lo que provoca igualmente el aumento del riesgo de sufrir un accidente en alguno de los viajes realizados, no está de más detenernos a comentar algunos de los aspectos más destacables del llamado seguro obligatorio de viajeros, para de este modo poder refrescar lo que todos ya sabemos sobre el mismo, pero desde un punto de vista totalmente práctico y quizás más crítico.

Comenzaremos así por acercarnos a la regulación del mismo, recordando que el seguro de viajeros cubre los riesgos que sufran los viajeros por lesiones corporales según lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, disponiendo que gozarán de la protección del mismo las lesiones corporales que sufran éstos a consecuencia directa de choque, vuelco,

alcançe, salida de la vía o calzada, rotura, explosión, incendio, reacción, golpe exterior y cualquier otra avería o anomalía que afecte o proceda del vehículo. Concretamente, el artículo 8 dispone además que como norma general serán protegibles los accidentes acaecidos durante el viaje y los ocurridos, tanto antes de comenzar éste, una vez que el vehículo hubiera sido puesto a disposición de los viajeros para utilizarlo, como los inmediatamente sobrevenidos después de terminar, siempre que, al producirse, el asegurado se encontrara en dicho vehículo». Y el artículo 9 finalmente indica que la protección del seguro no alcanzará a los asegurados que provoquen los accidentes en estado de embriaguez o bajo los efectos de drogas, estupefacientes o estimulantes o mediante la comisión de actos dolosos.

Podemos destacar así como primera característica que define a este tipo de seguro, su carácter objetivo, por cuanto la garantía ofrecida por el mismo es independiente a la existencia o no de un motivo de reproche culpabilístico frente al transportista o porteador, puesto que el presupuesto necesario para que el mismo entre en juego es simplemente la existencia de un incidente sufrido por el pasajero en alguna de las circunstancias previstas en la norma, sin que sea necesario por tanto probar la existencia de culpa alguna en la causa que ha originado sus daños. Así, ya la sentencia del Tribunal

Supremo, de 8 de octubre de 2010, estableció que la responsabilidad del transportista lo es con independencia de la culpa o negligencia del conductor, bastando con acreditar la condición de viajero y que los daños corporales derivan de alguna de las causas previstas en el artículo 7 del RD que lo regula para ser indemnizado. Y también la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011, en un supuesto similar estableció de forma clara cuáles son los requisitos para poder aplicar la garantía cubierta por este seguro: *« que la póliza se encontraba vigente al producirse el accidente, que este ocurrió durante el viaje (artículo 8 RDSOV), que la recurrente estaba en posesión del título de transporte, y que los daños corporales sufridos por la perjudicada tuvieron su causa en alguna de las que enumera el artículo 7 RDSOV -frenazo brusco del autobús en que viajaba -, todo lo cual es bastante para que la recurrente se constituyera en acreedora del derecho a percibir indemnización con cargo a dicho seguro al ser el SOV, por su naturaleza de seguro de personas, un seguro en el que el derecho del perjudicado a ser indemnizado por el daño personal sufrido deriva de la simple concurrencia del hecho objetivo del accidente, al margen de la posible culpa del conductor del vehículo en que viaja, que además, como seguro de suma, tampoco se encuentra sujeto a la exigencia de indemnización concreta del daño, ni a la prohibición de enriquecimiento injusto del artículo 26 LCS, ni a las reglas que rigen el abono de la indemnización en caso de seguro múltiple ( art. 32 LCS ), resultando compatibles en el ámbito de los seguros de personas el aseguramiento múltiple y cumulativo del mismo riesgo».*

Detengámonos también en otro aspecto destacable de este seguro y el cual viene siendo objeto de discusión en los distintos foros doctrinales, me refiero a la cuestión sobre la actualización de las cuantías indemnizatorias previstas en el propio baremo contenido en el Real Decreto que regula el seguro obligatorio de viajeros. Así, indica el Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de octubre de 2010, siendo ponente **JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA**, que las cuantías previstas en el baremo del anexo contenido en el RD deben ser actualizadas, fijando como fórmula correcta para dicha actualización la aplicación del incremento experimentado por el índice de precios al consumo (IPC), desde la fecha de publicación del citado RD 1579/1989, el 28 de diciembre de 1989, hasta su completo pago. Del mismo modo han sido muchas las sentencias de Audiencias

Provinciales que han seguido las pautas marcadas por la Sala Primera amparándose en la necesidad de resarcir íntegramente el daño causado, actualizando para ello el valor de las cuantías fijadas en la norma, siendo ejemplo de tales sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 16 de febrero de 2016, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de octubre de 2018, sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de febrero de 2019, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de julio de 2020, sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de junio de 2020 o sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de junio de 2020, entre otras. Destaquemos aquí el argumento ofrecido por la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 16 de febrero de 2016 por cuanto considera que dado el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma es evidente que las cuantías contenidas en el baremo deben ser actualizadas y que si antes pudiera no haberse actualizado por ser el Consorcio de Compensación de Seguros quien se hacía cargo del pago de las mismas, ahora que el pago corre a cargo de las aseguradoras privadas nada impide que así se haga. Asimismo, la sentencia recurre al hecho destacable de que el RD 627/2014 incrementara en su momento las cuantías para víctimas de accidentes ferroviarios y sus familias, hasta en el doble de lo previsto en el baremo del RD 1575/1989, lo cual pone de relieve la necesidad evidente de que las cuantías previstas en este último sean actualizadas ante el insuficiente importe indemnizatorio reconocido por las mismas.

No obstante, partiendo de que el propio Tribunal Supremo en sentencia de 19 de septiembre de 2011 califica a este seguro *“como seguro de suma, tampoco se encuentra sujeto a la exigencia de indemnización concreta del daño, ni a la prohibición de enriquecimiento injusto del artículo 26 LCS ”* debo compartir la opinión de mi maestro don **MARIANO MEDINA CRESPO**<sup>1</sup> y considerar que no cabe la actualización automática de las cuantías establecidas en el Baremo de indemnizaciones del seguro obligatorio de viajeros dado que los capitales que se resarcan a los perjudicados en este caso sirven para integrar, cuantitativamente, un crédito que es de pura suma y que no es de valor, a diferencia de lo que sucede con el crédito resarcitorio nacido de un ilícito dañoso extracontractual, siendo por ello que no hay

<sup>1</sup> Artículo Responsabilidad automovilística y seguro obligatorio de viajeros. Comentario a la STS, Sala Primera, de lo Civil, 8-10-2010, Sepin, Enero 2011

base legal alguna para adoptar la fórmula de actualización que convalida el Tribunal Supremo, por la que la indemnización fijada se ve incrementada con el IPC desde el 28 de diciembre de 1989, fecha en que se publicó el Real Decreto 1575/1989, hasta su completo pago. Señalando igualmente, que la fecha de inicio tomada en cuenta para la actualización de las cantidades fijadas como indemnización, es la fecha de publicación del Real Decreto 1575/1989, pero dicha fecha es tres meses anterior a la de entrada en vigor del mismo, por lo que no parece lógico fijar como fecha de inicio para la actualización del IPC una en la que aún no había entrado en vigor dicho Real Decreto.

Pero comentemos ahora otra de las notas a destacar sobre la aplicación práctica de este seguro, y es el concerniente a cuáles son las coberturas que por daños personales se prevén en el mismo. Y es que podemos comprobar que el art. 15 del RD 1575/1989 de 22 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros establece lo siguiente:

*«1. Los asegurados o beneficiarios tendrán derecho a indemnizaciones pecuniarias cuando, como consecuencia de los accidentes amparados por el Seguro Obligatorio de Viajeros, se produzca muerte, incapacidad permanente o*

*temporal del asegurado.*

*2. Las indemnizaciones se abonarán conforme al baremo que, como anexo, se une a este Reglamento».*

No cabe duda, por tanto, que el citado artículo 15 parece contemplar tres supuestos indemnizatorios distintos, cuales son muerte, incapacidad permanente e incapacidad temporal del asegurado. No obstante, si continuamos con el articulado de dicho RD, comprobamos como al definir cada uno de estos tres conceptos, el art. 18 establece que:

*«La incapacidad temporal, cubierta por este seguro, se indemnizará en función del grado de inhabilitación que se atribuye en el baremo anexo a este Reglamento a las lesiones de los asegurados, sin tener en consideración la duración real de las que hayan sufrido».*

Es evidente, por tanto, que la cobertura por incapacidad temporal que el artículo 15 contempla previamente desaparece después a través del contenido literal del artículo 18 del mismo RD, pues reconduce los supuestos en los que existirá indemnización por tal concepto exclusivamente a aquellos casos en los que tras el periodo correspondiente de curación resten secuelas para la víctima, remitiéndose para dicha indemnización a los grados de inhabilitación



previstos en el baremo que contiene el mismo RD. Es decir, la incapacidad temporal como tal, entendida como aquel periodo de tiempo en el que el lesionado está incapacitado para sus ocupaciones habituales, no se va a indemnizar según lo previsto en el artículo 18 y ello a pesar de que previamente el artículo 15 de la misma norma sí que lo recoge como concepto indemnizatorio. Nos encontramos así ante una gran contradicción cometida por la misma norma, pues uno de sus preceptos deja sin contenido ni aplicación lo que previamente había sido previsto en un artículo anterior. Sin embargo nuestra Jurisprudencia no ha puesto el menor reparo a esta contradicción normativa, y de este modo ha venido aplicando de forma literal el contenido del artículo 18 sin reparar en qué es lo que previamente reconocía el artículo 15, interpretando de forma reiterada que sólo cabrá indemnización por incapacidad temporal cuando existan secuelas, algo que es totalmente contradictorio y que ni tan siquiera encaja en la propia definición de ambos conceptos, pues lo que define claramente el término de

incapacidad temporal es la inexistencia de secuelas, es decir, se trata del periodo previo a la consolidación del daño permanente, pudiendo existir precisamente sin que tras la finalización del mismo exista ninguna secuela como daño permanente. Algo que parece lógico y claro pero que sin embargo, en la práctica, se obvia totalmente haciendo desaparecer la indemnización por dicho concepto.

Así, tal y como antes anunciaba, nuestra Jurisprudencia parece unánime en este parecer, pudiendo citar aquí numerosas sentencias en la misma línea, sirviendo de ejemplo la de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 1 de octubre de 2020, en la que haciéndose eco de otra dictada por la misma Sala con fecha 28 de septiembre de 2018, se llega a la conclusión de que el seguro obligatorio de viajeros no contempla la posibilidad de indemnizar en aquellos supuestos donde el daño sufrido por el viajero haya supuesto una incapacidad temporal para el mismo, entendida como aquel periodo de tiempo limitado por el que el



lesionado se ve incapacitado en mayor o menor medida para el desarrollo de su ocupaciones habituales, requiriendo de un determinado tratamiento para la curación de sus lesiones pero sin sufrir finalmente ningún daño de carácter permanente que pudiéramos calificar como secuela. Así, la citada resolución explica que llegados a este punto se impone resolver el recurso de apelación, ceñido a la cuantificación de la indemnización de acuerdo con el artículo 18, precepto en el que se prevé la indemnización por incapacidad temporal según lo previsto en el baremo de indemnizaciones y conforme al grado de inhabilitación que sufra el perjudicado, *«sin tener en consideración la duración real de las que hayan sufrido»*, cobertura que reitera el art. 15 al precisar que *«las indemnizaciones se abonarán conforme al baremo que, como anexo se une a este Reglamento»*. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 1 de octubre de 2010, reproduciendo lo expresado por la de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de febrero de 2006, argumenta que *«conforme a una posición mayoritaria en la doctrina de las A. Provinciales la cobertura de este seguro obligatorio no alcanza a la incapacidad temporal por estar excluido este concepto del contenido indemnizatorio del mismo [...] las lesiones, cualesquiera que sean que curan completamente sin secuelas o incapacidad funcional no son resarcibles, mientras que, las que no sanan así y dejan secuelas se indemnizan por esa incapacidad permanente con independencia y sin reflejo en el periodo de curación o periodo de incapacidad transitoria»*. En idéntico sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de julio de 2003 argumenta que, *«dada la improcedente indemnización de los días de baja por no ser indemnizables al no entrar dentro de los supuestos contemplados en el RSOV aplicado, es procedente centrarse en las secuelas, que deben ser indemnizadas con arreglo al baremo que figura anexo al Reglamento»*.

También, a modo de ejemplo entre toda la Jurisprudencia aplicable, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de Abril de 2019, la cual, además de desestimar la acción acumulada por la que se solicitaba una indemnización con base en el baremo regulado en la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, junto a la procedente por el seguro obligatorio de viajeros, ante los daños personales sufridos en una caída cuando la lesionada viajaba en metro, se vuelve a insistir en la imposibilidad de indemnizar por incapacidad temporal con cargo al seguro obligatorio de

viajeros, indicando que: *“Ello nos lleva a concluir que la indemnización por incapacidad temporal en el baremo del SOVI quedará integrada en la indemnización por secuelas.”*

Y como último tema a comentar, destacaremos también cómo el RD1575/1989 por el que se regula el seguro obligatorio de viajeros incorpora la posibilidad de compatibilizar la indemnización de los daños corporales sufridos por el pasajero tanto con cargo al citado seguro, como con cargo a aquellos otros seguros que de forma obligatoria o voluntaria haya suscrito el titular del medio de transporte o porteador en garantía a la responsabilidad civil en la que de forma dolosa o culposa puedan incurrir por razón del transporte de personas, tal y como así se dispone expresamente en el apartado tercero del artículo 2º de dicho Real Decreto. Esta posibilidad permite que en aquellos supuestos donde existe una conducta culposamente reprochable al transportista, el lesionado pueda ver resarcidos sus daños corporales de forma íntegra, sin verse afectado por los límites restrictivos del baremo propio del seguro obligatorio de viajeros, pues sus daños personales también le van a ser indemnizados por el propio transportista o por la compañía de seguros con la que éste haya suscrito el correspondiente seguro de responsabilidad civil y en este caso sí que será aplicable, ya sea de forma directa o por analogía, el baremo para la valoración del daño personal incluido en la Ley de Responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos a motor. Si bien, es cierto que en un principio tras la entrada en vigor de la norma pudo haber cierta Jurisprudencia contradictoria sobre la interpretación de la dicha posibilidad, nuestro Tribunal Supremo en sentencias como la de 8 de octubre de 2010, vino a despejar tal discusión estableciendo la vigencia clara de esta compatibilidad en la indemnización del daño personal sufrido. Ya en la actualidad nuestra Jurisprudencia y Doctrina<sup>2</sup> es pacífica al respecto, siendo ejemplo de ello la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4 de Noviembre de 2019 al conceder distintas indemnizaciones con base en cada uno de los citados seguros y ante la existencia de unas mismas secuelas:

*“Afirmada la responsabilidad del porteador, el criterio de aplicación analógica del baremo del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, anexo al texto refundido de la*

<sup>2</sup> Mariano Medina Crespo en su libro Reclamación por lesiones en el seguro obligatorio de viajeros. Bosh, 2012.

*Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, al que se remite la demandante, se considera correcto, por lo que procede condenar a la codemandada Naviera Mar de Ons, S.L., a la sumas reclamadas de 5.256,90 € por los días impeditivos (90 días, a razón de 58,41 €/día), 1.489,30 por las secuelas (fractura de costillas sin consolidar o pseudoartrosis, que el Dr. Basilio entendió asimilable a la fractura de costillas asociada a algias esporádicas, prevista en el baremo con 1-6 puntos, considerando que procedía asignar 2 puntos al ser de carácter leve), y 148,93 € en concepto de factor de corrección por perjuicio económico, lo que comporta la desestimación del recurso interpuesto por la citada codemandada."*

Y con respecto a la cobertura adicional a acumulativa por el seguro obligatorio de viajeros, sigue resolviendo la citada sentencia estableciendo que: *"Ahora bien, el que la secuela que padece la demandante no tenga encaje en la categoría décima (refiriéndose al RD 1575/1989) no implica que no pueda y deba ser indemnizada. La Norma complementaria 1ª del Anexo del Reglamento proclama:*

*« Las lesiones corporales que originen menoscabo permanente, no recogidas explícitamente en el presente baremo de indemnizaciones, se calificarán, a los efectos de su equiparación con el mismo en alguna de sus categorías, en función del déficit fisiológico producido como consecuencia del accidente, según establezca el criterio del informe médico facultativo .»*

*35.- A juicio de la Sala, la lesión de Dña. Vicenta puede equipararse, en función del déficit fisiológico que comporta, a la contemplada en la categoría décimo cuarta del Anexo, descrita como « fractura de arcos costales con desviación izquierda condro-esternal con exostosis."*

Tras este pequeño repaso al seguro obligatorio de viajeros, podemos concluir que

la regulación actual del mismo necesita desde hace tiempo una urgente reforma, tal y como los distintos operadores jurídicos que intervienen en la materia vienen ya reclamando, entre ellos, recordemos el comentario crítico realizado por Juan Antonio Laurín,<sup>3</sup> donde insistía en que esta reforma se hace necesaria tanto en relación a los conceptos y términos utilizados en su redacción como en cuanto a las cuantías indemnizatorias contenidas en el mismo.

Si buscamos apoyo en la normativa europea comprobamos como el Reglamento (UE) nº 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar, publicado en el D.O.U.E. de 28 de febrero de 2011, dispone simplemente de forma imprecisa que los viajeros tienen derecho a una indemnización por fallecimiento o lesiones personales debidos a accidentes resultantes del uso de los servicios de autobús y autocar, dejando a los estados miembros la obligación de establecer las condiciones y el importe de la compensación mediante la regulación precisa en su derecho nacional, por lo que quizás algún pronunciamiento jurisprudencial a nivel europeo sobre este aspecto vendría bien en aras a conseguir por fin esta citada y ansiada reforma.

Son por tanto muchos los aspectos donde la regulación actual del seguro obligatorio de viajeros requiere nuestra atención y nuestra crítica, pues ante reformas tan profundas como las experimentadas en otros sectores tan cercanos como es el ámbito de la circulación de vehículos a motor, sin duda alguna la regulación de la indemnización por daños personales en el transporte público de personas se encuentra totalmente obsoleta.

Julio 2022

<sup>3</sup> Revista de RC de INESE, diciembre 2019



## Los gastos permanentes de sustitución de un ama de casa muy especial y sus perjuicios excepcionales

*Un recorrido que culmina en una casación penal resolutoria de una doble cuestión valorativa de interés casacional a la que se proporciona una doble respuesta dotada de algunos relevantes peros*



**Mariano Medina Crespo**

Abogado

Presidente de honor de la AEAERCS

*A José-Manuel Villar, que me la traspasó;  
y ino te digo na'!*

*También, a Charo y a Pancho por la ayuda  
del último minuto*

### **1.-Apostillas y comentario de la sentencia del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2022, núm. 126 (ponente, Miguel Colmenero Menéndez de Luarca); y el enunciado de los “sobre” de su estudio:**

a) sobre el resarcimiento de los gastos que una lesionada de edad avanzada tuvo que afrontar, durante el periodo de sus lesiones temporales, para suplir el cuidado personal continuo de su hija, aquejada de una gran discapacidad;

b) sobre el resarcimiento de esos mismos gastos, tras fijarse su alta médico-legal con secuelas de efecto impediante;

c) sobre el resarcimiento preterido de los perjuicios morales padecidos por la lesionada, como consecuencia de la definitiva frustración de no poder cuidar personalmente a su hija, pese a haberse reconocido en las dos instancias precedentes y haberlo consentido la aseguradora en la segunda y en la propia casación;

d) sobre por qué viene a cuento traer a colación en este caso el efecto resarcitorio ligado a la observancia de la carga de evitar

el perjuicio económico que causaba a la lesionada la frustración temporal, y luego definitiva, de la actividad de cuidado a la que se dedicaba *ad instar*, como una vocacional y meticulosa profesional especializada, antes de ser atropellada; y

e) sobre el milagrito invertido de unas lesiones de las que se predica la imposible existencia de un dictaminado periodo intermedio sin pérdida de calidad de vida, con lo que un prolongado perjuicio personal solo básico precede, de modo pintoresco y de un día para otro, a una permanente pérdida moderada.

### **2.- Las sentencias estudiadas de primeras y los datos que las completan**

Para realizar el presente artículo, he considerado imprescindible, después de haber leído y analizado la sentencia casacional, acudir a la lectura y análisis de la recurrida, dictada por la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Navarra (Sección 1ª) en 3 de agosto de 2020 (María-Esther Erice Martínez), núm. 685, recaída en el rollo de apelación 188/2020, por la que se desestimó la apelación deducida por la aseguradora Línea Directa contra la sentencia del Juzgado de lo Penal (en adelante, JP) núm. 4 de Pamplona de 25 de octubre de 2019 (Emilio Labella Osés), recaída en procedimiento abreviado 175/2019; y por la que se acogió en parte la apelación deducida por adhesión por la lesionada (acusadora particular), con el resultado de añadirse una concreta

partida indemnizatoria que había rechazado la resolución de primer grado. Debe aclararse que el díscolo texto de la sentencia recurrida (por su desorden expositivo y mezcolanza de los argumentos de las partes con los de la sentencia inicial y los de la propia apelatoria) exige un esfuerzo de concentración y atención para obtener los datos útiles que habiliten captar algunos extremos del caso y el cabal sentido de su enjuiciamiento.

Ultimado este artículo/comentario para su publicación, echaba de menos no conocer la sentencia de primera instancia, para aquilatar algunos pormenores relevantes que la lectura de las tres sentencias analizadas (la apelatoria, la casacional rescindente y la casacional rescisoria) no me habían permitido calibrar con la deseable precisión. También pensaba que me hubiera sido de utilidad conocer los términos de los dos recursos de la aseguradora (el de apelación y el de casación), para solventar algunas dudas que no había conseguido salvar con seguridad; y, además, conocer los términos exactos del informe de sanidad del médico forense, para comprobar si la resultancia fáctica de la sentencia de primer grado lo recogía con exactitud o con alguna alteración. Ya se verá el porqué de este último deseo insatisfecho.

Pero, en el último instante, recuperé el texto que tenía elaborado porque la aseguradora condenada me proporcionó la sentencia de primer grado y los dos recursos interpuestos por ella, aunque no el informe del médico forense. Su lectura no me ha exigido modificar ningún extremo del texto confeccionado, aunque me ha permitido intercalar algunas observaciones complementarias de signo ratificador.

Debo, a su vez, dejar constancia de que se está ante un siniestro que, en la mayor parte del parte del país, no habría dado lugar a la tramitación de un procedimiento penal abreviado, sino al registro de unas diligencias que, *limine litis*, se habrían archivado en virtud de un auto (decreto virtual) de sobreseimiento libre por pre-decidirse que el hecho no era constitutivo de infracción penal alguna, sin que incluso se notificara a la víctima, pero sí al Ministerio Fiscal que lo consentiría. En este caso, se sustanció un procedimiento criminal que se resolvió en tres instancias: la primera, tras el juicio oral, en un JP; la segunda, mediante un doble recurso de apelación, en una AP; y la tercera, de carácter (muy) extraordinario, mediante un recurso de casación de interés casacional, en el Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (en adelante, TS).

También debo consignar, por mis muchos años de ejercicio profesional, que algunas de las sensibles apreciaciones probatorias efectuadas por el juzgador de la primera instancia, no desmentidas en la segunda, muy viables de suyo en un proceso criminal, difícilmente se habrían canalizado en un orden tan encorsetado, lento, caro, formal y quirografario como sigue siendo el de la jurisdicción civil, en la que los demandados tienen a gala evitar que los perjudicados demandantes sean oídos por el juez y en la que los parientes y conocidos de éstos son testigos virtualmente descalificados.

### 3.- Una señora atropellada que sufrió unas lesiones bastante graves

En la noche del 25 de abril de 2018, una señora de 76 años atravesaba con normalidad un paso cebra en momento en que llovía y fue atropellada por un coche cuyo conductor lo pilotaba con manifiesta desatención.

Como consecuencia de ello, la atropellada padeció unas lesiones bastante graves que exigieron 7 intervenciones quirúrgicas, recibiendo el alta médico-legal al cabo de 406 días, desglosados en cuatro sub-periodos consecutivos: un primero de 17 días, con una pérdida muy grave de su calidad de vida; otro de 161 días, con una pérdida grave; un tercero de 118 días, con una moderada; y un último de 120 días, con un perjuicio personal solo básico (es decir, sin pérdida alguna de calidad de vida o con una pérdida solo leve). Al cabo de este cuarto sub-periodo, quedó con secuelas que originaban una pérdida moderada. Parece que así lo dictaminó el médico forense y así lo reputó probado la AP de conformidad con el JP.

Las secuelas consistieron en un acuñaamiento-aplastamiento por la fractura del hueso axis (segunda vértebra cervical), determinante de una limitación de la movilidad; disyunción púlica y sacro-iliaca por la fractura de la pelvis; limitación de la movilidad del hombro derecho; hombro derecho doloroso; acortamiento de extremidad inferior derecha por la fractura de la tibia; gonalgia derecha inespecífica; persistencia de material de osteosíntesis en cadera y tobillo derechos; y un perjuicio estético moderado.

### 4.- La singular repercusión de unas lesiones que impiden a la lesionada el cuidado de su muy discapacitada hija

Desde bastantes años atrás, la lesionada

se ocupaba del cuidado continuo de una hija afectada por una discapacidad del 95%, consistiendo aquél en asistirle para su movilidad, en ayudarla para su aseo y alimentación, en la atención requerida por tener acoplada una sonda urinaria, en activar el tratamiento de sus crisis epilépticas y en medicar sus continuas infecciones. Pero, por causa de sus lesiones y limitaciones derivadas, quedó impedida para asumir estos cometidos.

### 5.- El sensible fallo de la sentencia de primer grado y sus partidas resarcitorias

El JP condenó al conductor del vehículo, como autor de un delito de lesiones por imprudencia grave, imponiéndole la pena de multa de seis meses (con cuota diaria de 8 €) y la de privación del permiso de conducción por un año y un día, condenándolo civilmente a abonar a la lesionada 359.795'95 €, declarándose la responsabilidad subsidiaria de la propietaria del vehículo y la directa de Línea Directa, aseguradora de la responsabilidad civil ligada al uso.

Esa cantidad correspondía al siguiente desglose vertebrado de cuantías y conceptos perjudiciales: a) 24.329'95 €, por los “días de baja”; b) 7.300, por el perjuicio personal causado por el sometimiento a siete intervenciones quirúrgicas; c) 78.777'03, por las secuelas; d) 36.000, por la permanente pérdida de calidad de vida en grado moderado<sup>2</sup>; e) 19.694'25, por “perjuicio excepcional”<sup>3</sup>; f) 9.139'60, por viajes de

familiares (hijos y hermano)<sup>4</sup>; g) 19.377'60, por gastos médicos y farmacéuticos; h) 60.883'84, por gastos de enfermeras y cuidadoras hasta la “estabilidad lesional”<sup>5</sup>; e i) 113.292'48, por el “daño emergente” consistente en afrontar, tras la “estabilidad lesional”, el costo de los servicios de enfermeras y cuidadoras<sup>6</sup> (fto. noveno de la resolución). Se impusieron al condenado los intereses procesales; y a la aseguradora, los moratorios especiales del art. 20 de la LCS<sup>7/8/9</sup>.

4 Para visitar a la lesionada y prestarle auxilio.

5 Aunque plasmado en el Baremo, debería prescindirse de este concepto para determinar la duración de las lesiones temporales, pues su verdadero *dies ad quem está constituido por aquél en que ha concluido el proceso curativo que es concepto que también recoge el texto legal (art. 134.1) y que es el único que tendría que recoger, para evitar las mixtificaciones y tergiversaciones a las que se presta de la estabilidad lesional, con un desajuste reductor que distorsiona la realidad de la duración real de la patología padecida. Volveré sobre ello.*

6 Reitero el contenido de la nota precedente.

7 Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, con sus ulteriores modificaciones

8 De modo marginal, procede incluir alguna referencia a la problemática y compleja cuestión de la actualización valorista del crédito resarcitorio reconocido en este caso a la lesionada. Si mis apresurados cálculos son correctos, llego a la conclusión de que, para las partidas rigurosamente baremadas (la a] y la b], con su repercusión en la e]), la SJP se atuvo a las cuantías vigentes en 2019 (año de la sentencia), en lugar de atenerse a las vigentes en 2018 (año del siniestro), con la actualización, en su caso, del IPC de 2018 para 2019 (1'6 %). Su resultado sería el mismo para la condena civil del inculcado, dado que la actualización de las cuantías legales no afectadas por la cláusula del “no obstante” (art. 49. 1 y 2) para 2019 se hizo coincidir con dicha tasa. Pero no sería el mismo para la aseguradora, dado que se le impusieron los intereses moratorios especiales con su devengo desde la fecha del siniestro, pero siempre que su tipo incorporara la tasa de inflación. La singularidad del caso radica en que, para ese año, la tasa del interés legal del dinero quedó fijada en un 3%, lo que significa que, contraída al precio de la indisposición del crédito, dicha tasa no incorporaba sub-cuota alguna de signo valorista, por lo que era inaplicable la regla de la incompatibilidad del art. 40.2 que no se menciona en la sentencia. Por otra parte, ésta no actualizó la cuantía de los gastos realizados en 2018 (parte de la partida g] y parte de la h]), según prevé el art. 40.3, aunque no podía hacerlo por falta de solicitud. Para no complicar la cosa, me abstengo de referirme a la falta de mención aplicativa del art. 40.4, respecto de las cantidades abonadas previamente.

9 Sobre esta materia, para profundizar en ella, remito a mis monografías *Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona 2019, 856 pp., y *El nuevo Baremo de Tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*. Wolters Kluwer Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2017 (569 pp.). Segunda Parte, ap. 9 “La cuantificación del crédito resarcitorio conforme a las cuantías vigentes en la fecha del siniestro y su actualización valorista. Artículo 40. Momento de determinación de la cuantía de las partidas resarcitorias”, pp. 337-381, y ap. 14, “La actualización de las

1 Terminología propia del Baremo de 1995, pero de la que prescindí, con significación cualitativa, el aplicado de 2015. Bajo ese impropio, aunque preciso y, con frecuencia incomprendido, concepto, se incluyen los días de pérdida muy grave, grave y moderada de calidad de vida, así como los de perjuicio personal solo básico, a cuya absurda y pintoresca apreciación en el caso presto después particular atención.

2 Suma superior a los 31.000 que equivaldrían a la mitad de la suma prevista en la horquilla tabular.

3 La lectura de la sentencia casacional no permite conocer la consistencia de este concepto, obligando casi a adivinarla; y el conocimiento de su cuantía solo se obtiene cuando se llega al estricto fallo de la segunda sentencia casacional. Por su particular relevancia para el presente comentario, destaco que lo lamentable del texto de las sentencias consideradas es que dejan de destacar y no enfatizan dos ideas fundamentales; que se trataba de perjuicios excepcionales de índole personal y no patrimonial; y que, a la luz del Baremo, los perjuicios excepcionales de índole patrimonial no son resarcibles. Tales perjuicios consistían en el duelo que la lesionada padeció por la imposibilidad frustrante de cuidar de su hija, que era la actividad a la que, desde muchos años antes, se dedicaba de continuo.

## 6.- La acogida de los gastos de sustitución de los cuidados que, durante el curso de sus lesiones temporales, la lesionada dejó de prestar a su hija, así como de los imposibles de prestar después por la pérdida moderada

cuantías baremadas. Artículo 49. Actualizaciones”, pp. 545-551. También los cuatro artículos siguientes: “Dos sentencias del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007. Ropaje valorista para un nominalismo tenuemente matizado”, en AAVV, Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil). Volumen 1º (2005-2007), dirección Mariano Yzquierdo Tolsada, Dykinson, Madrid, 2008 (607 pp.), pp. 435-477; “Resarcimiento valorista y resarcimiento moratorio: la necesidad de su articulación coordinada”, en AAVV, Sobre la Responsabilidad Civil y la Seguridad Vial. Ponencias VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Santander, noviembre 2008, coordinación Francisco-Javier López García de la Serrana y Samuel Pérez del Camino Merino, Sepín, Las Rozas de Madrid, 2018 (579 pp.), pp.443-474. “El nuevo Baremo de Tráfico. La actualización de las cuantías del sistema y la actualización valorista de los créditos resarcitorios reconocidos al aplicarlo. Comentario a los artículos 40 y 49 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, introducidos por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre”, Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, vol. 44, 2016, 52 pp.; y “Actualizaciones del Baremo de Tráfico en 2017. Valor disminuido, valor aumentado y dudoso valor conservado”, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, año 16, núm. 62, 2017, fascículo 2, pp.9-31.

## de su calidad de vida; y el aprecio de unos perjuicios excepcionales

De las partidas señaladas, interesan aquí, particularmente, tres; a) la de 60.884'84 €, relativas al reembolso de los gastos del epígrafe (*in primo*), frente a la suma reclamada de 90.262 €, al excluirse el importe abonado a la empleada del hogar que trabajaba en la casa de la lesionada antes de originarse el accidente, así como el importe de los cuidados nocturnos prestados a la hija de la lesionada, ya que ésta acometía los diurnos, sin perjuicio de que se la avisara ante cualquier incidencia que surgiera a lo largo de la noche; b) la de 113.292'48 €, relativas a los gastos correlativos a afrontar tras la fijación del alta médico-legal de la lesionada, a razón de 4.720 € mensuales (56.640 anuales), durante dos años; y c) la de 19.694'25 para cubrir el perjuicio [moral] excepcional originado por la imposibilidad física de cuidar de su hija, como hacía antes de su atropello.

## 7.- Las partidas rechazadas por las obras realizadas en la vivienda de la lesionada durante su convalecencia y por una concreta obra a realizar después en el jardín



Se descartó una partida de 51.362 €, por las obras realizadas durante el curso de las lesiones temporales; y se desestimó otra de 4.232 €, por una obra a realizar en el jardín para eliminar su desnivel y facilitar su acceso a la lesionada, dadas sus limitaciones residuales.

### 8.- Los recursos de apelación deducidos contra la sentencia de primer grado

La aseguradora interpuso recurso de apelación contra la sentencia recaída, con articulación de cinco motivos; y, a su vez, la lesionada, como perjudicada acusadora, se adhirió activamente al anterior recurso<sup>10</sup>, con formulación de dos motivos.

### 9.- Los motivos de la apelación deducida por la aseguradora

El primero impugnaba parcialmente la cantidad reconocida para el reintegro de los gastos de sustitución de los cuidados dejados de prestar por la lesionada a su hija durante el periodo de las lesiones temporales. Partiendo de reconocer que el resarcimiento de estos gastos se apoyaba en la previsión específica del art. 142.2, *in fine*, de la LRC y SCVM (en adelante, la Ley), tildaba de excesiva y desproporcionada la cantidad reconocida, postulando en concreto, además, la supresión de la suma correspondiente a los 120 días en que, según se había declarado probado, la lesionada padeció un perjuicio personal solo básico<sup>11</sup>, por lo que carecía de justificación su sustitución en los cuidados que durante ese periodo final de las lesiones temporales podía ella prestar a su discapacitada hija por no comportar pérdida alguna relevante de calidad de vida. Por ello proponía que esta partida se cifrara en 15.309 € y, subsidiariamente, que, de mantenerse el reintegro de los gastos habidos a lo largo de aquel sub-periodo, se cifrara en 21.840 € (fundamento segundo, párrafos primero a undécimo).

10 Denomino recurso de adhesión activa al que no es de simple apoyo del interpuesto antes por otra parte, formulándose motivaciones distintas e, incluso, contrarias a las aducidas por el recurrente. originario; recurso que siempre se ha dado en el ámbito de la jurisdicción civil, aunque ahora, pintorescamente, se le denomina impugnación; recurso que, durante muchos años no ha cabido en los recursos de apelación penal, ni en los juicios de faltas ni en los juicios penales seguidos por delito, aunque no hay unanimidad jurisprudencial en el caso de éstos; y que nunca ha cabido, ni sigue cabiendo, en el recurso de casación, ni civil ni penal.

11 Realizo este subrayado para incitar a la reflexión de la propuesta formulada que tiene su origen en la anomalía pericial de la que me ocupo en el último apartado de este estudio.

El segundo censuraba parcialmente la suma reconocida para el reintegro de los gastos de sustitución de los cuidados que la lesionada no podía prestar a su hija tras haber obtenido su alta médico-legal. Se resaltaba que el abono anticipado de estos gastos futuros carece de específica previsión normativa, por lo que, de primeras, su resarcimiento quedaba impedido por el principio de la objetivación indemnizatoria que contempla el art. 33.5 de la Ley. Pero, a continuación, puntualizaba que tal resarcimiento era viable a través de la reparación del lucro cesante padecido por la lesionada que, dedicada a las tareas de su hogar familiar, quedaba afectada por una incapacidad permanente total; o por la vía del resarcimiento de los perjuicios excepcionales<sup>12</sup> que habilita el precepto mencionado, contraído a un importe que, como máximo, puede alcanzar, el 25 % del importe total de la indemnización básica generada por las secuelas y perjuicio estético, con lo que la indemnización debería cifrarse en este caso en 19.694 €, mientras que, en el primero, se cifraría en 15.246 €, dado que, teniendo la lesionada 78 años en la fecha de su alta médico-legal (con superación, por tanto, de la edad de jubilación), tiene que computarse como importe de los ingresos dejados de obtener el de 12.600 € anuales (resultantes de un salario mínimo profesional de 900 € al mes y dos pagas-extra más), con concreción en un 55% y con una duración de dos años, en aplicación de los artículos 131.1 a), 131.2 y 133.1 (fto. tercero, párrafos primero a quinto).

El tercero se oponía parcialmente a la cantidad reconocida por la pérdida permanente de la calidad de vida de la lesionada en grado

12 Sobre el resarcimiento de los perjuicios excepcionales o atípicos (con la diferenciación de los intrínsecamente excepcionales y de los extrínsecamente excepcionales) en el Baremo de 1995, a la vista de su previsión (desmentida por la jurisdicción) en el inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema valorativo, remito a mi monografía *La valoración civil del daño corporal. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y Jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, t. 3, vol.1, *Las reglas generales del sistema*, 1999 (464 pp.), ap. 12, "La regla séptima y la complejidad normativa de sus incisos", pp. 213-232; con su desarrollo, en *Daños Corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo. El rango relevante de las circunstancias excepcionales de índole dañosa. Perjuicios morales y lucro cesante*, Dykinson, Madrid, 2003 (288 pp.), pp. 41-44, 80-111 y 156-252. Sobre su resarcimiento en el Baremo de 2015, a la vista de su previsión en el art. 33.5, *in fine*, de la Ley, remito a mi monografía *El nuevo Baremo de Tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*. Wolters Kluwer Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2017 (569 pp.), Segunda Parte, ap. 2, "Los principios fundamentales. Artículo 33. Principios fundamentales del sistema de valoración", pp. 230-240.

moderado. Sosteniendo que las pruebas practicada (testifical, documental e informe de detective) acreditaban que la lesionada caminaba sin bastón con suficiente ligereza, subía escaleras sin dificultad superando los escalones sin apoyo y padecía solo alguna limitación del hombro derecho, por lo que la pérdida indicada no alcanzaba el grado señalado, proponiendo que, como mucho, la indemnización se cifrara en el 20% de la horquilla tabular, lo que se traduciría en 22.766 € (fto. cuarto, párrafo primero).

El cuarto pretendía que la suma reconocida por los viajes de los familiares de la lesionada (tres hijos y un hermano) desde la localidad de sus respectivos domicilios al de ella, ascendente a 12.187 €, se redujera a la de 7.179, por considerarla la suma verdadera y cumplidamente justificada, sin que ofrezca interés en este comentario insistir en él (fto. quinto, párrafo primero).

El quinto postulaba que se suprimiera la imposición de los intereses especiales del art. 20 de la LCS<sup>13</sup>, sin que competa a este comentario la reseña de su formulación (fto. sexto).

### 10.- La desestimación del anterior recurso

Los cinco motivos fueron desestimados, refiriéndome aquí solo a la consistencia del rehúse de los tres primeros.

La AP rechazó el primero argumentando que, ponderado el estado físico de la lesionada durante el periodo de su convalecencia, el estado físico de su hija, el nivel de los cuidados que aquella prestaba a ésta antes del accidente y la imposibilidad de prestárselos durante todo el periodo señalado, el importe reconocido por los gastos afrontados de sustitución era por completo razonable y proporcionado, incluyéndose el de los habidos durante el último sub-periodo lesivo<sup>14</sup> (fto. segundo, párrafos

13 Aunque ésta no es la sede en que desarrollar la idea, soy partidario de suprimir los intereses moratorios especiales con cargo al asegurador de la responsabilidad civil automovilística que quedaría sujeto al régimen ordinario de la mora mercantil; pero postulo la introducción, en su lugar, de la figura de los “daños punitivos” o “multas civiles”, mediante la técnica de añadir a la indemnización establecida un porcentaje que, para las indemnizaciones pequeñas, podría llegar al 500 % y, para las muy elevadas, del 100 %. Con ello se incentivaría a las aseguradora a abandonar la postura de liquidar los siniestro menos importantes con cantidades miserables y los siniestro más graves con valoraciones muy rasuradas

14 Pese a padecer, durante él, un perjuicio personal solo básico, según se considera probado, pese a ser radi-

duodécimo y decimotercero).

De esta forma, quedaban desmontadas las alegaciones fácticas esgrimidas por la aseguradora y, aunque la AP lo hizo de modo implícito, se abstuvo de desmontar con crudeza expresiva la estulticia de considerar que, durante los últimos 120 días del curso de las lesiones temporales, la lesionada había padecido un perjuicio personal solo básico, pues si, al día siguiente del alta médico-legal la lesionada estaba imposibilitada para prestar los cuidados requeridos por su hija, es de una evidencia cegadora que el día anterior también lo estaba, al igual que lo estaba durante los 119 días anteriores; es decir, que lo de los cuatro meses finales constituye, dicho con término coloquial y eufemismo suavizante, un puro y absurdo camelancio de pericia desacomodada a la realidad y al cabal sentido de las previsiones legales.

La AP hizo decaer el segundo, aduciendo que debía mantenerse la cantidad reconocida de 113.292'48 € que correspondía a un gasto mensual de 4.720'52 € a realizar a lo largo de dos años; y, con referencia al anclaje normativo de esta partida, negaba que el resarcimiento de este perjuicio económico que la recurrente denominaba daño emergente<sup>15</sup> futuro constituyera el de un lucro cesante basado en los arts. 131.2 y 132.5 (incapacidad permanente total de la persona dedicada a las labores de su hogar familiar), afirmando, por el contrario, que encontraba su apoyo en el 142.2<sup>16</sup>, lo que implicaba trasponer a las lesiones permanentes un resarcimiento previsto para las temporales,

calmente imposible que tal fuera su alcance verdadero.

15 La SJP acogía este *nomen in su fto. segundo, párrafo cuarto, in fine.*

16 La SJP había reprochado al informe actuarial que había presentado la acusación particular de la lesionada, para el cálculo de los gastos de sustitución a afrontar desde la fijación del alta médico-legal de ella, que se había abstenido de invocar el apoyo de su resarcimiento (fto. octavo, párrafo cuarto), aunque señalaba que, el letrado de dicha parte, al emitir su informe tras la fijación de las conclusiones definitivas, lo había concretado en el art. 142.2, cuya invocación se acogió (fto. octavo, párrafo quinto); apoyo que, como recojo en el texto, vino a asumir la AP; criterio normativo que, según se verá, desautorizó el TS, para asumir una variante de las dos posibles propuestas que había formulada la asegurada, con desconsideración radial de la otra (la de la excepcionalidad perjudicial), al igual que había hecho la AP que, tras registrarla, se había abstenido de confutar. Como terminaré de razonar al final, la vía habilitadora del resarcimiento existía en verdad, pero no estaba constituida por ninguna de las manejadas, al tratarse de una partida de gastos con los que la lesionada eludía la falta de entrada del valor económico de las actividades de asistencia a las que ella ya no podía dedicarse.

pero habiendo de acudir a una duración de dos años, dada la edad de la lesionada en la fecha de su alta (78 años), por trasponer la previsión del art. 113, relativa al resarcimiento de los gastos médicos futuros (fto. tercero, párrafo sexto).

De esta forma, la glosolalia argumentativa se ponía al servicio de apuntar con cierto disimulo que el fundamento normativo del resarcimiento confirmado de esta partida lo hallaba en una aplicación analógica del artículo 142.2, con recurrencia a un criterio razonable para el cálculo predictivo de la duración del perjuicio<sup>17</sup>.

Véase que la otra vía apuntada para el resarcimiento de los perjuicios reclamados por la lesionada, la de su excepcionalidad, no fue considerada por la sentencia apelada; pero téngase en cuenta que ese cauce, apuntado como posible, era inviable porque el sistema legal valorativo no consiente el resarcimiento de perjuicios excepcionales de índole patrimonial, sino solo los de índole personal, siempre que no deriven de las lesiones temporales (arts. 33.5, 73 y 112).

El tercero declinó, porque, frente a las alegaciones fácticas de la recurrente, la AP estimó probado que las secuelas de la lesionada suponían de modo permanente una limitación de su aptitud para deambular, la imposibilidad de efectuar recorridos prolongados sin acompañamiento de apoyo y el déficit de sus movimientos, con incidencia negativa en su vida cotidiana, padeciendo una apreciable restricción de su autonomía personal y habiendo tenido que dejar de conducir su vehículo, por lo que, en definitiva, se mantuvo la cantidad de 36.000 € que, siendo algo superior a la mitad de la prevista en la horquilla tabular, se reputó proporcionada (fto. cuarto, párrafo segundo).

<sup>17</sup> La SAP confirmó así el importe que había reconocido la SJP frente a la hiperbólica pretensión de la lesionada (470.524'30 €) y frente a la muy minimizada propuesta por la aseguradora (15.246 €; y, en su defecto, 19.694 €). La enorme elevación de la cantidad pretendida se debió al error en que incurrió el informe actuarial en que se basaba, consistente en atenerse a las expectativas de supervivencia de la hija de la lesionada, en lugar de atenerse al precálculo del tiempo en que la lesionada habría podido seguir prestando a su hija sus cuidados, si no hubiera sufrido el accidente de autos, teniendo en cuenta que en la fecha de su alta tenía 78 años, porque no se trataba de computar la duración de la discapacidad de la hija (cifrada en 23 años, sin tener en cuenta el delicadísimo estado de su salud, que implicaría, normalmente, su acortamiento)) sino la de la aptitud de su madre para cuidar de ella (cifrada en 2), según captó perfectamente la SJP (fto. octavo, párrafos duodécimo al decimocuarto).

Los motivos cuarto y quinto fueron repelidos también, sin que ofrezca interés aquí referirme a ellos, como ha quedado indicado ya (fto. quinto, párrafo segundo, y fto. sexto, respectivamente).

### 11.- Los motivos de la apelación que dedujo la lesionada por adhesión activa

Mediante su adhesión activa al recurso de la aseguradora, la lesionada se convirtió en apelante; y la formalizó con la articulación de dos motivos.

El primero pedía que se le reconociera la cantidad reclamada de 51.362 € que el JP había desestimado y que correspondía al coste de la adaptación de su vivienda, que decía haber realizado en atención a las condiciones claudicantes que padeció a lo largo del amplio periodo lesivo temporal, fijando su apoyo normativo en el art. 142.

El segundo proponía que se le reconociera una partida que también se le había denegado y que correspondía a los gastos que, por importe de 4.232 €, tenía que afrontar para facilitar su acceso al jardín del inmueble de su vivienda, mediante una rampa de acceso con que salvar un desnivel de más de dos metros que se lo impedía, dada la limitación de su autonomía que afectaba a su movilidad, razonando que el fundamento normativo de su reconocimiento se encontraba en el art. 118.

### 12.- La estimación parcial del anterior recurso

La AP repudió el primer motivo, argumentando que las obras realizadas fueron de mantenimiento y mejora de su vivienda, sin que fueran razonablemente necesarias para atender su situación limitativa durante el transcurso de su proceso curativo<sup>18</sup> (fto. séptimo, párrafos primero a tercero).

Pero acogió el segundo, al estimar

<sup>18</sup> El importe de esta desechada partida, el trayecto de los viajes realizados por tres hijos y un hermano de la lesionada desde las localidades de sus respectivos domicilios (alguno de ellos situado en un país bastante lejano) para visitarla tras el grave accidente, el tipo de la vivienda de la lesionada con su amplio jardín dotado de un desnivel corregible, el servicio doméstico fijo con que la lesionada contaba antes del accidente y con el que siguió contando después, el importe de los gastos de su sustitución por enfermeras con sus turnos diurnos y la contratación de otras para la asistencia nocturna de su hija que ella asumía antes del accidente, acreditan que se estaba ante una familia particularmente pudiente.

acreditada la necesidad de tal obra, determinada por las limitaciones padecidas de modo permanente por la lesionada; y ello con base en las previsiones del precepto invocado<sup>19</sup> (fto. séptimo, párrafos tercero a sexto).

### 13.- La confirmación de una partida, la de los perjuicios excepcionales, que la aseguradora no había impugnado

Dedicado el fundamento séptimo de la SAP al análisis de los dos motivos del recurso adhesivo de la lesionada, con rehúse de uno y acogida del otro, consta de un párrafo final (el séptimo) que resulta sorprendente y con el que alcanza su cumbre el galimatías expresivo de la sentencia apelatoria.

En él se dice que, “por último”, “se mantiene lo expuesto y acordado en el fundamento jurídico tercero de la resolución impugnada”, relativo a la concurrencia de un perjuicio excepcional, cuya indemnización recoge el art. 112; y se añade que se trata de un extremo que no ha sido objeto de expresa impugnación y que, “como fundamenta la sentencia apelada, concurre en esta causa y está justificado como consecuencia de la convivencia de la lesionada con su hija”, “quien sufre una gran incapacidad que supone un 95% de dependencia y se encontraba a su cuidado”, por lo que su pronunciamiento debe confirmarse<sup>20</sup>.

19 En lo que refiere a los intereses procesales, que técnicamente solo afectaban a la condena civil del inculpa-do, la AP incumplió la previsión imperativa del art. 576 de la Ley procesal civil, al dejar de pronunciarse (y motivadamen-te) sobre el comienzo de su devengo respecto de la partida que añadió. Tenía que haber decidido si había de llevarse a la fecha de la sentencia de primer grado o a la de la del segundo. Ante esa omisión, la explícita confirmación de los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida llevaría a que el devengo se iniciara en la fecha de la sentencia *a qua*, pero la falta de una explícita decisión motivada debería llevar a una interpretación *pro reo*, determinante de que el devengo comenzara en la fecha de la sentencia apelatoria.

20 Tras la lectura de la sentencia de primer grado, compruebo que en el juicio la aseguradora se opuso al reconocimiento de esta partida por considerar inexistentes los perjuicios alegados, pero esta disconformidad no se mantuvo en el recurso de apelación, pues en éste, con ocasión de impugnar la cuantía reconocida por los gastos de sustitución de cuidados encausados en las lesiones permanentes de efecto impeditivo, adujo la incompatibilidad del reintegro de éstos con el resarcimiento de aquéllos, pero sin negar ya su existencia. Era, por tanto, cierta y precisa la estimación efectuada por la AP respecto a que la partida de los perjuicios excepcionales no había sido impugnada como tal. Por eso, como se verá después, de ser cierta la incompatibilidad, la solución a brindar no era de supresión, sino de resta, es decir de restar de la partida de mayor importe el de la otra.

A la vista de este párrafo, quedan varios extremos en el aire. Por lo pronto, no se comprende que se confirme un pronunciamiento que no ha sido objeto de impugnación. Puesto que se refiere al reconocimiento de un perjuicio excepcional, hay que entender que, de haberse impugnado, lo habría hecho la aseguradora y no la lesionada. Por eso no es ejemplo de buen orden que ese párrafo se incluya *in fine* en el fundamento dedicado a la resolución del recurso deducido por la perjudicada, pues, de tener algún sentido su más que dudosa inclusión, debería formar parte de la fundamentación dedicada a la solución del recurso de la aseguradora. Por otra parte, nada dice la sentencia apelatoria sobre la consistencia de ese resarcido perjuicio excepcional, del que ni siquiera registra si es de índole personal o patrimonial, aunque es razonable pensar que sería personal, dado que el resarcimiento de los perjuicios excepcionales de índole patrimonial está legalmente proscrito. Tampoco se consigna su cuantía<sup>21</sup>.

Comprobada la motivación del recurso de apelación de la aseguradora y conocida de antemano la sentencia casacional, es incontestable que los reconocidos eran unos perjuicios excepcionales de índole personal, cuya existencia y cuantía había consentido aquélla (cambiando el punto de vista esgrimido en el juicio en que se negaba su existencia o su rango resarcible), aunque sostenía que su reconocimiento era incompatible con el de los gastos de sustitución, cuya cuantía, que no su existencia, combatía, sin que la AP se pronunciara sobre este concreto extremo que quedó desatendido *per silentium*, incurriendo al respecto en una nítida incongruencia omisiva.

Pero, curiosamente, este párrafo, que no venía a cuento en sus propios términos, recobra su sentido a la vista de la sentencia casacional que motiva esta reseña-comentario y en la que las incógnitas apuntadas quedan despejadas.

Efectivamente. a la vista de la sentencia casacional se capta la existencia y la consistencia de esa partida que permanece incógnita para quien solo accede a la lectura de la sentencia apelatoria, al haberse abstenido ésta de reseñar el desglose de las partidas que, reconocidas por la SJP, dieron lugar a una suma indemnizatoria total de 359.795 €.

Tal partida correspondía al reconocimiento

21 Ya he señalado que el lector solo conoce su cuantía cuando llega al estricto fallo de la segunda sentencia -la rescisoria- del TS.

de la suma de 19.694 €, como resarcimiento de los perjuicios morales padecidos por la lesionada por la definitiva frustración de no poder cuidar personalmente de su hija; resarcimiento habilitado, según criterio de la SJP, ratificado por la SAP, por la cláusula legal atinente a los perjuicios personales (morales) de carácter excepcional [y no extraordinario, como con una terminología no ajustada a la del sistema legal, asevera la sentencia apelatoria] que, no tipificados específicamente en ninguna regla del texto legal valorativo, habilita el art. 112, en consonancia con las previsiones remisivas del “no obstante” que contiene el art. 33.5, *in fine*, afectadas con una limitación cuantitativa contraída a un máximo del 25% de la indemnización básica establecida por las secuelas apreciadas<sup>22</sup>.

#### 14.- La exclusiva cuestión a resolver en el recurso de casación

Frente a la SAP, la aseguradora interpuso recurso de casación de interés casacional que resolvió el Pleno de la Sala 2ª del TS. Sin explicitarse de modo preciso la consistencia de la motivación articulada en el recurso, el TS, antes de encararla, puntualiza que suscita la cuestión sobre la indemnización del perjuicio que padeció la lesionada por la imposibilidad de seguir atendiendo a su muy discapacitada hija, como consecuencia de sus lesiones<sup>23</sup> y secuelas, al sostener la recurrente que el resarcimiento de los gastos de sustitución a afrontar desde la obtención de su alta médico legal no está contemplado en el Baremo establecido, pues la reparación íntegra de los daños y perjuicios no puede realizarse de modo directo, sino solo a través de dicha regulación de acuerdo con lo estrictamente establecido en el art. 33.5 de la Ley, sin que sea aplicable el 142, que refiere en exclusiva a los gastos de sustitución generados por las lesiones temporales y cuya previsión no puede trasvasarse a los gastos generados por las secuelas, aunque, respecto de éstas, es aplicable el art. 112 que prevé el resarcimiento de los perjuicios excepcionales dejados de contemplar de modo individualizado en el resto de la regulación legal, a cuantificar en el importe correspondiente al [*rectius*, con el límite del] 25% de la indemnización básica originada por

las secuelas.

Tras las precisiones anteriores, el TS puntualiza que la existencia del perjuicio señalado no es debatible en un recurso de casación de interés casacional, ni se discute en el concretamente formulado; y que éste plantea si ese indiscutible e indiscutido perjuicio es resarcible de acuerdo con las previsiones [imperativas] de la Ley, estándose ante una cuestión que, ofreciendo interés casacional, es la única que debe examinarse en el recurso interpuesto.

El TS no concreta la razón por la que la cuestión acotada presenta interés casacional, pero, dado que, conforme al acuerdo no jurisdiccional de 9 de junio de 2016, la recurrente no alega que la solución adoptada por la sentencia recurrida se oponga a la estricta doctrina jurisprudencial, ni arguye que haya al respecto una jurisprudencia provincial contradictoria, se induce que tal razón estriba en que se está ante la aplicación de una regulación legal que [ni en la fecha del accidente de autos, 7 de abril de 2018; ni en la del enjuiciamiento de primer grado, 25 de octubre de 2019; ni en la del de segundo grado, 3 de agosto de 2020) contaba con una vigencia superior al quinquenio (con su inicio en 1 de enero de 2016), habiéndose de fundar el recurso, de modo necesario y exclusivo, en una infracción de ley sustantiva al amparo del art. 849, 1º, de la Ley de enjuiciamiento criminal, lo que supone la intangibilidad de los hechos declarados probados.

#### 15.- Puntualización sobre el alcance de la impugnación de la aseguradora

Para servir a la precisión, puntualizo que, de la lectura de la sentencia recurrida y de la del primer fundamento de la casacional, se desprende que la cuestión que la recurrente sometió al debate casacional no era, como afirma el Pleno de la Sala, si el resarcimiento de los gastos de sustitución de la lesionada en el cuidado de su hija, a afrontar a partir de la fijación de su alta médico legal, está habilitado por la regulación legal (el Baremo), cosa no discutida por la recurrente<sup>24</sup>, sino la determinación de la concreta norma legal que lo habilita, resultando de la escogida el alcance cuantitativo del resarcimiento con

22 Limitación que obedece a la exclusiva razón de minimizar su resarcimiento mediante la técnica restringente de acudir a la supuesta existencia de una proporción entre el valor del perjuicio fisiológico y el valor los perjuicios personales singulares enraizados en él.

23 Téngase en cuenta que no se ponía en tela de juicio el resarcimiento de los gastos de sustitución habidos durante el periodo impediendo de las lesiones temporales.

24 La aseguradora negó en el juicio la existencia de estos perjuicios, pero, reconocido su resarcimiento por la SJP, cambió su punto de vista en el recurso de apelación, aceptando la partida como tal, es decir, la existencia de ellos, pero poniendo en tela de juicio la cuantía resarcitoria establecida.

su infranqueable límite legal, de acuerdo con la previsión restringente del art. 33.5

La recurrente planteaba que no era aplicable el art. 142.2, referente en exclusiva, sin límite extrínseco alguno, a los gastos generados por las lesiones temporales, pero no por las secuelas, cuyo resarcimiento, a diferencia de lo que acontece con los perjuicios patrimoniales generados por aquéllas, siempre cuenta con límites extrínsecos; y que, en tal sentido, había que optar por su resarcimiento como lucro cesante padecido por una persona lesionada dedicada a las labores domésticas del hogar familiar (en cuyo caso, la partida resarcitoria indiscutida tendría que cifrarse, según la tabla 2.C.5, en 15.246 € y no en los 113.292'48 reconocidos); o como un perjuicio [patrimonial] excepcional del art.112 (en cuyo caso, fijando la cuantía de la partida aceptada en el 25% de la indemnización básica por secuelas, se tendría que concretar en 19.694 €).

Por tanto, la cuestión del apoyo normativo del resarcimiento impetrado por la lesionada escondía, a las claras, una discusión sobre la cuantía de una indemnización que cualitativamente se reconocía como pertinente, dependiendo su determinación de la concreta regla legal aplicable.

En el trance de escoger uno de los tres

fundamentos normativos del resarcimiento reconocido, la AP había optado por la aplicación del art. 142.2 (por integración analógica de los gastos de sustitución generados por las secuelas o por interpretación extensiva de su supuesto de hecho ampliado a las lesiones permanentes), con lo que la partida indemnizatoria carecía de límite cuantitativo extrínseco alguno, dando lugar por ello al reconocimiento de su elevada suma.

A su vez, de las dos posibilidades normativas planteadas por la recurrente, había que desechar de modo tajante la de la inserción de los perjuicios a cuantificar a través de la cláusula legal de la excepcionalidad, dado que el Baremo proscribía siempre el resarcimiento de cualquier perjuicio patrimonial de índole excepcional; y ello a reserva de que el TS declare otra cosa corrigiendo los eventuales renglones torcidos de la Ley. En todo caso, ni la sentencia apelatoria, primero, ni la casacional, después, adujeron esta razón de su exclusión, ni ninguna otra.

Quedaba, pues, la tesis del manejo aplicativo de la regulación atinente al resarcimiento del lucro cesante causado por las secuelas a una lesionada dedicada a las labores de su hogar familiar, cuyo principal cometido (o único cometido especialmente relevante) era el cuidado de su discapacitada hija, en cuyo caso la partida resarcitoria tendría que fijarse, según



la recurrente, en la cuantía antes registrada.

El TS tendría que decidir al respecto, con la posible invención (encuentro) de un fundamento normativo distinto de los tres apuntados, sobre la base de que sería extravagante y *contra ius* una declaración de irresarcibilidad (para el concreto caso debatido) de los gastos de sustitución que la aseguradora recurrente había reconocido como resarcibles, en su dimensión cualitativa o existencial, que no en la cuantitativa, dada la índole civil de un enjuiciamiento casacional que no permite plantear y resolver cuestiones nuevas, ni desconocer lo que el reclamado ha reconocido o consentido.

#### 16. Las consideraciones del TS sobre el marco normativo del debate a resolver con el Baremo resarcitorio de 2015

Tras reproducir el texto del art. 1.4 de la Ley y, parcialmente, los incisos inicial y final del 33.5 (significación excluyente y restringente de la objetivación resarcitoria y clausula del “no obstante”, atinente a la reparación de los perjuicios excepcionales), el TS resalta que ese mismo precepto establece, como principio rector<sup>25</sup> del sistema valorativo, la integridad reparadora y la vertebración perjudicial,

<sup>25</sup> Adviértase la utilización de un singular comprensivo de la reparación íntegra y de la reparación vertebrada.

afirmando que su previsión coincide con la del Código penal (art. 109 y siguientes) y explicita que de tales textos derivan tres concretas afirmaciones: 1ª: que los daños y perjuicios causados deben indemnizarse en su integridad; 2ª: que las indemnizaciones se han de establecer de acuerdo con las reglas del sistema legal; y 3ª: que la interpretación de los preceptos del sistema debe efectuarse de modo que se consiga la satisfacción de los expresados principios<sup>26</sup> (fto. segundo, párrafos primero, segundo y tercero).

Se verá después que la segunda afirmación consecencial de ese marco normativo se ratifica con la de que no puede prescindirse de los preceptos del sistema legal valorativo “sobre la base de las normas que establecen los principios de reparación íntegra del daño” (fto. tercero, párrafo segundo)<sup>27</sup>.

Así las cosas, la verdadera problemática se contrae a comprobar si estas afirmaciones se casan y no se repelen: y el efecto de tal verificación es que la segunda, completada con el añadido de la imposición prohibitiva de la otra, engulle y anula las otras dos, con lo que éstas quedan reducidas a un bonito, pero inútil,

<sup>26</sup> Adviértase la utilización del plural diferenciador de la reparación íntegra y de la reparación vertebrada.

<sup>27</sup> Adviértase que ahora se habla de “los” principios de la reparación íntegra.



SUPREMO

ornato retórico puesto al servicio de disimular lo que es indisimulable, salvo para los juristas obsecuentes y para los defensores de los propósitos lucrativos del sector asegurador.

### 17.- Comentario a la definición casacional del marco normativo

La expresión literal del principio de la integridad reparadora y de la vertebración perjudicial como un único principio fundamental corresponde a un inequívoco defecto de redacción, pero este nimio *lapsus* puede aprovecharse para poner de manifiesto la interrelación imprescindible de los dos principios porque la reparación completa no puede conseguirse ni demostrarse sin ajustarse previamente a la vertebración perjudicial y este principio queda mutilado de su cabal sentido instrumental si no se pone al servicio de la plenitud reparadora, sirviendo además para verificar si una concreta indemnización la consigue y, sobre todo, para verificar por qué y en qué medida no la consigue, así como para juzgar si el sistema legal valorativo, lejos de propiciarla, la impide, que es lo que acontece, ciertamente, de modo que, aunque proclama como fundamental el principio de la reparación completa, en realidad se ajusta, esencial e imperativamente, a uno de reparación parcial<sup>28</sup>.

Por otra parte, la consonancia que se predica de los proclamados principios fundamentales de la valoración del daño corporal, con sus diversas y heterogéneas consecuencias perjudiciales, y de su plasmación en la regulación penal de la responsabilidad civil *ex delicto* corresponde en realidad a una

jurisprudencia de buenas intenciones, porque los preceptos de que consta dicha regulación no consagran de modo explícito el principio de la integridad reparadora, aunque la jurisprudencia siempre ha afirmado que se ajustan a él; pero, a su vez, esos preceptos no incorporan ni por asomo una mínima referencia a la vertebración perjudicial y a su importantísima significación.

### 18.- El hecho que origina la necesidad de resarcir los gastos de sustitución

El TS se hace eco del hecho probado (indiscutible en un recurso de casación de interés casacional, que no consiente impugnar la sentencia recurrida por error de hecho), de que, antes del accidente, “la lesionada prestaba de forma completa<sup>29</sup> las atenciones y cuidados que precisaba su hija discapacitada” (fundamento segundo, párrafo quinto, inciso primero) y que, durante el periodo de estabilización de las lesiones<sup>30</sup>, se han efectuado los gastos correspondientes a la contratación de enfermeras y cuidadoras para atender a la hija discapacitada, por los que la sentencia recurrida ha reconocido a la lesionada una indemnización cifrada en 60.884'84 € y que la parte recurrente no discute<sup>31</sup> (fto. segundo, párrafo quinto, inciso segundo)

También se hace eco del hecho probado (indiscutible, insisto, en un recurso de casación de interés casacional), de que “la lesionada no puede, tras las secuelas<sup>32</sup>, seguir prestando la atención que requiere su hija, por lo que será necesario prolongar la asistencia de profesionales, en una extensión que se ha fijado en dos años<sup>33</sup> que tampoco se discute<sup>34</sup>” (fto.

28 Sobre los dos principios fundamentales de la valoración del daño y sus heterogéneas consecuencias perjudiciales (perjuicios), remito a mi estudio “Los principios institucionales de la valoración del daño y su discutido acogimiento en el sistema de la Ley 30/1995”, en AAVV, *Manual de Valoración del Daño Corporal. Guía de aplicación del sistema de baremación para accidentes de circulación, dirección Francisco-Javier López García de la Serrana, prólogo Juan-Antonio Xiol Ríos, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2013 (634 pp.), cap. 3, pp. 92-252. Sobre el art. 33 de la LRC y SCVM, remito a mi monografía El nuevo Baremo de Tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, de 22 de septiembre).cit., Segunda Parte, ap. 2 “Los principios fundamentales. Artículo 33. Principios fundamentales del sistema de valoración”, pp. 187-274. Sobre la esencial parcialidad resarcitoria del actual Baremo, remito a mi estudio “Parcialidad versus Integridad reparatoria. Reafirmación de una derrota en el Baremo de 2015. Técnicas manejadas para imponer sus maleficios”, en AAVV, *Homenaje a José María Castán Vázquez. “Liber Amicorum”, coordinación Leonardo-Bernardino Pérez Gallardo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (1981 pp.), pp. 689-747.**

29 Con lo que se apunta que se estaba ante una dedicación exclusiva.

30 *Rectius: durante el periodo transcurrido desde la fecha del accidente hasta la obtención del alta médico-legal.*

31 Ni podría discutir.

32 Es decir, una vez dada de alta médico-legal con secuelas de efecto impeditivo o incapacitante, con una pérdida moderada de calidad de vida.

33 Obviamente, no es que la hija requiriera dos años más de asistencia personal, en virtud del carácter permanente de su estado, sino que, dado que la lesionada tenía 78 años en la fecha en que fue dada de alta, la AP calculó que, de no haber sufrido el accidente, sus cuidados solo se habrían prolongado, normalmente, durante dos años más, a contar desde el cumplimiento de aquella edad.

34 Ni podría discutirse en el ámbito de un recurso de casación de interés casacional, dado que se habría discutido *contra legem*, por tratarse de una cuestión apreciativa de puro hecho que pertenece privativamente a la instancia ordinaria.

segundo, párrafo quinto, inciso tercero)

### 19.- El fundamento normativo de la solución casacional brindada al resarcimiento de los gastos de sustitución originados por la incapacidad permanente de la lesionada

Sentado lo anterior, el TS concreta que la cuestión debatida en el recurso “es si esos gastos, cuya necesidad es clara<sup>35</sup>, como lo es su relación causal con las secuelas padecidas<sup>36</sup>, son indemnizables<sup>37</sup> (fto. segundo, párrafo sexto, inciso primero) y, “en caso positivo, con arreglo a qué normas” (inciso segundo).

Con referencia a tal cuestión, la Sala señala que “resultaría poco coherente<sup>38</sup> entender que, si resulta indemnizable un perjuicio derivado de lesiones temporales consistente en los gastos necesarios para que queden atendidas las personas especialmente vulnerables de las que el lesionado<sup>39</sup> se ocupaba (art. 142.2, *in fine*), no lo sea el perjuicio derivado de esa misma situación cuando aquéllas lesiones se han concretado ya en secuelas [de efecto incapacitante], una vez finalizado el proceso curativo<sup>40</sup> (fundamento segundo, párrafo cuarto, inciso primero); y, en refuerzo de lo antedicho, invoca la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (fto. segundo, párrafo cuarto, inciso segundo)<sup>41</sup>,

35 Indiscutible e indiscutida en el recurso.

36 Indiscutible e indiscutida en el recurso.

37 Pese a lo que asevera el TS, no era esa la cuestión sometida al debate casacional, puesto que la aseguradora recurrente había partido y partía de que procedía reconocer una indemnización por la señalada partida perjudicial, aunque discutía su apoyo normativo, del que dependía su determinación cuantitativa.

38 Manifiesto eufemismo; no es que sería incoherente que no se resarcieran los gastos de sustitución a los que se refiere, sino que sería simplemente absurdo, vergonzante y absolutamente injusto; y *ad absurdum non tenetur*.

39 *Lapsus calami: la lesionada*.

40 Expresión completamente correcta, porque el periodo de las lesiones temporales culmina cuando se pone término al proceso curativo y no cuando se entiende, con arbitrariedad manifiesta, que tiene lugar cuando se considera que se han estabilizado las lesiones. El reconocimiento legal del rango resarcitorio de las secuelas temporales así lo acredita, según he razonado y demostrado en mi monografía *El lucro cesante causado por las lesiones temporales. Doctrina y Jurisprudencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 2 tomos (1818 pp.), t. 1, ap. 22 (“Las secuelas temporales: su rol en la determinación de la duración del periodo lesivo y en la conceptualización del alta médico-legal que desmiente el hito conformado por la estabilización lesional”), pp. 631-710; y ap. 23 (“El tratamiento resarcitorio de las secuelas temporales en la jurisdicción”), pp.711-907.*

41 Invocación con la que se refuerza la necesidad de

Se insinúa así, sin decirlo, pero viniendo a decirlo, que la utilización del mecanismo integrador de la analogía está proscrita por el sistema legal, a la luz del imperio excluyente del art. 33.5, inciso primero, que, con su fórmula enfática de expresión pleonástica, define la concreta consistencia del impropriadamente denominado “principio de la objetivación” que mata de suyo la virtualidad del proclamado principio fundamental de la reparación plenaria.

Aunque la Sala se expresa con fórmula verbal condicional (“resultaría”) y no en presente existencial (resulta), acudiendo, además, al eufemismo suavizante (“poco coherente”), en lugar de explicitar lo que se piensa que es (incoherente), viene a asumir que la recurrencia a la analogía queda legalmente en entredicho, salvo en el caso de que algún precepto concreto la prevea de modo específico, como sucede, *verbi gratia*, con el art. 97.5, relativo a la medición del alcance del menoscabo fisiológico de las secuelas innominadas<sup>42</sup>.

Pero la inicial mención de la incoherencia que supone la previsión del resarcimiento de los gastos de sustitución originados por las lesiones temporales y la previsión ausente del de los generados por las secuelas incapacitantes solo tiene sentido porque se quiera protestar la interdicción del mecanismo analógico, cuya utilización aparece reclamada, no por una identidad de razón (*rationis identitate*), sino con más razón, por una razón de identidad (*identitatis ratione*). Es así porque, en principio, la prohibición de la analogía constituye un atentado al principio constitucional de la igualdad (art. 14 de la Constitución) que constituye su fundamento judicial y determina la necesidad de utilizarla cuando resulta procedente, operando como un mecanismo imperativo y no facultativo.

Aceptada de modo implícito esa (injustificada) prohibición legal, el quehacer enjuiciante del TS se centra en la búsqueda de algún precepto, dentro del sistema legal, que sirva de soporte para reconocer el resarcimiento de los gastos de sustitución originados por las lesiones permanentes de signo impediende;

los cuidados continuos que la lesionada prestaba a su discapacitada hija y, por tanto, la consiguiente necesidad de resarcir los gastos de su sustitución.

42 El sistema de 1995 carecía de esta concreta previsión, ni siquiera después de la reforma de 2003, pero también carecía de una regla general prohibitiva de la analogía. El de 2015 contiene tal regla general y por ello introduce la concreta regla de su procedencia imperativa en el específico supuesto señalado.

y ello pese a que su procedencia había sido reconocida y consentida por la aseguradora recurrente que solo aspiraba a que, negada la vía de apoyo normativo a la que había acudido la sentencia recurrida<sup>43</sup>, se acudiera a otra distinta con el solo y legítimo propósito de obtener la disminución del resarcimiento confirmado por ella<sup>44</sup>.

Sentado lo anterior, la Sala puntualiza que, mostrando su conformidad inicial con lo sostenido por la aseguradora recurrente y su disconformidad con lo sostenido por la sentencia recurrida, la indemnización por los gastos de sustitución originados por el efecto incapacitante de las secuelas, “no puede apoyarse en el art. 142.2, que se refiere a los daños o perjuicios temporales, es decir, los producidos hasta el final del proceso curativo<sup>45</sup>, cuando las lesiones, en su caso, se convierten en secuelas” (fto. tercero, párrafo primero). Con ello, el TS desautoriza el apoyo normativo al que, en rigor, había acudido la sentencia recurrida y con ello la innominada utilización analógica del indicado precepto. De este modo, pierde sentido efectivo la correctísima afirmación sobre la incoherencia señalada, sin que el TS explique con virtud persuasiva la razón por la que es inaplicable el art. 142, ni explique tampoco qué habría de hacer la jurisdicción si no halla una concreta norma que habilite el resarcimiento de que se trata y no postula la posible aplicación directa del principio que dice toral de la integridad reparadora.

43 Por su sometimiento efectivo al principio de la reparación total.

44 Por su sometimiento efectivo al principio de la reparación fraccional.

45 Reafirmación acertada de que el período de las lesiones temporales termina cuando culmina el proceso curativo que es previsión que contiene el art.134.1 y que tiene que sobreponerse al artificioso y fantasmal concepto de la estabilización lesional que, como una morcilla mixtificadora, incluye también dicho precepto. Sobre el uso legal y práctico del concepto de la estabilización lesional para fijar, de modo artificioso, atrabiliario y distorsionador, el *dies ad quem de las lesiones temporales rematadas, o no, con la persistencia de secuelas, remito a mi monografía El lucro cesante causado por las lesiones temporales. Doctrina y Jurisprudencia, cit., t. 1, ap. 21 (“La duración de las lesiones temporales y su dies ad quem: el desajuste que produce el manejo de las diversas altas [la sanitaria, la médico-legal por curación, la médico-legal por estabilización, la de la rehabilitación y la laboral], así como la necesaria recomposición de una que sirva a la institución de la responsabilidad civil por daños corporales”], pp. 609-630; y ap. 22 (“Las secuelas temporales: su rol en la determinación de la duración del periodo lesivo y en la conceptualización del alta médico-legal que desmiente el hito conformado por la estabilización lesional”)), pp. 631-710.*

Seguidamente, la Sala en Pleno advierte, a su vez, que no puede prescindirse de los preceptos del sistema legal valorativo que está montado “sobre la base de las normas que establecen los principios de reparación íntegra del daño” (fto. tercero, párrafo segundo)<sup>46</sup>, afirmando que “las normas aplicables” “contienen previsiones que tienden a indemnizar todos los perjuicios causados, de conformidad con los principios antes mencionados”<sup>47</sup> (fto. tercero, párrafo cuarto).

Abordada a continuación la búsqueda del precepto que proporcione soporte normativo a la partida resarcitoria debatida, el TS se refiere a una de las dos vías sugeridas por la aseguradora<sup>48</sup>, contraída a relacionar la reparación de los gastos de sustitución con la reparación del lucro cesante causado por las lesiones permanentes de signo incapacitante, ligando esa frustración patrimonial a la sufrida por quien se dedicaba a las labores de su hogar familiar, según previenen los arts. 127.1 y 131 (fto. tercero, párrafo cuarto, inciso primero); posibilidad de encaje normativo que el TS desvía al lucro cesante originado por la frustración de la actividad profesional de la víctima, según previene el art. 129, para los casos de incapacidad total o parcial<sup>49</sup> (fto. cuarto,

46 Frase que, en rigor, debería haberse colocado en la parte correspondiente a la definición del marco normativo y que ponen de manifiesto el “prestigio” (de *præstigiæ, engaños, engañosas*) de algunas frases literarias del texto legal que, expresadas ad pompam et ostentationem, no sirven para ocultar que el sistema legal valorativo está puesto esencialmente al servicio de la parcialidad resarcitoria. Falso simulacro de la realidad del *dura lex sed lex, solo negado por los interesados en él y por los operadores jurídicos obsesivos*.

47 Esta afirmación tendría que demostrarse y no solo predicarse. Un análisis en profundidad y sin obsecuencias del Baremo sirve para acreditar que solo algunas de sus normas están enderezadas a la efectiva consecución de la reparación completa (en concreto, la reparación de los perjuicios patrimoniales causados por las lesiones temporales); que la inmensa mayoría de ellas está puesta al servicio incontestable de una reparación parcial; y que son bastantes las normas que, redactadas de acuerdo con la técnica de las concesiones restringentes, están puestas al servicio de impedir el resarcimiento de perjuicios relevantes.

48 Así lo registra la Sala en el fundamento tercero, párrafo cuarto, inciso segundo.

49 La aseguradora recurrente se había referido a la posible consideración de la incapacidad de la lesionada como ama de casa en los grados de absoluta o total, sin apuntar la posibilidad de acogerse a la parcial y ello debido, más que probablemente, a que el sistema valorativo viene a negar, a través de su silencio, el resarcimiento de la incapacidad permanente parcial del ama de casa, negación que constituye una de las múltiples manifestaciones sectarias del sentido fraccional del resarcimiento que el Baremo proporciona. En cambio, el TS, al referirse aditivamente a la

inciso segundo). Al referirse el TS a estos dos cauces normativos de apoyo, el sugerido como posible por la aseguradora y el que él pone sobre el tapete del debate, no efectúa la más mínima referencia a la razón por la que deja de ponderar la otra vía apuntada por la recurrente, es decir, la de la excepcionalidad perjudicial de los gastos reclamados por la lesionada, cuya inequívoca razón legal de exclusión radica en que el sistema valorativo impide de forma drástica (disimulada a través de la técnica de la falta de inclusión) el resarcimiento de cualquier perjuicio excepcional de índole patrimonial, admitiendo solo, con su límite cuantitativo, el de los de índole personal, siempre que no se encausen en una lesiones temporales; y, en el concreto caso debatido, se estaba ante unas rastras perjudiciales de signo patrimonial y no personal.

Planteada esa dualidad de posibilidades de encaje normativo, la Sala rechaza la primera porque “la dedicación de la lesionada a la atención a su hija discapacitada no puede englobarse dentro de las tareas del hogar, teniendo en cuenta que el grado de discapacidad de la hija a la que venía atendiendo asciende al 95%, lo que requiere una atención y dedicación especial, intensa y constante, no exenta de una cierta especialidad técnica, bien diferenciada de lo que generalmente puede entenderse como tareas del hogar” (fto. tercero, párrafo quinto)<sup>50</sup>.

Uno de los datos relevantes que la lectura de la sentencia de primer grado proporciona es que sus consideraciones permiten captar que, respecto del sentido calificador y alcance de los cuidados que la lesionada prestaba a su hija antes de sufrir el accidente, fue la que inspiró al TS para adoptar el tránsito de la “domesticidad” a la “profesionalidad”.

Efectivamente, la sentencia originaria (sin rectificación en este punto por la que le siguió)

posibilidad de acudir a la regulación del resarcimiento del lucro cesante padecido por quien sufre de modo permanente una pérdida de los ingresos correspondientes al ejercicio de la actividad profesional del lesionado, alude a la incapacidad total y a la parcial, sin mencionar la absoluta; y estas menciones constituyen un inadvertido anticipo de que ya se tiene decidido acudir al supuesto de la incapacidad permanente parcial.

50 Exclusión que, en principio, resulta llamativa porque las actividades abolidas (el cuidado y las atenciones que requiera cualquier familiar conviviente que se encuentre enfermo) se insertan dentro de las labores del hogar familiar. Prueba de ello es el incremento que prevé el art. 131.1 b), relativo a la especial atención prestada al familiar con discapacidad, como había resaltado la aseguradora en su recurso de apelación (SAP, fto. tercero, párrafo cuarto).

declaró probado que, antes de sufrir el accidente y desde hacía bastantes años, la lesionada se ocupaba personalmente y a diario de todos los cuidados que la hija requería, abordándolos con tal continuidad, con tanto mimo, esmero y delicadeza y con tal profesionalidad que su hija nunca llegó a sufrir la más mínima escara, pese a que cualquier persona afectada por una grave parálisis está abocada a sufrir escaras como consecuencia de su inmovilidad. La extensión e intensidad de sus cuidados eran de tal calibre y eficacia que, frente a los intentos desvirtuadores de la aseguradora, se dio por inequívocamente acreditada la necesidad de que, ante la imposibilidad física de la lesionada de seguir brindándolos, la sustituyeron tres cuidadoras profesionales en turnos diurnos y cobertura de los fines de semana, lo que arguye la idea de la profesionalidad y entrega que ella desplegaba en el cuidado de su hija (fto. cuarto, párrafos octavo y noveno; y fto. séptimo, párrafos segundo a quinto)

Pues bien, el consetario de aquella negativa por parte del TS no fue negar el padecimiento de lucro cesante alguno, sino reafirmarlo y potenciarlo, pues, a continuación, asevera que “la dedicación [de la lesionada] debe ser valorada a estos efectos [es decir, a los efectos de fijar la correspondiente indemnización por la imposibilidad de acometerla] como su trabajo habitual” que “desempeñaba de forma cuasi profesional” (fto. tercero, párrafo sexto).

De acuerdo con ello, la Sala concluye que la cuestión estriba en la determinación de los ingresos dejados de percibir<sup>51</sup>, como presupuesto para calcular la indemnización procedente; y, para conseguirla, parte de un dato que en un recurso de casación de interés casacional no puede ponerse en tela de juicio, consistente en que el importe de la sustitución de los trabajos que prestaba la lesionada, asumidos por terceros contratados ante la imposibilidad de ella, asciende a 4.720'52 € mensuales, por lo que esta cantidad era la computable como ingresos dejados de obtener (fto. tercero, párrafos séptimo, octavo y noveno).

Cifrado ese nivel de ingresos dejados de obtener, la Sala invoca y aplica el art. 129 c), de acuerdo con el cual, en caso de incapacidad permanente parcial, se considera que el importe del perjuicio padecido equivale al de dos anualidades de sus ingresos, con lo que la

51 En lugar de referirse a los ingresos dejados de obtener, debería hablarse como fórmula más precisa del valor económico de las prestaciones devenidas imposibles.

indemnización procedente coincide con la que estableció la sentencia de primera instancia y que la de apelación confirmó (fto. tercero, párrafos décimo y undécimo); solución que cuenta con el apoyo normativo que proporciona el precepto señalado y no el art. 142.2, que refiere a las lesiones temporales, sin que, por tanto, halle tampoco su fundamento en la aplicación directa del principio de la reparación completa<sup>52</sup> (fto. tercero, párrafo duodécimo). Por ello debe concluirse que el motivo se desestima en virtud de la doctrina del fallo justificado o del efecto útil.

## 20.-El comentario que reclama la anterior solución

El TS asume el resarcimiento de los gastos de sustitución de las labores de cuidado que la lesionada desempeñaba antes de padecer el accidente de autos, constitutivas de la actividad cuasi profesional o para-profesional a la que se dedicaba y de la que se hubiera seguido ocupando si no lo hubiera padecido, haciéndolo con referencia al lucro frustrado por una situación de incapacidad permanente.

Con ello, la Sala rechaza la sugerencia efectuada por la aseguradora que ligaba los gastos de sustitución con el lucro cesante padecido por una persona que, por sus lesiones permanentes, quedara en una situación de incapacidad definitiva para el desempeño de las labores de su hogar a las que se dedicaba.

En su lugar, con una lógica estructural parecida a la de la solución desechada, la Sala liga los gastos de sustitución con la cesación del lucro que origina la actividad productiva profesional que queda impedida de modo permanente, pero, en lugar de apreciar que esa incapacidad alcanza el grado de total, opta por calificarla de parcial, absteniéndose de proporcionar la más mínima explicación y justificación de este grado degradado.

La cuestión es que no cabía justificar esa degradación, porque es notorio que, dados los hechos declarados probados, se estaba ante una incapacidad total y no parcial, con independencia de que las actividades abolidas

por las secuelas padecidas por la lesionada se califiquen como domésticas o como asimilables a unas profesionales por activarse de modo cuasi-profesional. No hay más que considerar las limitaciones que afectaban a la lesionada y la índole de las actividades impedidas por sus secuelas y calibrar las secuelas que en el orden laboral son determinantes de una incapacidad permanente parcial para llegar a la incontestable conclusión de que la padecida por la lesionada era total.

Si se indaga la posible razón de esa calificación inmotivada, se alcanza la sospecha de que, aunque corresponda a una movilización obsecuente del subconsciente, se adjudica a los perjuicios de lucro cesante de la lesionada una duración de dos años y que el razonable cálculo de ese periodo es el que conduce a la incapacidad permanente y no al revés. No es que la incapacidad se califique de parcial y que esta parcialidad suponga la existencia de unos perjuicios a los que se adjudica, por una presunción *iuris et de iure*, un valor equivalente al de dos anualidades de sus ingresos, sino que se parte de adjudicar a la incapacidad padecida una duración de dos años (dado el afán de encontrar una norma innecesaria en que apoyarlos) y éstos conducen a la incapacidad permanente parcial, aunque la padecida ciertamente fuera total. Se acude a la incapacidad permanente parcial porque servía para encajar en ellas unos perjuicios económicos que se había decidido suponer (con sentido común, dada la edad de la lesionada) que habrían de tener una duración de dos años a contar desde la fecha en que se produjo el alta médico-legal de la lesionada.

Pero la pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿cómo se habría resuelto este mismo caso si, en lugar de tener la lesionada 78 años cuando obtuvo el alta médico-legal, hubiera tenido 56?; ¿se habría acudido a la incapacidad parcial permanente parcial, para adjudicar por los perjuicios económicos cuestionados la misma cuantía indemnizatoria que la reconocida? Los dos años de nuestro caso se entienden y se comparten por la edad de la lesionada, pero serían inaceptables si tuviera una edad bastante inferior. La clave radica en que se confunde la duración del perjuicio considerado con el valor económico que se le tiene que asignar.

Y, si se hubiera acudido a la incapacidad total, que era la verdaderamente padecida, el TS no habría estado en condiciones para fijar con facilidad la indemnización pertinente, dado que no debería aplicar sin más la tabla procedente

<sup>52</sup> Pero no se dice si, de no haberse hallado ese fundamento normativo, cabe esa aplicación directa que había quedado insinuada inicialmente; y es que, si se reconoce valor normativo al principio institucional de la reparación completa, tiene que postularse esa aplicación directa, con operatividad subsidiaria en su caso; y no solo adjudicar al principio una tenue función tendencial.

(la 2.C.5), pues tendría que abrirse la ventana correspondiente a la obiedad de que la incapacidad para el desempeño las labores de cuidado filial que desempeñaba no daría lugar al devengo de la pensión social crípticamente computada en la confección actuarial de dicha tabla, por lo que tendría que efectuarse una revisión de ella, sobre la base de suprimir el descuento social desmentido por la ausencia de tal pensión, evitándose de modo indefectible la fijación de la irrisoria suma tabulada.

Ante ello, la solución pasaría por prescindir por completo de la tabla, renunciando a la imposible apertura de la ventana rectificadora y acudiendo directamente a la regulación articulada; y así fijaría el importe anual de los cuidados a prestar a la lesionada para, a continuación convertirlo en una renta vitalicia que, seguidamente, habría de capitalizar aplicando la correspondiente regla de conversión (la tabla TT1) en atención a los 78 años con que la lesionada contaba en la fecha del alta médico-legal; y con este follón se alcanzaría una cantidad menos aquilatada y más injusta que la que, en el caso, se acordó de modo elemental y persuasivo; y ello, pese a haber prescindido de corregir la horrenda disciplina tabular que descuenta el importe bruto y no el neto de la presumida pensión social<sup>53</sup>.

En todo caso, la cuestión debatida cobra un sesgo sorprendente si se tiene en cuenta que no podía reconocerse a la lesionada el resarcimiento de un lucro cesante que, en definitiva, dejó de padecer, porque su surgimiento lo impidió la contratación onerosa de las enfermeras a las que acudió para suplir los cuidados que ella desempeñaba y que no pudo proporcionar desde que padeció el accidente de autos. De esta forma, no sufrió lucro cesante alguno y no lo sufrió porque los cuidados sustitutorios de esas enfermeras lo evitaron, pero a costa de afrontar el costo que suponía la contratación de esas enfermeras; y este costo, como medida razonable y necesaria para evitar el lucro cesante que estaba llamado a padecerse, tenía que ser objeto del correspondiente resarcimiento. Sobre ello, vuelvo después en otro apartado.

### **21.- La solución casacional brindada a los perjuicios morales sufridos por la lesionada ante el imposible cuidado de su discapacitada**

<sup>53</sup> Por eso postulo, ante sus efectos vitandos, que *delendæ sunt tabulæ; o, al menos, encarada su confección con más seriedad y sin partidismo asegurador, que enmendandæ/corrigendæ sunt tabulæ.*



**hija**

Después de desestimarse el primer motivo del recurso (o la primera parte de su único motivo, pues parece que tal fue la estructura impugnatoria de la motivación casacional de la aseguradora recurrente), el TS aborda el segundo (o la segunda parte del único)<sup>54</sup>; y, a tal efecto, señala que “resta examinar si esta indemnización [la establecida y confirmada] es compatible con la acordada por perjuicio extraordinario<sup>55</sup> con arreglo al art. 112, pues la recurrente entiende que la posible indemnización por lucro cesante excluye aquella otra (fundamento cuarto, párrafo primero).

Tras expresar el planteamiento de la cuestión, la Sala afirma que, para solucionar una cuestión así, no puede brindarse una respuesta general, sino que hay que atender al concreto perjuicio que se indemniza (fundamento cuarto, párrafo segundo)

Efectivamente, el TS señala que la sentencia de primer grado, confirmada en este punto por la de apelación, apreció que las secuelas causaron a la lesionada un perjuicio excepcional<sup>56</sup> gravísimo<sup>57</sup>, al no poder cuidar a su hija como lo venía haciendo antes del accidente (fundamento cuarto, párrafo tercero).

54 La lectura del escrito de formalización del recurso de casación, que no se caracterizaba por una suprema claridad expositiva y argumentativa, sirve para comprobar que se articulaba con un solo motivo que denunciaba la infracción del art. 33.5, con mención de otros preceptos, consistente, al igual que se había hecho en el recurso de apelación, en discutir el apoyo normativo de la partida correspondiente al resarcimiento de los gastos de sustitución a afrontar tras el alta médico-legal de la lesionada, al considerar que era improcedente el utilizado por la sentencia de primer grado y aceptado por la sentencia de segunda instancia, proponiendo se sustituyera por cualquiera de los dos fundamentos que, alternativamente, postulaba, con lo que la estimación del motivo se traduciría en una drástica reducción del importe de la indemnización reconocida que, como tal no se impugnaba; y, a su vez, dentro del mismo motivo, pese a constituir un infracción distinta de la anterior, se señalaba que la partida de los perjuicios excepcionales, también confirmada por la sentencia recurrida, era incompatible con la otra, sin que se pusiera en tela de juicios la existencia de los perjuicios reconocidos, ni tampoco el soporte normativo de su reconocimiento.

55 Defectuosa calificación tomada de la sentencia recurrida, según he resaltado al ocuparme de ella. El primer nivel de la individualización perjudicial corresponde a los perjuicios básicos, generales u ordinarios; el segundo, a los particulares, especiales o extraordinarios; y el tercero, a los excepcionales atípicos o singulares.

56 Se acude ahora a la calificación correcta.

57 Calificar de gravísimo el perjuicio excepcional aducido constituye una manifiesta hipérbole.

Pero la Sala advierte que “no resulta de la sentencia que, estabilizadas<sup>58</sup> las lesiones, las secuelas impidan a la lesionada permanecer cerca de su hija<sup>59</sup>, aunque los cuidados necesarios se los presten otras personas”, por lo que, si el perjuicio excepcional se identifica exclusivamente con la imposibilidad de la prestación de tales cuidados, la indemnización por este concepto, calculada de forma objetiva por un porcentaje sobre la indemnización [básica] por secuelas, ha de considerarse incompatible con la acordada sobre los datos concretos disponibles, con la finalidad de que le sean prestados por terceros”, dando ello lugar a la estimación del motivo en este punto concreto (fundamento cuarto, párrafos cuarto y quinto).

En virtud de las dos decisiones recogidas en la primera sentencia (la rescindente), la segunda (la rescisoria) confirma la indemnización por los gastos de sustitución de la lesionada en los cuidados a prestar a su hija y suprime, por su incompatibilidad con la anterior, la establecida en concepto de perjuicio excepcional, ascendente a 19.694'25 €<sup>60</sup>

## 22.- Comentario sobre una solución que es expresiva de un fallido fallo, por la improcedencia de su improcedencia; ni las merinas son churras ni las churras son merinas

Diversos extremos suscitan un comentario crítico sobre la solución adoptada. Siendo cierto y exacto lo que afirmó la AP, la segunda cuestión solucionada por el TS ofrece cierta peculiaridad, porque dice que la lesionada reclamó una indemnización por unos perjuicios excepcionales ligados causalmente a las secuelas padecidas, siendo reconocido por el

58 Después de haber acudido anteriormente, por dos veces, al concepto legal correcto del final del proceso curativo, el TS maneja ahora al endiablado, moldeable y manipulable concepto legal de la estabilización lesional.

59 Mejor que decir que no consta que la lesionada esté impedida para estar cerca de su hija, tendría que haberse dicho que consta perfectamente acreditado que la lesionada puede permanecer cerca de ella. Lo único que sucede es que los perjuicios morales reclamados y por los que se reconoció en la primera instancia la correspondiente indemnización, confirmada por la sentencia apelatoria, no consistían en que sus secuelas le impidieran estar cerca de su hija, sino en que el efecto impeditivo de ellas le privaba de la satisfacción moral que le producía, como madre, cuidarla personalmente.

60 Cantidad de la que el lector no toma conocimiento después de leer la sentencia de segunda instancia y la primera sentencia casacional, tomándolo solo al leer el fallo de la segunda sentencia casacional; cantidad que, como es natural, había establecido la sentencia de primer grado, a la que, en el último instante he tenido acceso.

JP el resarcimiento pretendido mediante una respuesta que la AP consideró acertada, por lo que la confirmó, después de señalar, según he resaltado ya, que no había sido objeto de la apelación deducida por la aseguradora<sup>61</sup>.

Siendo cierta esa falta de impugnación, es asaz extraño que la AP confirmara un pronunciamiento indemnizatorio que no había formado parte del debate apelatorio; y es notorio que la aseguradora no podía impugnar aquel pronunciamiento en el recurso de casación interpuesto después; y, si lo hubiera impugnado en él, habría suscitado una cuestión nueva, al no haber sido suscitada en la segunda instancia, por lo que el TS no podría conocer de ella, por haberse incurrido en una causa de inadmisión que, de no haberse apreciado en su momento, se convertiría en una causa de desestimación en el trámite decisorio del recurso.

También es extraño que, habiendo dicho lo que dijo la AP en la sentencia apelatoria, el TS no se haga eco de esa declaración para desautorizarla si no se ajustaba a la realidad, siendo inconcebible que, en el caso de ajustarse a ella (y tal ajuste era completamente cierto), el TS la obvie, entrando a conocer de una motivación impugnatoria de la que no podía conocer.

Pero, prescindiendo de esta perspectiva procesal de la que, en todo caso, tenía que haberse ocupado de modo explícito el TS, si la aseguradora hubiera planteado esta cuestión en el recurso de apelación y hubiera reproducido su impugnación en el de casación, hay que concluir que la infracción legal denunciada no tendría que haberse acogido, sino desestimado.

Para resolver la cuestión que, según se dice, la aseguradora había suscitado en casación y ver si el resarcimiento de los perjuicios excepcionales aducidos por la lesionada es compatible o no con el resarcimiento del (supuesto) lucro cesante originado por sus secuelas incapacitantes, hay que atender a la índole de aquellos perjuicios, según asevera el propio TS, al resaltar que no puede proporcionar al respecto una respuesta general (fto. cuarto, párrafo segundo).

Pero, al referirse a la consistencia de

aquellos perjuicios reconocidos como excepcionales por las dos sentencias previas, el TS afirma que no consta que, culminado el proceso curativo, la lesionada hubiera dejado de poder permanecer cerca de su hija, aunque le fuera físicamente imposible prestar los cuidados que le proporcionaba antes de sufrir el accidente, con lo que parece que la consistencia de esos perjuicios radica en el padecimiento que supondría que la lesionada no pudiera estar al lado de su hija. Mas el TS reseña también que la consistencia alegada de esos perjuicios excepcionales no radicaba en aquella absurda imposibilidad inexistente, sino en la de prestar, personalmente, a su hija los cuidados y atenciones que habían venido constituyendo su anterior ocupación como madre. Y es que no es lo mismo lo uno que lo otro.

Así las cosas, el TS concluye que, “si el perjuicio excepcional se identifica exclusivamente con la imposible prestación de tales cuidados”, “la indemnización por este concepto” “ha de considerarse incompatible con la acordada” como lucro cesante derivado de esa frustración.

Pero en este caso no se resarce lucro cesante alguno porque su frustración se evita al suplirlo la intervención de las enfermeras y cuidadoras contratada, ni tampoco existe la incompatibilidad apreciada. Por ello disiento de aquella decisión porque, marginando las exigencias de la vertebración perjudicial que, previamente, la Sala había identificado con uno de los dos principios fundamentales de la valoración de los daños corporales y de sus diversas consecuencias perjudiciales, obvia la diversa índole o naturaleza de los perjuicios considerados, pues, de un lado, están los perjuicios patrimoniales que se han traducido en la confirmación de la indemnización de la que anteriormente se ha ocupado la sentencia casacional; y, de otro, los perjuicios personales o morales excepcionales que en las instancia dieron lugar a un resarcimiento distinto del anterior.

Unos y otros perjuicios dimanar de la misma imposibilidad servicial, porque se trata de los continuos cuidados que constituían la dedicación de la madre para su discapacitada hija, pero con dos vertientes distintas que no pueden confundirse porque unos son patrimoniales y los otros personales o morales; y la imposibilidad jurídica de su mezcolanza acredita su perfecta compatibilidad resarcitoria. Y es que no es de recibo confundir el origen de un perjuicio con su consistencia.

<sup>61</sup> Pero, como se verá a continuación, la verdadera e inexpresada razón de fondo para confirmar la solución adoptada por la sentencia de primer grado estribaba en captar con acierto, pero de modo intuitivo, que había que negar la incompatibilidad que postulaba la aseguradora.



Otra cosa es que pudiera negarse la excepcionalidad y la relevancia de esos perjuicios morales, por entenderse que quedaban resarcidos a través de los perjuicios particulares resarcidos por la pérdida moderada de la calidad de vida. Pero esta posibilidad no se la plantea el TS y, por otra parte, no puede marginarse que, al estarse en el ámbito de un recurso penal de casación de interés casacional, ni el recurrente puede suscitar una cuestión de carácter fáctico, ni el TS resolverla; y la existencia de esos perjuicios morales, que no eran ordinarios ni extraordinarios o particulares, sino excepcionales (por atípicos), había sido reconocida de modo intangible por la sentencia recurrida, tratándose de unos perjuicios morales de signo subjetivo (sufrimiento, duelo, desconsuelo, tristeza y desazón) que no son de actividad, que es lo propio de los consistentes en una pérdida de calidad de vida; perjuicios que, en un caso tan particular como el enjuiciado existen razonablemente, por lo que es por completo razonable que el JP, primero, y la AP, después, apreciaran su existencia.

Efectivamente, la aseguradora no impugnó en apelación la partida de estos perjuicios excepcionales, sino que, con ocasión de discutir la cuantía de la del reembolso de los gastos de sustitución provocada por el efecto impeditivo de las secuelas de la lesionada, deslizó la idea de la incompatibilidad de uno y otro resarcimiento; y tal idea volvió a verterla en la motivación del recurso de casación con la que denunciaba la indebida aplicación analógica del art. 142.2, *in fine*, al tiempo que postulaba una de las alternativas normativas que ya antes había propuesto.

Planteada así la cosa a juzgar, la apreciación de la incompatibilidad tendría que haberse traducido, no en la supresión de la partida resarcitoria de los perjuicios excepcionales, sino en restar su importe de la suma reconocida o de la que, revisándola, se reconociera por el capítulo perjudicial de los gastos de sustitución. La gracia de esta resta es que la aseguradora pretendía que la partida de los gastos sustitutorios futuros, fijada confirmatoriamente en la instancia en 113.292'48 €, se redujera a 15.309 (o, en su defecto, a 21.309), con lo que la operación impuesta por la incompatibilidad tendría que consistir en restar del importe consentido de los perjuicios excepcionales, ascendente a 19.594'25 €, el importe reducido de los gastos de sustitución, mientras que, al quedar confirmado en casación el importe de éstos, se tendría que haber restado de éste el de los perjuicios excepcionales, sin efectuarse,

desde luego, ninguna supresión entitativa.

En lugar de ello, el TS, después de insinuar la impertinencia del resarcimiento de los perjuicios excepcionales reconocidos, pero sin afirmarla, por no deber ni poder hacerlo, dado que su reconocimiento no había sido impugnado como tal, asumió el sugerido criterio de la incompatibilidad; y, en lugar de practicar el descuento señalado, decidió suprimir tal partida, pese a que, consentida por la aseguradora recurrente (de conformidad con un consentimiento que ya había quedado plasmado en la formulación del recurso de apelación), no podía hacerlo.

Se trataba de una partida que no gustaba a la Sala, por lo que, pensando y actuando como juzgador de una nueva instancia ordinaria, era proclive a una supresión que no podía efectuar por tratarse de una cuestión de hecho que, como tal, era intangible (*noli se tangere*), por haberse consentido entitativamente y, en último y primer caso, por corresponder a unos perjuicios cuya realidad fáctica había sido apreciada en las instancias ordinarias precedentes; y, para eliminarla, activó el óbice de la incompatibilidad sin razonarla en un intento de persuasión, sin demostrarla en un intento que hubiera sido imposible porque la decretada incompatibilidad afectaba a perjuicios heterogéneos, por ser de índole diversa, al ser, unos, patrimoniales y, los otros, personales, aunque originados por la misma imposibilidad de agencia.

### **23.- Consideración de los gastos de sustitución como medida elusiva del lucro cesante de una lesionada dedicada a una singular y muy trascendente labor doméstica**

La regla de la incompatibilidad que contempla el inciso segundo del art. 143.1 de la Ley se inserta en el efecto positivo ligado a la observancia de la carga de evitar o mitigar el lucro cesante que padece el lesionado temporal dedicado en exclusiva a las tareas de su hogar familiar. Regulado, efectivamente, de muy mala manera, el resarcimiento de la frustración del lucro de la actividad doméstica (contraído al valor económico de su falta de realización), el indicado inciso dispone que ese resarcimiento es incompatible con el de los gastos de sustitución de aquellas tareas<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> Sobre la figura del sedicentemente denominado deber de mitigar, remito al estudio incluido en mi monografía *El lucro cesante causado por las lesiones temporales. Doctrina y Jurisprudencia, cit., t. 2, ap. 53, pp. 1489-1634.*

Aunque la regulación legal no lo dice de modo explícito, esa incompatibilidad tiene sentido porque viene a reconocerse el derecho del perjudicado a obtener el reintegro de tales desembolsos, en cuyo caso queda impedido el resarcimiento previsto en el inciso primero del precepto porque el afrontamiento de aquéllos impide el que estaba llamado a ser el perjuicio patrimonial de la falta de entrada del valor de la actividad económica frustrada.

Pues bien, la habilitación de tal derecho corresponde al efecto positivo asociado a la observancia de la carga de evitar el lucro cesante que la persona temporalmente impedida por su lesión temporal padecería en el caso de no acudir a los gastos de su sustitución como medida razonable que adopta en su propio interés. La bondad de esta medida y la pertinencia del derecho a su reintegro radica en que no está en absoluto afectada por las limitaciones extrínsecas<sup>63</sup> que, para el resarcimiento del lucro cesante, establece de modo vergonzante el art. 143.4.

Por tanto, es clave captar que la razón de la incompatibilidad del resarcimiento de los gastos de sustitución con el resarcimiento del lucro cesante que padece la persona que, como consecuencia del efecto incapacitante de sus lesiones temporales, queda impedida para desenvolver su dedicación a las tareas domésticas, radica en que esta imposibilidad total (pérdida de la dedicación) o parcial (disminución de ella) es suplida por su sustitución, total o parcial, en tales tareas, con los consiguientes gastos que han de resarcirse.

Los gastos de sustitución constituyen, pues, el coste de las medidas adoptadas para evitar o mitigar la falta de entrada (pérdida) patrimonial del valor económico real de las tareas a las que se dedicaba de continuo la persona lesionada<sup>64</sup>, evitándose o atenuándose el que con propiedad se denomina doctrinal y legalmente lucro cesante del ama de casa, con la peculiaridad de que, midiéndose con dificultad ese valor económico, es normal considerar que se estime fundamentalmente coincidente con el de su sustitución, aunque el resarcimiento de aquél se cuantifique legalmente con una suma

<sup>63</sup> Expresión del sólito uso de la técnica de las concesiones legales restringentes.

<sup>64</sup> Valor económico de la falta de entrada patrimonial que es el valor que habría que afrontar si los servicios requeridos por la hija discapacitada de la lesionada los desempeñara onerosamente un tercero al que se contratara al efecto.

manifiestamente inferior.

Estas consideraciones explican que haya dejado de establecerse de modo explícito una regla habilitante del resarcimiento de esos gastos de sustitución, aunque su existencia implícita se desprende precisamente de la regla de la incompatibilidad, en enlace imprescindible con la regla implícita que, ligada a la previsión general de la carga de mitigar los perjuicios derivados del daño corporal padecido, contempla con notoria imperfección el art. 1.2, párrafo tercero, que regula el efecto contra-resarcitorio de su inobservancia y que, por una exigencia intrínseca, se completa de modo necesario con el efecto resarcitorio de su observancia.

El resarcimiento del coste de las medidas razonables adoptadas para evitar los perjuicios evitables, para mitigar los mitigables o para eludir la eludible agravación de los padecidos impide, naturalmente, el resarcimiento de los perjuicios evitados, de los mitigados y de los dejados de agravar. Tal es la razón, lo reitero, de la regla de la incompatibilidad a la que me he referido.

Los gastos de sustitución de la lesionada del caso de autos cumplen, exactamente, la misma función que la que cumple el abono del precio del alquiler de un vehículo por el propietario del que sufre desperfectos en un accidente y tiene que permanecer paralizado durante el tiempo en que queda en un taller para su reparación; la misma función que la que cumple la contratación de un conductor sustituto por orarte del taxista autónomo que sufre lesiones impeditiva como consecuencia de un accidente; y la misma función que cumple la razonable decisión de un camionero transportista autónomo que, ante el fallecimiento de su esposa en un accidente, tiene que contratar los servicios de una persona que, durante sus viajes, asuma los cometidos domésticos de los que se ocupaba la fallecida para el cuidado de sus hijos menores<sup>65</sup>.

65 Un caso más que similar al apuntado en el texto fue resuelto en primera instancia por la SJP de Segovia núm. 1 bis de 4 de abril de 2011 (Nuria Lóriga Dacal), recaída en el juicio oral 557/2010, confirmada por la SAP de Segovia (Sección 1ª) de 12 de noviembre de 2012 (Andrés Palomo del Arco; magistrado hoy de la Sala 2ª del TS y, por, tanto firmante de la sentencia plenaria objeto del presente análisis crítico), resolutoria de recurso de apelación 70/2012. Una joven inmigrante búlgara de 25 años, casada con un ciudadano, madre de dos hijos (uno de 7 años y el otro de 7 meses), dedicada en exclusiva a las labores de su hogar familiar, falleció como consecuencia de ser atropellada en la acera de una calle por un turismo pilotado por un conductor que, al dormirse, perdió su control. Su marido, conductor-

Pero es notorio (o debe captarse como notorio) que, siendo incompatible el resarcimiento de los gastos de sustitución con el resarcimiento de los perjuicios sustituidos, porque éstos han quedado eliminados o compensados mediante el resarcimiento de aquéllos, la regla de la incompatibilidad

*repartidor de una empresa de pan y bollería que llevaba por las localidades de la provincia de Segovia con horario fijo de mañana y tarde, reclamó en el juicio, en su nombre y en el de sus hijos, las cantidades previstas en el Baremo vigente en 2009, año del siniestro, después de que la aseguradora del inculpado hubiera consignado el importe de las indemnizaciones básicas debidas a él y a sus dos hijos, pero sin haber incluido cantidad alguna por el factor de corrección por perjuicios económicos que eran pertinentes por tener la fallecida edad laboral y sin haber consignado el importe de los gastos de repatriación del cadáver con los de entierro y sepelio; y reclamó, además, 165.520 € calculados en un dictamen actuarial para cubrir el coste de los servicios domésticos precisos para la llevanza de su casa y cuidado de sus hijos hasta que el más pequeño cumpliera los 14 años, pues entonces el otro contaría ya con 21 años. El reclamante se apoyaba en la regla del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del Baremo, enunciadora del principio de la total indemnidad como finalidad asegurada por su regulación, con inclusión de la reparación de los perjuicios excepcionales, con invocación de la doctrina sentada por la STS (Pleno de la Sala 1ª) de 25 de marzo de 2010 (Juan-Antonio Xiol Ríos) y el criterio de expansión analógico de la anterior doctrina por la SAP de Álava (Sección 2ª, Penal) de 12 de abril de 2011 (Jaime Tapia Carreño). Esta pretensión fue desestimada mediante unos argumentos fácticos de pesadilla, cuya crítica ocuparía una extensión incompatible con el presente comentario, después de haberse aseverado que el caso resuelto por aquella sentencia civil plenaria (referente a una gran invalidez) "no guarda relación alguna" con el que se enjuiciaba (fallecimiento), incluyendo las siguientes perlas: "no se pueden valorar a las personas según lo que produzcan"; "no se puede pensar en una persona en cifras, en lo que esa persona ha dejado de producir o hacer porque todas las personas producen"; "no consta si los menores perciben (...) subsidio por orfandad"; respecto de los menores, no constan "sus actuales horarios escolares"; no consta "el horario laboral de su progenitor (...) en (...) 2009", pero no "en la actualidad"; "no consta (...) con quien convivían los menores antes de ocurrir el fallecimiento de su madre"; "no entendiende esta juzgadora si [con 14 años, los menores] (...) están capacitados para realizar tareas {domésticas} (...) peligrosas (...) [es decir, si] son autosuficientes". Apelada la sentencia, la AP la confirmó porque la regla del último factor corrector de la tabla II solo permite reducciones y no aumentos, sin que la doctrina plenaria civil sea expandible por analogía al estarse ante un supuesto de fallecimiento y no de secuelas permanentes [como si el fallecimiento no fuera permanente], con lo que la que denominé, en su día, "la regla del guion" se interpretó como regla de prohibición que no consienta, pese a la identidad de razón, la proyección analógica de la correlativa regla de la tabla IV, que cuenta para los aumentos con un relleno carente de guion; y, en el orden fáctico, porque el importe reconocido por el factor de corrección por perjuicios económicos [19.220'10 €] "pondera un perjuicio superior al reclamado" [165.520 €], por lo que no se aprecia "un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante [sic] reclamado". Lo curioso y algo reconfortante es que la AP no impuso al apelante las costas del recurso porque "la solución legal (...) no es plenamente satisfactoria".*

tiene que afectar en exclusiva a los perjuicios evitados, sin poder expandirse a perjuicios de una índole diversa que la sustitución no elimina.

Se trata de una consecuencia natural del respeto debido al principio fundamental de la vertebración perjudicial que el Baremo proclama y procura de verdad (a diferencia de lo que acontece con la reparación plenaria). Esto significa que, a los efectos que interesan aquí, los gastos de sustitución que eviten la generación de un efectivo lucro cesante<sup>66</sup> no pueden impedir el resarcimiento de cualesquiera perjuicios personales o morales originados por la situación lesiva de la persona lesionada, porque la reparación de éstos no se solapa con la de esos gastos que sortean la frustración de una ganancia patrimonial perfectamente identificada y diferenciada de esos otros perjuicios.

La proyección de estas ideas sobre las cuestiones resueltas por la sentencia casacional clarifica el cabal sentido de la correcta desestimación que contiene y el sinsentido técnico de la incorrecta estimación que igualmente acoge.

En cuanto a la desestimación y el apoyo normativo de la solución reconfirmada, es pertinente ligar los gastos de sustitución con el cese del lucro que originaba de suyo el efecto incapacitante de las secuelas padecidas por la lesionada, Pero es incorrecto sostener que el reintegro reparador de esos gastos de sustitución tiene lugar a través del resarcimiento de ese lucro cesante; y es así porque no cabe la reparación de un lucro que deja de cesar, es decir, que se ha evitado, pues deja de producirse gracias a la intervención asistencial de las cuidadoras que lo suplen a cambio de unas retribuciones que constituyen los gastos de sustitución como coste de las medidas adoptadas para evitar la efectividad del cese de un lucro inicial cuya frustración termina por quedar disuelta.

En este sentido, no es baladí la invocación casacional del principio de la reparación íntegra porque la doctrina del sedicentemente denominado deber de evitar o mitigar los perjuicios derivados del daño causado por el responsable (en nuestro caso, perjuicios económicos derivados de un daño corporal

<sup>66</sup> Porque el valor económico de las enfermedades y cuidadoras supe el valor económico de los cuidados imposibilitados a la lesionada.

permanente) constituye una manifestación de dicho principio, consistente en que la observancia de la carga que pesa sobre el perjudicado genera, de un lado, el efecto negativo de impedir el resarcimiento de unos perjuicios impedidos que, lógicamente, dejan de existir o, mejor dicho, que ni siquiera surgen; y, de otro, el efecto positivo de tenerse que resarcir el coste de las medidas adoptadas para impedir el surgimiento de esos perjuicios, consistentes, en este concreto caso, en el importe de los desembolsos de la sustitución personal realizada.

De aquí surge con naturalidad elemental la regla de la incompatibilidad del recobro de esos gastos con cargo al responsable del daño con el resarcimiento del lucro cesante relacionado con ellos; regla con la que se expresa que no cabe el resarcimiento de un lucro frustrado que, llamado inicialmente a producirse, se ha evitado gracias a la sustitución de la imposibilitada actividad productiva de la persona lesionada.

A su vez, el resarcimiento consistente en la recuperación del importe de los desembolsos de la sustitución es perfectamente compatible con el resarcimiento de cualesquiera otros perjuicios distintos del lucro cesante suplido, por evitado, aunque, naturalmente, compartan el mismo origen.

Por eso, afirmada en la instancia inferior la existencia y relevancia de unos perjuicios morales excepcionales (en cuanto no contemplados en la regulación del resarcimiento tipificado de los perjuicios básicos y particulares) originados a la lesionada por la frustración como madre de no poder cuidar, personalmente y de modo continuo<sup>67</sup>, de su discapacitada hija, como venía haciendo antes de sufrir su accidente, el resarcimiento de esta frustración personal<sup>68</sup>, intangiblemente reconocida por probada por la AP, era inequívocamente compatible con el resarcimiento de los perjuicios económicos

<sup>67</sup> Porque la dedicación a los cuidados extensos e intensos a la hija por parte de su casi anciana madre se había convertido en el principal cometido de ella, en la básica razón de su supervivencia.

<sup>68</sup> Al duelo precedente de sufrir la muy grave discapacidad de su hija se añadió, como consecuencia de las graves lesiones que se le causaron en el accidente, el duelo de no poder socorrerla personalmente, hasta el punto de que, de los datos recogidos en la sentencia apelatoria, se induce que la lesionada había convertido los cuidados en su gran dedicación como madre y fundamental razón de su propia vida. Se está ante un perjuicio personal excepcional (atípico) completamente normal; y tal es lo que fácticamente apreció y tuvo por probado con enorme claridad el juzgador originario y que confirmó la AP.

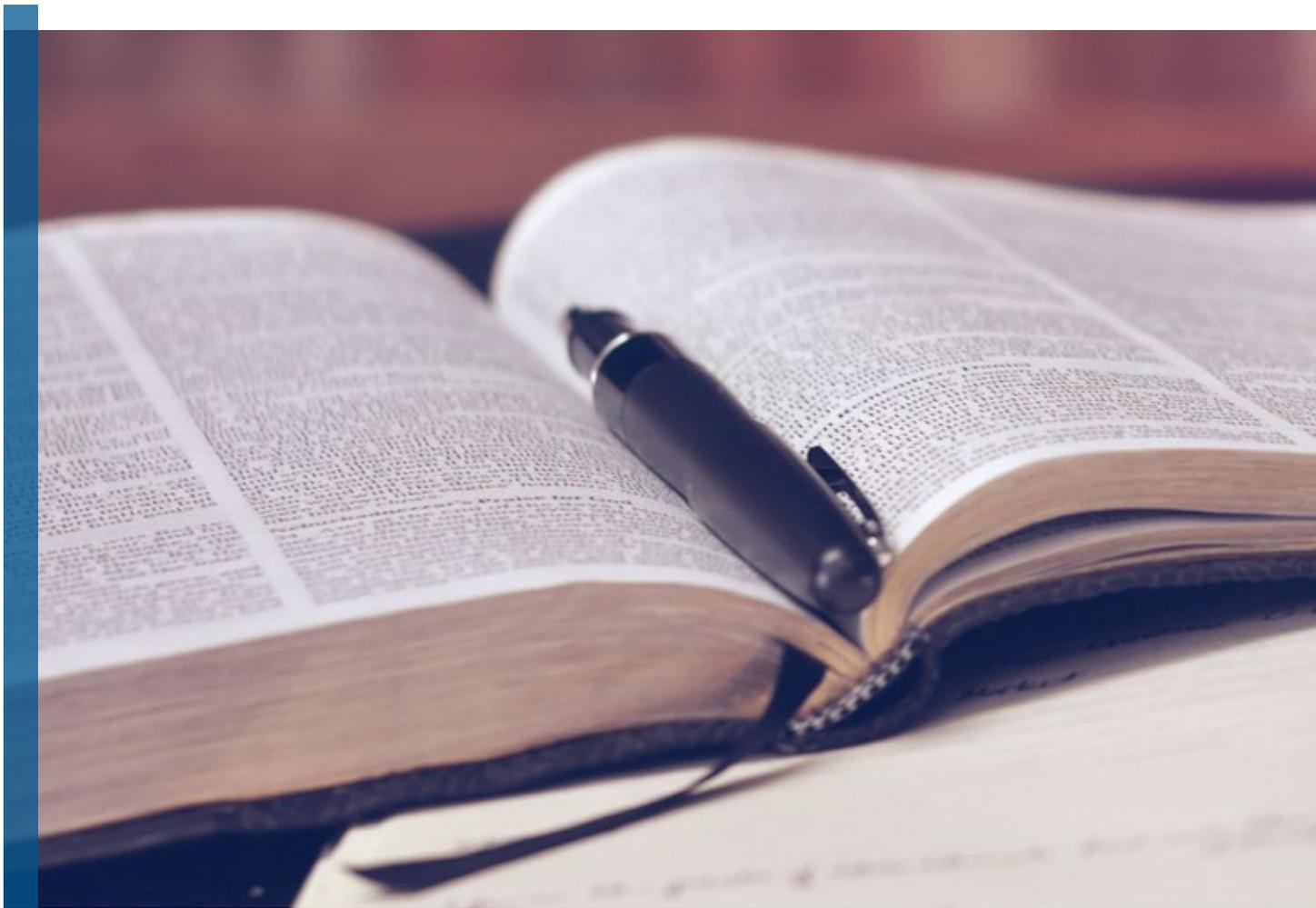
generados con ocasión de la imposibilidad física de su dedicación; y es así porque esa falta de aptitud no constituye en sí un concepto perjudicial resarcible, dado que, conforme a las ineludibles exigencias del principio de vertebración, son los negativos efectos generados los que constituyen los diferenciados conceptos perjudiciales resarcibles, con asignación a cada uno de la cantidad reparadora que les corresponda; y, en nuestro caso, unos son los perjuicios patrimoniales ligados a la evitación del lucro cesante de la lesionada, y otros, completamente distintos, los perjuicios morales que, como excepcionales, y, a su vez, diferenciados de otros tipificados de la misma índole, apreció la AP, con el reconocimiento fáctico de su existencia y de una relevancia resarcitoria que ni negaba la aseguradora recurrente, ni negó, ni razonablemente podía negar, el TS que, a pesar de ello, no consiguió evitar la mezcla de las churras con las merinas, pese a su nítida diferenciación, dando lugar su captación desvertebrada a la desviación estrábica de apreciar un solapamiento o duplicación resarcitoria inexistente.

Por ello constituye un error identificar los gastos de sustitución con el lucro cesante de la lesionada, porque no se resarce un lucro que se frustra, pues deja de padecerse al resultar impedido por unas medidas de evitación – la contratación de enfermeras y cuidadoras sustitutas-, cuyo coste debe ser objeto indefectible de resarcimiento.

#### **24.- El pimpampum de los apoyos normativos de la cobertura resarcitoria de los gastos de sustitución de los cuidados a prestar tras el alta médico-legal de la lesionada**

A lo largo del texto que antecede, se han registrado seis apoyos normativos distintos para que el resarcimiento de los susodichos gastos de sustitución quedara dotado de justificación dentro del sistema legal valorativo.

El primero fue el de la aplicación analógica del art. 142.2, *in fine*; apoyo al que acudió la SJP y que la SAP refrendó, pero que el TS desautorizó muy a su pesar, con acatamiento del principio de la impuesta legalidad valorativa.



El siguiente asociaba los indicados gastos al lucro cesante de una persona que, dedicada a las labores de su hogar familiar, queda afectada por una incapacidad permanente total; apoyo sugerido por la aseguradora condenada como responsable civil directa, pero que el TS también desautorizó, por negar que los cuidados prestados antes del accidente por la lesionada a su hija fueran insertables en las labores domésticas de una ama de casa.

El tercero asociaba los indicados gastos al lucro cesante de una persona que, dedicada al continuo cuidado de su hija con un sentido cuasi-profesional asimilable a uno profesional, queda afectada por una incapacidad permanente que, siendo total, se reputa parcial; apoyo al que acudió el TS en virtud del *iura novit curia*.

Otro consistió en la aplicación directa del principio fundamental de la integridad reparadora, sin la intervención medial de precepto concreto alguno; apoyo que se planteó el TS, pero que desechó, al creer encontrarlo en la previsión normativa del resarcimiento del

lucro cesante padecido como consecuencia de sufrirse una incapacidad permanente con el grado de parcial, quedando, en cierto modo, en el aire el reconocimiento, o no, de la *vis* normativa directa de esa previsión principal, para el caso de no hallar el precepto regulador que creyó encontrar

El quinto reputaba tales gastos como constitutivos de un perjuicio excepcional resarcible en virtud de la clausula del “no obstante” del art. 33.5, *in fine*, con su remisión al art. 112; apoyo normativo que la aseguradora proponía con carácter subsidiario porque se traduciría en una indemnización menos minimizada que la otra alternativa, dado que el inequívoco propósito de su impugnación en apelación, primero, y en casación, después, era obtener la máxima posible reducción de la cantidad que se había reconocido a la lesionada; apoyo que no tomó en consideración la AP, primero, ni tampoco el TS, después, con lo que quedó sin desvelar que se estaba ante una propuesta técnicamente absurda porque el sistema legal valorativo proscribía de



modo cierto (aunque carente de justificación, en términos de justicia conmutativa) el resarcimiento de cualquier perjuicio excepcional de índole patrimonial.

Y el sexto, que es el que suscribo como correcto, consiste en que el resarcimiento de los gastos de sustitución corresponde al del coste de las medidas adoptadas para la evitación del lucro cesante que, inicialmente padecería cualquier persona de actividad productiva, si ésta le queda definitivamente vedada al sufrir una incapacidad permanente de alcance absoluto, totas o parcial., teniendo en cuenta que la figura del sedicentemente denominado deber de mitigar o evitar los perjuicios derivados del daño corporal injustamente padecido pertenece a la dimensión atributiva del Derecho de la Responsabilidad Civil y no a su dimensión valorativa, por lo que su regulación no se ubica<sup>69</sup> ni debe ubicarse en el Baremo.

**25.- Una coda que no debe soslayarse: el milagrito invertido que origina el invento de un periodo intermedio, durante el cual la lesionada no sufre la pérdida de calidad de vida que venía padeciendo, pero que, de inmediato, vuelve después a padecer, sin que el estado de su cuerpo haya cambiado de un día para otro**

Tras el accidente y al cabo de 296 días de sufrir una pérdida decreciente de calidad de vida (muy grave<sup>70</sup>, grave y moderada), la lesionada la recuperó durante 120 (o fue solo leve la que sufrió); pero, al ser dada de alta médico-legal el último de ellos con el reconocimiento de una diversidad de secuelas incapacitantes, pasó a padecer de nuevo, ahora modo permanente, una pérdida moderada. Durante el último día de sus lesiones temporales, la lesionada no padecía pérdida alguna de su calidad de vida o la padecía de modo leve, pero, al día siguiente, como por ensalmo, su falta de pérdida o su pérdida leve se alzó al grado de moderada y permanente. Vivir para ver. Estamos ante la sinrazón de

<sup>69</sup> Por eso la Ley la ha incluido, aunque con lamentables defectos, en el art. 1.2, párrafo tercero.

<sup>70</sup> Según recoge la sentencia de primer grado, la lesionada estuvo encamada menos de un mes, periodo tras el que siguió otro, de duración no determinada, durante el que estuvo recluida en silla de ruedas (fto. quinto, párrafos décimo y decimosexto). Por ello no me parece de recibo que los días de pérdida muy grave de calidad de vida fueran solo 17, según la pericia, al parecer, del médico forense, teniendo en cuenta, además, la pérdida total de autonomía que tuvo de suponerle a la el sometimiento a siete intervenciones quirúrgicas, marginándose que los días de pérdida total de autonomía pueden ser (y es sólitamente que lo sean) discontinuos.

ciertos protagonistas de la medicina pericial valorativa que, ante la patología accidental de la salud, quizá por *nec-legentia* de la *lex data*, establecen, de modo lamentable y sólitamente, conclusiones ajenas a la realidad dictaminada, afirmadas *contra legem*, *contra systema*, *contra ius* y *contra rationis vim*.

Lo cierto es que, en este caso, el perjuicio personal o moral padecido por la lesionada durante aquellos 120 días fue resarcido con su *minus-pretium*, sin resarcirse la pérdida moderada de calidad de vida que pericialmente se le negaba, pero que padecía de modo indefectible<sup>71</sup>. Empero, obtuvo el resarcimiento de los perjuicios económicos causados por la abolida actividad de cuidado a la que se dedicaba de continuo, contraídos a los gastos de su sustitución; y ello durante todo el periodo de sus lesiones temporales, incluidos aquellos muchos días finales, conviviendo así la realidad de una pérdida de calidad de vida más que leve con el absurdo pericial de su inexistencia que es incompatible con la imposibilidad de dedicarse a su actividad de cuidado personal de su discapacitada hija, sin que ni el JP ni la AP pararan mientes explicitadas en esa pintoresca contradicción que no ennoblece la calidad de la pericia realizada.

La lesionada quedó privada del resarcimiento que le correspondía por su pérdida de calidad de vida durante aquellos cuatro meses que precedieron a su alta médico-legal, aunque la injusta estulticia de tal privación no le privó del resarcimiento de los gastos de sustitución realizados a lo largo de ese cuatrimestre final. La pérdida moderada de su calidad de vida durante ese lapso era de una evidencia tan cegadora que ni el JP, primero, ni la AP, después, fueron capaces de ver, de desvelar y protestar esa flagrante contradicción, siendo su evidencia -videncia- de tal calibre que no cayeron en la ocurrencia -propuesta, por cierto, por la aseguradora responsable civil- de negar el reintegro de los gastos de sustitución habidos durante aquel pintoresco sub-periodo inventado por una lamentable y vitanda intervención pericial.

<sup>71</sup> Por centrarse, posiblemente, en la importancia cuantitativa de otras partidas, la acusación particular de la lesionada consintió que los días peritados como de perjuicio personal solo básico fueran resarcidos como tales, pese a la inequívoca imposibilidad de que lo fueran.

## Responsabilidad Civil por accidentes marítimos: Abordaje

**José Domingo Monforte**  
Abogado

### SUMARIO

#### I.-SÍNTESIS

#### II.- CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL

#### III.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LA CULPA Y LA DERIVADA CLASIFICACIÓN DEL ABORDAJE.

#### IV.- CONCLUSIÓN

#### I.-SÍNTESIS

Se analiza la problemática y tratamiento legal y jurisprudencial de la responsabilidad civil derivada del accidente marítimo por abordaje, desarrollando su regulación normativa (Reglamento Internacional para Prevenir Abordajes): conjunto de reglas para la prevención, evitación y determinación del patrón de conducta y medida de la diligencia y el grado ante concurrencia de responsabilidad y sus consecuencias jurídico-indemnizatorias, dentro del régimen de la clásica responsabilidad extracontractual de la *culpa aquiliana*, en cuyos requisitos clasistas de culpa, daño y relación de causalidad adecuada nos desenvolveremos dentro de los parámetros normativos de la Ley de Navegación Marítima y los Tratados Internacionales que, de forma supletoria, la complementan.

#### II.- CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL

##### a) Concepto

El Código de Comercio definía el abordaje

como el choque o colisión entre buques de carácter violento, (“De los abordajes” del Título IV del Libro III, compuesta por los artículos 826 a 8391) capaz de ocasionar daños y perjuicios materiales, razón por la cual no es tal la embestida de un buque contra una instalación fija, pudiendo tener lugar en cualesquiera aguas marítimas, incluidos los puertos o fondeaderos y las aguas extranjeras o libres. El concepto jurídico del abordaje es, como veremos, relevante.

La regulación de la institución del abordaje la encontramos actualmente en la Ley de Navegación Marítima de 25 de septiembre de 2014 (en adelante, LNM) en el título VI, capítulo I (artículos 339 a 346). El concepto se modificó y amplió y, así, se define el abordaje en su artículo 339.2 como “*el choque en el que intervengan buques, embarcaciones o artefactos navales, del que resulten daños para alguno de ellos o para las personas o las cosas*”, incluyendo y considerando como “buque” todo vehículo destinado a la navegación y que cubre también situaciones estáticas transitorias, tanto si el mismo está destinado al transporte de personas

como de mercancías, e independientemente de que se trate de un buque mercante o de recreo, deportivo o científico, excluyendo, eso sí, los del Estado (específicamente mencionados en el apartado 4 del mencionado artículo 339).

La STS de 13 de junio de 2003 consideró que la colisión de un buque contra un objeto fijo como un muelle o una roca, no es un abordaje y, por tanto, no se aplica la legislación marítima, sino la civil. Con la nueva regulación de la LNM esta situación es considerada como abordaje.

Por su parte, el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordaje, firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 1910 y ratificado por España el 17 de noviembre de 1923 (en adelante, el Convenio), establece un régimen que se asimila al de la responsabilidad extracontractual excluyendo del régimen de responsabilidad el abordaje fortuito o de imposible determinación (dudoso o por causa desconocida). Por lo tanto, se sustenta este régimen de responsabilidad en la culpa probada, sin que pueda presumirse ésta y en caso de culpa concurrente, la responsabilidad solidaria de cada uno de los armadores titulares de los buques será proporcional a su intervención y relevancia causal (La LNM en el artículo 340 designa al armador del buque, embarcación o artefacto naval que sea culpable del accidente como la persona responsable por los daños que se deriven del abordaje. En el caso de que se trate de embarcaciones deportivas el responsable será el titular o propietario del buque. Se considerará armador al propietario que figure inscrito en el Registro de bienes Muebles).

Los países de nuestro entorno se han adscrito en su regulación interna a la responsabilidad por culpa, base de la responsabilidad aquiliana y del principio «*alterum no laedere*» (así, el *Codice della navigazione* -arts. 482 a 488-; *Handelsgesetzbuch* -secciones 187 a 190-, *Merchant Shipping Act* 1995 y Ley francesa de 1967 sobre los *événements de mer*). Dichos preceptos formulan la responsabilidad del naviero por abordaje obligándole a indemnizar los daños derivados del mismo cuando se haya ocasionado por culpa de los miembros de la dotación o del buque. Criterio que también es adoptado por la vigente Ley General de la Navegación Marítima que, en sus arts. 339 a 342, siguen la línea de los principios de la responsabilidad aquiliana, aproximándose de forma decidida a la normativa de Derecho uniforme y al régimen de Derecho común de los arts. 1.902 y 1.903 del Código Civil.

Oportuna resulta la cita de la SAP de Barcelona nº 306/2015, de 8 de octubre, cuando delimita y determina que *“la responsabilidad civil derivada de los daños producidos en un abordaje se basa en los mismos principios*

*recogidos en el Código Civil que rigen la responsabilidad extracontractual, de manera que es esencial el concepto de culpa de quien los causa. En este sentido, es muy expresiva la S.T.S. (Sala Primera), de 17 de abril de 1.964, porque afirma que la responsabilidad del naviero por los daños y perjuicios dimanantes del abordaje marítimo está fundamentada en «los principios civiles de la culpa aquiliana, como lo revela la armonía que existe entre el art. 826 del Código de Comercio y los arts. 1.902 y 1.903, párrafo 4º del Código Civil». En sentido análogo se hallan las sentencias del mismo Tribunal de 27 de mayo de 1.957, 20 de octubre de 1.970 y 22 de diciembre de 1.986”.*

### b) Regulación

En España, el régimen jurídico del abordaje, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 339.1 LNM, viene integrado por el *Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordaje, firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 1910, los demás convenios sobre esta materia de los que España sea Estado parte y por las disposiciones de este capítulo*. Regulación que igualmente es de aplicación a los daños que un buque, embarcación o artefacto naval cause a otro sin contacto como consecuencia de una maniobra incorrecta en la navegación (art. 339.3 LNM).

El fundamento de la responsabilidad en caso de abordaje se encuentra en el art. 340 LNM que atribuye, como ya se ha anticipado, la responsabilidad al armador del buque, embarcación o artefacto naval, tanto de los daños y perjuicios sufridos por el otro y por las personas y las cosas a bordo del mismo, como los causados fuera de ellos, **debiendo probar quién acciona por resultar perjudicado, el daño, la relación de causalidad entre el hecho culpable y el daño causado, y la culpa del agente**. Carga de la prueba sobre los criterios y elementos propios y clásicos de la responsabilidad civil por culpa. Regulación aplicable a cualquier orden jurisdiccional la base material que sustenta la responsabilidad resultará invariable con independencia del cauce procedimental por el que se exija.

Por su parte, el Convenio de Bruselas establece en el art. 12 que se aplicará la ley nacional con preferencia al Convenio *“cuando todos los interesados sean individuos jurisdicionados al mismo Estado que el Tribunal que conozca del caso”*. Es decir, si todos los buques implicados en el abordaje son de nacionalidad española (enarbolan el pabellón de España) y éste se ha producido en aguas españolas, en estos casos la legislación aplicable será exclusivamente la interna española (la LNM).

Y, en su art. 7 el Convenio dispone que *“toda*

*acción por reparación de daños, prescribirá después de transcurridos dos años contados desde la fecha del acontecimiento. El plazo para promover las acciones en apelación admitidas en el párrafo 3 del artículo 4 (esto es, la acción de regreso respecto del responsable solidario que hubiera asumido una indemnización mayor de la que legalmente le correspondería), será de un año. El plazo para dicha prescripción, se contará únicamente desde el día del pago". Plazos los anteriores que, por mandato expreso del ya citado art 339.1 LNM, resultan igualmente de aplicación cuando esta última legislación sea la aplicable.*

Puede observarse de lo expuesto que las dos normas que han sido citadas constituyen el régimen jurídico legal de la regulación del abordaje y establecen una responsabilidad bajo el principio subjetivista de la culpa o negligencia inspirada en los principios de la llamada *culpa aquiliana*.

### III.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: LA CULPA Y LA DERIVADA CLASIFICACIÓN DEL ABORDAJE.

Nos desenvolvemos en la acción de responsabilidad por abordaje manejando la concurrencia y exigencia de los elementos clásicos de la responsabilidad civil: la culpa generada por acción u omisión (un comportamiento activo o pasivo), el daño y la relación de causalidad.

Determinante es el elemento de la culpa en la medida en que se configura como criterio de distinción entre los distintos tipos de abordaje que fundamentan la existencia de responsabilidad.

**Infracción del factor normativo:** La culpa se traduce en la infracción de las normas de navegación y de prevención de abordajes previstas en el Reglamento Internacional para Prevenir Abordajes de 20 de octubre de 1972 (en adelante, RIPA) que se constituye como regulación normativa determinante para la valoración de la culpa y establece un conjunto de reglas de carácter técnico de aplicación a todos los buques en alta mar y en todas las aguas que tengan comunicación con ella y sean navegables por los buques de navegación marítima.

Así la STS nº 680/2005, de 28 de septiembre, establece de forma expresa que *"las normas de conducta en él recogidas constituyen la base para determinar la culpa del sujeto agente ()" al concluir a responsabilidad por culpa observada con respecto a ambos navíos, se ha de tratar en el área de la imputabilidad y no de la causalidad. En efecto, en la actuación del barco "Playa Dorada", se observa la infracción de la Regla 22 b) del Reglamento Internacional para prevenir*

*abordajes, puesto que no observó las luces del pesquero, que tenía que haber avistado como mínimo a dos millas, que es el límite de alcance de las luces de costado (...)"*. Y previamente, al establecer los aspectos jurídicos para resolver la responsabilidad, declara: *"(...) Entrando ya en el aspecto jurídico de la cuestión, hay que decir, en primer lugar, que será necesario determinar la normativa aplicable al caso controvertido, la cual con carácter general puede devenir en una doble vertiente. Una, la constituida por los preceptos del Código de Comercio relativas al abordaje -artículos 826 y siguientes-; y, otra, la contenida en el Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje -Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1910-. Pues bien, en este caso, hay que proclamar que la incorporación de España a tal convenio no ha supuesto la derogación de las normas del Código de Comercio sobre el abordaje marítimo; y el referido Convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y es de aplicación directa -no podía ser de otra manera a tenor de lo dispuesto en los artículos 96-1 de la Constitución Española y 1-5 del Código Civil-. Pero, ahora bien, si todos los buques implicados en el abordaje son de nacionalidad española -o sea que enarbolan el pabellón de España-, y ha acaecido el mismo en aguas jurisdiccionales españolas; en estos casos la legislación aplicable será exclusivamente la interna española, todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 del referido Convenio. Lo cual lleva en principio a declarar que la presente cuestión debe ser resuelta con arreglo a las normas del Código de Comercio, y además también a efectos de sacar consecuencias jurídicas las reglas de carácter técnico-náuticos contenidas en el Reglamento para prevenir abordajes en el mar de 17 de junio de 1960 -con su antecedente de 1948- y ratificado por España el 21 de abril de 1964, todos ellos completados por el Reglamento para prevenir abordajes en la mar de 1972, que establece unas reglas de carácter-técnico, como las de rumbo y gobierno de las embarcaciones, normas sobre luces y marcas, y sobre señales acústicas y luminosas. También incluye una Parte A cuyas "Generalidades" hacen referencia a importantes aspectos con incidencia en el régimen jurídico del abordaje, con la Regla 2ª sobre Responsabilidad (que establece unos criterios sobre el nivel de diligencia exigible a los capitanes del buque en caso de abordaje. Por ello su interés no es sólo técnico sino también jurídico, dado que las normas de conducta en él recogidas constituyen la base para determinar la culpa del sujeto agente. (Convenio de Bruselas de 23 de septiembre de 1910 para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje)".*

La SAP de Girona, Sección 1ª, nº 130/2014, de 24 de abril, sigue igual criterio al establecer: *“la culpa equivale a la infracción de las normas reglamentarias en materia de navegación, fundamentalmente las normas contempladas en el mencionado Reglamento Internacional para prevenir los Abordajes en la mar de 20 de octubre de 1972, y otras normas complementarias tales como los usos locales, etc., siendo de destacar a este respecto la regla 2ª apartado a) del Reglamento Internacional citado que establece literalmente “ninguna disposición del presente Reglamento eximirá a un buque, o a su propietario, al capitán o a la dotación del mismo, de las consecuencias de cualquier negligencia en el cumplimiento de este Reglamento o de negligencia en observar cualquier precaución que pudiera exigir la práctica normal del marino o las circunstancias especiales del caso”. En definitiva puede decirse que es culposa toda acción u omisión que produce un resultado antijurídico que pudo y debió ser evitado obrando con la debida diligencia y profesionalidad exigible en un buen marino. Al respecto, es importante destacar,*

*que la mera existencia de una conducta culposa o negligente, y la existencia de un daño, no es por sí solo suficiente para que pueda nacer una responsabilidad derivada de un abordaje culposo. Es preciso que exista una relación causa-efecto entre el elemento subjetivo, culpa o negligencia, y el elemento objetivo, resultado dañoso. Finalmente debe recordarse que, el art. 6.2 del Convenio de Bruselas prohíbe establecer presunciones de culpa, tal y como recoge el recurso analizado”.*

La SAP de Baleares nº 306/2015 sigue igual línea resolutive al determinar que *“a la hora de determinar la culpa a que se refiere el art. 1.902 del Código Civil debe tenerse en consideración no sólo si ha tenido lugar la omisión de normas inexcusables para la experiencia común, sino también si no se previó lo que debió ser previsto en la actividad normal del hombre medio, aunque también han de ponderarse las circunstancias propias de las personas, tiempo y lugar de los hechos, así como la propia naturaleza de la obligación, factores todos ellos que nos permiten modular si la diligencia debió*



*ser mayor o menor. De forma más específica, cuando nos referimos a la culpa en un abordaje, no cabe olvidar que las labores del capitán del buque y del resto de la tripulación presuponen una formación eminentemente técnica del arte de la navegación, de modo que la diligencia que les es exigible se corresponde con la de un marino experimentado. Por esta razón, la culpa surgirá si se infringen las normas en materia de navegación, siempre que tales infracciones se incluyan en la causa del siniestro, debiendo prestarse particular atención al Reglamento Internacional para prevenir los Abordajes en el Mar del año 1.972”.*

El reglaje de la responsabilidad viene reglamentado y, así, en sus disposiciones se establecen unas reglas generales de rumbo y gobierno tanto en condiciones de plena visibilidad como de reducida y cuando los buques se encuentren a la vista el uno del otro, tal y como ocurre con la Regla 5 sobre la vigilancia visual y auditiva que los buques deben mantener en todo momento, *“utilizando asimismo todos los medios disponibles que sean apropiados a las circunstancias y condiciones del momento, para evaluar plenamente la situación y el riesgo de abordaje”.*

La velocidad de seguridad a que todo buque deberá navegar para que pueda así *“ejecutar la maniobra adecuada y eficaz para evitar el abordaje y pararse a la distancia que sea apropiada a las circunstancias y condiciones del momento”*, es otro de los aspectos que el RIPA tiene en cuenta, así como la consideración de determinados factores para determinar la velocidad de seguridad en cada momento (Regla 6).

Igualmente, se fijan determinadas pautas a seguir en caso de riesgo de abordaje, así como las maniobras de actuación que deben adoptar para prevenirlo y las maneras de proceder cuando dos buques se crucen con riesgo de abordaje. En este sentido, *“el buque que tenga al otro por su costado de estribor se mantendrá apartado de la derrota de este otro y, si las circunstancias lo permiten, evitará cortar la proa”* (Regla 15).

Es por ello por lo que el RIPA dedica todo un apartado para establecer medidas generales relativas a las luces y señales luminosas que deben llevar los buques, independientemente de las condiciones meteorológicas del momento. Igualmente, se prevén los equipos de señales acústicas que deberán llevar, así como señales de maniobra y advertencia, para llamar la atención o en casos de peligro, cuando dos o más buques estén aproximándose. Se han destacado algunas de las normas sobre una base reglada ampliada siendo el deber obligación de la diligencia debida adaptada a

las circunstancias del caso la clave de bóveda que determinará la responsabilidad en el abordaje, conducta que deberá causalizar el daño causado.

Aquí conviene detenernos en lo que se conoce con el anglicismo *“in the agony of the collision”*. El principio legal de «agonía de colisión», a veces también llamado «agonía del momento». Vendría a traducirse en que la reacción y la maniobra incorrecta ante la ausencia de brecha para la reflexión, cuando el riesgo lo provoca el abordaje, lo es por la previa negligencia del otro buque, el modelo o patrón de conducta no puede ser mayor del que excede al de diligencia del marino competente colocado en igual circunstancia.

Aplicando la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión (causa) y el daño o perjuicio resultante (efecto), declinándose siempre por la posición, opta por soluciones que permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, así como que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las conductas o circunstancias que el buen sentido determina en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos y con abstracción de todo exclusivismo doctrinal. Cobrando especialmente relevancia los elementos periciales sujetos al tamiz de la sana crítica.

En función de la intervención y relevancia de la conducta y de la determinación de la causa, la citada STS nº 680/005, de 28 de septiembre, establece los siguientes tipos de abordaje a los que anuda las consecuencias jurídicas indemnizatorias:

**a) Abordaje con culpa exclusiva o unilateral:** Es la que permite clarificar e individualizar la responsabilidad exclusiva en el hecho, cuando ésta concurre en uno solo de los buques implicados, según el citado artículo 340 LNM, *«el armador del buque, embarcación o artefacto naval culpable del abordaje indemnizará por los daños y perjuicios sufridos por el otro y por las personas y las cosas a bordo del mismo, así como los causados fuera de ellos”*. En términos prácticamente idénticos, el art. 3 del Convenio regula la culpa unilateral de uno de los buques implicados en el abordaje, asumiendo la responsabilidad indemnizatoria que deriva de tal proceder.

**b) Abordaje por culpa compartida:** Igualmente, el art. 341 LNM regula el abordaje en caso de concurrencia de responsabilidad, por intervención de dos o más buques, debiendo graduarse la responsabilidad en

proporción al grado de culpa atribuido a cada uno o, en su caso, embarcación o artefacto naval. Lo imprescindible es que la culpa sea común, si bien, cuando no pueda establecerse el grado de culpa debido a las circunstancias del hecho, o cuando las faltas cometidas resulten equivalentes, la responsabilidad se atribuye a ambos armadores solidariamente y por iguales partes, dando protección a los terceros perjudicados, sin perjuicio de la acción de regreso entre estos que pueda reajustarla internamente. Se completa con lo dispuesto en el art. 4 del Convenio, pues, *“la responsabilidad de cada uno de los buques está en proporción con la gravedad de las faltas cometidas respectivamente; sin embargo, si, según las circunstancias, no pudiese ser establecida la proporción o si las faltas resultasen equivalentes, la responsabilidad es dividida por partes iguales”*, igualmente se dispone que *“los perjuicios causados a los buques, o sus cargamentos, o a los efectos u otros bienes de las tripulaciones, de los pasajeros u otras personas que se hallen a bordo, son soportados por los buques en falta, en dicha proporción, sin solidaridad con respecto a terceros”*, mientras que a *“los navíos culpables se les considerará responsables solidariamente, respecto a terceros, por los perjuicios ocasionados por muerte o heridas, salvo apelación del que hubiere pagado una parte superior a la que, de conformidad con el primer párrafo del presente artículo, deba pagar en definitiva”*. Encontramos la diferencia entre ambos textos en la regla de solidaridad, el Convenio la limita a los personales y la LNM la extiende, además, a los bienes materiales.

**c) Abordaje fortuito o por fuerza mayor:** aun no contemplándose en la LNM, resulta posible su apreciación al regularse en el Convenio de Bruselas, al que se remite el artículo 339.1 LNM al conformar el régimen jurídico aplicable al abordaje. En concreto, establece el artículo 2 de aquélla que *«Si el abordaje fuera fortuito, si fuese debido a un caso de fuerza mayor o si existieran dudas con respecto a las causas del abordaje, los perjuicios serán soportados por los que los*

*hubieran sufrido. Esta disposición permanece aplicable en el caso en que ya sea los buques, o uno de ellos, estén fondeados en el momento del accidente»*. Por lo tanto, estamos ante una exención de responsabilidad que se traduce en la ausencia de obligación de indemnizar que solo se prevé y reserva para los casos de abordaje por culpa. Y tal y como dispone el art. 6.2 del Convenio, *“no hay presunciones legales de culpa en cuanto a la responsabilidad del abordaje”*.

**d) Abordaje dudoso o por causa desconocida:** lo es cuando no se puede determinar la causa de éste y, aun no aludido expresamente en la LNM, el art. 2 del Convenio lo equipara al abordaje fortuito, resultando de aplicación la misma regla respecto que los daños y perjuicios serán soportados por todos los buques involucrados en el abordaje.

#### IV.- CONCLUSIÓN

Se está ante un régimen de responsabilidad de marcado carácter subjetivista basado en el principio culpabilísimo, con un reglaje determinante de la infracción del factor normativo que lo constituye las normas de prevención y determinación del ya citado RIPA. El Convenio de Bruselas y la LNM guardan una línea integradora y armonizadora de lo dispuesto en los Tratados Internacionales sobre la materia a los que se reconoce su aplicación supletoria, con la única diferencia de la regla de solidaridad de los implicados en relación a terceros, que el Convenio la limita a los daños personales y la LNM la extiende e incluye los materiales.

Colaboración del programa avanzado “FESTINA LENTE” DE DOMINGO MONFORTE ABOGADOS ASOCIADOS.





# doctrina

## Ley aplicable a las reclamaciones por daños propios contra las aseguradoras de embarcaciones deportivas o de recreo. Los tribunales ante el artículo 406 de la ley 14/2014, de navegación marítima

Juan E. Montenegro Martínez  
Abogado

### SUMARIO

#### I.- EL PROBLEMA

#### II.- LA CAUSA

#### III.-EL SEGURO OBLIGATORIO DE EMBARCACIONES DE RECREO Y LA LEY 50/1980, DE CONTRATO DE SEGURO

#### IV.- EL SEGURO VOLUNTARIO DE EMBARCACIONES DE RECREO Y LA LEY 14/2014, DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

#### V.- CASUÍSTICA JUDICIAL

#### I.- EL PROBLEMA

Los tribunales españoles están ofreciendo respuestas contradictorias a la cuestión de cuál es la ley aplicable a las disputas contractuales entre asegurador y asegurado derivadas de siniestros de embarcaciones deportivas o de recreo, puesto que unos aplican para resolverlas la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro (“LCS”) y otros la Ley 14/2014, de Navegación Marítima (“LNM”).

Esta inseguridad jurídica genera lógicamente inquietud en el sector asegurador, ya que la remisión de las pólizas a la ley especial es ignorada por algunos jueces, poniendo en entredicho el principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil, base sobre la que se construye nuestro Derecho de obligaciones.

La distinción entre LNM (“*lex specialis*”) y LCS (“*lex generalis*”) es importante porque las disposiciones de la primera son dispositivas, salvo que expresamente se diga lo contrario (artículo 407 LNM), mientras que las de la LCS son obligatorias, sin que valga pacto en contrario (artículo 2 LCS).

La aplicación de la LCS a estas disputas marítimas de naturaleza contractual tiene una enorme trascendencia en la práctica forense.

En primer lugar, supone la pérdida de competencia objetiva de los tribunales mercantiles en favor de la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción mercantil tiene atribuida, mediante Ley Orgánica<sup>1</sup>, la competencia

<sup>1</sup> Artículo 86 bis 1 de la Ley Orgánica 6/1986, del Poder Judicial (“LOPJ”).

especializada para conocer las cuestiones de Derecho marítimo, lo que incluye los seguros marítimos. Este conocimiento especializado coloca a los tribunales mercantiles en mejor posición que los ordinarios para enjuiciar los siniestros marítimos, pues de otro modo no tendría sentido que el legislador hubiese optado por dicha especialización<sup>2</sup>. El principio de jerarquía normativa no sólo implica que una ley especial (LNM) prevalece frente a una ley general (LCS), sino también que una norma de rango inferior (LEC) no puede contradecir otra de rango superior (LOPJ).

En segundo lugar, la aplicación de la LCS a los conflictos contractuales derivados de los siniestros de embarcaciones de recreo permite a los jueces una **ampliación exorbitante de sus facultades de moderación de los pactos contractuales** – artículo 3 LCS –, bajo la premisa de que no nos encontramos ante seguros de grandes riesgos sino ante contratos de adhesión, de manera que algunos jueces interpretan la “verdadera” o “correcta” voluntad contractual de las partes en detrimento del tenor literal de los contratos (principio “*in dubio pro asegurado*”, etc.).

En tercer lugar, la aplicación del régimen común lleva aparejada la **imposición al asegurador de embarcaciones de recreo de los intereses moratorios del artículo 20 LCS**, lo cual es extraño al régimen especial de los seguros marítimos. En efecto, el artículo 437.2 LNM atribuye a la mora del asegurador marítimo unas consecuencias menos draconianas que las previstas en la LCS<sup>3</sup>. Teniendo en cuenta

2 No se trata de una singularidad española, pues la jurisdicción del “Admiralty Court” en el Reino Unido y en Estados Unidos es igualmente especializada.

3 Artículo 437.2 LNM: “*Practicada la liquidación del siniestro el asegurador hará efectiva la indemnización en el plazo de quince días desde que el asegurado haya manifestado su conformidad con esa liquidación. La demora en el pago obligará al asegurador al abono de los intereses legales calculados sobre el importe de la indemnización a partir del momento en que el asegurador manifestó su rechazo al*

la lentitud endémica de la justicia española, escandalosa en algunos partidos judiciales, este elemento pone de manifiesto la gravedad de la problemática que venimos comentando.

## II.- LA CAUSA

El problema parece originarse en una **interpretación extensiva del artículo 406.2 LNM** por parte de algunos tribunales. La interpretación extensiva es aquella que atribuye a la norma interpretada un alcance más amplio del que resulta *prima facie* de las palabras empleadas.

Veamos el tenor del artículo 406 LNM en su conjunto (énfasis añadido):

*“1. Están sujetos a esta ley los contratos de seguro que tienen por objeto indemnizar los daños producidos por los riesgos propios de la navegación marítima. En lo no previsto por esta ley, será de aplicación la Ley de Contrato de Seguro.*

*2. Los seguros obligatorios de embarcaciones dedicadas al deporte o recreo se regirán por lo dispuesto en la Ley de Contrato de Seguro, sin que valga pacto en contrario”.*

La interpretación literal del precepto<sup>4</sup>, cuyo objeto es fijar el ámbito de aplicación del Título VIII de la LNM (“*Del contrato de seguro marítimo*”) a través de sus dos apartados, permite inferir que, como **regla general**, los seguros marítimos están sujetos a la LNM (artículo 406.1 LNM). Ahora bien, como **excepción** a esta regla general, los seguros obligatorios de embarcaciones deportivas o de recreo se regirán por la LCS (artículo 406.2 LNM).

*abandono o la avería”*

4 La primera y preferente regla interpretativa es la literal, de manera que, si los términos de la ley son claros, ha de estarse al sentido gramatical. El artículo 3.1 CC dispone, en primer lugar, que las normas se interpretarán “*según el sentido propio de sus palabras*”.



La cuestión es que el seguro obligatorio de embarcaciones deportivas o de recreo es un seguro de responsabilidad civil *extracontractual*, es decir, de daños a terceros, materiales o personales. Sin embargo, **el seguro de daños propios no es un seguro obligatorio**, sino voluntario, por lo que la aplicación de la LCS a las disputas *contractuales* en los seguros náuticos excede la previsión legal del artículo 406.2 LNM que se refiere únicamente a los seguros obligatorios de responsabilidad civil.

### III.- EL SEGURO OBLIGATORIO DE EMBARCACIONES DE RECREO Y LA LEY 50/1980, DE CONTRATO DE SEGURO

Los seguros obligatorios de embarcaciones deportivas o de recreo están perfectamente delimitados en la normativa especial como seguros de responsabilidad civil. Estos seguros adquieren una innegable función social con la finalidad de proteger a los terceros perjudicados por hechos dañosos, de manera que el responsable del daño puede contar con el respaldo del asegurador que, como consecuencia del contrato de seguro de responsabilidad civil, ha de hacer frente a la deuda de resarcimiento que recae sobre el asegurado frente al tercero quien, por otra parte, ve reforzado su derecho de crédito a través del reconocimiento de la facultad de ejercitar directamente frente al asegurador por el daño sufrido (la llamada *“acción directa”* reconocida en los artículos 76 LCS y 465 LNM para el régimen común y el especial, respectivamente).

Particularmente, la LNM exige la contratación de un seguro obligatorio en el denominado contrato de arrendamiento náutico (arts. 307 a 313 LNM). Por el contrato de arrendamiento náutico, tal y como aparece definido en el artículo 307 LNM, el arrendador cede o pone a disposición del arrendatario, a cambio de precio, un buque o embarcación por un período de tiempo y con una finalidad exclusivamente deportiva o recreativa.

Por su parte, el artículo 312 LNM dispone que (énfasis añadido):

*“El arrendador está obligado a contratar y mantener vigente, durante toda la duración del contrato, el seguro obligatorio de responsabilidad civil, en los términos previstos reglamentariamente y de conformidad con lo establecido en el artículo 464<sup>5</sup>”*

<sup>5</sup> El artículo 464 LNM se refiere a los *“seguros obligatorios de responsabilidad civil exigidos por esta ley”*.

Como vemos, cuando el artículo 406.2 LNM menciona los seguros obligatorios de embarcaciones deportivas o de recreo se está refiriendo a los seguros de responsabilidad civil, ya se contraten en el contexto de un contrato de arrendamiento náutico o no. El precepto se refiere al seguro que cubre los daños a terceros causados con ocasión del ejercicio de actividades náutico-deportivas en aguas españolas, limitando la autonomía de la voluntad contractual de las partes al exigir la aplicación del régimen común de la LCS, sin que valga pacto en contrario.

El carácter obligatorio de los seguros de responsabilidad civil de buques y embarcaciones proviene de lo dispuesto en el artículo 254 del Real Decreto Legislativo 2/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (“TRLPEMM”), que establece la obligatoriedad de las empresas navieras de tener asegurada la responsabilidad civil en la que puedan incurrir con ocasión de la explotación de sus buques, en los términos que reglamentariamente se determinen por el Gobierno de acuerdo con las coberturas usuales de este ramo en el mercado internacional. Idéntica obligación se implanta para *“cualesquiera otros buques civiles españoles”*, así como para los buques extranjeros que naveguen dentro de la zona económica, zona contigua, mar territorial y aguas interiores españolas<sup>6</sup>.

Dentro de esos *“cualesquiera otros buques civiles españoles”* a los que se refiere el precepto, se encuentran las embarcaciones deportivas o de recreo, pues éstas forman parte de la flota civil española<sup>7</sup>.

A la navegación deportiva o de recreo se refiere el artículo 252.2 del TRLPEMM en los siguientes términos:

“Por navegación de recreo o deportiva, se

<sup>6</sup> Véase, en este sentido, el Real Decreto 1616/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula el seguro de los propietarios de los buques civiles para reclamaciones de Derecho marítimo, aplicable a los propietarios de los buques civiles, con un arqueo igual o superior a 300 toneladas de registro bruto, que enarbolan pabellón español, así como a los propietarios de buques civiles extranjeros de arqueo igual o superior a 300 toneladas de registro bruto, cuando entren en un puerto español o cuando, de conformidad con el derecho internacional, se encuentren navegando en el mar territorial del Estado español.

<sup>7</sup> Artículo 9.1 c) del RDL 2/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (antiguo artículo 8.1 c) de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante).

entiende aquélla cuyo objeto exclusivo sea el recreo, la práctica del deporte sin propósito lucrativo o la pesca no profesional, por su propietario o por otras personas que puedan llevarla a cabo, mediante arrendamiento, contrato de pasaje, cesión o por cualquier otro título, siempre que en estos casos el buque o embarcación no sea utilizado por más de doce personas, sin contar con su tripulación”

El Real Decreto 1.435/2010, por el que se regula el abanderamiento y matriculación de las embarcaciones de recreo en las Listas Sexta (embarcaciones de recreo que se exploten con fines lucrativos) y Séptima (embarcaciones de recreo explotados sin finalidad económica) del Registro de Matrícula de Buques, las define del siguiente modo:

*“toda embarcación de cualquier tipo, con independencia de su medio de propulsión, cuyo casco tenga una eslora comprendida entre 2,5 y 24 metros [...] y utilizada para fines deportivos o de ocio. Quedan comprendidas en esta definición las embarcaciones ya sean utilizadas con ánimo de lucro o con fines de entrenamiento para la navegación de recreo”.*

En cumplimiento del mandato legal de asegurar la responsabilidad civil de buques y embarcaciones españolas<sup>8</sup>, se publicaron, en el ámbito de las embarcaciones de recreo, el Real Decreto 607/1999, por el que se aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil de Suscripción Obligatoria para las Embarcaciones Deportivas o de Recreo, y el Real Decreto 1.043/2003, que exige igualmente un seguro obligatorio de responsabilidad civil para las motos náuticas.

Los riesgos objeto de cobertura son los siguientes (artículo 6 Real Decreto 607/1999): muerte o lesiones, daños materiales, pérdidas económicas que sean consecuencia directa de los daños anteriores y daño por colisión o sin contacto. Nótese que se trata siempre de daños a terceros.

De hecho, el propio Reglamento señala los **riesgos excluidos** (artículo 7 Real Decreto 607/1999), entre los que se encuentran, significativamente, los siguientes: los daños producidos al tomador del seguro, al naviero o al propietario de la embarcación identificada

en la póliza o al asegurado usuario de la misma (artículo 7.1.a) Real Decreto 607/1999); la muerte o lesiones sufridas por el patrón o piloto de la embarcación (artículo 7.1. d) Real Decreto 607/1999); **los daños sufridos por la embarcación asegurada** (artículo 7.1. e) RD 607/1999); y los daños causados por la embarcación durante su reparación, su permanencia en tierra, o cuando sea remolcada o transportada por vía terrestre, ya sea sobre vehículo o de cualquier otra forma (artículo 7.1. f) Real Decreto 607/1999).

La cobertura de estos daños debe ser objeto de contratación porque no están incluidas en el seguro obligatorio, lo que nos lleva a los seguros voluntarios de embarcaciones de recreo.

#### IV.- EL SEGURO VOLUNTARIO DE EMBARCACIONES DE RECREO Y LA LEY 14/2014, DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

El seguro de daños propios de embarcaciones deportivas o de recreo no es un seguro obligatorio. Se trata de un seguro marítimo con las especialidades propias de esta clase de seguros, justificada por la naturaleza especial de los riesgos del mar.

Nos encontramos ante un seguro de grandes riesgos, sometido al principio de universalidad del riesgo<sup>9</sup> y al deber de máxima buena fe entre las partes contratantes (*“uberrimae fidei”*).

Según el Derecho comunitario europeo, los seguros marítimos se califican como **seguros de grandes riesgos**, lo que significa, por un lado, **libertad para que los contratantes elijan la ley aplicable** y, por otro lado, **la aplicación dispositiva de la ley**.

La libre elección de ley aplicable a los contratos de seguro por grandes riesgos viene establecida en el artículo 7.2 del Reglamento (CE) N.º 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

En el ordenamiento español, la calificación de los seguros marítimos como grandes riesgos y la consiguiente libertad de elección de la ley aplicable es consecuencia de la aplicación del

<sup>8</sup> Artículo 254.2 del RDL 2/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (antiguo artículo 78 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante).

<sup>9</sup> Este principio significa, en palabras de Prof. IGNACIO ARROYO, que *“al asegurado le basta, para obtener la indemnización pactada, con demostrar que el siniestro se produjo por un riesgo de mar, sin necesidad de probar exactamente la causa de la pérdida o el daño”* [Compendio de Derecho Marítimo, 7ª Ed., Editorial Tecnos, 2020].

artículo 11 de la Ley 20/2015, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, que establece como grandes riesgos, entre otros, los seguros de “vehículos marítimos, lacustres y fluviales”

El seguro marítimo está regulado en el Título VIII de la LNM (“*Del contrato de seguro marítimo*”: artículos 406 a 467). Como hemos visto anteriormente, salvo el aseguramiento obligatorio de las embarcaciones de recreo (que cubre la responsabilidad aquiliana en que puedan incurrir tanto el naviero y el propietario, como aquellos otros que, debidamente autorizados, patroneen la embarcación o secunden su gobierno), todos los seguros marítimos están sujetos a la LNM conforme dispone su artículo 406.1, lo que, en buena lógica, debe incluir la cobertura de daños propios de los seguros náuticos, en atención a su carácter voluntario.

Por otra parte, la naturaleza dispositiva de la LNM<sup>10</sup> explica la penetración del llamado **Derecho de los formularios** a través de acuerdo de las partes, pues no existe en los seguros marítimos la restricción de la autonomía de la voluntad característica del régimen común de la LCS, cuyas disposiciones son imperativas. Así, es normal que el contrato de seguro marítimo incorpore **condiciones pre-redactadas** de uso generalizado a las que el asegurado se adhiere y que son una suerte de condiciones internacionales tipo (el seguro marítimo tiene una clara dimensión internacional en la que el mercado asegurador inglés ejerce una gran influencia). Se trata de las **cláusulas inglesas** del Instituto de Aseguradores de Londres, que existen tanto para buques (*Institute Hull Clauses*), como para mercancías (*Institute Cargo Clauses*) y también en el ámbito de la responsabilidad civil del armador (*P&I Rules of Association*). Esta incorporación de las cláusulas inglesas no es exclusiva de los seguros referidos a la marina mercante, sino que se produce también en el ámbito de los seguros náuticos, no siendo extrañas las pólizas españolas que incorporan las *Institute Yacht Clauses* (cláusulas inglesas para yates), que son un tipo de seguro muy utilizado en toda Europa para asegurar las embarcaciones de recreo.

Por tanto, dentro del régimen especial de los

<sup>10</sup> El artículo 407.1 LNM dispone que: “*Salvo que expresamente se disponga de otra forma, las partes del contrato podrán pactar libremente las condiciones de cobertura que juzguen apropiadas*”.

seguros marítimos, encontramos la modalidad del seguro de embarcaciones deportivas y, dentro de esta modalidad, cabe distinguir entre los seguros obligatorios de responsabilidad civil (sometidos a la LCS, cuyos preceptos tienen naturaleza obligatoria, conforme al artículo 406.2 LNM) y los seguros voluntarios de daños propios (sometidos a la LNM, cuyos preceptos tienen naturaleza dispositiva, conforme a los artículos 406.1 y 407.1 LNM).

La aplicación del régimen especial de la LNM a las embarcaciones de recreo se manifiesta de diversas maneras.

Por un lado, las embarcaciones deportivas o de recreo, como no puede ser de otro modo, están sometidas al **régimen especial de seguridad y protección del medio marino en su condición de integrantes de la flota civil española** (artículo 9.1 c) del TRLPEMM y Real Decreto 98/2016, por el que se regulan los requisitos de seguridad, técnicos y de comercialización de las motos náuticas, embarcaciones deportivas y sus componentes)<sup>11</sup>.

En este sentido, el **artículo 444 LNM** establece que (énfasis añadido):

*“El asegurado deberá mantener la navegabilidad del buque, embarcación o artefacto naval asegurado durante toda la duración del contrato”.*

Este precepto, integrado en la regulación del llamado seguro de cascos (“*hull insurance*”), tiene importancia en el contexto de las reclamaciones por daños propios en seguros de embarcaciones de recreo, toda vez que, de considerarse aplicable a éstas la LNM, el asegurador podría denegar cobertura cuando la embarcación asegurada careciera de las condiciones de navegabilidad.

El requisito de la navegabilidad de buques y embarcaciones – “*warranty of seaworthiness*” – resulta ser un elemento de delimitación del riesgo característico del contrato de seguro marítimo. El concepto “navegabilidad” se interpreta en sentido amplio por nuestros tribunales, que siguen en este sentido la jurisprudencia inglesa, de manera que ciertos incumplimientos de la normativa administrativa y de seguridad marítima pueden implicar la

<sup>11</sup> Nótese, igualmente, que el artículo 6.2 LNM dispone que las normas del Título I (“*De la ordenación administrativa de la navegación*”), se aplican, salvo previsión expresa en contrario, tanto a buques como a embarcaciones.

pérdida de navegabilidad<sup>12</sup>.

Como muestra, los siguientes extractos de la Sentencia N.º 175/2017, de 20 de abril, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra (párrafos 25 y 43)<sup>13</sup>.

“Por ello, la navegabilidad del buque, referida al mantenimiento de un estándar en relación con su estado general, sus partes accesorias y pertenencias, y su tripulación, que le permita la navegación sin más riesgos que los inherentes al viaje marítimo, es una obligación del asegurado, incluso anterior a la delimitación del riesgo como objeto del contrato”

“En este punto del razonamiento, partiendo del hecho probado de que el Sr. Eugenio era el capitán del buque, y que no contaba con la titulación suficiente para desempeñar tal cometido, consideramos que ello constituye una infracción que incide en la navegabilidad, en el sentido amplio en el que más arriba hemos interpretado el término (vid. párrafo 25), en la medida en que incrementa el riesgo de la navegación, hasta el punto de constituir infracción grave a la seguridad y protección marítima según la normativa administrativa”

El ejercicio de la navegación deportiva o de recreo exige una **titulación específica** (Real Decreto 875/2014, por el que se regulan las titulaciones náuticas para el gobierno de las embarcaciones de recreo), de manera que la **culpa grave** del asegurado (por ejemplo, si el patrón pilotaba la embarcación con titulación insuficiente o caducada y ello contribuyó causalmente a la producción del daño), podría permitir también la liberación del asegurador conforme dispone el **artículo 419.1 LNM**.

“El asegurador no responde de los daños causados al interés asegurado por dolo del asegurado, sin que valga pacto en contrario. Tampoco responderá por culpa grave del asegurado, pero, si las partes acordasen lo contrario, quedará al menos un diez por ciento del daño a cargo del asegurado. Este mínimo

<sup>12</sup> Un ejemplo reciente de esta interpretación amplia del concepto “seaworthiness” es la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido de 10 de noviembre de 2021 en el caso del portacontenedores “CMA CGM LIBRA”, en el que se consideró innavegable el buque porque las cartas náuticas que llevaba a bordo no estaban actualizadas, lo que provocó su embarrancada [Alize 1954 and another (Appellants) v Allianz Elementar Versicherungs AG and others].

<sup>13</sup> Id Cendoj: 36038370012017100187. Esta resolución es firme al haber sido confirmada por el TS el 10 de marzo de 2020.

del diez por ciento es indisponible para las partes”

Obsérvese que el legislador especial impone la inasegurabilidad del dolo (en línea con el artículo 19 LCS), pero **admite el pacto inter partes de asegurar el daño causado al interés asegurado por culpa grave del asegurado**. En caso de que exista tal pacto, el asegurador cubrirá como máximo el 90% del daño al interés asegurado. Ahora bien, en ausencia de tal pacto, *que no se presume*, los daños propios por culpa grave del asegurado no estarían cubiertos.

Además, puesto que el asegurado está sujeto a un **deber de máxima buena fe** frente al asegurador, la LNM exige una serie de requisitos en torno a la declaración del asegurado que permitan al asegurador conocer la realidad de la naturaleza y características del riesgo asegurado. La violación de esta buena fe superlativa, inherente a los seguros marítimos, lleva aparejada graves consecuencias para el asegurado, pues puede permitir al asegurador resolver el contrato y, en todo caso, negar la indemnización, tal y como dispone el artículo 424 LNM (énfasis añadido):

*“1. La declaración incompleta o inexacta de las circunstancias a que se refiere el artículo anterior da derecho al asegurador a resolver el contrato en el plazo de un mes, a contar desde el conocimiento de la reserva o inexactitud. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento de la resolución.*

*2. Si el siniestro sobreviene antes de que al asegurador llegue el conocimiento de la reticencia o inexactitud, o antes de que transcurra el plazo señalado en el apartado anterior, la prestación del asegurador se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la entidad del riesgo. Sin embargo, quedará liberado el asegurador de prestación alguna si medió dolo o culpa grave del tomador o del asegurado”.*

En definitiva, la elección de la ley especial o la ley general para resolver las disputas contractuales en siniestros de embarcaciones de recreo tiene una innegable trascendencia y así se ha manifestado en la práctica forense.

## V.- CASUÍSTICA JUDICIAL

Como muestra de la aplicación de la LCS

a las disputas contractuales en seguros de embarcaciones de recreo podemos citar, a modo de ejemplo, la **Sentencia N.º 185/2022 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona**, de 31 de marzo de 2022<sup>14</sup>, en la que se enjuicia la reclamación por el hundimiento de la embarcación asegurada mientras se encontraba amarrada en el pantalán. La Sala rechaza la exclusión de cobertura por falta de mantenimiento invocada por la aseguradora demandada, a quien le impone los intereses moratorios del artículo 20 LCS.

En sentido contrario es relevante la **Sentencia N.º 250/2020 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra**, de 26 de mayo de 2020<sup>15</sup>, que sigue la tesis de que fuera del aseguramiento obligatorio, se aplica la LNM.

En este último caso, se reclamaba por la parte actora el valor de la embarcación de recreo asegurada que tuvo que ser abandonada por su propietario - y su esposa - tras una tormenta cuando habían partido de Lanzarote rumbo a Cabo Verde, y se encontraban a unas 300 millas de la costa, siendo rescatados por un portacontenedores que se encontraba en las proximidades. Debe resaltarse que en dicho proceso se consideró hecho incontrovertido que el demandante carecía del título de patrón de embarcaciones de recreo.

La sentencia de primera instancia (dictada por un Juzgado de Primera Instancia, no por un Juzgado de lo Mercantil) consideró que la exigencia del título de patrón para gobernar la embarcación no determina, según el contrato, que dejasen de estar cubiertos los riesgos, toda vez que el asegurador tiene el deber, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10 LCS, de someter al asegurado un cuestionario donde debe declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Al no haberlo hecho así la aseguradora demandada, la aplicación del artículo 10 LCS determina la exoneración del deber de declarar dicho riesgo si no ha sido objeto específico de tal cuestionario.

Rechazando esta línea argumental, la Audiencia Provincial de Pontevedra señala en el Fundamento Jurídico Cuarto de su resolución lo siguiente (énfasis añadido):

*“Del principio de uberrima bona fide deriva*

*la obligación de declarar, con exactitud, el riesgo que incumbe al tomador en los términos establecidos en los arts. 423 y 424 LNM. La expresa regulación de la declaración del riesgo y sus efectos, especialmente en relación a los supuestos de inexactitudes o reticencias, en los citados preceptos, no permiten acudir a la aplicación supletoria de la LCS y más concretamente a su art. 10.*

*Hemos de recordar que el art. 406.2 LNM establece que: Los seguros obligatorios de embarcaciones dedicadas al deporte o recreo se regirán por lo dispuesto en la Ley de Contrato de Seguro, sin que valga pacto en contrario. Y aunque pueda generar ciertas dudas, de la mencionada norma en relación con el apartado 1 del mismo precepto, cabe colegir que, fuera del aseguramiento obligatorio, se aplica la LNM, como es el caso de los daños propios a todo riesgo, ya que el seguro obligatorio para embarcaciones de recreo o deportivas es un seguro de responsabilidad civil extracontractual, es decir, de daños a terceros, materiales o personales ( arts. 1 y 6 del Reglamento del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria para embarcaciones de recreo o deportivas, aprobado por Real Decreto 607/1999, de 16 de abril).*

*Precisamente, como señala el Preámbulo de la LNM, al tomador corresponde el deber de declaración exacta del riesgo, y no solo del que conozca sino además del que razonablemente deba conocer ( art. 423.1 LCS). Como puede apreciarse, en la regulación no se exige el sometimiento de un cuestionario previo. No puede así configurarse el deber de declaración a imagen y semejanza del art. 10 LCS y la jurisprudencia que lo interpreta que ha acotado este deber limitándolo a la contestación del cuestionario. A pesar de la similitud en la redacción de los arts. 423 y 424 LCS y el art. 10 LCS, destaca la relevante diferencia de que en la primera norma ya no se exige la existencia y sometimiento de un cuestionario previo al*



<sup>14</sup> Id CENDOJ: 08019370012022100163

<sup>15</sup> Id CENDOJ: 36038370012020100243

tomador del seguro.

*No sucede así en el supuesto del seguro marítimo que ha establecido su propia regulación y no ha limitado el deber de declaración del riesgo al ámbito de un cuestionario previamente elaborado por parte del asegurador.*

*En realidad, se vuelve así al régimen que establecía en el marco general del contrato de seguro el derogado art.381 CCo. en el que el asegurado estaba obligado a decir todo lo que sabía sobre el riesgo. Las especialidades del seguro marítimo como un seguro de grandes riesgos, el principio de la universalidad del riesgo y el sometimiento a la máxima buena fe de las partes contratantes, justifica la exigencia del deber de declaración del riesgo sin sujeción a un previo cuestionario.*

*En todo caso, incluso si se interpretara contrariamente a lo aquí sostenido, si se exigiera un cuestionario y no se hubiera preguntado por la titulación apuntada para gobernar la embarcación, ello no es impedimento para examinar la influencia de su ausencia, como presunción de impericia, al examinar la existencia de un supuesto de culpa grave en los daños sufridos por la embarcación imputable al demandante”.*

En el mismo sentido se ha manifestado la Audiencia Provincial de Elche, en la Sentencia N.º 445/2021, dictada por la Sección 9ª el 26 de octubre de 2021<sup>16</sup>.

La cuestión, sin embargo, no está zanjada ni mucho menos. El Tribunal Supremo ha admitido a trámite un recurso de casación<sup>17</sup> frente a la Sentencia de la Audiencia de Pontevedra anteriormente referida, por lo que tendrá ocasión de pronunciarse de manera definitiva sobre esta materia. En realidad, el Tribunal Supremo ya se pronunció sobre este tema con anterioridad, si bien de forma tangencial y poco concluyente, en la Sentencia N.º 890/2011, de 16 de diciembre de 2011<sup>18</sup>, y en la Sentencia N.º 262/2018, de 3 de mayo de 2018<sup>19</sup>, pero ambos asuntos se referían a siniestros anteriores a la entrada en vigor de la LNM. En cualquier caso, la Sentencia N.º 890/2011, que consideró aplicable

la LCS en lugar del Código de Comercio invocado por la aseguradora (*ratio tempore*), lo hizo por advertir una contradicción procesal en la posición de la aseguradora, pues el contrato de seguro marítimo de embarcación de recreo se remitía a la LCS y no al régimen especial, por lo que, en cierto modo, el Alto Tribunal no podía sino respetar la voluntad de los contratantes.

De momento, mientras el Tribunal Supremo no se pronuncia de manera definitiva sobre esta cuestión<sup>20</sup>, seguiremos asistiendo a la presentación de reclamaciones por daños propios ante la jurisdicción ordinaria con la finalidad de intentar eludir el régimen especial de la LNM cuyo objeto, que no conviene perder de vista, es la regulación de las situaciones y relaciones jurídicas nacidas con ocasión de la navegación marítima<sup>21</sup>, que comprende la náutica de recreo.

En todo caso, no parece razonable que los comportamientos gravemente imprudentes<sup>22</sup> de los titulares de embarcaciones de recreo, cada vez más numerosos al incrementarse exponencialmente la venta de este tipo de embarcaciones en los últimos años, eludan el régimen especial de la LNM, permitiendo la descarga de responsabilidad sobre las aseguradoras, sin tener en cuenta que el Derecho de la Navegación existe para garantizar la seguridad marítima en beneficio de todos<sup>23</sup>.

20 De ser posible sin quebrantar los límites del artículo 1.6 CC, el TS podría introducir la distinción entre asegurado persona física o persona jurídica para considerar aplicable a estas disputas contractuales el régimen general o el especial, respectivamente. Alternativamente, podría considerar que el 406. 2 LNM debe interpretarse sobre la base del artículo 1.2 del Real Decreto 607/1999, que dispone que “La póliza en que se formalice el contrato de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria contratada entre el tomador y la entidad aseguradora podrá incluir otras coberturas que libremente se pacten entre las partes, así como ampliar el ámbito y los límites de cobertura, rigiéndose en ambos casos por lo establecido en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro”. Ahora bien, el Reglamento del Seguro de RC Obligatoria de Embarcaciones de Recreo no sólo es anterior a la Ley de Navegación Marítima, sino que es una norma de rango inferior, por lo que el problema sigue pendiente de una solución satisfactoria.

21 Artículo 2 LNM.

22 Pérdida de navegabilidad, titulación insuficiente o caducada, baratería del patrón, etc.

23 Según el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, durante 2021 la náutica de recreo concentró en las zonas costeras el 53% de las emergencias atendidas entre junio y septiembre por Salvamento Marítimo [mptfp.gob.es, 13/06/2022].

16 Id. CENDOJ: 03065370092021100432

17 Auto de 6 de julio de 2022, de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del TS (Id Cendoj: 28079110012022204655)

18 Id CENDOJ: 28079110012011100888

19 Id CENDOJ: 28079110012018100249

**El seguro de responsabilidad civil no cubre el incumplimiento por suministro de productos defectuosos fabricados por una empresa del grupo de la asegurada. Desestimación de la acción indemnizatoria que formula la asegurada frente a su aseguradora, al considerarse por el Tribunal Supremo que la póliza no garantiza la correcta ejecución de la prestación objeto de un contrato entre el asegurado y un tercero en el ámbito de la actividad empresarial o profesional de aquel, sin que ello suponga una desnaturalización de la cobertura del seguro.**

---

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)  
de 29 de marzo de 2022  
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Vela Torres

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- La compañía mercantil Interfabrics S.L. forma parte de un grupo de empresas denominado Aquaclen Group, del que también son parte Antecuir S.L. y Pascual y Bernabéu S.L.

2.- En 2014, Interfabrics suministró a una empresa inglesa, denominada Next Retail, tejidos para tapizar sofás, que resultaron inadecuados para su venta porque no cumplían la normativa británica sobre tratamientos ignífugos. Por tal razón, los sofás tapizados con estos tejidos no pudieron ser comercializados en el Reino Unido.

El resultado defectuoso se debió a que la empresa que fabricó los tejidos, Pascual y Bernabéu S.L., no aplicó correctamente el tratamiento contra el fuego.

3.- El 18 de noviembre de 2016, Interfabrics y Next Retail firmaron un acuerdo transaccional, en el que la vendedora asumió el incumplimiento contractual derivado de los mencionados defectos y se comprometió a abonar una indemnización de 2.026.463 libras esterlinas. En el propio documento constaba que la aseguradora de Interfabrics había rechazado el siniestro.

4.- En la fecha en que se celebró el contrato con la empresa inglesa estaban en vigor dos pólizas de seguro concertadas con la compañía Chubb European Group Limited:

(i) Una primera póliza, en la que la tomadora era Interfabrics;

(ii) Una segunda, en la que la tomadora era Antecuir y la asegurada Pascual y Bernabéu (causante del defecto de fabricación).

5.- Las dos pólizas ofrecían cuatro bloques de cobertura: responsabilidad civil de explotación, responsabilidad civil patronal, responsabilidad civil por productos y unión y mezcla.

6.- Interfabric formuló una demanda contra la compañía de seguros, en reclamación de la cantidad abonada a la compradora de los tejidos defectuosos, por considerar que el siniestro tenía cobertura en ambas pólizas.

7.- Chubb se opuso, alegando que, en las pólizas, en cualquiera de sus modalidades, estaba excluida la cobertura de la responsabilidad civil por los daños causados en el propio producto y por los daños que se pudieran ocasionar entre sí las empresas del grupo.

8.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró que las cláusulas especiales de exclusión se referían a todas las condiciones particulares y generales y afectaban a todas las modalidades contractuales. Y en tales cláusulas se establecía de manera clara, concreta y precisa la exclusión de cobertura de los siniestros provocados entre empresas del mismo grupo.

9.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la demandante. En lo que ahora importa, consideró:

(i) Los defectos del tejido que lo hacía in-

hábil para su fin conforme a la legislación británica no ocasionaron ningún daño personal o material a terceros.

(ii) Lo reclamado, que coincide con lo transigido con la empresa compradora, realmente son los sobrecostes producidos por tener que reemplazar, sustituir, reparar y retirar el producto, más retrasos e incumplimientos de plazos de entrega a terceros.

(iii) Todos estos conceptos están expresamente excluidos de la cobertura de la garantía de Responsabilidad civil por producto, al excluirse expresamente en la póliza: “la responsabilidad que resulte como consecuencia de que el producto del Asegurado no sirva para el propósito o no desempeñe la función para la cual fue creado o suministrado”; del mismo modo que están excluidos expresamente los costes de reemplazo y retirada de la mercancía.

(iv) El siniestro tampoco tiene cobertura en el apartado de unión y mezcla, que garantiza: “la Responsabilidad del asegurado por los daños a bienes ajenos fabricados mediante la mezcla de productos del Asegurado con otros, propiedad de terceros. Se entiende por mezcla, la unión de un producto del Asegurado con otro u otros ajenos, para la fabricación, por un tercero, de un producto final. Se da el supuesto, cuando en caso de defecto del producto del Asegurado, no es posible la sustitución del mismo sin destruir o dañar considerablemente el producto final del que forma parte”. Y en el presente caso no estamos ante un supuesto en el que el producto suministrado por el asegurado se haya unido o mezclado, de forma inseparable, con otros productos a los que les haya ocasionado daños. Por el contrario, los sofás podían ser tapizados de nuevo, sin que el armazón y el relleno sufriesen deterioro alguno. La posibilidad de retirar las telas y sustituirlas por otras excluye que se trate de un supuesto de unión y mezcla.

(v) En atención a la generalidad de las expresiones contenidas en las pólizas y a los actos anteriores (durante la contratación de la póliza) y posteriores realizados por las partes y con la correduría de seguros de la parte actora, la voluntad de las partes era excluir del ámbito de cobertura de las pólizas la responsabilidad civil por daños que se ocasionaran entre sí las empresas del grupo Antecuir e Interfabrics, sin distinción de garantías.

10.- La demandante ha interpuesto un recurso de casación.

**SEGUNDO.- Primer motivo de casación. Interpretación del contrato**

**Planteamiento:**

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), en relación con el art. 1281.I CC, por errónea interpretación de la cobertura del contrato de seguro de responsabilidad civil.

2.- En el desarrollo del motivo aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida no tiene en cuenta que el incumplimiento contractual sí era objeto de cobertura y que, en este caso, al no cumplir los tejidos con que estaban tapizados los sofás las normas británicas, eran inhábiles para su comercialización.

**Decisión de la Sala:**

1.- Es jurisprudencia reiteradísima de esta sala que la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, que ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación, salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario ( sentencias 524/2013, de 23 de julio; 252/2014, de 14 de mayo; 196/2015, de 17 de abril; y 226/2020, de 1 de junio; entre otras muchas).

2.- La interpretación de los contratos de seguro que hace la sentencia recurrida no adolece de tales defectos. Por el contrario, el motivo de casación se aparta de la razón decisoria de la sentencia recurrida. La Audiencia Provincial no afirma que no hubiera incumplimiento contractual que diera lugar a responsabilidad civil, sino que niega la procedencia de la indemnización porque tal incumplimiento no ocasionó daños materiales o corporales a terceros, que era lo asegurado. Lo sucedido causó un daño económico al otro contratante, que debió ser resarcido económicamente, pero ese daño no era objeto de cobertura, porque no se garantizaba la correcta ejecución de la prestación objeto de un contrato entre el asegurado y un tercero en el ámbito de la actividad empresarial o profesional del asegurado.

3.- Como consecuencia de lo expuesto, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

**TERCERO.- Segundo motivo de casación. Amplitud de la cobertura de daños**

**Planteamiento:**

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1 y 73 LCS y 1106 CC, en relación con los arts. 1281.I CC y 1166 CC, por errónea interpretación de la naturaleza y tipo de daños cubiertos por la póliza.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la póliza garantizaba todo tipo de daño material; concepto en el que cabe incluir el daño económico derivado de la responsabilidad por la defectuosa fabricación de las mercancías vendidas.

**Decisión de la Sala:**

1.- El motivo incurre en el defecto de mezclar infracciones heterogéneas y citar como infringidos preceptos legales de distinta naturaleza. Así como en el defecto de intentar sustituir la interpretación contractual que hace la sentencia recurrida por la sustentada por la parte.

2.- Además, se aparta de la base fáctica establecida en la instancia, pues pretende hacer ver que los sofás estaban dañados y por ello eran inhábiles para su venta, cuando la Audiencia Provincial considera probado que una parte de los sofás se vendieron fuera del territorio británico, porque no eran totalmente defectuosos, y que se podían volver a tapizar sin daño para el resto del



mueble.

3.- Quien se aparta de la literalidad de la póliza ( art. 1281.I CC) es la parte recurrente, pues pretende obviar las definiciones de daño personal, daño material y perjuicio que se contienen en el contrato.

4.- Por lo expuesto, el segundo motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

**CUARTO.- Tercer motivo de casación. Daños cubiertos. Minoración del daño**

**Planteamiento:**

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1, 17 y 73 LCS, en relación con el art. 1281.I CC, por errónea interpretación de la naturaleza y tipo de daños cubiertos por la póliza.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la inhabilidad de los objetos vendidos estaba asegurada en la póliza, así como que los gastos para aminorar el siniestro están previstos en el art. 17 LCS.

**Decisión de la Sala:**

1.- Nuevamente cita el motivo preceptos heterogéneos y pretende retorcer la interpretación contractual realizada por la Audiencia Provincial para sustituirla por la propugnada por la parte.

2.- La argumentación de la sentencia recurrida sobre la exclusión contractual de los costes de reemplazo y sustitución de la mercancía nada tiene que ver con el art. 17 LCS, que se refiere al deber de aminoración de daño por parte del asegurado. Los sobrecostes que se reclaman en la demanda son consecuencia del incumplimiento contractual de la demandante frente al otro contratante y no gastos por labores de atenuación del daño.

Aparte de que para que haya aminoración del daño, previamente debe haber un siniestro en el sentido propio de dicho término, lo que presume cobertura del riesgo, que aquí no existía.

3.- Consecuentemente, este motivo de casación también ha de ser desestimado.

**QUINTO.- Cuarto motivo de casación. Exclusión de cobertura**

**Planteamiento:**

1.- El cuarto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1, 3, 17 y 73 LCS, al excluir de la cobertura daños que son expresamente indemnizables por disposición legal.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la exclusión de los gastos derivados de la minoración del daño debe ser considerada lesiva y por tanto nula.

**Decisión de la Sala:**

1.- Aunque la LCS no define el concepto de cláusula lesiva, a que se refiere su art. 3, la jurisprudencia de esta sala concibe como tal aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro; en definitiva, que impide la eficacia de la póliza ( sentencias 303/2003, de 20 de marzo; 273/2016, de 22 de abril; y 101/2021, de 24 de febrero).

2.- En el caso que nos ocupa, no hay ninguna cláusula que excluya la restitución de los gastos que conlleve la aminoración del daño, lo que, al margen de su calificación contractual, contravendría lo previsto en el art. 17 LCS; sino que lo que ocurre es que los conceptos o partidas a que se refiere la recurrente no fueron gastos de tal naturaleza, sino que se trataba de inversiones para la sustitución o retirada de los productos defectuosos que estaban expresamente excluidas de las pólizas. De tal manera que, sin siniestro cubierto por el contrato, difícilmente puede haber minoración indemnizable.

Además, se da la circunstancia de que ha quedado probado en la instancia que durante la negociación de los términos de la relación contractual entre las partes, en la que intervino una reconocida empresa de correduría de seguros, se barajó la posibilidad de contratar específicamente las coberturas que ahora se pretenden y se descartó. Por lo que nuevamente sustenta la parte recurrente sus alegaciones en una inadmisibles alteración de la base fáctica.

3.- En su virtud, este motivo también ha de decaer.

#### SEXTO.- Quinto motivo de casación. Desnaturalización de la cobertura

##### Planteamiento:

1.- El quinto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1, 3, y 73 LCS, al admitirse como válida una cláusula de exclusión que desnaturaliza la cobertura del seguro dejándola vacía de contenido.

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente aduce, sintéticamente, que la cláusula que excluye la responsabilidad que resulte como consecuencia de que el producto del asegurado no sirva para el propósito o la función para el que fue creado o suministrado desnaturaliza la finalidad del contrato y vacía su contenido. Por lo que debe ser considerada nula.

##### Decisión de la Sala:

1.- La jurisprudencia de esta sala sobre la desnaturalización del contrato de seguro y las cláusulas sorprendentes ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, o incluso lesiva, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. Para la validez de las cláusulas se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen -es decir, que no le sorprendan- y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa.

Las sentencias 516/2009, de 15 de julio, y 601/2010, de 1 de octubre, establecieron que el carácter limitativo de una cláusula puede resultar del hecho de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares.

Por ello, las sentencias 273/2016, de 22 de abril, y 534/2016, de 14 de septiembre, re-saltaron que, precisamente cuando hay contradicción entre las cláusulas que definen el riesgo y las que lo acotan, es cuando puede

producirse una exclusión sorprendente.

2.- Desde un punto de vista práctico, también hemos afirmado que la cláusula sorprendente puede tener dos consecuencias:

a) Si reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que sea prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro, por lo que impide la eficacia de la póliza, será lesiva y, por tanto, nula en todo caso.

b) Si lo que hace es delimitar el riesgo de manera que desnaturaliza el contrato, pero no impide su eficacia, no le será aplicable el régimen de las cláusulas delimitadoras, sino el de las limitativas de los derechos del asegurado, por lo que tendrá que cumplir los requisitos del art. 3 LCS ( sentencias 58/2019, de 29 de enero; y 421/2020, de 14 de julio).

3.- Nada de ello ocurre en el presente caso. Lo que sucede es que, como también tiene declarado la jurisprudencia de este tribunal, como regla general, el seguro de responsabilidad civil únicamente cubre los daños causados a terceros, pero no los ocasionados en el mismo objeto sobre el que el empresario o profesional asegurado realiza su actividad u otros objetos relacionados con dicho desempeño empresarial. Es decir, que no se asegura la correcta ejecución de la prestación objeto de un contrato entre el asegurado y un tercero en el ámbito de la actividad empresarial o profesional del asegurado ( sentencias 730/2018, de 20 de diciembre, y 541/2021, de 15 de julio, y las que en ellas se citan).

4.- En consonancia con lo expuesto, en el contrato se pactó expresamente, con asesoramiento de un corredor especializado, que la responsabilidad que pudiera derivarse de la inhabilidad del producto fabricado o comercializado quedaba excluida de la cobertura. Aparte de que, en contra de lo sostenido por la recurrente, las telas de los sofás no tenían ningún defecto intrínseco, sino que no podían ser utilizadas en el Reino Unido por no cumplir con su normativa sobre productos ignífugos. Por lo que la citada exclusión no solo no desnaturaliza el contrato, sino que es perfectamente congruente con la propia naturaleza de la responsabilidad asegurada.

5.- Por lo tanto, este quinto motivo de

casación también debe ser desestimado.

**SÉPTIMO.- Sexto motivo de casación. Interpretación conjunta y sistemática de las cláusulas del contrato**

**Planteamiento:**

1.- El sexto motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 73 LCS y 1285 CC, en cuanto que la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente la cláusula de unión y mezcla de la garantía de responsabilidad civil por productos defectuosos en la póliza.

2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida interpreta erróneamente la cobertura de unión y mezcla, puesto que no era posible volver a tapizar los sofás, ya que estaban en poder de la compradora y además era antieconómico.

**Decisión de la Sala:**

1.- En primer lugar, el motivo incurre en el defecto de alterar la base fáctica, pues pretende revisar las conclusiones probatorias a las que llegó la sentencia recurrida, lo que no es posible en casación.

2.- En segundo lugar, nuevamente pretende sustituir la interpretación contractual realizada por la sentencia recurrida por la propugnada por la recurrente, que nada tiene que ver con la interpretación literal o la sistemática, al basarse en unas pretendidas distinciones semánticas, rayanas en lo bizantino, entre los conceptos de unión y mezcla.

Si la garantía de unión y mezcla sólo cubriría los casos en que el producto no pudiera ser sustituido sin ser destruido o dañado considerablemente y quedó probado que las telas podían ser sustituidas sin menoscabo de los sofás, la interpretación de la Audiencia Provincial es patentemente correcta.

3.- En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

**OCTAVO.- Séptimo motivo de casación. Exclusión de cobertura por daños producidos entre empresas del grupo**

**Planteamiento:**

1.- El motivo séptimo de casación denuncia la infracción del art. 1281.I CC, en relación con el art. 8 último párrafo LCS y el art. 1288 CC, en cuanto la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente la exclusión de los daños que se ocasionen entre sí las empresas del grupo Antecuir e Interfabrics.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, sintéticamente, que la sentencia recurrida yerra al considerar que las pólizas no cubrían la responsabilidad civil derivada de daños producidos por la actuación de otra empresa del mismo grupo. Y en todo caso, que dicha exclusión solo operaría respecto de la responsabilidad civil de explotación.

**Decisión de la Sala:**

1.- La razón decisoria de la sentencia recurrida no es solo la falta de cobertura de la responsabilidad civil derivada de daños producidos por la actuación de otra empresa del mismo grupo. Basta con leerla para comprender que la desestimación de las acciones ejercitadas en la demanda se basaba en tres motivos: falta de cobertura de la responsabilidad civil por producto, falta de cobertura de unión y mezcla, y exclusión de la responsabilidad por daños causados por empresas del mismo grupo.

Es decir, incluso aunque se estimara este motivo, el resto de las razones para la desestimación quedarían incólumes.

2.- La sentencia, al analizar las relaciones contractuales entre las partes y la intervención del mediador, considera probado que fue su voluntad excluir la responsabilidad derivada de los daños producidos por empresas del grupo, en todas las garantías y no solo en el seguro de responsabilidad civil de explotación como ahora pretende la recurrente.

No hay ninguna oscuridad, al contrario, de la propia literalidad del contrato, que se refiere a la póliza y no al tipo de responsabilidad, se deduce que se está refiriendo a todas las garantías contratadas.

3.- La Audiencia Provincial hace uso del criterio cronológico previsto en el art. 1282 CC (que, sin embargo, no se cita en el motivo) y atiende a los actos coetáneos y posteriores al contrato para considerar que fue voluntad de las partes hacer la exclusión a que se refiere el motivo. Y esa interpretación no puede

ser sustituida por la versión alternativa que pretende la recurrente. Lo que es plenamente coherente con la finalidad ya expuesta de cubrir los daños a terceros y no los propios.

4.- En su virtud, el séptimo motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

**NOVENO.- Octavo motivo de casación. Transacción**

**Planteamiento:**

1.- El octavo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1809 y 1816 CC, en relación con los arts. 1, 73 y 76 LCS.

2.- Al desarrollar el motivo, la recurrente arguye, resumidamente, que la sentencia recurrida ha desestimado el recurso de apelación sin entrar a examinar el contrato de transacción por el que la recurrente acordó la indemnización con su cliente.

**Decisión de la Sala:**

1.- De manera implícita, la parte recurrente viene a sostener que, una vez que había un acuerdo entre el causante del daño y el perjudicado por el mismo, la aseguradora debería haber asumido el siniestro sin más oposición. Olvidando la parte que la transacción tiene efectos entre las partes que la conciertan, pero que, como contrato que es, no puede vincular a terceros que no intervienen en ella ( art. 1257 CC). Por consiguiente, toda la cita y transcripción que se hace de la jurisprudencia de la sala sobre el contrato de transacción o el valor de la transacción extrajudicial es completamente ociosa. Máxime si algunas de tales sentencias se refieren a casos en que sí intervinieron las aseguradoras en las negociaciones, al contrario de lo sucedido en el que nos ocupa.

2.- A tal efecto, es irrelevante que la transacción se celebrara cuando la aseguradora ya había rechazado el siniestro, pues ello podría tener valor a la hora de enjuiciar que el acuerdo entre las partes no tuviera por objeto defraudar a la compañía de seguros, pero es intrascendente para decidir si el siniestro tenía o no cobertura.

3.- Por la misma razón, la naturaleza solidaria de la obligación de indemnización entre el responsable civil y su aseguradora no implica que la transacción entre el responsable

y el perjudicado obligue al asegurador al reconocimiento de una cobertura que niega.

4.- Como consecuencia de ello, este motivo también debe ser desestimado.

**DÉCIMO.- Noveno motivo de casación. Alcance de los daños**

**Planteamiento:**

1.- El noveno motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1 y 73 LCS, en relación con el art. 1106 CC.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, sintéticamente, que como la Audiencia Provincial no ha concedido la indemnización reclamada en la demanda ha infringido los mencionados preceptos. En consecuencia, ha ignorado los conceptos indemnizables y su cuantificación.

**Decisión de la Sala:**

1.- Este último motivo incurre, de manera paradigmática, en una petición de principio (lo que en la terminología de la sala se ha denominado tradicionalmente hacer supuesto de la cuestión), pues da por sentado que, como procedía la indemnización reclamada, porque existía cobertura, la compañía de seguros debería haber sido condenada en los propios términos pretendidos en la demanda.

2.- El vicio de hacer supuesto de la cuestión, rechazado constantemente por esta sala, consiste en sustentar un recurso de casación en motivos jurídicos apoyados en hechos que no se han probado en la instancia, o pese a que se han probado los contrarios. Es decir, cuando la parte recurrente, con olvido de que no está en una tercera instancia, intenta reproducir, sin más, la controversia desde su particular planteamiento, sin considerar que el recurso de casación es un recurso extraordinario en el que prevalece la finalidad de control de la aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial, que exige el planteamiento de cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, pero siempre sin apartarse de los hechos, ya que no cabe la revisión de la base fáctica de la sentencia de apelación (en este sentido, entre otras muchas, sentencias 433/2009, de 15 de junio; 501/2009, de 29 de junio; 656/2010, de 4 de noviembre; 46/2011, de 21 de febrero; y 572/2012, de 9 de octubre). Como declaró la

última de las sentencias citadas:

“Esta Sala ha declarado de forma reiterada que constituye un defecto insubsanable del recurso de casación “hacer supuesto de la cuestión” o, lo que es lo mismo, partir de un supuesto fáctico sin respetar los hechos probados y los juicios de valor de carácter eminentemente fáctico, que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia, ya por ser contrario al proclamado por la sentencia recurrida o por soslayar los hechos probados para, a partir de un supuesto en el que se contienen elementos de hecho aportados por la propia parte, construir el recurso, todo ello sin haber desvirtuado en unos casos y completado en otros, previamente, la base fáctica de la sentencia recurrida por el cauce legalmente establecido para ello, ya que la casación no es la vía para revisar el soporte fáctico, sino la correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos que la instancia ha tenido por probados”.

Y eso es cabalmente lo que aquí sucede. La parte pretende ignorar que se ha concluido que el siniestro no tenía cobertura y dando por hecho que sí la tenía, sigue adelante con su pretensión, reprochando a la sentencia recurrida que no se adapte a ello.

3.- Por esta razón, el motivo debe ser rechazado de plano.

**UNDÉCIMO.- Décimo motivo de casación. Intereses del art. 20 LCS**

**Planteamiento:**

1.- El motivo décimo de casación denuncia la infracción del art. 20 LCS.

2.- Al desarrollar el motivo, la recurrente aduce, resumidamente, que los intereses

moratorios previstos en el mencionado precepto tienen naturaleza sancionada y deben ser impuestos en todo caso cuando la aseguradora no atiende su obligación de indemnizar.

**Decisión de la Sala:**

1.- Nuevamente incurre la parte recurrente en una petición de principio, pues prescindiendo de la conclusión de que el siniestro no tenía cobertura, aduce que se ha infringido el art. 20 LCS porque no se ha condenado a la aseguradora al pago de los intereses moratorios previstos en el citado precepto.

2.- Sin embargo, como la conclusión es que no existía cobertura, no procedía ni la indemnización, ni por supuesto, los intereses. Por lo que este último motivo también debe decaer sin necesidad de mayor argumentación.

**DECIMOSEGUNDO.- Costas y depósitos**

1.- La desestimación del recurso de casación conlleva que deban imponerse a la parte recurrente las costas causadas por el mismo, según establece el art. 398.1 LEC.

2.- Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

**FALLO**

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Interfabrics S.L. contra la sentencia núm. 20/2019, de 23 de enero, dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en el recurso de apelación núm. 643/2018.

2.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación.

Librese 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.



Por **Jose A. Badillo Arias**  
Abogado

**E**l seguro de responsabilidad civil no cubre el incumplimiento por suministro de productos defectuosos fabricados por una empresa del grupo de la asegurada. Desestimación de la acción indemnizatoria que formula la asegurada frente a su aseguradora, al considerarse por el Tribunal Supremo que la póliza no garantiza la correcta ejecución de la prestación objeto de un contrato entre el asegurado y un tercero en el ámbito de la actividad empresarial o profesional de aquel, sin que ello suponga una desnaturalización de la cobertura del seguro.

Es claro que la responsabilidad civil por productos defectuosos es la relativa a los daños producidos por estos a terceros, ya sean daños en la órbita contractual o extracontractual. En este caso, cuando no existen vínculo alguno entre causante y dañado. Obviamente, no puede haber responsabilidad por los daños ocasionados al propio producto que fabrico o suministro, porque faltaría el requisito de la alteridad. No hay tercero perjudicado en tal caso.

"(...) Ha tenido que llegar el supuesto al Tribunal Supremo para corregir algo básico como es no sumar el perjuicio estético a las secuelas psicofísicas para el límite de 100 puntos"

Por tal motivo, cuando se contrata un seguro de responsabilidad civil por productos defectuosos, lo que se garantiza, en principio, son los daños que tal producto ocasiona a terceros, pero no los daños sufridos por el propio producto defectuoso. No obstante, con el tiempo se ha ido incorporando en estas pólizas de responsabilidad civil otras garantías, algunas de ellas de daños propios, como unión y mezcla, retirada del producto defectuoso, sustitución del producto, etc., que, a veces, pueden generar cierta confusión para cubrir o no determinados daños.

Por otro lado, también es habitual, como en la mayoría de los seguros de responsabilidad civil -rc privada, productos, profesional, administradores, empresas, etc.-, que se excluyan los daños causados dentro del entorno del asegurado: daños entre familiares, socios, empresas del grupo (como es el caso que nos ocupa), etc.

Finalmente, también es objeto de controversia la cobertura denominada "unión y mezcla", que solo opera cuando la unión o mezcla de dos cosas de igual o diferente especie da lugar a que no se puedan separar sin detrimento alguno para las cosas mezcladas.

Veremos que estas cuestiones son las que se plantean en la sentencia que comentamos. En este caso, la compañía mercantil Interfabrics S.L., que forma parte de un grupo de empresas denominado Aquaclen Group, del que también son parte Antecuir S.L. y Pascual y Bernabéu S.L, suministró a una empresa inglesa, denominada Next Retail, teji-

## COMENTARIO

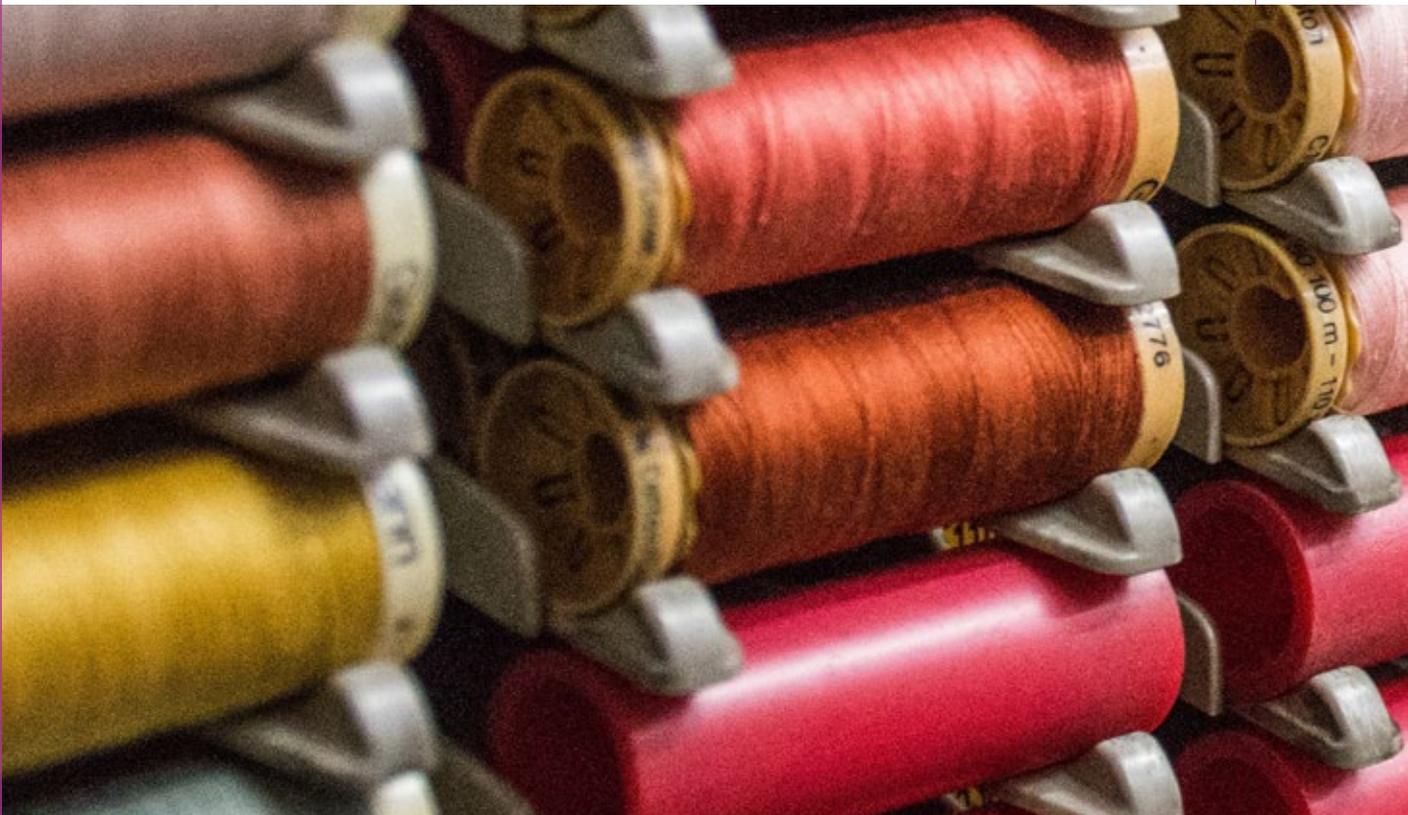
dos para tapizar sofás, que resultaron inadecuados para su venta porque no cumplían la normativa británica sobre tratamientos ignífugos. Por tal razón, los sofás tapizados con estos tejidos no pudieron ser comercializados en el Reino Unido. El resultado defectuoso se debió a que la empresa que fabricó los tejidos, Pascual y Bernabéu S.L., no aplicó correctamente el tratamiento contra el fuego.

El 18 de noviembre de 2016, Interfabrics y Next Retail firmaron un acuerdo transaccional, en el que la vendedora asumió el incumplimiento contractual derivado de los mencionados defectos y se comprometió a abonar una indemnización de 2.026.463 libras esterlinas.

Existían dos pólizas de responsabilidad civil con la aseguradora Chubb. Una, en la que la tomadora era Interfabrics; y una segunda, en la que la tomadora era Antecuir y la asegurada Pascual y Bernabéu (causante del defecto de fabricación). Las dos pólizas ofrecían cuatro bloques de cobertura: responsabilidad civil de explotación, responsabilidad civil patronal, responsabilidad civil por productos y unión y mezcla.

Interfabric, suministradora del producto defectuoso, interpuso demanda contra Chubb, reclamando la cantidad abonada a la compradora de los tejidos defectuosos, por considerar que el siniestro tenía cobertura en ambas pólizas. Chubb se opuso, alegando que en las pólizas, en cualquiera de sus modalidades, estaba excluida la cobertura de la responsabilidad civil por los daños causados en el propio producto y por los daños que se pudieran ocasionar entre sí las empresas del grupo.

Tanto en primera como en segunda instancia, se desestimaron las pretensiones de la actora. La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, básicamente, porque nos encontramos ante daños derivados de sobrecostes producidos por tener que reemplazar, sustituir, reparar y retirar el producto, más retrasos e incumplimien-



tos de plazos de entrega a terceros. Como decía al principio, nos encontramos ante daños propios, que no tenían cobertura en el seguro contratado. Tampoco estarían garantizados por la cobertura de unión y mezcla, puesto que este supuesto se da cuando en caso de defecto del producto del asegurado, no es posible la sustitución del mismo sin destruir o dañar considerablemente el producto final del que forma parte. Y en el presente caso no estamos ante un supuesto en el que el producto suministrado por el asegurado se haya unido o mezclado, de forma inseparable, con otros productos a los que les haya ocasionado daños.

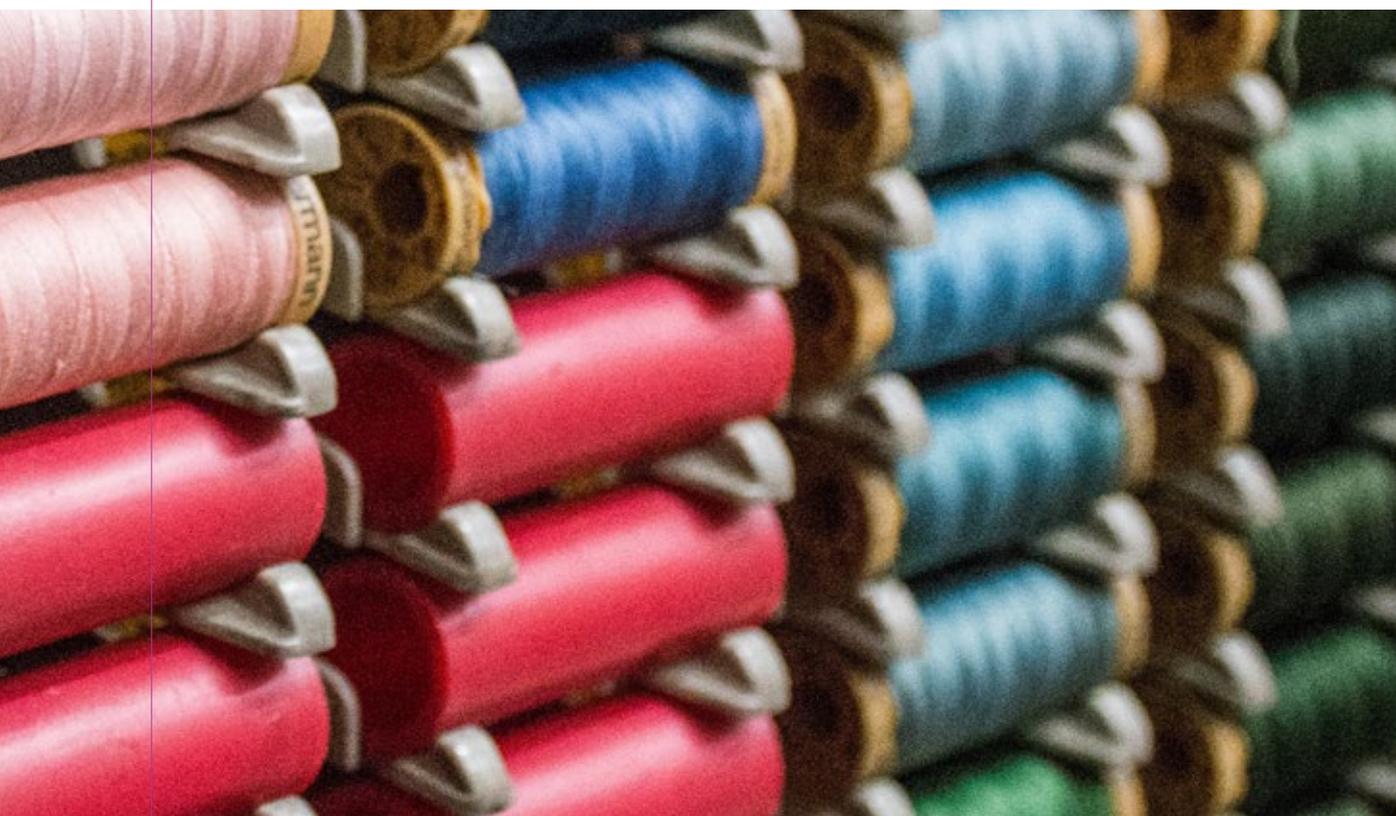
Como consecuencia de lo dicho, la actora interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo. La actora planteó distintos motivos, basados en errónea interpretación del contrato de seguro, denunciando la infracción de distintos artículos del Código Civil y de la Ley de contrato de seguro, como los artículos 1, 3, 17 y 73 de esta ley.

Todos los motivos fueron desestimados por la Sala. Entiende el Alto Tribunal que no estamos ante gastos para aminorar el daño (art. 17 LCS), porque los conceptos o partidas a que se

---

“...El sistema del 95 determinaba tres grados de incapacidad permanente y un perjuicio independiente, no cuarto grado del anterior, denominado “Grandes Inválidos” para “Personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas”.”

---



## COMENTARIO

refiere la recurrente no fueron gastos de tal naturaleza, sino que se trataba de inversiones para la sustitución o retirada de los productos defectuosos que estaban expresamente excluidas de las pólizas. De tal manera que, sin siniestro cubierto por el contrato, difícilmente puede haber minoración indemnizable.

Tampoco entiende la Sala que estemos ante un caso de desnaturalización del contrato de seguro, porque nada de ello ocurre en el presente caso. Lo que sucede es que, como también tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como regla general, el seguro de responsabilidad civil únicamente cubre los daños causados a terceros, pero no los ocasionados en el mismo objeto sobre el que el empresario o profesional asegurado realiza su actividad u otros objetos relacionados con dicho desempeño empresarial. Es decir, que no se asegura la correcta ejecución de la prestación objeto de un contrato entre el asegurado y un tercero en el ámbito de la actividad empresarial o profesional del asegurado.

También considera la Sala acertada la interpretación que hizo la sentencia de instancia sobre la cobertura de unión y mezcla. En tal sentido, la sentencia considera que dicha garantía sólo cubría los casos en que el producto no pudiera ser sustituido sin ser destruido o dañado considerablemente y quedó probado que las telas podían ser sustituidas sin menoscabo de los sofás, por lo que la interpretación de la Audiencia Provincial es correcta.

En definitiva, para la Sala la razón decisoria de la sentencia recurrida no es solo la falta de cobertura de la responsabilidad civil derivada de daños producidos por la actuación de otra empresa del mismo grupo. Basta con leerla para comprender que la desestimación de las acciones ejercitadas en la demanda se basaba en tres motivos: falta de cobertura de la responsabilidad civil por producto, falta de cobertura de unión y mezcla, y exclusión de la responsabilidad por daños causados por empresas del mismo grupo.





# jurisprudencia

## Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD  
CIVIL

**Se reconoce el derecho de un trabajador a la percepción de una indemnización en concepto de resarcimiento por los daños morales causados por la actuación empresarial vulneradora de derechos fundamentales, en concreto, de su garantía de indemnidad, una vez declarada la nulidad del despido. Se rebaja la cantidad indemnizatoria solicitada de 150.000 euros a 60.000 euros, que se considera ajustada para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infligido al trabajador, a la vez que puede resultar disuasoria de futuras posibles conductas de ataque a los derechos fundamentales de los trabajadores.**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª)  
de 20 de abril de 2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer

### PRIMERO.-

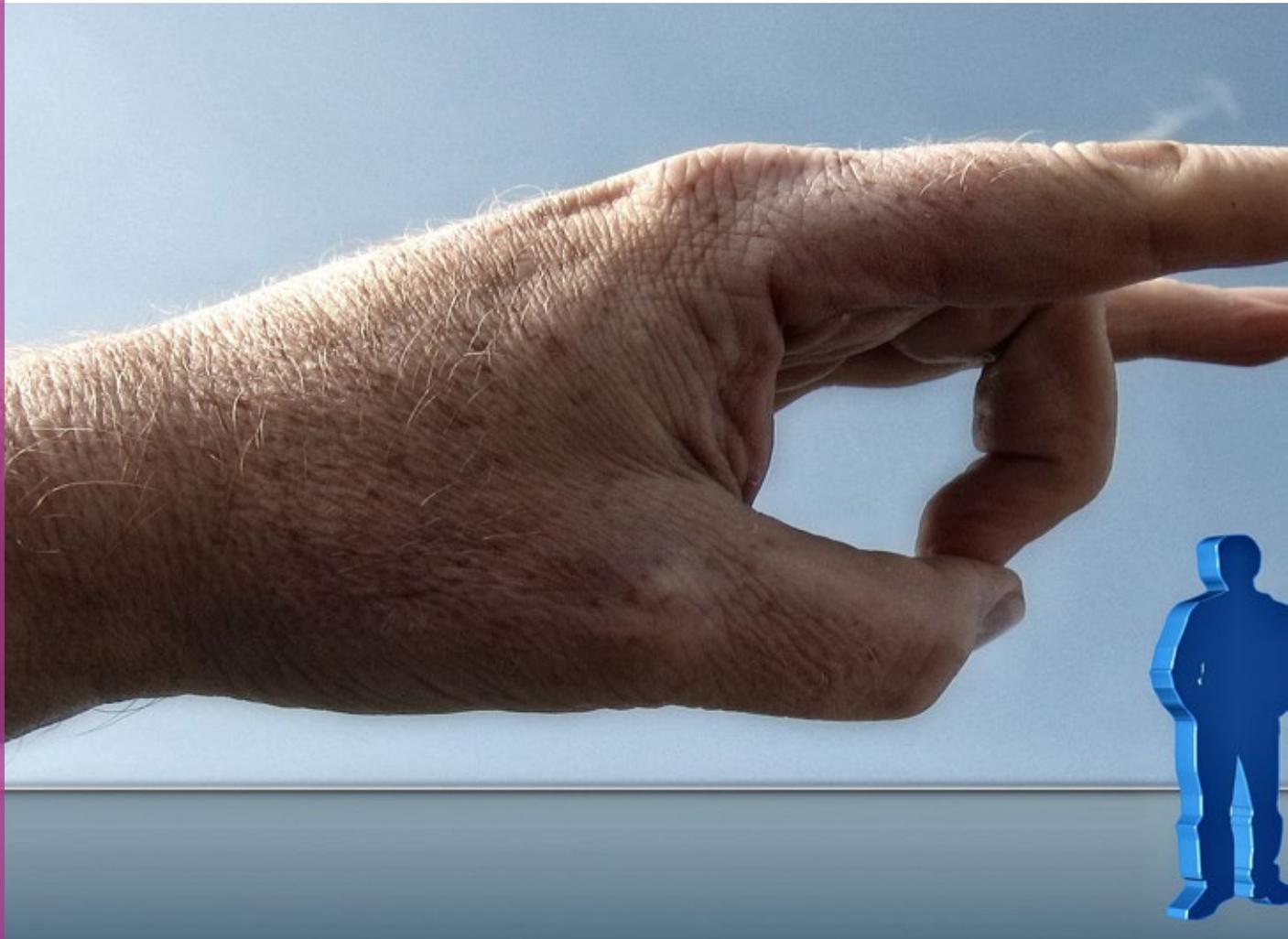
1.- Dos son las cuestiones que se plantean ante esta Sala en los dos recursos de casación unificadora que, de mediar la necesaria contradicción deben resolverse. La primera, decidir sobre si en el supuesto enjuiciado se ha producido o no la vulneración del derecho fundamental del actor a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad; y, la segunda, determinar si una sentencia que declara nulo el despido por vulneración del referido derecho fundamental, debe llevar aparejada, junto con los habituales pronunciamientos de todo despido nulo, esto es, readmisión y abono de los salarios dejados de percibir, la correspondiente indemnización por daños morales derivados de la vulneración del

derecho fundamental.

2.- La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, estimando, en parte, la demanda del actor, declaró que su despido era improcedente condenando a la empresa a que, a su opción, readmitiese con abono de los salarios dejados de percibir o le indemnizase en cuantía de 59.903,37 euros. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 5 de abril de 2019, R. Supl. 425/2019, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Halcón Viajes y estimó parcialmente el recurso del trabajador, y revocó la sentencia recurrida declaró la nulidad del despido del demandante, condenando a la empresa a readmitirlo, absolviendo a la empresa demandada del resto de peticiones contenidas en el recurso, en concreto, de la indemnización por daños derivados de la vulneración del derecho fundamental.

Consta que el trabajador venía prestando servicios para Viajes Halcón, concurriendo en su centro de trabajo con otras tres personas. Una de ellas presentó contra sus compañeros una denuncia por acoso ante la empresa y posteriormente ante el Juzgado. La denuncia fue acompañada de unas grabaciones que la denunciante había llevado a cabo en la oficina, sin conocimiento de la empresa. No consta que la denuncia de acoso efectuada ante la empresa hubiese dado lugar a sanción alguna. El 15 de noviembre de 2016 la trabajadora presentó ante el juzgado de guardia denuncia por acoso laboral, respecto de la que se dictó auto decretando el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones el 22 de noviembre de 2017 al no resultar de las diligencias de investigación practicadas indicios o motivos suficientes para continuar con el procedimiento.

El 31 de mayo de 2016 el trabajador aquí demandante, junto con otras dos compañeras de trabajo presentó denuncia



frente a la trabajadora que había sido denunciante anteriormente, por un delito de descubrimiento y revelación de secretos. El Ministerio Fiscal formuló acusación frente a la trabajadora como autora de un delito de descubrimiento y revelación de secretos y la acusación particular, entre otros pronunciamientos solicitó en concepto de responsabilidad civil de la acusada, con responsabilidad subsidiaria de la empresa Viajes Halcón la cantidad de 60.000 euros por cada uno de los 4 denunciantes, en concepto de daños y perjuicios personales y morales sufridos como consecuencia de las grabaciones.

El 5 de febrero de 2018, el demandante, causó baja laboral por IT, constando parte de confirmación de baja laboral, tratándose a juicio de su psiquiatra de una problemática psico socio laboral, no de una enfermedad común y el 6 de febrero la empresa remitió al trabajador carta de despido disciplinario, por disminución continuada y voluntaria

en el rendimiento del trabajo normal o pactado. Otra de las trabajadoras presentó su dimisión ante la empresa el 22 de julio de 2017, expresando como motivos el no poder soportar una situación injusta que llevaba viviendo desde hace tres años.

Según la sentencia recurrida los hechos acreditados resultan suficientes para considerar verificada la vinculación entre la acción judicial ejercida por el trabajador y la posterior extinción de su contrato de trabajo, en particular si se tienen en cuenta la conexión temporal existente entre la denuncia de julio de 2017 y el expediente y posterior despido de enero de 2018 y la ausencia de cualquier otro elemento ajeno al conflicto suscitado en el seno de la empresa que pudiera explicar la decisión resolutoria, por cuanto que ante la ausencia de prueba alguna de la empresa acerca de los hechos referidos en la carta de despido, resulta que la decisión extintiva ha tenido como única causa represaliar al trabajador por el hecho de haber ejercido su derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que declara la nulidad del despido del trabajador, al amparo de lo que dispone el artículo 55.5 ET.

La sentencia no entra a resolver sobre la petición de indemnización, apoyada en una presunta lesión de derechos fundamentales, solicitada por el trabajador en cuantía de 150.000 euros. Argumenta la sentencia que de acuerdo con el art. 178.1 de la LRJS, el objeto del proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión, tratándose de una limitación del objeto litigioso que es consecuencia de la opción legislativa de establecer un proceso especial de tutela frente a la otra opción legislativa posible, siendo otra consecuencia del principio de cognición limitada la prohibición de acumular acciones de tutela de derechos fundamentales del art. 26.1 de la LRJS, de modo que esas acciones no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio.

3.- Disconformes con la referida sentencia, recurren en casación para la unificación de doctrina tanto el trabajador demandante como la empresa Viajes halcón, formulando cada uno de ellos un motivo de recurso, amparados ambos en el artículo 207.e) LRJS, denunciando infracción de normas jurídicas y



de la jurisprudencia. El recurso del trabajador ha sido impugnado por la empresa y el formulado por esta ha sido impugnado por el trabajador.

El Ministerio Fiscal informa en el sentido de considerar falta de contradicción en el recurso formulado por la empresa y de estimar la procedencia en el recurso formulado por el trabajador.

La Sala examinará, en primer lugar, el recurso de la empresa ya que, un eventual éxito del mismo condicionaría la respuesta del recurso del trabajador.

#### SEGUNDO.-

1.- El recurso de Viajes Halcón, tal como se anticipó, se centra en la garantía de indemnidad y el alcance que deba tener para el trabajador amparado por dicha garantía. La sentencia aportada de contraste es la dictada por el Tribunal Constitucional, de 10 de septiembre de 2015, Rec. Amparo 155/2013, que desestimó el recurso de tal clase que interponía una trabajadora a la que inicialmente la empresa le había comunicado la reducción de su jornada de trabajo y que, tras interponer una demanda de modificación sustancial de condiciones, alcanzó un acuerdo de conciliación con su empleadora. ocho días después de dicho acuerdo la empresa notificó a la trabajadora la extinción de su contrato, al amparo del art. 52.c) ET, por motivos económicos, en aras de garantizar la sostenibilidad de la empresa y su viabilidad de futuro. El alto tribunal subraya que la intención inicial de la empresa era reducir la jornada de trabajo de la recurrente en amparo por razones económicas, y que dicha pretensión de la empresa dio lugar a una contienda jurídica sobre intereses laborales, que derivó en la extinción contractual controvertida, que fue consecutiva en el tiempo, resultando de ese dato la conexión indiciaria entre los hechos previos (reducción de jornada por motivos económicos y acción judicial frente a ella) y la resolución sucesiva de la relación laboral, en la que se invocó idéntica causa económica. Así, la empresa alegaba la situación económica negativa descrita en la carta de despido, que efectivamente se consideró acreditada en sede judicial, tanto en instancia como en suplicación, dando lugar a que la Sala declarara el carácter procedente de la extinción del contrato por apreciar la concurrencia de la causa económica legalmente exigida para

justificar la decisión extintiva. La sentencia del TC concluyó que el limitado panorama indiciario aportado por la trabajadora había quedado desvirtuado porque la empresa logró acreditar que la extinción contractual resultaba ajena a todo móvil de represalia por el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, respondiendo la causa alegada a la causa real.

2.- A juicio de la Sala, coincidente con el del Ministerio Fiscal, no puede apreciarse contradicción entre las sentencias comparadas a los efectos pretendidos por la recurrente, porque en el caso de la sentencia recurrida se enjuiciaba un despido disciplinario y el actor denunciaba la vulneración de la garantía de indemnidad por haber presentado junto con otros compañeros de trabajo una denuncia frente a una compañera y frente a la empresa, respecto de la cual se solicitaba su responsabilidad subsidiaria. La sala entendió en aquel caso que frente al indicio razonable aportado por el trabajador, la empresa no había aportado prueba y ni siquiera alegato que permitiera concebir la inexistencia de lesión del derecho fundamental. En el caso de la referencial, sin embargo, se trataba de un despido objetivo precedido de una reducción horaria, basadas ambas medidas en un mismo motivo de carácter económico, considerando el Tribunal Constitucional que, según las sentencias que enjuiciaron el despido, la empresa había conseguido acreditar que la extinción contractual resultaba ajena a todo móvil de represalia, respondiendo la causa alegada a la causa real, lo que eliminaba el escaso panorama indiciario presentado por la trabajadora.

3.- La falta de contradicción es causa de inadmisión del recurso que, en este modelo procesal, se convierte en causa de desestimación por lo que, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, determina la desestimación del recurso formulado por la mercantil demandada, con pérdida de los depósitos y consignaciones efectuadas para recurrir, a las que se les dará el destino legal. Igualmente procede la condena en costas a la empresa recurrente en cuantía de 1.500 euros ( artículo 235 LRJS).

TERCERO.- 1.- El recurso del trabajador se centra en la necesidad de que se entre a conocer sobre la petición de indemnización reparatoria del daño moral una vez declarada la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales. La sentencia

aportada de contraste por el trabajador es la dictada por la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 25 de abril de 2017, R. Supl. 1142/2017. La referencial, revocó la dictada en la instancia -que había declarado la improcedencia del despido- y declaró a su vez la nulidad del despido por vulneración del derecho a la garantía de indemnidad, con las consecuencias inherentes, condenando a la empleadora a abonar una indemnización de 1.500 € en concepto de resarcimiento restitutorio de la vulneración del derecho fundamental. Respecto a la indemnización reclamada, la referencial argumenta que, con carácter general, es el órgano de instancia el que tiene competencia para fijar su cuantía, sin perjuicio de la revisión que corresponde al órgano de suplicación. considera igualmente la referencial que la reparación íntegra del daño comprende distintos aspectos materiales, como el daño económico y espirituales, como los daños morales en toda su extensión, por lo que procede establecer los distintos conceptos a indemnizar y su importe, según las concretas circunstancias del supuesto y la indemnización que hay que fijar en términos de racionalidad y proporcionalidad.

2.- Se cumplen las exigencias derivadas del artículo 219 LRJS en punto a la exigencia de igualdad sustancial en hechos, pretensiones y fundamentos de las sentencias comparadas que, sin embargo, llegan a resultados contradictorios. En efecto, en ambos casos se está postulando la declaración de nulidad de un despido alegando la vulneración de derechos fundamentales (garantía de indemnidad) y en ambos casos, también, se añade a la pretensión impugnatoria del despido una solicitud de condena por daños morales derivados de la vulneración del derecho fundamental. Sin embargo, los fallos de las sentencias comparadas son contradictorios. La sentencia recurrida considera que el objeto de enjuiciamiento debe quedar limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza, lo que supone la imposibilidad de pronunciarse sobre la indemnización pretendida. La sentencia de contraste, por el contrario, declaró la nulidad del despido de la demandante por vulneración de su garantía de indemnidad y condenó a la empresa a readmitir a la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir y, además, a abonar a ésta una indemnización de 1.500 euros en concepto de resarcimiento

por la vulneración de derecho fundamental.

#### CUARTO.-

1.- El trabajador recurrente denuncia infracción de los artículos 26.2, 178.1, 183.1, 2 y 3; y 184 LRJS, en relación a la jurisprudencia que cita. Así tras reiterar y transcribir, innecesariamente, el texto de los preceptos legales denunciados y parte de las sentencias de esta Sala cuya infracción invoca, entiende que la sentencia recurrida contiene doctrina errónea y que la buena doctrina se encuentra en la de contraste. A tal fin, argumenta que cuando en una demanda de despido se invoca la vulneración de un derecho fundamental, resulta obligatorio cumplir con las exigencias del proceso de tutela de derechos fundamentales y, especialmente, la que hace referencia a la indemnización por daños derivados de la vulneración del derecho fundamental, justificando que la indemnización pedida subsidiariamente está cuantificada en relación al salario anual pactado entre las partes y fijada en dos veces y media de su cuantía.

2.- La doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste. En efecto, la tutela judicial establecida en el artículo 53.2 CE presenta en el ordenamiento laboral una dualidad de cauces procesales: por un lado, la tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales a través del proceso laboral especial, que configura la modalidad procesal de los artículos 177 y ss. LRJS; y, por otro, la tutela de los derechos fundamentales en el marco de otras modalidades procesales a que se remite el artículo 184 LRL. Ya con la vigencia de la LPL podía entenderse que la remisión inexcusable que efectuaba el artículo 182 LPL a la modalidad procesal correspondiente se había de realizar aplicando el conjunto de especialidades recogidas en el proceso de tutela de la libertad sindical a todas y cada una de las modalidades a que se refería dicho artículo 182. En definitiva, el artículo 184 LPL no sólo no produce el efecto de privar a los procesos que en el mismo se concretan, cuando a través de ellos se actúe una pretensión de tutela de derechos fundamentales, de las garantías que presiden la tramitación del proceso de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito jurisdiccional laboral, sino que tiene, precisamente, la virtualidad de integrar tales especialidades en las modalidades procesales respectivas. De esta forma, cuando la lesión al

derecho fundamental se produce a través de una situación fáctica que determine que su tramitación procesal debe realizarse a través de cualquiera de las modalidades previstas en el artículo 184 LRJS, el cauce adecuado será el de la modalidad correspondiente allí enumerada, aplicando a la misma el conjunto de principios y garantías que informan el proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales.

Así, la STS de 12 de junio de 2001, Rcd. 3827/2000, expresamente admitió que, en el proceso de despido, cuando se alega violación de derechos fundamentales o libertades públicas, junto a la solicitud de nulidad del despido, pudiese solicitarse, enjuiciarse y, eventualmente, concederse una indemnización adicional específica reparadora de daños morales o materiales cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de tramitación. Pues bien, tras entrar en vigor la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, esta compatibilidad entre las consecuencias legales de un despido nulo y la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales

complementaria se admitió expresamente por la ley ( arts. 27.2 -27.4 tras la reforma de la Ley 13/2009- 180.1 y 182 de la LPL) y, en la actualidad, se recoge en el artículo 26.2 de la LRJS. De su lectura combinada con el artículo 184 de la LRJS se deduce que, cuando deban seguirse las modalidades procesales enumeradas en el artículo 184, será posible acumular las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas -es decir, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas- con las propias de la modalidad procesal respectiva.

**QUINTO.- 1.-** Por otro lado, como recientemente han recordado nuestras SSTs de 22 de febrero de 2022, Rcd. 4322/2019 y de 9 de marzo de 2022, Rcd. 2269/2019, la STS de 5 de octubre de 2017, Rcd. 2497/2015 contiene un resumen de la doctrina actual de la Sala en la materia, con cita de sentencias anteriores de la Sala en las que hemos dicho que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser



especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. Reiterando esa doctrina, la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la “inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, “diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio” de la aplicación de parámetros objetivos, pues “los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados “no tienen directa o secuencialmente una traducción económica” [ SSTS/1ª 27/07/06 Ar. 6548; y SSTS/4ª 28/02/08 -rec. 110/01-]” ( SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08-; y 11/06/12 -rcud 3336/11)”, de tal forma que “en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS se considera que la exigible identificación de “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada” ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada”.

2.- Igualmente, hemos afirmado que la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden para las infracciones producidas en el caso, ha sido ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional ( STC 247/2006, de 24 de julio), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS de 15 de febrero de 2012, Rcul. 6701; de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13; de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13; de 19 de diciembre de 2017, Rcul. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018; entre muchas otras). Con la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS, no estamos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental. De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida

LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente.

3.- Sin embargo, en multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por si mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia. Piénsese que, en estos momentos, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros, según el artículo 40 LISOS; y, al tiempo de producirse los hechos la horquilla de dichas sanciones estaba entre 6.251 euros y 187.515 euros. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización.

**SEXTO.- 1.-** La aplicación de los expuestos criterios al caso enjuiciado conduce a entender que la sentencia recurrida debió de haber estimado la pretensión de reconocer en favor del trabajador una indemnización por daños morales, por lo que, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos casar y anular en parte la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar en ese extremo el recurso de igual clase formulado por el demandante, y reconocer su derecho a la percepción de una indemnización en concepto de resarcimiento por los daños morales causados por la actuación empresarial vulneradora de

derechos fundamentales, en concreto, de su garantía de indemnidad, manteniendo el resto de la sentencia en todos sus pronunciamientos.

2.- En lo que a su cuantificación se refiere, la Sala opta, tal como hicimos en nuestras recientes SSTs de 22 de febrero de 2022, Rcu. 4322/2019 y de 9 de marzo de 2022, Rcu. 2269/2019, por fijar prudentemente dicha indemnización, y no por devolver las actuaciones a la Sala de procedencia para que allí se fijen, lo que retardaría notablemente la plena satisfacción del derecho fundamental vulnerado. Para ello, hay que partir del hecho de que el recurrente había venido solicitando una indemnización de 150.000 euros y, que en su recurso solicitó, de manera subsidiaria, la cantidad de 76.087,8 euros correspondiente a dos veces y media su retribución anual, que está en el marco de las sanciones por infracciones muy graves, de conformidad con el artículo 40 de la LISOS. Al respecto, la Sala, teniendo en cuenta la duración de la relación entre las partes (en torno a los 18 años), así como el resto de circunstancias del caso, especialmente el hecho de que se encontrara el trabajador una situación de Incapacidad Temporal cuyo origen estaba relacionado con los aspectos que, finalmente, dieron lugar a la violación de su derecho fundamental, estima adecuada la cantidad de 60.000 euros, que supone alrededor de dos anualidades de su salario y se sitúa en la franja media de las referidas sanciones del texto vigente de la LISOS y del que se encontraba en vigor al tiempo de producirse los hechos y que resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infligido al trabajador, a la vez que puede resultar disuasoria de futuras posibles conductas de ataque a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Sin que, respecto de este recurso del

trabajador, la Sala deba realizar ningún pronunciamiento sobre las costas ( artículo 235 LRJS).

### FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por Viajes Halcón SAU, representado y asistido por el letrado D. Rafael Tena Núñez.

2.- Estimar el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por D. Esteban, representado y asistido por el letrado D. Celestino Barros Pena.

3.- Casar y anular en parte la sentencia dictada el 5 de abril de 2019 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 425/2019.

4.- Resolver el debate en suplicación estimando en parte el de tal clase interpuesto por el trabajador D. Esteban, en el sentido de condenar a Viajes Halcón SAU, al pago de una indemnización por daños morales de 60.000 euros, dejando en sus términos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

5.- Decretar la pérdida del depósito y consignaciones efectuadas por Viajes Halcón SAU para recurrir.

6.- Condenar en costas a Viajes Halcón SAU en la cuantía de 1.500 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



**E**n nuestro recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 5 de abril de 2019 (Rec. 425/2019), invocamos como sentencia de contraste la dictada en la Sala de lo Social de TSJ de Cataluña de 25 de abril de 2017 (Rec.1142/2017), poniendo de manifiesto que la cuestión objeto del recurso era de tipo procesal, lo que facilita la difícil admisión a trámite.

Tanto en el caso de la sentencia de contraste como en la recurrida se trataba de trabajadores despedidos por causas disciplinarias, por bajo rendimiento, y en ambos casos la sentencia de instancia declaraba la improcedencia del despido, y recurridos en suplicación en el caso de la referencial acordaba tanto la nulidad por vulneración del derecho de indemnidad como la consiguiente indemnización por daño moral. En el caso de la recurrida se declaraba la nulidad del despido, pero se consideraba que no podía pronunciarse sobre la indemnización por cuanto la opción legislativa lo impedía,

“...a cuestión debatida: determinar si una sentencia que declara nulo el despido por vulneración del referido derecho fundamental, debe llevar aparejada, junto con los habituales pronunciamientos de todo despido nulo...”

Razonaba el TSJ de Galicia, Sala de lo Social, en su Sentencia de 5 Abril de 2019, Rec. 425/2019, Fundamento de Derecho Segundo: ““de acuerdo con el art. 178.1 de la LRJS , “el objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del citado derecho o libertad”

- En nuestro recurso invocamos la infracción de los artículos 26.2, 178.1, 183 1,2 y 4 y el art. 184 de la LRJS al resolver la cuestión debatida: **determinar si una sentencia que declara nulo el despido por vulneración del referido derecho fundamental, debe llevar aparejada, junto con los habituales pronunciamientos de todo despido nulo, esto es, readmisión y abono de los salarios dejados de percibir, la correspondiente indemnización por daños morales derivados de la vulneración del derecho fundamental.**

En el presente comentario analizaremos cuatro cuestiones: la procesal, la sustantiva, ...

1.-Cuestión procesal. Frente a la invocación de la cognición limitada la tutela de los derechos fundamentales exige que ésta sea íntegra, incluyendo la indemnización del daño moral irrogado.

Explica el Pleno que la tutela judicial establecida en el art. 53.2 de la Constitución presenta en el ordenamiento laboral una dualidad de cauces procesales: por un lado, la tutela de la

## COMENTARIO

libertad sindical y otros derechos fundamentales a través del proceso laboral especial, que configura la modalidad procesal de los artículos 177 y ss LRJS; por otro, la **tutela de los derechos fundamentales en el marco de otras modalidades procesales a que se remite el artículo 184 LRL**. Y expone que tal era la situación también existente en la anterior Ley de Procedimiento Laboral.

Estamos ante lo que podemos calificar del **carácter transversal e imperativo del respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, que como normas imperativas deben ser respetados en todo caso**.

La importancia de la defensa de los derechos fundamentales, piedra angular de nuestro Estado de Derecho, exige que su tutela recabe la mayor atención del Poder Judicial, y el propio artículo 53.2 CE impone los principios de preferencia y sumariedad -la sumariedad entendida en sentido impropio como rapidez ( Véase STC 81/1992, FJ 4)-.

La solución ofrecida por la sentencia recurrida era contraria a esos dos principios por cuanto venía a aplazar la solución que requería la reparación del daño causado a través de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la indemnidad, a un posterior procedimiento, con lo que se negaba tanto la preferencia como la sumariedad, que impone la Constitución de forma directa, contribuyendo de forma involuntaria a una denegación del derecho a la tutela judicial que cuando se refiere a derechos fundamentales exige una inmediata solución.

En su razonamiento el Pleno se retrotrae a los artículos 182 y 184 de la anterior Ley de Procedimiento Laboral y a la STSp de 12 de junio de 2001, RCU 3827/2000, que expresamente admitió la acumulación de ambas pretensiones de nulidad del despido y de indemnización adicional de los daños morales o materiales cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de tramitación.



Esto es, sea cual sea el cauce procedimental por el que se articule la pretensión de la declaración de nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, sus consecuencias son: una derivada de la legalidad ordinaria, la relativa a la readmisión y abono de los salarios de tramitación; y otra de índole constitucional, el deber de reparación del daño causado a medio de la violación del derecho fundamental.

Por lo tanto, la interpretación que la Sala de Suplicación efectuaba del principio de cognición limitada resulta contrario a la debida tutela de los derechos fundamentales y que nosotros consideramos que exige, siempre y en todo caso, tanto la declaración de nulidad la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de efectos; y el restablecimiento en el recurrente en la integridad de su derecho o libertad con adopción de las medidas apropiadas para, en su caso, su conservación tal y como se prevé en el art. 55 de la LOTC para cuando se estime el recurso de amparo.

“La importancia de la defensa de los derechos fundamentales, piedra angular de nuestro Estado de Derecho, exige que su tutela recabe la mayor atención del Poder Judicial, y el propio artículo 53.2 CE impone los principios de preferencia y sumariedad”



## COMENTARIO

Podría decirse que estas consecuencias de la Sentencia que estima el amparo son propias y exclusivas del Recurso de Amparo, que no pueden ser impuestas por los tribunales ordinarios, lo que entiendo resulta incongruente tanto con el sometimiento de los Juzgados y Tribunales a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico -ex art. 9.1 CE-, como del hecho de que

“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

A nuestro modesto entender, desde una óptica constitucional, resulta inaceptable que el contenido de la tutela que se pueda recabar de los juzgados y tribunales ordinarios sea inferior o distinta de la que pueda obtenerse del Tribunal Constitucional, cuya función radica no en dar una mayor protección a los derechos fundamentales, sino en ser el último garante en nuestro territorio de la defensa de esos derechos fundamentales y libertades públicas, y ello más aún si cabe tras la reforma que ha limitado extraordinariamente la admisión del recurso de amparo.

Así es, la tutela de los derechos fundamentales impone que lo que resulta materia de amparo constitucional el Tribunal Constitucional puede y debe ser exigido ante los Juzgado



y Tribunales ordinarios, no sólo porque lo imponga el art. 9.1 de la CE impone, sino también el art. 7 de la LOPJ que impone:

“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”.

2.-La importancia de la declaración de la necesidad de reconocimiento de los daños morales inherentes a la vulneración de los derechos fundamentales. ¿Resulta exigible el pronunciamiento de oficio por el Juzgado o Tribunal que aprecie la vulneración de los derechos fundamentales o libertades públicas?. ¿Se presume el daño?

El Pleno de la Sala, recordando las recientes Sentencias de 22.2.22 y de 9.3.22, reitera su doctrina actual en la materia y que no es otra que la que proclama que

**“LOS DAÑOS MORALES RESULTAN INDISOLUBLEMENTE UNIDOS A LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL Y AL SER ESPECIALMENTE DIFÍCIL SU ESTIMACIÓN DETALLADA, DEBEN FLEXIBILIZARSE LAS EXIGENCIAS NORMALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA**

“...De igual modo debería considerarse en materia de derechos fundamentales. Si la LISOS establece una multa a una empresa por vulneración de un derecho del trabajador, y el beneficiario de esa multa es la colectividad -a la que la infracción afecta de manera menos sensible, a través del riesgo genérico de la conducta peligrosa, o a través de las prestaciones que el Erario Público deba satisfacer como consecuencia de aquella infracción-;”

## INDEMNIZACIÓN”.

El carácter automático del resarcimiento del daño moral irrogado como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental es consecuencia directa de la efectividad de tales derechos fundamentales en los términos que exige también el art. 7 de la LOPJ. Se trata de normas de ius cogens cuya defensa no solo responde al interés de la víctima de la infracción sino de toda la sociedad, en cuanto representan el mínimo común denominador de dignidad que se reconoce a toda persona, y sobre el que se construye la paz social, en un Estado de derecho.

Si estamos conformes en que nuestro Estado de Derecho se fundamenta en la vigencia de los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos como tales en la Constitución, y en los tratados internacionales en los que España es parte, resulta también apreciable la consideración de ius cogens y con ello el deber de los Juzgados y Tribunales de articular la reparación de esas violaciones de los derechos fundamentales con los datos que obren en la causa para con ellos establecer una indemnización justa y equitativa, que al estar interesado el interés público que representa la paz social, debiera también incluir el carácter preventivo y punitivo.

La ausencia de baremos sobre daño moral sufrido, no debe ser obstáculo para que la jurisprudencia, caso a caso, vaya tejiendo una jurisprudencia que nos permita reconocer cuales son los elementos a tomar en consideración para la determinación de las cuantías indemnizatorias.

Como sabemos, el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico ex art. 9.1 de la Constitución se refuerza en el caso de los derechos fundamentales en el art. 53.1 de la Constitución:

## COMENTARIO

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”,

La Sentencia que comentamos, evidencia el reconocimiento de la aplicabilidad inmediata o directa de los derechos y libertades por parte de los poderes públicos.

3.- Los criterios orientadores en la cuantificación del daño. Fundamento de Derecho Quinto.

A los criterios orientadores en la cuantificación del daño se refiere tanto el Fundamento Jurídico Quinto.

La Sala menciona en primer término como criterio orientador el de “las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de infracciones y sanciones del orden para las infracciones producidas en el caso, ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional ( STC 247/2006, de 24 de julio), a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala (SSTS de 15 de febrero de 2012, Rjud. 6701; de 8 de julio de 2014, Rec. 282/13; de 2 de febrero de 2015, Rec. 279/13; de 19 de diciembre de 2017, Rjud. 624/2016 y de 13 de diciembre de 2018; entre muchas otras).”

En la Sentencia se parte de la razonabilidad del marco cuantitativo que establecen las sanciones de la LISOS. Dentro de ese ámbito deberá ser fijada la indemnización en atención a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental, pero también **al aspecto preventivo** que se reconoce también a la indemnización que debe establecerse.

En tal formulación evidenciamos las razones que fundamentan el recargo de prestaciones derivado de la infracción de medidas de seguridad, en los supuestos en que se considera la existencia de esas infracciones se establece una doble consecuencia: la multa que se impone en favor del Estado y la reparación de la víctima que ese articula a medio de la imposición al empresario que vulnera la norma de prevención de riesgos laborales de un recargo de las prestaciones que se hayan causado como consecuencia de esa infracción y que va del 30 al 50 por ciento de la prestación que se haya generado; sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que se hubiesen irrogado y las mejoras convencionales.

En la mayoría de los casos, ese recargo, sobre todo cuando da lugar a incapacidades permanentes, supone una cuantía mucho más elevada que la multa impuesta a la empresa. En estos supuestos no se considera que existe una posibilidad de que el trabajador se “enriquezca” a través del recargo, se trata de una compensación a mayores que tiene un carácter sin duda preventivo que viene a beneficiar a quién directa y especialmente sufre el incumplimiento de la norma que obliga a la empresa a dar seguridad a sus trabajadores y a evitar que sufran daños como consecuencia de las tareas encomendadas.

De igual modo debería considerarse en materia de derechos fundamentales. Si la LISOS establece una multa a una empresa por vulneración de un derecho del trabajador, y el beneficiario de esa multa es la colectividad -a la que la infracción afecta de manera menos sensible, a través del riesgo genérico de la conducta peligrosa, o a través de las prestaciones que el Erario Público deba satisfacer como consecuencia de aquella infracción-; cuando menos en igual medida debería cuantificarse el daño que se produce al trabajador que sufre personal y directamente las consecuencias del incumplimiento del empresario.

.La Sala toma en consideración el amplio margen en el que se establecen el mínimo y máximo de esas sanciones, y al efecto reflexiona que “el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto”. Son esas circunstancias del caso, las que deberán ser probadas para que sean estimadas en la debida medida, pues de no hacerse la Sala carecerá de los elementos necesarios con los que fundamentar la indemnización que se conceda, optando por el límite mínimo.

En ese sentido apunta alguno de los datos que resultaron alegados y probados por el recurrente: la antigüedad del trabajador en la empresa, por cuanto a mayor antigüedad ha de ser considerado mayor el agravio, habida cuenta de los deberes de lealtad que se deben a la empresa. La intensidad del quebrantamiento del derecho, pues no es lo mismo que el

derecho fundamental se haya violado en mayor o en menor medida, aunque una y otra supongan una vulneración que haya de llevar aparejada la reparación, el reconocimiento y la restitución.

También alude a las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador, como puede ser el padecimiento de una baja por trastorno mixto ansioso depresivo que evidencia una afectación no solo de la esfera laboral de la persona sino de las actividades de su vida diaria, de su relación con su entorno, su familia e hijos.

La referencia a la posibilidad de la reincidencia de conductas vulneradoras lleva a tomar en consideración el carácter preventivo de la indemnización, y debe tomarse en cuenta el tamaño de la empresa y la constancia de conductas reiteradas a las que la indemnización punitiva puede servir como instrumento eficaz.

El carácter pluriofensivo de la lesión, debe determinar también un incremento de la indemnización por aplicación del principio de proporcionalidad.

El contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido. Toda vez que en determinados contextos la violación puede ser considerada especialmente dañosa, como cuando se produce el despido de un trabajador por haber reclamado contra la empresa al tiempo que se despide a la esposa, cuando ambos habían sido padres de su segundo hijo, circunstancias éstas que se produjeron en el caso que dio lugar a la sentencia que comentamos.



## COMENTARIO

Entendemos que se trata de criterios a título ilustrativo -*numerus apertus*-, lo que permitirá atender a las circunstancias del caso para alcanzar en todo caso una solución equitativa.

#### 4.- Los criterios utilizados en la Sentencia para determinar la indemnización

Según consta en el Fundamento Jurídico Sexto:

Así resulta que la Sala toma en consideración las peticiones formuladas con carácter principal y subsidiario por el recurrente, establecida ésta última en función de los ingresos brutos anuales del trabajador cuyo derecho fundamental ha sido violado, y al que se refiere, al considerar que la indemnización fijada equivale a dos anualidades de su salario.

Toma en consideración también la antigüedad del trabajador en la empresa, 18 años, así como el hecho de que como consecuencia de los hechos el trabajador sufrió un daño evidenciado a medio de la incapacidad temporal que se relacionaba con los sufrimientos derivados del

“...La consideración de estos datos ofrece una indemnización que se sitúa en la franja media del ámbito de la sanción establecida en la LISOS, resultando la misma cuantía que esta parte solicitó en el proceso penal como responsabilidad civil de la empresa. .”

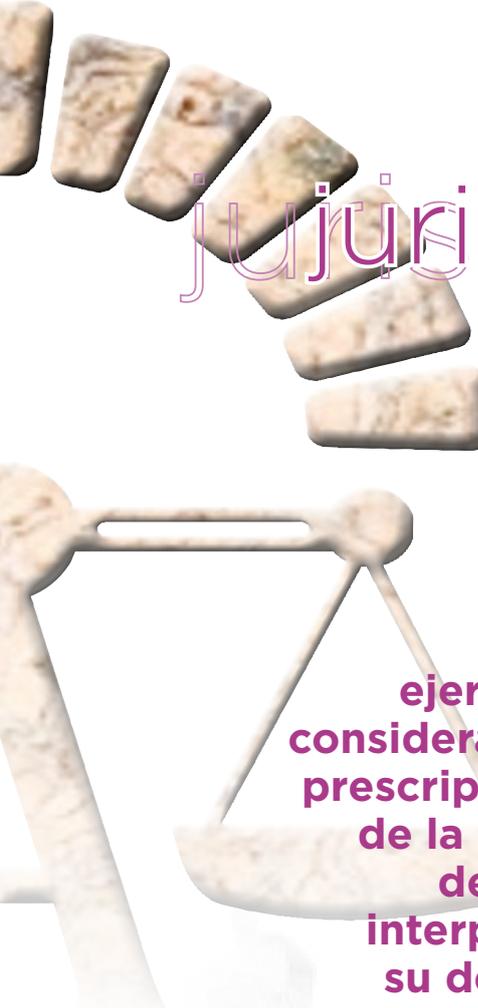
trato recibido por la empresa.

La consideración de estos datos ofrece una indemnización que se sitúa en la franja media del ámbito de la sanción establecida en la LISOS, resultando la misma cuantía que esta parte solicitó en el proceso penal como responsabilidad civil de la empresa.

La Sala refiere también que dicha cuantía “puede resultar disuasoria de futuras posibles conductas de ataque a los derechos fundamentales de los trabajadores”, lo que entendemos que debería ser puesto en relación con el tamaño de la empresa y su cifra de negocio, o establecer de algún modo un criterio de proporcionalidad que matice el carácter punitivo y preventivo de la indemnización.

En conclusión, la violación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral -realmente en todos las jurisdicciones- deberá llevar aparejada una indemnización que repare el daño moral sufrido y consustancial a la propia violación -*certus an*- y que deberá ser fijada tomando en consideración las cuantías mínima y máxima de las sanciones establecidas en la LISOS, considerando las circunstancias del caso de la vulneración y a la finalidad disuasoria de la indemnización -*incertus quanto*-.

Se trata por tanto de una sentencia que reclama el papel de la defensa de los derechos fundamentales como esenciales en la relación laboral que no puede ser entendida al margen de su plena vigencia, por su importancia capital para la vigencia efectiva del Estado social y democrático de Derecho; pues no existe derecho sin respeto a los derechos fundamentales de la persona que sigue siéndolo, también cuando es persona trabajadora.



# jurisprudencia

## Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

**Se declara prescrita la acción resarcitoria ejercitada frente a la conductora demandada, al considerar como día inicial del cómputo del plazo de prescripción, la fecha de notificación al demandante de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ que desestimó el recurso de suplicación que había interpuesto contra la sentencia desestimatoria de su demanda contra el INSS, pretendiendo que se declarase su incapacidad permanente absoluta o invalidez permanente total. La interrupción del plazo prescriptivo frente a la aseguradora mediante reclamación extrajudicial no extiende sus efectos a su asegurada. Se trata de acciones, derechos y obligaciones diferentes.**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)  
de 27 de abril de 2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. El 17 de mayo de 2009 se produjo un accidente de circulación en la localidad de Badalona al colisionar la motocicleta, con matrícula ....-MBD, pilotada por D. Jose Antonio, y el turismo, con matrícula ....-RJC, conducido por D.ª Aurelia y asegurado por la Cía. Zúrich.

2. A consecuencia de este accidente, el Sr. Jose Antonio sufrió lesiones que el INSS, por resolución de 10 de diciembre de 2010, consideró determinantes de incapacidad permanente total.

3. No estando de acuerdo con dicha calificación, el Sr. Jose Antonio promovió un proceso judicial en el que reclamaba el reconocimiento de la incapacidad permanente

absoluta al que puso fin una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictada el 25 de junio de 2013.

4. El Sr. Jose Antonio remitió a Zúrich burofaxes con efectos interruptivos de la prescripción en fechas 2 de mayo de 2013, 2 de mayo de 2014 y 29 de abril de 2015. Y el 20 de abril de 2016 presentó, en el servicio común de reparto de los juzgados de Badalona (sección civil), una demanda, fechada el 15 de abril de 2016, contra Zúrich Seguros y D.<sup>a</sup> Aurelia, que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Badalona en el que tuvo entrada el 22 de abril de 2016, de lo que dejó constancia la letrada de la Administración de Justicia por diligencia de ordenación de 2 de mayo de 2016.

En la demanda interpuesta, el Sr. Jose Antonio solicitó la condena solidaria de los demandados a pagarle la cantidad de 265 445,11 euros en concepto de indemnización por las lesiones y gastos médicos y análogos ocasionados a consecuencia del accidente.

5. Zúrich se allanó parcialmente a la demanda en la cantidad de 132 309,34 euros, de los que dijo ya haber pagado al actor 66 570.

Y la Sra. Aurelia se opuso, solicitando su desestimación al estar sujeta la acción ejercitada al plazo de prescripción de un año y haber transcurrido siete desde la fecha del accidente hasta la presentación de la demanda, no habiéndose producido ningún acto interruptivo de la prescripción frente a ella. Con carácter subsidiario, alegó pluspetición.

6. En la sentencia de primera instancia, la demanda se desestima frente a la Sra. Aurelia y se estima, parcialmente, frente a Zúrich, que es condenada a pagar al actor la suma de 161 746,72 euros (65 739,34 se declaran ya satisfechos), más los intereses del art. 20 LCS.

La absolución de la Sra. Aurelia se basa en la prescripción de la acción ejercitada. El juzgado, que se apoya en una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de junio de 2016, considera que no cabe entender interrumpida



la prescripción frente a ella por las reclamaciones dirigidas a Zúrich:

“[y]a que en la legislación de Cataluña no existe un precepto semejante al artículo 1.974 del código (sic) Civil, que permite que la interrupción de la prescripción perjudique a todos los deudores solidarios, por lo que este precepto no sería aplicable en Cataluña donde rige el régimen de prescripción del CCC y no del CC.”.

7. El actor interpuso recurso de apelación, en el que solicitaba la desestimación de la prescripción de la acción y la condena de la Sra. Aurelia de forma solidaria con Zúrich en la cantidad determinada por la sentencia de primera instancia.

En el recurso alegó: (i) que el plazo para el ejercicio de la acción era el de tres años del art. 121-21 d) del Código Civil de Cataluña; (ii) que dicho plazo debía empezar a contarse desde la notificación, el 4 de julio de 2013, de la sentencia dictada por la Sala de lo social del TSJ de Cataluña el 25 de junio de 2013 o, al menos, desde la fecha misma de la resolución; y (iii) que el art. 1974 CC sí resultaba aplicable, por lo que los burofaxes enviados a Zúrich interrumpiendo la prescripción también producían el efecto de interrumpirla frente a la Sra. Aurelia.

8. La sentencia de segunda instancia desestima el recurso de apelación, confirma la sentencia apelada e impone al apelante las costas del recurso.

La Audiencia dice que debe partir de tres premisas:

“1ª El plazo de prescripción en casos de accidentes de circulación será siempre de un año frente a la aseguradora aunque el accidente ocurra en Catalunya.

“[...]

“2ª La prescripción de la acción también será anual de la acción (sic) cuando la pretensión se dirige contra el causante del accidente o contra el propietario del vehículo.

“[...]

“3ª La obligación de resarcimiento que se establece legalmente para el asegurador y para el causante del daño es solidaria.

“[...].”.

Y a continuación, afirma:

“En definitiva, las tres premisas de las que debemos partir son las que se plasman parcialmente en la resolución dictada para absolver a la conductora y ese pronunciamiento se refuerza y por ello debe confirmarse con la presente doctrina jurisprudencial, puesto que, el accidente ocurrió el 17/05/2009, la estabilización lesional se produjo el 10/12/2010, y la demanda se interpuso el 02/05/2016. Fecha esta última en la que la conductora recibe la primera noticia de la reclamación del accidente ocurrido siete años antes. Los burofax (sic) se realizan a Zurich en abril de 2012 pero nada se comunica a la conductora.

“Por mucho que consideremos las fechas que alega -incorrectamente- la recurrente para el inicio del cómputo del plazo, incluida la última de ellas que se corresponde con una sentencia del TSJC Sala de lo Social (25/06/2013), el plazo anual para entablar la acción habría prescrito al haberse interpuesto demanda contra la Sra. Aurelia en mayo de 2016”.

9. El actor-apelante ha interpuesto recurso de casación con fundamento en un motivo único que ha sido admitido.

**SEGUNDO. Motivo del recurso. Alegaciones de la recurrida. Decisión de la sala**

Motivo del recurso

1. En el motivo único del recurso se denuncia la infracción de los arts. 1968.2 y 1969 CC y la vulneración de la doctrina jurisprudencial sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción, puesto que: “La sentencia recurrida se limita a señalar que el inicio del cómputo lo es desde la fecha de estabilización de la lesión, sin valorar ni argumentar el proceso laboral posterior que siguió el actor para determinar el grado de invalidez laboral y que ésta parte esgrimió como esencial para considerar que tras éste debía iniciarse el cómputo anual de la prescripción, como así sostiene la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que esta parte considera infringida ( STS de 11 de febrero de 2011, RC n.º 1418/2007; STS 632/2011, 20 de septiembre de 2011, RC n.º 792/2008; STS de 7 de octubre de 2009, RC n.º 1207/2005; STS 819/2012, de 9 de enero de 2013, RC n.º 1574/2009)”.

El recurrente sostiene: (i) que el inicio del cómputo del plazo de prescripción de un año lo marca la fecha de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña el 25 de

junio de 2013; (ii) que se formularon reclamaciones extrajudiciales a Zúrich el 2 de mayo de 2014 y el 29 de abril de 2015, cuyos efectos se extienden a la Sra. Aurelia, la otra responsable solidaria; (iii) y que, por lo tanto, habiendo tenido entrada la demanda en el órgano judicial el 22 de abril de 2016, la acción fue ejercitada dentro del plazo anual y, en consecuencia, no puede considerarse prescrita.

#### Alegaciones de la recurrida

2. La recurrida se ha opuesto al recurso tanto por causa de inadmisión como por razones de fondo.

Sobre la inadmisión del recurso alega, con carácter previo, que “[l]a Audiencia Provincial considera en su sentencia, confirmando el criterio de la sentencia de instancia, que al no haberse dirigido los burofax (sic) interruptivos de la prescripción contra mi representada sino únicamente contra la compañía aseguradora, Zúrich Seguros, la acción contra mi representada se encontraba ya prescrita en el momento de dirigir contra ella la demanda. Y ello independientemente de que se tome como referencia la fecha de la sentencia del TSJC Sala de lo Social (25/06/2013 ) para iniciar el cómputo de la prescripción”; y que, por lo tanto, “[l]os asuntos que aquí se plantean y que se someten al tribunal son obiter dicta, de modo que incluso una eventual estimación total del recurso no afectaría al fondo de la sentencia, ya que al no haberse comunicado nunca la interrupción de la prescripción a mi mandante, independientemente del momento en el que se iniciara la prescripción de la acción, y al ser pacífico que la acción prescribe por el transcurso de un año, (reconocido tácitamente por la demandante al enviar burofaxes anuales a efectos de interrumpir la prescripción), la acción se haya prescrita [...] dado que la actora no ha fundado su recurso en este extremo”.

En relación con el fondo del recurso, la recurrida alega que “[L]a única forma en la que tendría sentido discutir sobre el inicio del cómputo de la prescripción, como se pretende en el presente recurso, sería para el caso de que se considerara que la interrupción de la prescripción operada para la compañía aseguradora mediante el envío de los burofaxes remitidos por D. Jose Antonio (sic) puede extenderse para la otra codemandada, a saber, D<sup>a</sup> Aurelia”, pero “[t]anto la sentencia de instancia como la de apelación son claras y tajantes en este extremo [...]: los burofax que se envían para interrumpir la prescrip-

ción en abril de 2012 se dirigen a Zúrich Seguros, pero nada se comunica la conductora [...] y por tanto no puede entenderse que la interrupción de la prescripción le afecte también a ella [...] Y ello con independencia de la fecha de inicio del cómputo para la prescripción [...]”. Añade, insistiendo en esta idea, que “[p]or más que la demandante se empeñe en afirmar lo contrario, el tenor literal de la sentencia recurrida pone de manifiesto [...] que dicha extensión de los efectos de la prescripción NO (sic) se produce, y que esto es precisamente lo que hace que la acción se encuentre prescrita”, por lo tanto “[re]sulta evidente que la modificación de la sentencia recurrida en el extremo pretendido por la adversa no variaría en modo alguno el sentido del fallo, puesto que tal y como la propia sentencia recurrida indica, la prescripción de la acción respecto de mi representada se da con independencia del momento en el que se inicie el cómputo del plazo para la prescripción de la acción”.

#### Decisión de la sala

3. La causa de inadmisión se rechaza.

La alegación que la sustenta, que la interrupción de la prescripción frente a la aseguradora no perjudica a la asegurada, forma parte de la cuestión debatida y, por lo tanto, debe ser abordada y respondida al examinar y resolver el fondo del recurso, al que también se opone el recurrente esgrimiéndola.

4. El recurso se desestima.

4.1 Es cierto, que no cabe desconsiderar la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña el 25 de junio de 2013 de cara a la fijación del día inicial del cómputo del plazo de prescripción anual, ya que es doctrina jurisprudencial de esta sala (sentencias 23/2015, de 4 de febrero y 819/2012, de 9 de enero, así como las demás que estas citan):

“[q]ue si se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador o si el demandante no se hubiera conformado en su día con la resolución administrativa correspondiente sobre el grado de su incapacidad, el día inicial del plazo de prescripción es aquel en que se resuelva definitivamente la reclamación del perjudicado contra la decisión administrativa sobre el grado de su in-

capacidad, pues sólo entonces podrá detallar en su demanda civil el definitivo daño sufrido [...]”

Habiéndose fijado en la sentencia 621/2009, de 7 de octubre, que es una de las citadas por las otras dos que acabamos de mencionar, el día inicial del cómputo del plazo de prescripción en la fecha de notificación al demandante de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que desestimó el recurso de suplicación que había interpuesto contra la sentencia desestimatoria de su demanda contra el INSS pretendiendo que, mediante la revisión jurisdiccional de la resolución dictada por la Dirección Provincial del INSS por la que se declaró su incapacidad permanente total, se declarase su incapacidad permanente absoluta o invalidez permanente total.

Por lo tanto, el recurrente tiene razón cuando afirma que, en el presente caso, el inicio del cómputo del plazo de prescripción debe fijarse no el día 10 de diciembre de 2010, sino el día 25 de junio de 2013.

4.2 Aunque la fecha de la demanda, 15 de abril de 2016, no se puede confundir con la fecha de su presentación, que se produjo en el servicio común de reparto de los juzgados de Badalona (sección civil) el día 20 de abril de 2016, sí es cierto, tal y como afirma el recurrente, que su entrada en el juzgado de primera instancia n.º 5 de Badalona, procedente del mencionado servicio común, tuvo lugar el día 22 de abril de 2016.

La Audiencia sostiene que la demanda se interpuso el 2 de mayo de 2016, pero esa apreciación es jurídicamente incorrecta, dado que considera no la fecha de su presentación en el servicio común de reparto de los juzgados de Badalona, el 20 de abril de 2016, sino la fecha de la diligencia de ordenación que la letrada de la Administración de Justicia del juzgado al que fue turnada dictó para dejar constancia del día de su entrada en el órgano judicial, el 22 de abril de 2016, y dar inicio al trámite.

4.3 Fijado el inicio del cómputo del plazo de prescripción anual el 25 de junio de 2013 y teniendo en cuenta que la existencia de reclamaciones extrajudiciales a Zúrich con efectos interruptivos de la prescripción, a través de burofaxes enviados los días 2 de mayo de 2014 y 29 de abril de 2015, no ha sido controvertida, como quiera que la fecha

de presentación de la demanda no tuvo lugar el 2 de mayo de 2016, sino el 20 de abril de 2016, teniendo entrada en el juzgado de primera instancia n.º 5 de Badalona el día 22 de abril de 2016, todo se reduce a determinar si la interrupción de la prescripción frente a la mencionada entidad (la aseguradora) perjudica o no a la recurrida (la asegurada), pues caso de no hacerlo, la acción estaría prescrita, al haberse cumplido el plazo de un año para el ejercicio de la acción frente a ella el 25 de junio de 2014.

4.4 El recurrente da por sentado que la Audiencia, partiendo de la existencia de una obligación de resarcimiento solidaria entre la aseguradora y la asegurada, considera que la reclamación extrajudicial efectuada a la primera extiende sus efectos a la segunda, por lo que también frente a ella se habría interrumpido la prescripción.

Sin embargo, tal y como replica la recurrida, el tenor literal de la sentencia de segunda instancia pone de manifiesto que, para la Audiencia, la interrupción de la prescripción frente a la aseguradora no perjudica a la asegurada. Siendo igualmente cierto que es esa falta de interrupción frente a ella la que determina que, en su caso, y con independencia del resto de circunstancias, la acción esté prescrita.

4.5 Esa razón de la decisión es correcta.

En la sentencia del pleno de esta sala 503/2017, de 15 de septiembre, dijimos que no podía producir efectos interruptivos de la prescripción para el asegurado la reclamación extrajudicial dirigida exclusivamente frente a su aseguradora.

Y en la sentencia, también de pleno, 321/2019, de 5 de junio, realizamos, recordando los hitos más relevantes de la doctrina jurisprudencial sobre la acción directa, entre otras, las siguientes declaraciones: (i) que es una acción autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado; (ii) que implica un derecho propio, sustantivo y procesal, del perjudicado frente al asegurador; (iii) y que este derecho del tercero a exigir del asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño, lo que significa que el perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: la del asegurado

causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76 LCS).

Tratándose de acciones, derechos y obligaciones diferentes no hay razón para concluir que las reclamaciones extrajudiciales que se dirigen tan solo a la aseguradora con efectos interruptivos de la prescripción frente a ella, cuya responsabilidad es directa, deban producir los mismos efectos interruptivos también frente al asegurado.

### TERCERO .Costas y depósitos

Al desestimarse el recurso casación, procede imponer las costas generadas por dicho recurso al recurrente ( arts. 398.1 y 394.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para recurrir ( disposición adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 9.<sup>a</sup>, LOPJ).

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Jose Antonio contra la sentencia dictada por la Sección n.º 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona, con el núm. 568/2018, el 20 de diciembre de 2018 (recurso de apelación 338/2017-B).

2.º- Imponer al recurrente las costas de su recurso y ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

El Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez votó en sala pero no pudo firmar por tener concedida licencia, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. presidente de la Sala, D. Francisco Marín Castán ( art. 204.2 LEC).

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



**INSTITUTO NACIONAL DE LA  
SEGURIDAD SOCIAL**

Por **Jose Manuel Villar Calabuig**  
*Abogado*

Sentencia del Pleno de la Sala 1ª, que, como discusión principal, versa sobre el efecto de la interrupción de prescripción contra el asegurado cuando las reclamaciones fehacientes se han dirigido solo contra la aseguradora. Así, en el supuesto analizado, la sentencia de casación viene a confirmar que, en materia de responsabilidad civil, se encuentra prescrita la reclamación contra el asegurado cuando solo se ha interrumpido contra la aseguradora, habiendo transcurrido mas de un año desde el inicio del plazo prescriptivo, y ello en base a la reciente doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal.

Supuesto de hecho: Accidente de circulación con lesiones de motorista. No se llega a un acuerdo extrajudicial, derivado principalmente por el carácter impeditivo permanente de las secuelas y habiendo reconocido el INSS una Incapacidad Total, el lesionado plantea demanda contra el INSS, solicitando Incapacidad Absoluta, que le es desestimada en 2013. Se reclama a la aseguradora y se interrumpe prescripción, presentando demanda contra la aseguradora y su asegurada en 2016. La sentencia de primera instancia estima la demanda parcialmente contra la aseguradora y desestima contra la asegurada por no haber interrumpido la prescripción en esos tres años. Se recurre en apelación, siendo confirmada la de primera instancia.

(...) “... La fecha de inicio del plazo de prescripción sería el 25 de junio de 2013, fecha en la que se dicta sentencia desestimando la demanda administrativa, aunque la misma fuera desestimatoria (...)”

Aunque sin mayor trascendencia final, en la sentencia de primera instancia se fundamenta que no se puede entender interrumpida la prescripción contra la aseguradora con base en el Código Civil de Catalunya respecto al efecto de interrupción frente los distintos deudores solidarios: *«[y]a que en la legislación de Cataluña no existe un precepto semejante al artículo 1.974 del código (sic) Civil, que permite que la interrupción de la prescripción perjudique a todos los deudores solidarios, por lo que este precepto no sería aplicable en Cataluña donde rige el régimen de prescripción del CCC y no del CC.»*. En el recurso de apelación se alega que, siendo de aplicación la legislación de Cataluña, no estaría prescrito por no haber trascurrido los tres años previstos en dicho Código Civil. La Audiencia Provincial, correctamente en cuanto a la legislación, no así respecto al inicio del plazo, lo resuelve señalando: *“1ª El plazo de prescripción en casos de accidentes de circulación será siempre de un año frente a la aseguradora aunque el accidente ocurra en Catalunya. 2ª La prescripción de la acción también será anual de la acción (sic) cuando la pretensión se dirige contra el causante del accidente o contra el propietario del vehículo. 3ª La obligación de resarcimiento que se establece legalmente para el asegurador y para el causante del daño es solidaria.”*

## COMENTARIO

**Solución por el Tribunal Supremo respecto al inicio del plazo de prescripción:**

La Audiencia Provincial considera que el inicio del plazo de interrupción debió ser el 10/12/2010, fecha en que se considera estabilizado por resolución del INSS reconociendo la Incapacidad permanente Total, omitiendo el proceso posterior de demanda administrativa solicitando la incapacidad absoluta que le fue desestimada, y la fecha fin el 02/05/2016 que correspondía a la Diligencia de Ordenación dando inicio al trámite.

El Alto Tribunal, resuelve, pese a mantenerse la prescripción, dos situaciones debidamente analizadas:

1º La fecha de inicio del plazo de prescripción sería el 25 de junio de 2013, fecha en la que se dicta sentencia desestimando la demanda administrativa, aunque la misma fuera desestimatoria, y no la fecha de la primera resolución del INSS que fue la tomada por la AP.

2ª La fecha fin del plazo corresponde a la fecha de presentación de la demanda el 20 de abril de 2016, y no la fecha apreciada por la Audiencia Provincial del 2 de mayo de 2016.

“La falta de interrupción de la prescripción contra la asegurada determina que la acción está prescrita, y según el Alto Tribunal esa razón de la decisión es correcta.”



que era le fecha de la Diligencia de ordenación de la letrada de la Administración de Justicia para constancia del día de su entrada en el órgano judicial, 22 de abril de 2016, y dar inicio al trámite.

**Solución por el Tribunal Supremo sobre el efecto frente a la asegurada de la interrupción de prescripción contra la aseguradora:** La Audiencia Provincial, pese a las apreciaciones jurídicamente incorrectas de los dos puntos anteriores, mantiene que la falta de interrupción de la prescripción contra la asegurada determina que la acción está prescrita, y según el Alto Tribunal esa razón de la decisión es correcta.

No encontramos un gran desarrollo sobre esta decisión, limitándose prácticamente a resumir las dos sentencias previas sobre supuestos similares. La Sentencia (del pleno) 503/2017 de 15 de septiembre, que ya determinaba *“que no podía producir efectos interruptivos de la prescripción para el asegurado la reclamación extrajudicial dirigida exclusivamente frente a su aseguradora”*, y la Sentencia (del pleno) 321/2019 de 5 de junio, en la que se revisa la acción directa contra la aseguradora, como base para diferenciar ambas reclamaciones (aseguradora vs asegurado) y en la que se determina que se trata de acciones, derechos y obligaciones diferentes.

Los hitos mas relevantes sobre la doctrina jurisprudencial de la acción directa los resume en:

- Que es una acción autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado.
- Que implica un derecho propio, sustantivo y procesal, del perjudicado frente al asegurador.



- Que este derecho del tercero a exigir del asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño, lo que significa que el perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76 LCS).

Pese a la “contundencia”, por el efecto de sus resoluciones, del criterio doctrinal del Tribunal Supremo sobre la falta de solidaridad al tratarse de acciones distintas, la doctrina científica, como ya hemos visto en distintos artículos, no comparte este criterio y sobre todo su efecto. No entendemos dentro del seguro obligatorio que pueda haber dos fallos distintos, como si puede pasar en otros tipos de seguros donde el límite asegurado es menor que la cuantía reclamada, como tampoco entendemos muy bien que en un caso como el enjuiciado se dirigiera la acción contra el asegurado cuando era una discusión sobre la cuantía, no sobre la cobertura. Igual lo razonable era haber formulado demanda solo contra la aseguradora, por acción directa, ya que la aseguradora había abonado parte de la indemnización y parece que la discusión se centraba solo en la valoración de los daños y perjuicios.



**ZURICH**<sup>®</sup>  
**Seguros**



# jurisprudencia

## Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

**La interposición de una diligencia preliminar para la obtención de la historia clínica no constituye una acción idónea a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la actuación sanitaria, al igual que tampoco lo es la presentación de un escrito limitado a comunicar la intención de interrumpir la prescripción al amparo del artículo 1.973 del CC, por no constituir la acción idónea para ello.**

---

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª)  
de 30 de junio de 2022  
Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

PRIMERO.- La cuestión litigiosa, la sentencia de primera instancia y la sentencia dictada en apelación.

A) La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla (Sección de refuerzo) dictó sentencia en fecha 15 de abril de 2021 confirmatoria en apelación (núm. 489/20) de la de 5 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz, que había estimado el procedimiento ordinario núm. 473/18, deducido por D<sup>a</sup>. Remedios, frente a la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida al Servicio Andaluz de Salud, por anormal funcionamiento del servicio público sanitario. Y se fija una indemnización a favor de la recurrente de 80.50,93 euros con los intereses legales correspondientes.

La única cuestión que se suscita, en lo que atañe al presente recurso de casación, es la posible eficacia interruptiva de la prescripción de determinadas actuaciones que luego recogemos. En todo caso prescindiremos de las consideraciones que se hacen sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y nos ceñiremos a la invocada prescripción y, más propiamente, a la posible interrupción del plazo de prescripción por determinadas actuaciones.

B) La sentencia del Juzgado razona:

“QUINTO.- Antes de entrar en el fondo del asunto habrá que estudiar la solicitud de prescripción presentada por la parte recurrente. Entiende la administración demandada que resulta claro que en el presente supuesto el alcance de las secuelas está determinado cuando se produce la evisceración del ojo derecho de la demandante, en este caso el 24 de febrero de 2016, por lo que el momento de la interposición de la reclamación, el 21 de diciembre de 2017 había transcurrido con creces el plazo legalmente establecido.

En el presente caso se presenta por la parte recurrente escrito el 22 de diciembre de 2016 en el cual expresamente solicita que tenga por interrumpido el plazo de prescripción.

Sobre la interrupción de la prescripción se pronuncia la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando dice “Tiene sentado la sala (sentencia 972/2011, de 10 de enero) que “Para que opere la interrupción de la. prescripción, es preciso que la voluntad, se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización ( SSTS 13 de octubre de 1994, rec. n.º 2177/1991, 27 de septiembre de 2005, rec. n.º 433/1999, 12 de noviembre de 2007, rec. n.º 2059/2000, 6 de mayo de 2010, rec. n.º 1020/2005), y su acreditación es carga de quien lo alega””.

En el presente caso se considera que el escrito presentado el 22 de diciembre de 2016 reúne todos los requisitos exigibles por cuanto manifiesta de una manera clara su intención,

de reclamar y por lo tanto no se realiza una dejación del derecho que supondría la sanción que supone la prescripción, ante lo cual hay que rechazar lo manifestado por la administración demandada en este punto.”.

Y rechaza que haya prescrito el plazo para reclamar a la Administración sanitaria.

C) Por su parte, la sentencia de apelación argumenta:

“SEGUNDO.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Primero debemos pronunciarnos acerca de si la estimación del recurso responde a una errónea apreciación por la sentencia del régimen legal de la prescripción, con vulneración del artículo 67 de la --- vigente al tiempo de formularse reclamación --- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas conforme al cual “Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación



o la determinación del alcance de las secuelas”.

El SAS discrepa de que la sentencia haya otorgado eficacia para interrumpir la prescripción al escrito presentado por la actora en fecha 22 de diciembre de 2016, pues de no ser así, y teniendo en cuenta que con la evisceración del ojo (fecha de la intervención: 24 de febrero de 2016) pudo concretarse el alcance definitivo de las secuelas, “dies a quo” para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del servicio público sanitario, es claro que el día en que se formula nuevo escrito de reclamación, en fecha 21 de diciembre de 2017, la acción estaría perjudicada por la prescripción del plazo de un año.

Lo que defiende el SAS es la improcedencia de entender interrumpida la prescripción por un escrito de reclamación que sedicentemente se presentó el 22 de diciembre de 2016 ad cautelam, es decir, al servicio de la intención de interrumpir la prescripción comenzada a ganarse, manifestando la reclamante que obraba de esta manera por no disponer en tal fecha de su historia clínica necesaria para elaborar el dictamen en que pensaba apoyar su reclamación, la cual tuvo que ser requerida del propio SAS en diligencias preliminares ante el orden jurisdiccional civil, por más señas, demandando la entrega al Juzgado de Primera Instancia de Puerto Real.

En la fecha de esta primera reclamación, las diligencias ante el Juez civil se encontraban tramitándose bajo número 664/2016, y con posterioridad, la segunda petición de incoación de expediente de responsabilidad patrimonial acompañó un dictamen suscrito por un médico especialista en Medicina Legal y Forense, sobre la base de la historia clínica finalmente obtenida.

El Tribunal se muestra conforme con la sentencia recurrida, y ello en base a las siguientes consideraciones:

1º es cierto que la Sala Tercera, del Tribunal Supremo, en sentencia de dieciséis de diciembre de dos mil once (ROJ: STS 8829/2011) ha negado que las diligencias preliminares tengan la eficacia necesaria para interrumpir la prescripción en curso, sobre la base del siguiente razonamiento que se transcribe: “Por otro lado, la diligencia preliminar para la obtención de la historia clínica constituye una actuación civil encaminada a la exigencia de responsabilidad en dicho orden, en cuyo ámbito pueda resultar adecuada para la pretensión a ejercitar en demanda conforme la naturaleza del procedimiento jurisdiccional civil, que se inicia con demanda en la que se debe identificar a los demandados y de manera acabada narrar los hechos, los fundamentos de derecho y la concreta petición que se deduce, mas carece de necesidad en lo que nos ocupa, donde la reclamación del interesado se inicia mediante



instancia en la que procede especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre estas y el funcionamiento del servicio público y la evaluación económica de la responsabilidad si fuera posible”, sin embargo, esta claridad de pronunciamiento dista de ser tan rotunda como aparenta.

2º no puede perderse de vista, en efecto, que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha puesto el acento en el momento subjetivo del conocimiento del injusto sufrido, siendo autora de una línea jurisprudencial que al configurar las condiciones de ejercicio de la “actio nata”, conforme al cual el cómputo del plazo para ejercitar la acción solo puede comenzar cuando ello es posible, entiende que esto sucede cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir el daño y la comprobación de su ilegitimidad, criterio recordado por las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2000 ( STS 3640/2000), 6 de julio de 1999 (ED1999/18497), con expresa cita de otras, sentencias 21 de enero de 1991, 5 de abril de 1989 y 19 de septiembre de 1989.

3º de ahí que más que de jurisprudencia consolidada resulte más exacto hablar de criterios del Alto Tribunal que no resultan enteramente compatibles entre sí, o más bien al contrario, lo que permite a esta Sala resolver acudiendo a aquel con el que se muestra más conforme, según su propio y personal entendimiento de en qué consiste la interrupción de la prescripción de la acción de reclamación de daños personales.

4º en líneas generales resulta difícil que un paciente reclame la responsabilidad de la organización sanitaria sin haber aclarado si la lesión sufrida es injusta, en el sentido de que no tiene el deber de soportarla, por no responder al infortunio azaroso de la práctica médica sino a los fallos de la atención recibida o al error humano; igualmente resulta difícil que el paciente conozca la ilegitimidad del daño sufrido si no tiene acceso a la historia que documenta las actuaciones clínicas seguidas con su persona, pues una cosa es que el procedimiento administrativo de reclamación de responsabilidad patrimonial comporte una instrucción y otra distinta que tenga que acudirse al mismo sin poder ejercer en condiciones óptimas el derecho de defensa, para lo cual puede ser extremadamente útil y en ocasiones indispensable que el paciente que siente agraviado tenga acceso a la documentación clínica. Recordemos que el derecho de acceso a la historia clínica se regula

en el artículo 18 de Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica en estos términos “El paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos” y es claro que la denegación de este derecho puede quebrantar el derecho de defensa de un reclamante. Por lo expuesto, procede desestimar el primer motivo de impugnación de la sentencia apelada, al entender que ha aplicado razonablemente el régimen legal de la prescripción.”.

Y confirma el rechazo de la prescripción del plazo para reclamar.

D) La sentencia ahora recurrida -como la de primera instancia- parte de los siguientes datos cronológicos: el 24 de febrero de 2016 se produjo la evisceración del ojo derecho, causa de la reclamación; el 22 de diciembre de 2016 se presenta escrito poniendo de manifiesto su intención de reclamar y solicitando se interrumpa el plazo de prescripción al haber presentado (septiembre de 2016) en el Juzgado Civil diligencias preliminares en reclamación de la historia clínica, y el 21 de diciembre de 2017 se formaliza la reclamación de responsabilidad patrimonial.

En síntesis de la transcripción íntegra que hemos hecho del fundamento jurídico correspondiente, la Sala “a quo” no desconoce la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011 (recurso de casación núm. 2599/2007) que negó virtualidad, para interrumpir la prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial, a la presentación de una diligencia preliminar en un Juzgado Civil para la obtención de la historia clínica, por las razones que allí se expresan -apartado 1º del fundamento de derecho segundo transcrito-. Sin embargo (apartado 2º del mismo fundamento de derecho), entiende que no puede perderse de vista la línea jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo -citando diversas sentencias de dicha Sala- autora de una línea jurisprudencial que al configurar las condiciones de ejercicio de la “actio nata”, considera que el “dies a quo” del cómputo del plazo para ejercitar la acción solo puede comenzar cuando ello sea posible, lo que sucede cuando se unen los “dos elementos del concepto de lesión, es decir el daño y la

comprobación de su ilegitimidad”, afirmando “que más que de jurisprudencia consolidada resulte más exacto hablar de criterios del Alto Tribunal que no resultan enteramente compatibles entre sí, o más bien al contrario, lo que permite a esta Sala resolver acudiendo a aquél con el que se muestra más conforme, según su propio y personal entendimiento de en qué consiste la interrupción de la prescripción de la acción de reclamación de daños personales”.

**SEGUNDO.- La preparación y admisión del recurso de casación. La cuestión que presenta interés casacional.**

#### A) La preparación del recurso de casación.

La Letrada de la Administración sanitaria, en representación del Servicio Andaluz de Salud, ha preparado recurso de casación, en el que alega la infracción del artículo 67 de la Ley 39/2015 y del artículo 1973 del Código Civil, así como la jurisprudencia de esta Sala Tercera sobre las acciones idóneas para interrumpir la prescripción en el caso de reclamaciones patrimoniales ante la Administración, citando, al efecto, las sentencias de 16 de diciembre de 2011 (recurso de casación núm. 2599/2007), 21 de marzo de 2000 (recurso de casación núm. 427/1996) y 2 de marzo de 2011 (recurso de casación núm. 1860/2009).

Identifica, como supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia el apartamiento deliberado de la jurisprudencia existente, respecto de la referida sentencia de 16 de diciembre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 2599/2007, al negar que se trate de “jurisprudencia consolidada”, considerando que son solo criterios del Alto Tribunal que permiten a la Sala aplicar aquél con el que se muestra más conforme, lo que la lleva a no aplicarla deliberadamente; y los diversos criterios que, en orden a la expresada doctrina sobre las acciones idóneas para interrumpir la prescripción de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial, mantiene la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía respecto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Cita, al efecto, como representativas del criterio jurisprudencial, además de la ya antedicha sentencia de 16 de diciembre de 2011 (recurso de casación núm. 2599/2007), las otras dos también antes mencionadas, siendo preciso, a su juicio, la aclaración y reforzamiento, por este Tribunal

Supremo, de la posibilidad de que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial, con ocasión de un daño derivado de la asistencia sanitaria, pueda verse interrumpido por la presentación de una diligencia preliminar ante la jurisdicción civil, a fin de obtener la historia clínica del interesado, en los términos del artículo 1973 del Código Civil.

#### B) La admisión del recurso de casación.

La Sección de admisión considera que la parte recurrente ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, de la concurrencia del supuesto de interés casacional invocado, justificada la existencia de un apartamiento deliberado, consciente y expreso, por parte de la sentencia recurrida, de la jurisprudencia existente de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo. Así, pese a que la sentencia conoce y hace cita expresa, en su fundamento jurídico segundo, de la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 2011 (recurso de casación núm. 2599/2007) -resolución que, a su entendimiento, niega que “las diligencias preliminares tengan la eficacia necesaria para interrumpir la prescripción en curso”-; se aparta conscientemente de la misma al indicar que “esta claridad de pronunciamiento dista de ser tan rotunda como aparenta”, y ello a la vista de la línea jurisprudencial trazada por la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre “las condiciones de ejercicio de la actio nata”.

#### C) La cuestión que presenta interés casacional.

El auto de 25 de noviembre de 2021 admite a trámite el recurso de casación y precisa que la cuestión sobre la que se entiende existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la interposición de una diligencia preliminar en un Juzgado Civil para la obtención de la historia clínica constituye una acción idónea para interrumpir el plazo de prescripción del derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la actuación sanitaria.

Identifica como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación, el artículo 67 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 1973 del Código Civil.



**TERCERO.- Examen del recurso: planteamiento y precedentes de la Sala.**

A) Entiende la Administración recurrente que la sentencia recurrida infringe el artículo 67 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y el artículo 1.973 del Código Civil, y la jurisprudencia de la Sala Tercera que interpretando tales normas se pronuncia sobre las acciones idóneas para interrumpir la prescripción en el caso de reclamaciones patrimoniales ante la Administración Pública.

El citado artículo 67 de la Ley 39/2015, que coincide con lo previsto en su momento por el artículo 142.5 de la derogada Ley 30/1992, establece que el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial prescribirá “al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el presente supuesto se identifica el concreto momento de “determinación del alcance de las secuelas”, que tiene lugar cuando se produce la evisceración del ojo derecho de la demandante, en este caso el 24 de febrero de 2016, por lo que en el momento

de la interposición de la reclamación, el 21 de diciembre de 2017, había transcurrido con creces el plazo legalmente establecido.

La tesis de la sentencia recurrida, que asume en este punto lo decidido al respecto por el juzgador de instancia, consiste en considerar que el citado plazo de prescripción de un año había sido interrumpido por aplicación de lo establecido en el artículo 1.973 del Código Civil, según el cual “la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”. Y concretamente, entiende la Sala que el escrito que presenta la parte actora mediante burofax el 22 de diciembre de 2016 constituye herramienta válida a los efectos de producir la interrupción de la prescripción. Por su parte, la Administración entiende que con esta interpretación se vulnera el precepto citado, ya que el citado escrito no puede incardinarse dentro de ninguno de los supuestos contemplados por la norma civil: no constituye ejercicio alguno de acción ante los tribunales, y tampoco se trata de una reclamación extrajudicial al acreedor. En el escrito de 22 de diciembre de 2016 la parte se limitaba a manifestar su deseo de interrumpir la prescripción, como si dicha interrupción dependiera exclusivamente de la exteriorización de la voluntad del interesado. Esta posibilidad

no aparece stricto sensu prevista en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto el artículo 1.973 del Código Civil configura legalmente los únicos supuestos en que esta figura puede operar.

B) Esta Sala se ha pronunciado sobre los efectos que en materia de responsabilidad patrimonial de la administración pública puede tener un escrito del interesado que se limita a manifestar su voluntad de interrumpir la prescripción, sin ir acompañado de las acciones previstas en el citado artículo 1.973 del Código Civil. Así, en un caso similar al presente la STS (Sección Cuarta), de 2 de marzo de 2011 (recurso de casación núm. 1860/2009), en su fundamento jurídico quinto, indica:

“ QUINTO.- Y en lo que se refiere al primero de los motivos que se ampara en el apartado d) del nº 1 del Art. 88 de la Ley de la Jurisdicción el mismo considera que la sentencia infringió “el artículo 1973 CC en relación con el artículo 142.5 de la Ley 30/92 y jurisprudencia que los interpreta y que cita. Según el motivo la Sala de Instancia al declarar que la reclamación se produjo cuando la acción estaba prescrita no ha tomado en consideración ni aplicado la interrupción de la prescripción que se produjo con la reclamación efectuada mediante burofax el 15-11-02, por lo que la actora disponía de un nuevo periodo de un año para interponer la reclamación que fue lo que hizo”.

La defensa de la Administración de igual modo opone al motivo primero que debe ser desestimado ya que la sentencia “no contiene ningún pronunciamiento que implícita o explícitamente inaplique las previsiones del artículo 1973 del Código Civil, es decir, ninguna decisión con la que niegue que el plazo de prescripción que aquí nos importa no pueda quedar interrumpido por cualquiera de las causas que reseña tal precepto.

Lo que hace es, ante todo, razonar en términos de alternativa, entre dos hipótesis diferentes y a partir de esa alternativa y presuponiendo la vigencia y aplicación del precepto que se dice vulnerado, esto es, justamente lo contrario de lo que se afirma por la parte recurrente, analizar si en el presente asunto el plazo de un año que fija la Ley quedó interrumpido mediante la comunicación que por burofax remitió a la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

El hecho de que ponga en duda o de que no tenga indubitadamente por cierto que

la tal comunicación era una reclamación de responsabilidad patrimonial “en toda regla” en nada altera esa circunstancia ni desvirtúa el hecho de que la sentencia no dude ni del sentido ni de la posible aplicabilidad al caso del art. 1973 del Código Civil”.

Tampoco este motivo puede prosperar. La invocación del Art. 1973 del Código Civil es superflua y carece de virtualidad en este proceso porque la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es exigible exclusivamente de acuerdo con la Ley 30/1992, que regula tanto sus aspectos sustantivos como procesales, en el título X, capítulo primero, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En relación con la prescripción de la acción el Art. 142.5 de la Ley citada dispone que “en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”. Así lo expresa la Ley de modo categórico cuando dice que el derecho a reclamar prescribe al año, y no es susceptible de interrupción. Únicamente se producirá esa circunstancia si la reclamación se presenta ante órgano incompetente o como expresó la sentencia de esta Sala Tercera Sección Cuarta de veintiuno de marzo de dos mil, recurso 427/2006, en virtud de cualquier “reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello”.

En consecuencia el burofax enviado a la Administración Portuaria no interrumpió la prescripción del plazo de un año para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial sino que como entendió la Administración era ejercicio de esa acción. De ahí que al estimar la misma Administración que no cumplía los requisitos del Art. 70 de la Ley 30/1992 requiriese a la demandante a los efectos del Art. 71 otorgándole el plazo oportuno para ello, y tras transcurrir el mismo, y presentarse la documentación requerida fuera de plazo se dictase la resolución de archivo que quedó firme. En consecuencia cuando prácticamente un año después se presentó de nuevo un escrito ejercitando la acción, la Administración respondió declarando la misma inadmisibles por extemporánea, como no podía ser de otro modo.

Y es que el burofax no podía entenderse de otra forma más que como lo hizo la Autoridad Portuaria como el ejercicio de la acción de responsabilidad que es lo que era, y no como un acto de interrupción de la prescripción como una reclamación extrajudicial del deudor como creemos que implícitamente lo consideraba la recurrente acogiendo al Art. 1973 del Código Civil cuya inaplicación ya hemos expuesto.”.

A juicio de la Administración ahora recurrente, la sentencia estudia un supuesto casi idéntico al presente: el interesado había remitido a la Administración un burofax en el que se limitaba a indicar, citando el artículo 1.973 del Código Civil, que con la mera presentación de dicho escrito, interrumpía el plazo de prescripción para reclamar en vía administrativa por daños derivados de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En ambos casos la Administración interpretó que el citado escrito constituía el inicio de dicho procedimiento en vía administrativa, y en consecuencia inició el mismo. En el caso ahora recurrido, el representante de la parte actora, ante tal forma de actuar de la Administración, expresamente señaló que no pretendía con su escrito presentar una reclamación en vía administrativa, solicitando la anulación del inicio del expediente, y señalando que el escrito pretendía, únicamente, “interrumpir, ad cautelam cualquier tipo de plazo de prescripción legalmente establecido en orden a ejercitar las acciones que, legalmente, correspondieran a su derecho”. En base a ello, se dictó la resolución de finalización del procedimiento iniciado, por desistimiento de la actora, de fecha 26 de abril de 2017, que devino firme al no ser recurrida por dicha parte. Posteriormente, el 21 de diciembre de 2017, interpuso reclamación en vía administrativa, frente a cuya desestimación por silencio se interpuso la demanda y que ha dado origen a las presentes actuaciones.

Paralelamente a la presentación del burofax de 22 de diciembre de 2016, la parte actora había presentado ante la jurisdicción civil una solicitud de diligencias preliminares, en septiembre de 2016, con la finalidad de obtener la historia clínica de la interesada. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sostiene para admitir la interrupción de la prescripción, que la presentación de esta acción civil constituye un elemento necesario para conocer el alcance fáctico y jurídico a los efectos de la interposición de la eventual reclamación en vía administrativa. Con esta interpretación, la sentencia recurrida pretende aplicar la jurisprudencia que cita de

la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la cuestión de la “actio nata”, considerando que la misma resulta contradictoria con los pronunciamientos del mismo Tribunal Supremo, pero de la Sala Tercera. Sin embargo, no existe realmente la contradicción pretendida, sino un apartamiento expreso de la interpretación que de los mismos viene haciendo la Sala Tercera específicamente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

C) La Administración se ha venido apoyando en la STS (Sección 6ª) de 21 de marzo de 2000 (recurso de casación núm. 427/1996), que sobre las concretas acciones que pueden determinar la interrupción del plazo de prescripción de un año para reclamar en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, al margen de la pendencia de un proceso penal, admite, exclusivamente, “la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980).”.

D) A la hora de estudiar qué acciones pueden considerarse “idóneas” a los efectos interruptivos de la prescripción, se pronuncia expresamente la STS (Sección 4ª) de 16 de diciembre de 2011 (recurso de casación núm. 2599/2007) y en cuyo fundamento de derecho tercero señala:

“TERCERO.- Atendiendo a lo anterior no es posible tomar en consideración los argumentos que contiene el motivo, en el sentido de que el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial no se pudo ejercitar frente a la Administración sino a partir de que obtuvo la documentación de la historia clínica del paciente.

En lo que nos ocupa, la sentencia impugnada aprecia, y no se cuestiona, que se conoce el alcance y determinación del evento dañoso desde la fecha en que se reconoció la gran invalidez del paciente como consecuencia de las secuelas que se atribuyen a la asistencia médica, como que en mayo de aquel mismo año 2002 se emite informe por el médico Dr. Serafin, reiterando otro anterior de marzo, y que constata que D. Luis Pablo padece una encefalitis herpética en fase de secuelas graves, esto es, el daño que sustenta la reclamación quedó determinado en aquel momento, pues desde entonces pudieron los reclamantes conocer, en sus dimensiones fáctica y jurídica,



por la Administración. Pero lo cierto es que -como señala la Administración recurrente- esto se basa exclusivamente en una manifestación del Tribunal apoyada exclusivamente en las alegaciones de la parte actora con ocasión de la oposición al recurso de apelación, por cuanto esa pretendida denegación de la historia clínica no existió nunca, ni siquiera una eventual petición de la misma por la interesada consta en el expediente, ni ha sido objeto de prueba, siendo que la Sala asume como ciertas las manifestaciones realizadas al respecto por el representante de la parte demandante con ocasión de la oposición al recurso de apelación, pero sin ningún apoyo probatorio.

El acceso a la historia clínica por el interesado es un derecho reconocido en el artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y resulta de fácil ejercicio por cualquier interesado, con la mera presentación de una solicitud al respecto, ante cualquier registro oficial o bien de manera telemática, nada de lo cual se ha intentado siquiera en este caso, como afirma y nadie desmiente, la Administración sanitaria. Dicha Administración recurrente dice, a título puramente ilustrativo, que puede consultarse la información que sobre acceso a la historia clínica consta en la web del Servicio Andaluz de Salud y accesible para la interesada. Por contra, la presentación de una diligencia preliminar ante la jurisdicción civil por el representante de la interesada cuando ya han transcurrido seis meses del plazo de prescripción, en lugar de presentar directamente una solicitud al respecto por cualquiera de los cauces puestos a disposición de la interesada por el propio Servicio Andaluz de Salud, constituye más una herramienta para intentar interrumpir el plazo de prescripción, que una acción necesaria para la obtención de dicha documentación.

La Administración sostiene que no se entiende en dónde sustenta la Sala la afirmación contenida en la sentencia recurrida relativa a que la historia clínica de la interesada “tuvo que ser requerida del propio SAS en diligencias preliminares ante el orden jurisdiccional civil”, llegando incluso a señalarse que “la denegación de este derecho (el acceso a la historia clínica) puede quebrantar el derecho de defensa de un reclamante” (fundamento jurídico segundo, in fine), afirmaciones que carecerían de apoyo probatorio, y tienen como única finalidad justificar el apartamiento respecto de lo declarado en la STS de 16 de diciembre de 2011

(recurso de casación num. 2599/2007) cuya doctrina debe ahora reiterarse aquí.

**CUARTO.-** La fijación de doctrina y la decisión del recurso.

De conformidad con las sentencias que se acaban de recoger (en especial, SSTs de 2 de marzo de 2011 -recurso de casación núm. 1860/2009- y 16 de diciembre de 2011 -recurso de casación núm. 2599/2007- debemos llegar a los siguientes pronunciamientos:

(I) la interposición de una diligencia preliminar para la obtención de la historia clínica no constituye una acción idónea a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la actuación sanitaria.

(II) la presentación de un escrito limitado a comunicar la intención de interrumpir la prescripción mediante su presentación al amparo del artículo 1973 del Código Civil no puede determinar dicha interrupción en el ámbito del responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la asistencia sanitaria, al no ser acción idónea para ello.

En consecuencia, debe estimarse el recurso de casación y casar la sentencia impugnada.

**QUINTO.-** La resolución del recurso contencioso-administrativo y del recurso de apelación.

De los anteriores razonamientos resulta que debemos situarnos en la posición de la Sala “a quo” y, en principio, procedería desestimar la reclamación pues de los términos generales que quedaron fijados no se ha interrumpido el plazo de prescripción y la reclamación habría prescrito.

Ahora bien, en este caso es inevitable, a juicio de esta Sala, situada en la anterior posición, prestar especial atención a una circunstancia que resulta evidente del expediente administrativo, de la mención implícita que hace la sentencia de la Sala “a quo” y de las alegaciones de las partes acerca de la inicial respuesta de la Consejería de Sanidad -Servicio Andaluz de Salud- al burofax remitido el 22 de diciembre de 2016. La propia Administración sanitaria inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de que la Administración, por resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de

Salud de 26 de abril de 2017, lo declarase luego terminado.

Así, aquella reclamación -con independencia de su posterior terminación- dio lugar al expediente de responsabilidad patrimonial núm. Z16743 y en la comunicación de 16 de febrero de 2017 -folio 87- de inicio del procedimiento y práctica de prueba la Consejería de Salud comunica a la interesada que “Con su escrito se inicia un procedimiento de responsabilidad patrimonial que se tramita con el número de referencia (...) por el Servicio de Aseguramiento y Riesgos del SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, designado órgano instructor del mismo conforme a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. De conformidad con el artículo 21.2 de la citada ley, se le informa que el plazo máximo establecido para la resolución y notificación del presente procedimiento es de SEIS MESES, contados desde el día siguiente al de la fecha de entrada de su solicitud en el Registro General del órgano competente para su tramitación, (...)”

Es cierto que, como se dijo, la posterior

resolución de 26 de abril de 2017 recoge que:

“ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Mediante reclamación presentada por Dña. Remedios, asistida jurídicamente por D. Alberto Masiá Martínez, el día 22 de diciembre de 2016, se inició expediente de Responsabilidad Patrimonial no Z16743, iniciándose con ello un procedimiento administrativo dirigido a su resolución. En su escrito de reclamación el letrado de la interesada manifiesta que su representada, tras ser intervenida el 24.02.16, por el Servicio de Oftalmología del Hospital U. Puerto Real, se practica evisceración, cuando en un principio se trataba de una úlcera, pudiendo haberse salvado el ojo.

En su escrito la interesada alega interrupción de la prescripción, en tanto reciba copia de la historia clínica y poder solicitar informe pericial que determine si ha existido o no negligencia por parte del Hospital U. Puerto Real.

SEGUNDO.- Con fecha 17 de febrero



# Junta de Andalucía

de 2017 se comunica al interesado el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial que se tramitaría conforme a las previsiones contenidas en el R.D. 429/93, de 26 de marzo, (actualmente regulado en los artículos 65, 67, 81, 86.5 y 91 de la vigente ley 39/15, y en cuantos resulten de aplicación) y que se abría, por un plazo de 30 días, el periodo probatorio establecido en el art. 9 de dicho reglamento (actualmente, artículos 77 y siguientes de la ley 39/15).

TERCERO.- Con fecha 22 de febrero de 2017, D. Alberto Masiá Martínez, en nombre y representación de Dña. Remedios, presentó escrito solicitando el desistimiento del procedimiento administrativo iniciado, “rogamos anulen su anterior resolución, aperturando el correspondiente expediente sólo en caso que, finalmente, la Sra. Remedios decida interponer la correspondiente reclamación administrativa”.

#### FUNDAMENTOS JURIDICOS (...)

SEGUNDO.- D. Alberto Masiá Martínez, representante legal de Dña. Remedios, en su escrito se desiste expresamente de su derecho a reclamar, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 39/2015 (...), la Administración acepta de plano el desistimiento y declarará concluso el procedimiento puesto que todo interesado puede desistir de su solicitud o, cuando no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos.

Por ello, La Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud dicta la siguiente

#### RESOLUCIÓN

Se declara terminado el procedimiento de Responsabilidad Patrimonial no Z 16743 por desistimiento expreso de D. ALBERTO MASIÁ MARTÍNEZ en nombre de DÑA. Remedios.”.

Mientras que el expediente definitivamente resuelto y que dio lugar al presente asunto es el núm. S17723 a instancia de la reclamación de fecha 21 de diciembre de 2017.

No cabe desconocer, pues, que la propia Administración le atribuyó, al menos inicialmente, ese carácter de reclamación y, por lo tanto, la propia actuación de la Administración ha conferido de facto valor

interruptivo a la inicial reclamación

#### SEXTO.- Sobre las costas.

Al estimarse el recurso de casación, y de acuerdo con los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

#### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecidas en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto:

Estimar el recurso de casación núm. 5031/2021 interpuesto por la Letrada de la Administración Sanitaria, en la representación que ostenta del Servicio Andaluz de Salud , contra la sentencia de la Sección de Refuerzo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 15 de abril de 2021, dictada en el recurso de apelación núm. 489/2020, a instancia de la misma recurrente.

Y, de conformidad con el fundamento de derecho quinto, se mantiene la declaración de responsabilidad patrimonial del Servicio Andaluz de Salud , a favor de D<sup>a</sup>. Remedios, en los términos que recoge la sentencia de 5 de diciembre de 2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Cádiz, dictada en el procedimiento ordinario núm. 473/2018 y que confirma la sentencia de 15 de abril de 2021 dictada en el recurso de apelación núm. 489/2020.

Con determinación sobre costas en los términos establecidos en el último fundamento de derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Por **Gonzalo Iturmendi Morales**  
Abogado

**R**eclamación de Responsabilidad Patrimonial a la Administración Pública sanitaria. Prescripción de la acción de Reclamación de Responsabilidad Patrimonial de la Administración. No aplicación a la acción de Reclamación de Responsabilidad Patrimonial de la interrupción de la prescripción del artículo 1973 del Código Civil.

En esta Sentencia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo declaró la siguiente doctrina:

(I) La interposición de una diligencia preliminar para la obtención de la historia clínica no constituye una acción idónea a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la actuación sanitaria.

(II) La presentación de un escrito limitado a comunicar la intención de interrumpir la prescripción mediante su presentación al amparo del artículo 1973 del Código Civil no

“(...) es inevitable prestar especial atención a una circunstancia que resulta evidente del expediente administrativo, de la mención implícita que hace la sentencia de la Sala “a quo” y de las alegaciones de las partes acerca de la inicial respuesta de la Consejería de Sanidad -Servicio Andaluz de Salud- al burofax remitido el 22 de Diciembre de 2016....”

puede determinar dicha interrupción en el ámbito del responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daños derivados de la asistencia sanitaria, al no ser acción idónea para ello.

Como consecuencia de esto, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación de la Administración y casó la sentencia impugnada.

La Sala se situó en la posición de la Sala “a quo” y en principio habría procedido la desestimación de la reclamación, puesto que no se había interrumpido la prescripción y la reclamación habría prescrito. Pero en este caso a juicio de la Sala, es inevitable prestar especial atención a una circunstancia que resulta evidente del expediente administrativo, de la mención implícita que hace la sentencia de la Sala “a quo” y de las alegaciones de las partes acerca de la inicial respuesta de la Consejería de Sanidad -Servicio Andaluz de Salud- al burofax remitido el 22 de Diciembre de 2016. Y es que la propia Administración sanitaria inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de que la Administración, por Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud de 26 de Abril de 2017, lo declarase luego terminado.

Así, aquella reclamación -con independencia de su posterior terminación- dio lugar al expediente de responsabilidad patrimonial núm. Z16743, y en la comunicación de 16 de Febrero de 2017 -folio 87- de inicio del procedimiento y práctica de prueba la Consejería de Salud comunicó a la interesada que: “Con su escrito se inicia un procedimiento de

responsabilidad patrimonial que se tramita con el número de referencia (...) por el Servicio de Aseguramiento y Riesgos del SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, designado órgano instructor del mismo conforme a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. De conformidad con el artículo 21.2 de la citada Ley, se le informa que el plazo máximo establecido para la resolución y notificación del presente procedimiento es de SEIS MESES, contados desde el día siguiente al de la fecha de entrada de su solicitud en el Registro General del órgano competente para su tramitación, (...)" Y como se recoge en la Resolución de 26 de Abril de 2017, con fecha 22 de Febrero de 2017 D. Alberto M, en nombre y representación de Doña Remedios, presentó escrito solicitando el desistimiento del procedimiento administrativo iniciado, por lo que en virtud del artículo 94 de la Ley 39/2015, la Administración aceptó el desistimiento y declaró concluso el procedimiento ya que todo interesado puede desistir de su solicitud o, cuando no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos.

Mientras que el expediente administrativo definitivamente resuelto, que dio lugar al recurso contencioso administrativo, objeto de la Sentencia que estamos comentando, fue el número S17723 a instancia de la reclamación de 21 de Diciembre de 2017. Por lo que no cabe desconocer que la propia Administración le atribuyó, al menos inicialmente, ese carácter de reclamación, y por lo tanto, la propia actuación de la Administración confirió de facto valor interruptivo de la prescripción a la inicial reclamación.

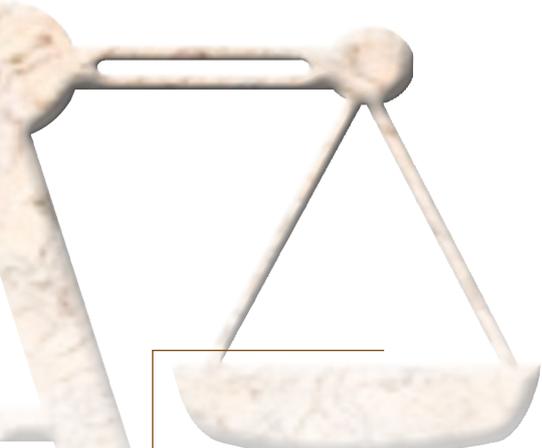
Por todo ello, el Fallo de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 2022 estimó el recurso de casación nº 5031/2021, interpuesto por el Servicio Andaluz de Salud, y de conformidad con el Fundamento de Derecho quinto, mantuvo la declaración de responsabilidad patrimonial del Servicio Andaluz de Salud, a favor de D<sup>a</sup> Remedios, en los términos que recogió la sentencia de 5 de Diciembre de 2019 del Juzgado Contencioso Administrativo nº 2 de Cádiz, en el Procedimiento Ordinario 473/2018 y que confirmó la sentencia de 15 de Abril de 2021 dictada en el Recurso de Apelación 489/2020.





# perlas cultivadas

por José María Hernández - Carrillo Fuentes  
Abogado



Sin duda quienes ya ejerciesen antes del año 2015 -incluso con décadas sobre sus hombros- en que el libro III desapareció del Código Penal, y con él las faltas, vivieron a través de ellas un mundo “diverso”, proceloso y abundante en el que todo podía suceder -y sucedía- ; es curioso que no ha desaparecido, sino que tuvo su proyección en el proceso de los juicios por delitos leve ; al respecto, la Sentencia núm. 236/2022, de 15, de marzo , de la Sala 2ª del Tribunal Supremo -Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García-:

*“SEGUNDO.- Estamos ante una condena por delito leve. Alguna vez se puso en duda que en el caso de condenas por falta (figura precursora de los delitos leves) fuese factible un recurso de revisión. El brocardo *Mínima non curat Praetor* servía de base a esa tesis que llegó a ser asumida por una añeja jurisprudencia.*

*Hoy no es eso sostenible con arreglo a la legislación vigente; no solo porque han desaparecido las faltas (aunque en buena medida sus peculiaridades, también procesales, han sido heredadas por los delitos leves); sino, sobre todo, porque resultaría contrario a los principios constitucionales distinguir entre injusticias dignas de ser reparadas y otras, nimias,*

*que no merece la pena reparar. Ha de afirmarse rotundamente que el recurso de revisión, herramienta exigida por la justicia material, es también utilizable en juicios por delitos leves. De hecho la jurisprudencia había abandonado hace tiempo esas restricciones que antaño pudieron gozar de algún predicamento (por todas, STS 555/2000, de 3 de abril).”*



En línea de la sentencia precedente creo provechoso recuperar una buena sentencia, que no pierde vigencia y lozanía, pues a veces, es conveniente que -como en esta excelente resolución, como suelen serlo las del Ponente, Sr. Saenz Soubrier- se nos recuerden los parámetros de lo correcto: Sentencia nº852/00, Secc.2ª, Audiencia Provincial de Granada:

“El documento que incorpora dicho croquis, esto es, la declaración amistosa de accidente, reseña como vehículos implicados al Seat Marbella MA-0000-BY, anteriormente mencionado, y al furgón IVECO 358 GR-0000-AT, asegurado en la compañía “LA E, S.A.”, 6) En consonancia con lo expresado, los daños producidos, que el denunciante define como “rozadura parte izquierda del parachoques”, se señalan sobre las siluetas de un turismo y un furgón, justamente en la esquina trasera izquierda del primero, y en la esquina delantera derecha del segundo.

*SEGUNDO.- Así las cosas, se pretende posteriormente que el vehículo que el denunciado conducía era el Citroën XM NA-0000-AD, propiedad de Don J L A D, asegurado en la entidad “G E, S.A.”; y como justificación a tan importante rectificación se aduce, simplemente, que la declaración amistosa de accidente se rellenó dos días después de la producción del mismo, como si ésa fuera una explicación plausible. Es un hecho notorio que pocos documentos de carácter privado merecen tanta atención a sus redactores como los que sirven para*

*dar parte a las compañías aseguradoras de un accidente de tráfico; por lo que no resulta creíble que la declaración amistosa de accidente suscrita por denunciante y denunciado reseñara un vehículo erróneo, aun cuando ello pretenda corroborarse por una prueba testifical favorable. por si fuera poco, la declaración prestada por el Sr. G M en el acto del Juicio presenta una ambigüedad e imprecisión absolutamente inusuales, y parece obedecer a un intento premeditado de dejar abiertas todas las posibilidades (“... no sabiendo exactamente qué vehículo le golpeó, sabe*

*que era un turismo grande... es posible que fuese una furgoneta pequeña... firmó el parte sin leer lo que había escrito R... piensa que fue un turismo y no un furgón...”). En consecuencia, atendidas las particulares circunstancias que anteriormente se indicaron, y prevenida la Sala ante lo insólito del caso, no puede aceptar, sin más, la sustitución de un vehículo por otro en el relato de los hechos, como si ese dato fuera meramente anecdótico y de carácter secundario. ¿Realmente no hubo daños que pudieran mostrar cual fue el vehículo causante?. Y en ese caso, ¿puede tan leve colisión como la descrita por las partes causar un síndrome cervical que requiera sesenta días de convalecencia? No es objeto de recurso la responsabilidad penal del denunciado, y la Sala no va a entrar en esa materia. Pero el proceso penal (incluso el menospreciado Juicio de Faltas) no es un esperpento donde todas las posibilidades de la fenomenología universal puedan ser presentadas bajo la apariencia de-lo-igualmente-probable, sino una categoría jurídica regida por los criterios de la razón y la común experiencia, donde no hay lugar para lo absurdo o lo inverosímil”.*



El apartado h) del art. 2 de la LAJG dispone que se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar a quienes (i) a causa de un accidente, (ii) acrediten secuelas permanentes, que (iii) les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y que (iv) requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, (v) cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos, pero ¿exclusivamente ocasionados en un accidente de tráfico y no en un negligencia médica? Lo resuelve la Sentencia 86/2022, de 27 de junio de 2022 de la Sala 1ª del Tribunal constitucional:

*“El demandante de amparo solicitó el 27 de marzo de 2019 la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita ante el Colegio de Abogados de Madrid con la finalidad de interponer una demanda de responsabilidad civil en reclamación de los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica ocasionada por el retraso en el diagnóstico de la malformación arteriovenosa que sufría su hijo y que, a su juicio, le terminó ocasionando un accidente cerebrovascular agudo y graves secuelas.*

b) La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Madrid, por resolución de 30 de julio de 2019, desestimó el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita al no encontrarse el solicitante dentro del ámbito de aplicación de la referida ley por superar el nivel de ingresos.

El demandante de amparo impugnó ante el Juzgado Decano de Madrid la denegación del reconocimiento del derecho a la justicia gratuita con sustento en el art. 2 h) de la Ley 1/1996, por el que se reconoce el indicado derecho, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a quienes acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación

laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, siempre que el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.

El recurrente afirma que solicita el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita con objeto de ejercitar la acción directa del art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro para reclamar las graves e irreversibles secuelas ocasionadas a su hijo menor de edad -al que se le ha reconocido un grado de discapacidad del 87 por 100- ocasionadas, según el demandante de amparo, por el retraso en el diagnóstico y tratamiento del menor y que por ello tiene derecho al reconocimiento de la justicia gratuita solicitada.

Auto de 20 de enero de 2021 del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, se acordó mantener la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, argumentando en los siguientes términos:

«Único. No se discute por la parte recurrente que sus ingresos superan el IPREM en un quíntuplo pero alega

la aplicación del artículo 2 h) de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita. Dicho artículo establece: “Artículo 2. Ámbito personal de aplicación. En los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: h) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos”. En el presente supuesto el recurrente pretende demandar al Hospital Cruz Roja de C/S C A por lo que alega fue negligente atención médica a su hijo menor de edad Eduardo, a consecuencia de la cual, manifiesta, sufre graves secuelas. Pero dicha reclamación no está comprendida en el artículo alegado, ya que el apartado 2 h) se refiere a accidentes de circulación y no a negligencias médicas, por todo ello debe de desestimarse el recurso» (sic).

El Ministerio Fiscal, tras citar las SSTC 181/2000, de 28 de julio; 102/2014, de 23 de junio; 128/2014, de 21 de julio; 91/2019, de 3 de julio, y 24/2021, de 15 de febrero, considera que el art. 2 LAJG efectúa una serie de ampliaciones al reconocimiento del derecho, entre las que se encuentran las víctimas del terrorismo, de violencia de género de trata de seres humanos, las personas

que padecen graves secuelas y las asociaciones de defensa de las víctimas del terrorismo.

*... cualquier otra causa muestren una palpable desproporción entre los fines que aquellos motivos protegen y los intereses que sacrifican, obstaculizando con ello injustificadamente que el justiciable pueda solicitar la tutela de los tribunales ordinarios. Es por ello evidente que deben excluirse aquellas resoluciones que adolezcan de falta de motivación o que sean arbitrarias, irrazonables o incursas en error patente, o, las que por desconocer la finalidad perseguida por el legislador al establecer las condiciones o requisitos de reconocimiento del beneficio de justicia gratuita, incurren en un formalismo enervante del derecho.*

*El apartado h) del art. 2 de la LAJG dispone que se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar a quienes (i) a causa de un accidente, (ii) acrediten secuelas permanentes, que (iii) les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y que (iv) requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, (v) cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.*

*La resolución judicial efectúa una interpretación limitativa del término accidente al encorsetarlo al ámbito de los accidentes de «tráfico», excluyendo cualquier otro tipo de accidente, pese a que de dicha interpretación depende el acceso a la justicia. Nada argumenta para justificar dicho condicionamiento y consiguiente limitación*

*del derecho subjetivo del recurrente. Esto es, no razona por qué se reconoce el derecho a asistencia jurídica gratuita con independencia de la existencia de recursos para litigar solo cuando la secuela permanente derive de un accidente de circulación y no de un accidente de otra naturaleza. Al órgano judicial le basta esa mera afirmación. No se detiene en examinar la finalidad de la norma cuando reconoce el derecho de asistencia gratuita, con independencia de la existencia de recursos para litigar, a quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes por las que se vean impedidos totalmente de realizar tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando acudan a la justicia para restituir los daños personales y morales sufridos. Nada dice sobre por qué dicho reconocimiento operaría si el accidente es de tráfico, y no cuando esa imposibilidad total de realizar tareas y esa necesidad de requerimiento de asistencia obedezca a accidentes que no deriven de la circulación.*

La mera afirmación apodíctica se efectúa en un ámbito en que es de plena aplicación el principio pro actione, del que resulta la exclusión de cualquier interpretación de los presupuestos y requisitos legales de concesión del beneficio de justicia gratuita ausente de motivación o irrazonable, y prohíbe las decisiones que muestren una palpable desproporción entre los fines que aquellos motivos protegen y los intereses que sacrifican.

En el presente caso, el apartado h) del art. 2 LAJG

prescinde para el acceso a la justicia gratuita de la existencia de recursos económicos para litigar en la medida que se pretende reclamar daños personales y morales sufridos por un accidente que haya ocasionado secuelas que le impidan realizar -total y permanentemente- tareas de su ocupación laboral o profesional -esto es, le priven de su fuente de ingresos- y requieran también de forma permanente, ayuda de otras personas para las actividades «más esenciales de la vida diaria», esto es, aumenten los gastos de por vida del solicitante. Privación de sus ingresos laborales o profesionales futuros e incremento de sus gastos de por vida, unido a la finalidad por la que se pretende el acceso a la justicia -reclamar daños personales y morales sufridos-, justifican excepcionar la regla general y prescindir de la valoración de los recursos económicos, siempre que el origen sea un suceso imprevisto -accidente-.

*El órgano judicial no ha motivado por qué el origen del suceso imprevisto, debe ser la circulación, cuando el precepto no adjetiva el sustantivo «accidente». Limita de este modo el derecho a la justicia gratuita mediante una interpretación que incurre en una palpable desproporción entre los fines por los que se exceptúa la regla general que toma en consideración los recursos económicos y el interés de acceso a la justicia sacrificado, y con ello obstaculiza injustificadamente que el justiciable pueda impetrar la tutela de los tribunales ordinarios, es por ello por lo que el recurso de amparo debe ser estimado.»*

¿Concorre delito de falsedad basada en dos afirmaciones realizadas ante notario y plasmadas en escritura pública (2011) por el acusado: que la finca objeto de venta estaba libre de ocupantes y arrendatarios y que el comprador se subrogaba en los derechos y obligaciones del préstamo hipotecario.? Despeja el interrogante la Sentencia núm. 84/2022, de 27 de enero, de la Sala de lo Penal, del Tribunal Supremo - Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García:

*“Se trata de una falsedad ideológica (faltar a la verdad en la narración de los hechos: art. 390.1.4º CP) que realizada por particular que no es punible (art. 392 CP), en interpretación que ya se afirmaba de forma rotunda bajo el derecho previgente (CP 1973): mentir ante un notario no podía merecer mayor reproche que la mentira ante la autoridad judicial (delitos de falso testimonio). A partir de la reformulación de los delitos de falsedad en el CP 1995 se cierra cualquier espacio para la controversia por cuanto se destipificó la falsedad*

*ideológica de particulares.*

*Sí se discute jurisprudencialmente la cuestión de los documentos que en su integridad pueden considerarse ficticios (hay autenticidad formal, pero no son genuinos: el ejemplo clásico son las facturas falsas). Ahí sí puede suscitarse su reconducibilidad al art. 390.1.2. Pero no es este, ni de lejos, el caso. Se habla en tal norma de simular un documento; no de simulaciones contractuales que es algo conceptualmente muy distinto.*

*Simular un contrato es delito cuando hay perjuicio de tercero (art. 251.3º CP).*

*Alude también el recurso al contrato de arrendamiento. Estamos en igual situación. El hecho probado se limita a constatar la celebración del contrato. No hay perjuicio de tercero, ni se sugieren en el factum los elementos falsarios en que incide la recurrente. De considerarse tales, por otra parte, serían atribuibles a cuantos intervinieron en el documento.”*



Quizá solo quienes, como dirección letrada de Entidades Bancarias trabajan en defensa de su interés -de todo tipo- son conscientes de hasta qué punto la crispación que es perceptible, llamativa en los informativos de cualquier cadena de televisión, en la prensa, se está trasladando al día a día de quienes tienen contacto con el público y - a diferencia de tiempos pretéritos- ante cualquier disparidad el insulto, la vejación, la amenaza, la lesión están más prontas a producirse, son más los hechos de este tipo más las denuncias, y pareja la necesidad -y petición procesal- de medidas preventivas de alejamiento y prohibición de comunicarse mientras el juicio se celebra, no siempre (pocas veces) se acuerda por el Juzgado de Instrucción, pero las Audiencias si perciben la peligrosidad, y el numero: Así se solicitó y recoge en el Auto N° 475 /2022, de treinta de junio, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada -Ponente: Sr. Cuenca Sánchez.-:

“En el presente caso, la ponderación de los intereses en conflicto, de un lado, el derecho del denunciante a desarrollar su trabajo con seguridad, tranquilidad y sin incidentes similares a los que fueron denunciados y, de otro, el derecho del denunciado a mantenerse en el uso de su vivienda, en la que reside junto a su madre, no conduce necesariamente al rechazo de la medida cautelar, sino a la modulación de ésta.

Los hechos denunciados, parcialmente admitidos por J M G, pudieran ser constitutivos de un delito de daños, así como de otro de amenazas (de la entidad que proceda apreciar). Según la denuncia, el denunciado acudió a la sucursal bancaria hasta en tres ocasiones con similar actitud agresiva y violenta. Golpeó y rompió los cajeros de la entidad e intimidó al director, tanto con gestos (alzando los puños) como verbalmente (con amenazas de muerte) cuando le pidió que cesara

en su actitud.

Así las cosas, concurren motivos para estimar procedente la medida cautelar solicitada, a saber, la prohibición de acceso del denunciado a la citada sucursal toda vez que además la entidad bancaria cuenta con numerosas en la ciudad que permitan a aquel la realización de las gestiones que le sean precisas, tanto personales como de sus próximos familiares.”



Todos vemos como en un momento u otro, en los procesos penales por delito leve de usurpación –“okupas”-antes, durante, o después (como es el caso), se plantea que en la vivienda en cuestión hay menores y/o los servicios sociales no han podido o lo desconocen y no han facilitado una “solución habitacional” debiéndose suspender -si así ocurre será “ a perpetuidad”- el proceso, o la ejecución; Así se solicitó en el Auto nº 35/2022, de veinte de enero, de la Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de Granada- Ponente: Sr. Cuenca Sánchez.-:

“El recurso de apelación combate este pronunciamiento del auto de 23 de septiembre de 2.021 relativo al desalojo de la vivienda y puesta a disposición del titular de la misma. Aduce la recurrente que no puede ser desalojada de la vivienda, en la que conviven hijos menores de edad, al no haberse hallado una alternativa habitacional adecuada y digna. Invoca la STS de 23/11/2017, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y la Convención de los Derechos del Niño de 20/11/1989, así como el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Considera que sin constar la contestación de los Servicios Sociales relativa a garantizar la protección de los menores, no podría realizarse el desalojo,

y solicita la suspensión del mismo hasta que la protección de los menores no haya sido garantizada.

*TERCERO.- Como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, el recurso cita de forma tan solo parcial el auto de esta misma Sección de fecha 9 de mayo de 2.018, dictado en un supuesto similar al presente. Además del pasaje citado por el recurrente, refirió dicha resolución que el cumplimiento de las sentencias firmes es una manifestación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva... deben garantizarse una y otra clase de derechos en conflicto y coordinarse las medidas de protección necesarias con el Decanato de los Juzgados de Granada conforme a los Protocolos y Convenios de*

*actuación, alcanzados en su día entre las distintas Administraciones públicas adheridas a los mismos.*

*Dicho en otros términos, y como expone el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso, debe conciliarse la protección de los menores con la ejecución de los pronunciamientos judiciales firmes, y resulta compatible adoptar las medidas necesarias para llevar a cabo dicha ejecución, incluido el desalojo de la vivienda ocupada, con que los Servicios Sociales tengan conocimiento de la situación de los menores, y puedan acometer las medidas que procedan con respecto a la protección de los mismos.*

*En este sentido, se ha fijado desde la fecha de la declaración de firmeza de la sentencia, dictada en abril , y conforme a las previsiones de ésta, un plazo voluntario de dos meses a computar desde la fecha del requerimiento personal para que se desaloje la vivienda. En dicho periodo pueden los Servicios Sociales tomar conocimiento de las necesidades de protección de los menores que habitan en la vivienda.”*



En 2019 tras varias sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, Secciones civiles, y su Plenillo de 28 de mayo de 2019 -ya hemos aludido a ello en varias ocasiones- se pensaba que ese parecer pudiese transformarse en corriente, traspasar su reflejo aislado en un par de provincias y sentencias, y extenderse a muchas más demarcaciones judiciales; finalmente no ha sido así, ha quedado contenido, distintos magistrados de Instancia tienen su propia opinión no coincidente, e incluso la Audiencia Provincial matiza aquella. Tal es el caso de la Sentencia Nº 179, de 13 de junio, de la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Granada-ponente Sra. García de Leaniz Cavallé-

*“Las alegaciones que se vierten por los recurrentes en relación con la inaplicación e infracción de los artículos 7 y 37 del Real Decreto Legislativo 89/2004, en relación con el acuerdo del pleno de las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial, de fecha 28 de mayo de 2019 y como consecuencia de ello, la extemporaneidad de la aportación del informe pericial aportado por la demandada, no puede ser compartido en esta alzada.*

*Ciertamente la compañía aseguradora no efectuó la oferta motivada dentro del plazo y manera previstos en los artículos 7 y 22 de la LRCSCVM, y ello ha tenido como consecuencia, en un pronunciamiento que deviene firme de la primera instancia, la imposición de los intereses previstos en el art. 20 de la LCS, pero la aportación de los informes médicos relativos a los demandantes no infringe los preceptos que se invocan ni, tampoco, son contrarios al acuerdo al que se refieren en el recurso porque, al margen de no haberse solicitado el reconocimiento médico de ninguno de ellos, consta la falta de colaboración del demandante con los servicios*

*médicos de la aseguradora y, además, y en relación con la Sra. V, como dijimos en la sentencia de 11 de febrero de 2022 (rec. 472/2021), el acuerdo “no prohíbe que pueda llevarse a cabo, pues la actora no le entregó a la compañía de seguros el informe contradictorio hasta la presentación de la demanda”.*

*...en relación con la documentación traída al procedimiento, de la que resulta que los actores han seguido tratamiento de rehabilitación con las sesiones que le han sido prescritas por los facultativos que les han atendido durante aquél, y que dicho tratamiento finalizó, en ambos casos, el 4 de junio de 2019, aplicando lo dispuesto en el artículo 348 de la LEC, lógico es concluir con que no se advierte razón por la que, sentado lo anterior, el periodo de estabilización médica de los demandantes tenga que ajustarse a la fecha que, según el perito de la demandada, previsiblemente tendrían que haber alcanzado dicha estabilidad, cuando ésta afirmación carece de apoyatura fáctica, se basa en una mera valoración y es contraria a la documentación efectivamente unida a los autos.”*



La sentencia dictada el 6 de abril de 2022, en recurso nº 232/2020, por la Sala 1ª del Tribunal Supremo - Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres -, se pronuncia frente a la alegación del recurrente en orden a que se infringió la LRCSCVM “cuanto se ha reconocido a una persona sin matrimonio, sin unión legalizada, y sin convivencia, como beneficiaria del referido baremo, a efectos indemnizatorios. Alega el 3.1 CC, y alega que no convivían, no estaban empadronados juntos, ni pernoctaban juntos. Alega interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales ,y como contrarias a reconocer indemnización por no existir convivencia cita las de la Audiencia de Gerona ,Sección 1ª, de 15 de mayo de 2019, la de la Audiencia de Almería, Sección 1ª, de 2 de junio de 2003, la de Sevilla de 15 de mayo de 2013, y la de la Audiencia de Madrid, Sección 17ª, de 28 de junio de 2010”:

*“Carencia manifiesta de fundamento por alteración de la base fáctica de la sentencia recurrida ( art.483.2.4º LEC) porque el planteamiento del motivo de recurso, cuestiona de manera implícita la prueba y su valoración, porque alega que con D.ª R , no existió matrimonio, ni tampoco pernoctaban juntos, ni estaba empadronados juntos, en todo caso era un noviazgo pero*

*no una relación asimilable a matrimonio con el fallecido, lo que se contradice con que la sentencia recurrida, que confirma en su valoración a la de primera instancia, tiene por probado que D. R y D.ª R eran pareja desde hace mas de 25 años, era una relación consolidada, que fue incluida en la esquila de D. R como “Compañera” y esto consta en un acta notarial de manifestaciones de 24 de abril de 2015 y lo reconocen el hermano de R y otros testigos, que pernoctaban en domicilios diferentes porque cada uno tenía parientes a quienes debían de cuidar, y que los dos figuraban de cotitulares de las cuentas corrientes, D.ª R era tomadora del seguro del vehículo del fallecido, circunstancias que llevan a que se tenga por probado que eran pareja de hecho, en contra de lo que sostiene la parte recurrente en su recurso, circunstancias que han de respetarse en casación, que no es una tercera instancia.”*

Este Auto núm. 404/2022, de 31 de marzo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo extracta su doctrina sobre la aplicación del Sistema de Valoración (“ Baremo”)- Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez:.

*“del análisis de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, se puede deducir que solo en supuestos específicos puede efectuarse en casación la revisión de la cuantía indemnizatoria, supuestos*

*entre los que cabe señalar: 1º) cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras; 2º) cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes; 3º) cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización; 4º) cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos;5º) en supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada; 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo ;y 7º) en los supuestos de delitos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo ,y sin embargo lo aplique defectuosamente.*

*Los razonamientos de la Sala de apelación resultan acertados. Debe recordarse que el baremo que acompaña a la Ley de Ordenación del Seguro no es de aplicación al presente caso, porque su ámbito de aplicación se ciñe a los delitos culposos cometidos con ocasión del uso y circulación de vehículos a motor (norma primera del anexo a la Ley), pero no a delitos dolosos, como es el caso, incluso aunque se haya utilizado un automóvil para su perpetración. Sin embargo, el uso del baremo en delitos dolosos, con carácter simplemente orientativo, es totalmente admisible (vid. en tal sentido, sentencias de esta Sala 426/2015, de 2 de julio; y 382/2017, de 25de mayo)”*

La Sentencia núm. 310/2022, de 29 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala 2ª, ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García- resuelve un supuesto en el que se interpone casación directa contra el sobreseimiento libre acordado ex novo por la Audiencia Provincial al resolver una apelación contra el auto de prosecución de abreviado (art. 779.1.4ª LECrim) adoptado por el instructor en diligencias abiertas para ventilar un delito (calumnia/injuria) competencia del Juzgado de lo Penal. El procedimiento se incoó ya vigente la reforma de 2015 de la LECrim que resulta, por ello, aplicable. En conclusión: el recurso de casación es admisible en cuanto: a) Se dirige contra un auto de sobreseimiento libre. b) Ha sido adoptado por una Audiencia Provincial conociendo de un recurso de apelación. c) No es exigible un singular interés casacional más allá de su apariencia de fundamento (art. 885.1º LECrim). En relación al art. 637.1º LECrim, sí se detecta una variación en cuanto al nº 3º, si antes era discutible que cupiese en esos casos casación, hoy las dudas quedan despejadas en favor de su impugnabilidad en casación. Dejemos constancia en todo caso de que también antes de la reforma en la jurisprudencia se había abierto paso un criterio flexible (STS 1172/2009, de 22 de octubre). Tiene esta última consideración algún interés en el presente supuesto en la medida en que el sobreseimiento acordado puede entenderse basado en parte en una causa de exclusión de la antijuricidad: denuncia en el ámbito adecuado de actitudes contrarias a la buena convivencia vecinal....Dan a entender que existen dudas de fuste sobre la actitud de manifiesto desprecio a la verdad ;es decir, se viene a admitir una eventual actuación de buena fe (con convicción sobre la realidad de las imputaciones) y legítima (con ánimo de denunciarlas en el órgano asambleario adecuado). Eso excluiría las tipicidades de los arts. 205

En todo caso se insiste en que los hechos se desarrollan en Junta de Propietarios de la Comunidad, siendo el espacio adecuado para que los vecinos solventen las diferencias relacionadas con el uso del inmueble, de sus servicios comunes y con los daños que se puedan provocar. Tales diferencias pueden ser las que plasma la investigada que de esta manera se ha limitado a utilizar el medio oportuno con la crudeza que requería a su criterio -aceptado por las demás personas presentes menos el querellante- la realidad de los hechos y con intervención alejada de expresiones cuya única intencionalidad estuviese afecta al desprestigio del vecino, ahora querellante". (énfasis añadido):

*"Desde esa perspectiva, los hechos, contemplados en su integridad, es decir, completados por la resolución de apelación, carecen de entidad delictiva. Queda excluido el tipo subjetivo.*

*No sería correcto afirmar -como insinuaba el Instructor y como argumenta el recurrente- que no es propio de esta fase valorar los elementos subjetivos o la concurrencia o no de un ánimo de ofender (eludimos ahora la temática relativa a que la exigencia de unos animi específicos en los delitos de injuria y calumnia que representarían un plus respecto al dolo genérico es teoría poco compatible con el actual diseño legal de esas infracciones).*

*Es esa tesis que gozó de predicamento en nuestra doctrina y en alguna jurisprudencia. Se interpretaban "los indicios racionales de criminalidad" del art. 384 LECrim en clave objetiva (referencia exclusiva a la tipicidad objetiva); lo que se trasladaría al actual auto de prosecución, sustitutivo en gran medida del clásico procesamiento (juicio de acusación) en el procedimiento abreviado. El Instructor, según ese entendimiento, no debería entrar a valorar los elementos del tipo subjetivo o las causas de exclusión de la antijuricidad (como la legítima defensa o el ejercicio legítimo de un derecho de denuncia o protesta). Debiera ser suficiente, a finde decidir sobre la necesidad de continuar el procedimiento,*

*constatar la concurrencia de los presupuestos objetivos de la tipicidad, lo que determinaría la necesidad del procesamiento, si es un procedimiento ordinario; la conversión en procedimiento abreviado en otro caso (art. 779 LECrim). La presencia o no, por ello, del ajeño y hoy legítimamente cuestionado animus iniuriandi, sería algo -se ha sostenido- que sólo el Tribunal podrá apreciar en la sentencia; algo a dilucidar tras el juicio oral, sin que pueda erigirse en razón para abortar prematuramente el proceso.*

*De este entendimiento se hizo eco una vieja práctica, sin sólido respaldo legal, que ha venido sosteniendo que sería suficiente con la constatación de la concurrencia, al menos*

indiciaria, de los elementos objetivos de la infracción, sin que en tal fase procesal previa sea dable indagar sobre cuestiones anímicas.

Ha de rechazarse rotundamente esa praxis (STS 202/2018 de 25 de abril). De aceptarla, la coherencia abocaría a procesar a quien haya realizado una acción típica, aunque esté amparada por una causa de justificación (elementos subjetivos de justificación). A esta observación básica se unen palmarias razones de economía procesal que en el régimen constitucional constituyen algo más que un tributo a pagar al pragmatismo. Es una exigencia engarzable en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Alargar un proceso de forma innecesaria es dilación no debida. Debe por ello permitirse al Instructor valorar esas causas de exención para no postergar innecesariamente la decisión del proceso y, sobre todo, la injusticia que supondría someter a una persona a un juicio oral, cuando se evidencia ya que es penalmente irresponsable. "Criminalidad" a los efectos de los arts. 384 o 783 LECrim es algo más que "tipicidad objetiva". Por "criminalidad" "hay que entender la existencia de un delito con todos sus elementos. Por tanto, el Instructor, en el momento de dictar o denegar el auto de procesamiento, se encuentra a estos efectos en idéntica posición que la Audiencia a la hora de dictar sentencia. La única variante es que al Instructor le basta la existencia de una probabilidad para decretar el procesamiento (o abrir el juicio oral, o decretar la conversión en abreviado -art. 779.1.4ª-), en tanto que la Audiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio necesitará certeza. En lo

demás, la capacidad de valoración es idéntica. Si el Instructor aprecia la existencia de una causa de justificación (v.gr. ejercicio legítimo de la libertad de información), razones que pueden llevar a la inculpabilidad (error sobre la falsedad de la imputación o un error de tipo) o una excusa absolutoria, deberá denegar el procesamiento o la apertura del juicio oral por no existir indicios de "criminalidad".

La única salvedad que en un plano teórico hay que efectuar a este planteamiento es la relativa a las causas de inimputabilidad que llevan aparejadas medidas de seguridad. En tales casos es preceptivo entrar en el juicio oral, no ya porque no pueda constatar esas circunstancias el Instructor (en muchas ocasiones contará con elementos sobrados para ello), sino porque se hace imprescindible el plenario para decidir sobre la imposición o no de medidas de seguridad, a veces más gravosas que la propia pena, dando oportunidad para una defensa plena. Y, es que, en esos casos, aunque la sentencia sea formalmente absolutoria, encierra una condena al sometimiento a una medida de seguridad.

Es todo esto predicable de los procesos por injuria y calumnia. Otra interpretación, aparte de no contar con base legal suficiente, supondría someter injustificadamente a la parte querellada a las cargas que se derivan del juicio oral y, además, se traduciría en una vulneración indirecta del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. No sólo el derecho de la querellada, que tendría que esperar al juicio oral, con todas las demoras, cargas y coste personal y social que ello puede comportar,

para obtener una definitiva resolución exculpatoria cuya procedencia era constatable desde antes; sino también del propio querellante, que no verá expedita la vía civil hasta que esté definitivamente resuelta la causa penal.

El ATC de 20 de junio de 1988 convalida la legitimidad constitucional de esta interpretación. El auto de archivo de las diligencias previas seguidas por querrela por injurias, al estimarse que no concurría el *animus iniuriandi*, fue recurrido en amparo. El citado ATC inadmitió a trámite la demanda por considerar que las razones esgrimidas relativas a la ausencia de ese elemento subjetivo eran suficientes para acordar la no continuación del procedimiento penal.

NOVENO.- El fondo del asunto, así delimitado, lleva a confirmar la decisión de sobreseimiento. Los hechos, completados con las apreciaciones fácticas introducidas en apelación, no encajan ni en el art. 205 ni en el art. 208 CP. Se aprecia una imputación ofensiva de hechos, en su vertiente objetiva. Pero no puede afirmarse con rotundidad -ni siquiera con el nivel de probabilidad exigible en esta fase, inferior a la certeza- que fuera efectuada sin veracidad (es decir con desprecio manifiesto a la verdad). Se identifica, además por el Tribunal, una intención de denunciar una situación que afectaba a la autora de tales imputaciones en un marco muy concreto (junta de vecinos), manteniéndose por tanto en la esfera en que se producían tales hechos (no hay imputaciones gratuitas en ámbitos extraños que las harían innecesarias). Sería, en consecuencia, denuncia amparada por el ejercicio de un derecho."

Al respecto del debate sobre el tratamiento de la compensación de lo cobrado de la póliza de seguro contratada por la empresa por mandato del convenio colectivo: si puede compensarse con el importe global de la indemnización o solo con la parte de la misma imputable al lucro cesante, mencionar el Auto de 21 de junio de 2022 del Tribunal Supremo Sala 4ª, dictado en recurso nº 3539/2021. En el caso la actora, viuda del trabajador que prestaba servicios para la empresa (LSA), interpuso demanda de reclamación de daños y perjuicios frente a la misma y la aseguradora. El trabajador había sido declarado por sentencia judicial firme en situación de IPA derivada de enfermedad profesional con efectos económicos del 25/05/2011 y hasta el 27/04/13, fecha en que falleció. En 2017 se alcanzó acuerdo para poner fin a procedimiento judicial entablado por la viuda frente a la aseguradora, recibiendo la cantidad de 60.101,21 euros en concepto de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional reconocida al trabajador. También percibió la demandante la cantidad de 13.021,32 euros como indemnización especial a tanto alzado por el fallecimiento de su esposo derivado de enfermedad profesional prevista en el art. 177 LGSS (actual artículo 227 LGSS).

La sentencia de instancia origen de estas actuaciones estimó parcialmente la demanda condenando a L a abonar a la actora la cantidad total de 138.098,52 euros, de los que 101.669,82 euros corresponden a la misma en calidad de perjudicada-viuda por el fallecimiento de su esposo y el resto de 36.428,70 en calidad de heredera de su causante. Recurrida en suplicación por la actora y por la empresa, se estima parcialmente el recurso de la actora en el sentido de incrementar el importe de la indemnización.

En lo que a efectos casacionales interesa, alegaba la empresa que la indemnización que le fue pagada debe ser compensada de la cantidad final en relación con la indemnización a favor de familiares derivada de la mejora voluntaria ya percibida, lo que se rechaza por la sala porque la cuantía de 60.101,21 euros fue percibida en concepto de incapacidad permanente absoluta y no por muerte, a diferencia de la indemnización de 13.021,32 euros.:



*“Por otra parte, alcanza éxito la pretensión de la actora oponiéndose a la compensación que aplicó la sentencia de instancia entre la indemnización convencional por muerte y la Tabla I del baremo. Razona la Sala que la compensación solo puede afectar a conceptos homogéneos y que la doctrina casacional ha venido reiterando que las cantidades de la Tabla I del baremo no pueden compensarse con las mejoras de la Seguridad Social convencionalmente fijadas, dado que en ellas se contemplan tanto los daños morales como el perjuicio económico, de forma que para valorar esas mejoras convencionales (resarcitorias del lucro cesante) procede acudir a los factores de corrección de la tabla II, pero sin descuento directo.*

*Invoca de contraste la sentencia del Tribunal Supremo de 10/01/19 (R. 3146/16) en la que se debate el tratamiento de la compensación de lo cobrado de la póliza de seguro contratada por la empresa por mandato del convenio colectivo: si puede compensarse con el importe global de la indemnización o solo con la parte de la misma imputable al lucro cesante*

*...no existe contradicción entre las sentencias comparadas, pues, por lo pronto, ambas aplican la misma doctrina, sin que los fallos sean contradictorios, sino que en ambos casos se concluye que el importe de la mejora voluntaria se imputa al lucro cesante”*

Resulta esclarecedora la Sentencia nº 179/2022, de 24 de febrero, del Tribunal Supremo, Sala 2ª en torno al principio “non bis in idem” y el delito continuado:

*“El problema no consiste aquí tanto en verificar la identidad de los hechos (no la hay), como de valorar en qué medida la cosa juzgada juega frente a la institución del delito continuado que, por definición, implica pluralidad de hechos (por tanto no habrá identidad fáctica si alguno de ellos escapa a la consideración del Tribunal), pero unidad de delito. Adentrarse en ese tema, auténtico núcleo de la cuestión suscitada, hace conveniente entretenerse antes en consideraciones tanto ejemplificativas como teóricas y dogmáticas que analizamos de la mano de la STS 980/2013, de 14 de noviembre.*

*Quien ha sustraído dos frutas simultáneamente y ha sido condenado en una sentencia que solo contempla una de las dos (por los motivos que sean: no se descubrió a tiempo, un olvido de la acusación...), no podrá volver a ser condenado por la sustracción de ninguna de ellas. Tampoco podrá ser enjuiciado por el apoderamiento de la fruta a la que no alcanzaba la condena. Existe cosa juzgada porque a efectos penales estamos ante un “mismo hecho”, aunque desde el punto de vista naturalístico pueda distinguirse entre el apoderamiento de una de las frutas y la toma, sin solución de continuidad, de la otra mediante una acción (en sentido naturalístico) diferente. El hecho en su sentido más naturalista ha*

*de ser reformateado por su significación jurídica a los efectos de establecer el perímetro en el que irradiará su eficacia excluyente la cosa juzgada. En el bien entendido de que estamos ante la fuerza de cosa juzgada de la sentencia condenatoria penal, que no se extiende a las consecuencias civiles no analizadas.*

*Las cosas se presentan de forma sustancialmente distinta cuando pensamos en el delito continuado (o en delitos en varios actos, o delitos permanentes o de tracto continuado). Desde el punto de vista jurídico la continuidad abarca **diferentes acciones** aunque sean reagrupadas en un único delito. Si la sustracción de cada una de las frutas se lleva a cabo en dos días consecutivos ya no hay unidad de acción, aunque estaremos ante un único delito continuado. Hay que delimitar cuándo hay “unidad de delito”.*

*Los textos internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 14.7- o Convenio Europeo de Derechos Humanos -art. 4 del Protocolo 7-) coinciden en referir el derecho a no ser doblemente juzgado o condenado a los supuestos de unidad de “infracción”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha perfilado los contornos del término “infracción” que viene a ser equivalente a “hecho punible” o, por utilizar las mismas palabras del Tribunal de Estrasburgo, a “hecho penal único”. “Infracción” no es expresión que se equipare con delito, pero tampoco con hecho; no, al menos, desde la sola consideración de éste como un suceso humano identificable conforme a unas coordenadas espacio-temporales. Lo que permite identificar una infracción son*

*los hechos mirados desde una perspectiva normativa o, lo que viene a ser lo mismo: la relevancia que a los hechos enjuiciados o sancionados conceden las normas penales.*

*En un delito continuado podemos hablar de una “infracción”.*

*Cuando nos enfrentamos a un delito continuado cuyas acciones han sido diseccionadas para el enjuiciamiento separado, la jurisprudencia, en aras al principio de proporcionalidad, ha entendido que cabe una segunda condena que integre la anterior incluyendo en la continuidad nuevos hechos que quedaron descolgados del previo enjuiciamiento por razones procesales, pero siempre que se haga una valoración global y el incremento de pena derivado de la suma de ambas penalidades: (por todas STS 102/2017, de 20 de febrero).*

*a) No supere de forma alguna el máximo de la pena prevista para el delito continuado a tenor del art. 74 CP (mitad inferior de la pena superior en grado: en este caso hasta un año y seis meses; lo que sería respetado aquí pues la suma alcanza un año).*

*b) Se ajuste a un juicio de proporcionalidad de la pena resultante, redimensionándola si procede para fijar la pena que se hubiese impuesto de evaluarse globalmente todas las acciones. Esa penalidad podría ser -en su caso- la misma que se impuso en la primera condena lo que supondrá un añadido “cero” en la segunda condena.*

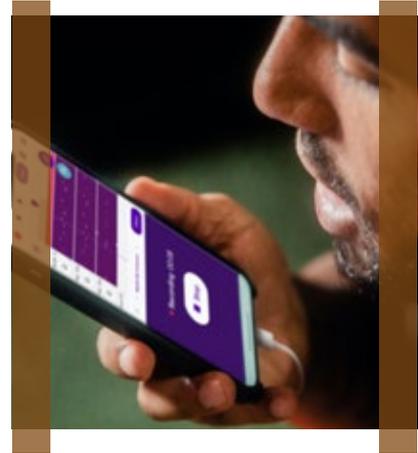
*En ocasiones esta Sala a través de esa doctrina ha llegado a anular una condena por vía del recurso de revisión*

al entender que el nuevo hecho enjuiciado no incrementaba significativamente la antijuricidad de los ya enjuiciados y penados conjuntamente (vid STS 939/2012, de 20 de noviembre: “lo que esta sucesión y solapamiento de condenas plantea no es solo una duplicación parcial de la indemnización, sino también, objetivamente, una exasperación extralegal de la pena, debida a una objetiva disfunción procesal ajena a las acciones y a la propia responsabilidad del imputado, que, en puridad, y como lo demuestra la misma sentencia producida en segundo término, tenía derecho a que todos los actos de que se trata se hubieran visto en la misma causa. Siendo así, el único modo de restablecer a Pérez Díaz en su derecho a la pena legal ( art. 2CP), que es el finalmente conculcado, es dejar sin efecto la impuesta en la primera causa, de modo que solo cumpla la que lo ha sido en la segunda. Operando en este aspecto de la misma manera con la indemnización y con las costas”).

**SEXO.-** *Apreciamos, así pues, unidad de comportamiento a efectos penales: unos mismos hechos en sentido jurídico penal o, si se quiere, pluralidad de hechos que penalmente han de ser evaluados y sancionados de forma unitaria. La doble penalidad podría vulnerar o el non bis in idem o el principio de proporcionalidad (si llegamos a entender que se ha sobrepasado el reproche que derivaría de su valoración conjunta).*

*El problema adicional ya anunciado, al que el recurrente sabe sacar rendimiento, radica en que la sentencia anterior, aunque sea de forma errada,*

*o, por lo menos, no amónica con la doctrina jurisprudencial, negó la continuidad delictiva. Ese punto de partida no podría ser revisado por encontrarnos ante un pronunciamiento firme, razona el recurrente. La integración de este nuevo hecho no puede servir para variar el juicio de reproche contenido en la anterior sentencia.”*



La Sala 2ª del Tribunal Supremo dilucida en Sentencia nº 205/2022, de 8 de marzo la relevante cuestión de si una conversación en la que intencionadamente se arranca al acusado una frase que sugiere una aceptación implícita de los hechos y que fue grabada sin advertirlo antes por el interlocutor (padre de la víctima) es material probatorio utilizable.

En dos planos diferenciados, y no comunicables entre sí, se puede analizar esta cuestión. :

*“En efecto, primeramente está el problema de la validez de ese medio probatorio. La discute el recurrente. De declararse que han vulnerado derechos fundamentales, arrastraría a la inutilizabilidad total de la prueba (art.11.1 LOPJ).*

*En otro nivel muy diferente de análisis se mueve la cuestión de la fiabilidad o poder convictivo de ese material probatorio. Es este ya un problema de valoración probatoria en el que habrá que poner en funcionamiento las máximas de experiencia y los criterios generales de valoración de la prueba que no son susceptibles de ser reducidos a reglas estandarizadas.*

*que no deben ni confundirse, ni mezclarse. Una prueba inutilizable por haber sido obtenida con violación de derechos fundamentales puede ser totalmente fiable y no arrojar la más mínima duda (droga ocupada con motivo de un registro que se hizo sin mandamiento judicial). Pero, por ser nula, hay que expulsarla del bagaje probatorio.*

*Y una prueba válida y valorable (declaración como testigo de quien guarda un confesado rencor al acusado y en la que aparecen multitud de elementos y datos desmentidos por pruebas objetivas), puede ser muy poco fiable. Pero eso no aboca a su nulidad.*

*Ni la falta de fiabilidad conduce a la nulidad o*

*Se trata de dos planos*

*inutilizabilidad (salvo expresa declaración legal o jurisprudencial como sucede con algunos casos de prueba legal negativa: vid. Art. 810 LECrim); ni el pleno y absoluto valor convictivo de una prueba (hallazgo del cadáver y del arma homicida con huellas del acusado en la vivienda de éste) será capaz de rehabilitar una prueba obtenida con violación de un derecho fundamental (no había autorización judicial para entrar en la vivienda). La jurisprudencia, que el recurrente demuestra conocer bien, nos ofrece una contundente respuesta afirmativa para ese interrogante. No puede considerarse vulneradora de derechos fundamentales la grabación de una conversación por uno de los interlocutores aunque no cuente con consentimiento de los demás (distinto sería si es un tercero el protagonista de la injerencia). Por tanto esa grabación es material válido, como lo serían las declaraciones de uno de los partícipes en el diálogo, refiriendo los términos de la conversación cuya grabación servirá como corroboración y garantía de que esas referencias se ajustan a la realidad. No hay afectación de la intimidad constitucionalmente reprobable.*

*Tampoco se produce una violación del derecho a no declararse culpable. Ese es un derecho ... que ... no tiene eficacia horizontal; no rige en las relaciones entre particulares.*

*En el caso del derecho a no declarar o a no confesarse culpable, sin embargo, su existencia misma, su propio concepto esencial, demanda como presupuesto de referencia que exista un procedimiento, --entendido este término en un sentido*

*amplio--, en el cual sea el sujeto llamado a declarar (pudiendo negarse a hacerlo: derecho a no declarar) o resulte interrogado acerca de extremos cuya respuesta pudiera perjudicarlo (derecho a no confesarse culpable). Se requiere, en tal sentido, la existencia, siquiera en fase embrionaria de una cierta imputación, de unos hechos eventualmente atribuibles a la persona afectada, en curso de investigación policial o judicial, respecto de los cuales pudiera acogerse a su derecho a no declarar o a no confesarse culpable. Naturalmente cualquiera puede declinar responder a cualquier clase de pregunta formulada también por cualquier otro, que no considere, por la razón que fuese, pertinente. Como también cualquiera, genéricamente, tiene derecho a guardar silencio y a no proclamar, si no es este su deseo, su eventual responsabilidad o participación en hechos de cualquier naturaleza. Pero no son estos derechos o facultades, meras expresiones de la libertad individual, a los que se refiere el artículo 24 de la Constitución. Cuando alguien prefiere, por ejemplo, no contestar a su pareja, a un amigo, a un familiar, sobre cualquier extremo acerca del cual se le interroga (u opta por omitir determinados hechos que pudieran hacerle aparecer como responsable frente a ellos de cualquier eventualidad), está ejerciendo, sí, su libertad individual; pero no hace uso de los derechos fundamentales a no declarar o a no confesarse culpable. Estos se predicen en el contexto de una investigación en el curso de la cual los agentes de la autoridad o la autoridad judicial, podrán requerir al individuo para que comparezca a prestar declaración o*

*formularle, en su seno, preguntas cuyas respuestas pudieran perjudicarlo. Es aquí donde cobran vigencia los mencionados derechos a no declarar ya no confesarse culpable.*

*Incluso aunque se llegase a la realidad de que las grabaciones no eran utilizables (lo que no es asumible como se ha explicado), no podríamos prescindir ni del testimonio del interlocutor dando cuenta de las grabaciones; ni -y esto es importante- de la aceptación por parte del al acusado de que volcó esa frase en aquella conversación, aunque luego trate de negarle valor incriminatorio con distintas explicaciones. La aceptación por el acusado en el acto del juicio oral de que en efecto realizó ese comentario es medio probatorio autónomo en tanto aparecería rota la conexión de antijuricidad con la fuente inicial. Una confesión realizada sin advertencia de sus derechos (en este caso sería la confesión extraprocesal); no anula la confesión en el juicio oral en condiciones de plenas garantías.*

*Aquí la Sala de instancia otorgó credibilidad al testimonio de la víctima apoyándose igualmente en las manifestaciones vertidas por el acusado en esa conversación telefónica: no sabía lo que hacía. Tiene razón el recurrente al señalar que en ese momento esa mera lacónica expresión, especialmente si la extraemos de su contexto situacional y comunicativo, no significaría nada.*

*ahora bien, que no se conociesen con detalle los hechos no despoja de fuerza convictiva a esa expresión que, puesta en relación con el relato de Carolina, dota a*

éste de gran poder convictivo. No se alcanza a intuir otra explicación alternativa a esa expresión -una forma de disculparse amparándose en unos impulsos irrefrenables y casi inconscientes: no sabía lo que hacía- más que como aceptación de una conducta que avergüenza. Si luego la persona a la que se refería esa expresión relata hechos que dan explicación plena a la expresión, no puede negarse la racionalidad de otorgar valor probatorio a ese comentario. No es en rigor una confesión, ni procesal ni extraprocesal en cuanto no hay un relato ni pormenorizado ni sintético de hechos. Pero es una aceptación implícita, con fuerza corroboradora.”

Sobre la “ ficta admissio” del art. 304 de la LEC, citar la sentencia nº 278/2021, de 17 de diciembre, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada, -Ponente Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Angélica Aguado Maestro-:

“SEGUNDO: Si bien es cierto que la posición mayoritaria de las Audiencias Provinciales viene entendiendo que de conformidad con el art. 440.1, párrafos 3º y 4º LEC, se exige que se anuncie con cinco días de antelación a la celebración de la vista del juicio verbal la proposición de la prueba del interrogatorio de parte al objeto de aplicar el art. 304 LEC, la sentencia ahora recurrida desestima la demanda al entender que no ha resultado acreditada la realidad del encargo por el que se pide la indemnización, consistente en que se reclamara

el abono de la prestación de incapacidad temporal y la sentencia sólo se refiere a la “ ficta admissio” del art. 304 LEC “ a mayor abundamiento”, por tanto las alegaciones que se hacen en el recurso sobre la aplicación de este artículo no pueden ser acogidas, pues las razones y motivos por los que básicamente se desestimó la demanda fueron otros.”

La Sentencia núm. 309/2022, de 29 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala 2ª, explica como la previsión del art. 227.3 CP -” la reparación del daño comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”- se refiere a todas las pensiones adeudadas, o solo a aquéllas que han dado lugar a la condena penal:

“En la práctica convivieron las dos posturas antagónicas. Algunos órganos incluían en concepto de indemnización las pensiones impugnadas; otros, la mayoría, no.

La polémica fue zanjada por el Legislador de 1995 mediante una previsión específica. El art. 227.3 CP afirma rotundamente, sin margen para la discrepancia, que “ la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”. El hecho de que la ley se sintiese obligada a proclamarlo explícitamente sugiere que, sin tal previsión, la conclusión debería ser otra.

Pues bien, esa obligación civil -pago de pensiones- impuesta en sentencia (que en

rigor puede reclamarse en el mismo proceso de ejecución en familia, aunque exista un proceso penal en trámite) no es responsabilidad civil nacida del delito. Se generó antes. Es una obligación que enraíza en la ley. No se transforma por el hecho de que su incumplimiento haya podido dar lugar a un proceso penal en el que viene a ser exigida. Sigue siendo la misma obligación, con idéntico régimen y con idéntico obligado, aunque pueda convertirse en objeto accesorio del proceso penal.

CUARTO.- Se trata a continuación de indagar -y con esto entramos ya en el núcleo de la impugnación- si la previsión del art. 227.3 CP se refiere a todas las pensiones adeudadas, o solo a aquéllas que han dado lugar a la condena penal. Una interpretación lógica y sistemática empuja a la segunda de las posiciones. No tendría sentido utilizar el proceso penal para debatir sobre otras deudas (importes ya prescritos; o aquéllos que no han sido objeto de denuncia...) desvinculadas de la conducta enjuiciada. El art. 227.3 CP alude a una reparación del daño procedente del delito por lo que únicamente debe comprender las cantidades adeudadas durante el periodo de impago sometido a enjuiciamiento ( STS 560/2002, de 27 de marzo) y no todas las que pudiera haber pendientes. Sí, en cambio, pueden incluirse las surgidas durante la tramitación del proceso penal hasta un determinado momento ( STS Pleno 346/2020, de 25 de junio).

En este caso el Juzgado de lo Penal, aún partiendo de esa premisa según se infiere de su razonamiento, explica que la conducta del acusado cancelando su vinculación

laboral funcional habría provocado el fracaso de la ejecuci3n de algunas pensiones ya vencidas y no abarcadas por la calificaci3n penal.

El argumento no es suficiente para llegar a esa soluci3n.

Primeramente, porque implícitamente se est  arguyendo que quizás podría existir un posible alzamiento de bienes, lo que es distinto del delito de impago de pensiones. De hecho en la querrela inicial aparecía esa referencia t pica luego evaporada en las pretensiones acusatorias. Y, en todo caso, se aprecia una conducta obstructiva del cobro, sea o no punible. N3tese c3mo precisamente el delito de alzamiento de bienes no lleva consigo responsabilidad civil por referirse a obligaciones nacidas antes del delito.

A mayores, hay que resaltar que nada jurídicamente singular (aparte de cuestiones de efectividad) añadiría superponer al pronunciamiento civil sobre esas deudas ya en fase de ejecuci3n y, por tanto, judicialmente reconocidas, otro pronunciamiento judicial duplicado. Sería, dicho castizamente, poner “ albarda sobre albarda”.

La sentencia n  308/2022, de 28 de marzo , del Tribunal Supremo Sala de lo 2 , acoge un motivo incorporado en modo curioso, en la apelaci3n se introdujo un elemento fáctico nuevo a añadir al hecho probado, aunque solo aparecerá en la fundamentaci3n jurídica: la constataci3n de que durante el procedimiento se produjeron pagos anticipando la responsabilidad civil y, además, en el momento de dictarla sentencia de apelaci3n, esas responsabilidades civiles estaban plenamente satisfechas en circunstancia reconocida por la acusaci3n particular que, en una an3mala posici3n procesal, impugn3 el recurso de apelaci3n del Fiscal, manifestando expresamente que era digno de ser valorado el esfuerzo del acusado que abonando el total de indemnizaci3n, así como las costas.:

“La reparaci3n para dar vida a una atenuante ha de ser anterior al acto del juicio oral y, además, significativa. Esa doctrina ha de ser mantenida a toda costa. No podemos derogar un requisito legal declarando que una reparaci3n ex post iudicio puede tener la eficacia de la atenuante t pica ( art. 21.5  y 66 CP), sin perjuicio del papel protagonista que puede tener en muchas instituciones de la fase de ejecuci3n.

Pero sí podemos constatar que en la jurisprudencia la reparaci3n parcial, cuando implica esfuerzo, no es rechazada como atenuante, en cuanto venga a ser reflejo del

*actus contrarius que est  en su filosofía. Esa reparaci3n parcial si, además, va acompañada de un compromiso serio de integridad, toma todavía más cuerpo para dotar de virtualidad atenuatoria a la reparaci3n parcial. Y, si, más aún, después de la sentencia se llega a materializar en su totalidad, como ha sucedido aquí, contaremos con un elemento que contribuye a robustecerla estimaci3n de que el compromiso de reparaci3n previo al juicio (y, por tanto cronol3gicamente evaluable a efectos del art. 21.5) revestía suficiente seriedad. Puede servir para, unido al pago parcial, confirmar una atenuante t pica ( art. 21.5 CP).*



Ejerciendo la acusación en un proceso penal, retirar o no la acusación cuando el ministerio público si lo hace, es una grave y apremiante decisión con tremendas consecuencias en forma de costas para el cliente, sobre ello reflexiona la Sentencia N° 297/2022, de 16 de marzo de la Sala 2ª del tribunal Supremo. La sentencia de instancia... “Estima la Sala que la acusación ha obrado con temeridad en la acusación por estafa cualificada y en la de publicidad engañosa. La acusación por estafa impropia, como era mantenida por el Ministerio Fiscal hasta el momento de las conclusiones definitivas, no va a ser incluida en la temeridad, aunque al no haber retirado la acusación, se aproxima bastante a ella.

La acusación tuvo ocasión de enmendar, al menos parcialmente, su actuación, retirando la acusación tras la práctica de la prueba en el acto del juicio oral, cuando lo hizo el Ministerio Fiscal. No lo hizo, y dedicó gran parte de su alegato en ahondar en el sentido de lo que consideraba elementos de cargo -titularidad de la cuenta en la que se ingresó parte del dinero, aparición en el contrato- que, como hemos analizado en la resolución, carecen absolutamente de tal condición.

La acusación realizada por estafa cualificada ha sido sumamente perturbadora, agregando una gravedad impostada, inexistente en el hecho enjuiciado incluso en la más favorable de las hipótesis posibles para la acusación, y que ha determinado incluso la competencia de este Tribunal, indebidamente sustraída al Juzgado de lo Penal por tan exorbitadas calificaciones jurídicas.:

*“En consecuencia, procede la declaración de oficio de las costas respecto a ambos acusados; y condenamos a la acusación particular a las costas relativas a la acusación a Dña. Sara en los delitos de estafa cualificada y de publicidad engañosa”.*

CUARTO.- *Es una justificación razonable. Debemos respetarla en tanto la Sala de instancia está en mejores condiciones de ponderar y calibrar los factores que suponen atravesar la delgada línea que separa lo que es el ejercicio templado y serio del derecho constitucional a la acción popular, reforzado en quien se siente perjudicado, de lo que degenera en exceso por ligereza o ausencia del exigible rigor en el mantenimiento de una pretensión acusatoria que redundaría por sí sola en perjuicio de otra persona que se ve sometida a un proceso, que debe acudir a profesionales para que asuman su defensa y que, luego de ser reconocida su*

*inocencia, no obstante se vería obligada a asumir los gastos derivados de su intervención procesal. Parece equitativo que en casos en que la acusación, siempre legítima, se aparta de forma poco cuidadosa de lo que es un ejercicio riguroso y bien fundado de la pretensión de condena, aunque sea desestimada, no se vea obligado el acusado absuelto a cargar con los gastos de una intervención procesal a la que se ha visto empujado.*

*No ha de percibirse esa condena en costas como una sanción en sentido estricto, sino como justa regla de asignación de gastos. Cuando el ejercicio de la acusación no se atiene a unos mínimos parámetros de reforzada racionalidad es criterio sensato y equitativo que asuma los gastos causados por ese uso un poco displicente de su derecho, aunque, desde luego, no suponga un reproche por mala fe que llevaría a medidas como la prevista en el art. 247 LEC que sí reviste carácter de*

*sancionador.*

*No se trata al decidir sobre este punto de realizar una especie de absurdo examen de derecho penal para comprobar si acertó la parte al elegir las tipicidades o las agravaciones. Pero es lógica la condena en costas si se constata que algunas de las pretensiones se edificaban sobre una base extremadamente frágil, y que en un juicio ex ante se percibían ya como claramente desestimables, aunque la presencia de una acusación más ajustada ejercitada por el Ministerio Fiscal aconsejase un debate conjunto sobre todo. Además, como razona la Audiencia, esa actuación ha supuesto variar la competencia y limitar la recurribilidad (casación en lugar de apelación) lo que también redundaría como un boomerang en perjuicio de la acusación: la casación es un marco en que se hace más difícil debatir sobre un tema de costas como el planteado con la palanca de un motivo ( art. 849.1º) cuyo*

*presupuesto es la vulneración de una ley penal sustantiva que fluya de la lectura del hecho probado.*

*La Audiencia vierte un razonamiento convincente para esa condena en costas que ahora refrendamos. no es acogible el argumento de que tendría un perverso efecto disuasorio: Hay que insistir: a diferencia de la condena en costas al responsable penal, la asignada a las partes no implica sanción, sino consecuencia de un lógico deber de resarcimiento. De admitirse este argumento del recurrente (efecto desaliento) habría que concluir que el art. 1902 C Civil se convierte en factor disuasorio del ejercicio de la libertad individual en tesis curiosa que no puede aceptarse.”*

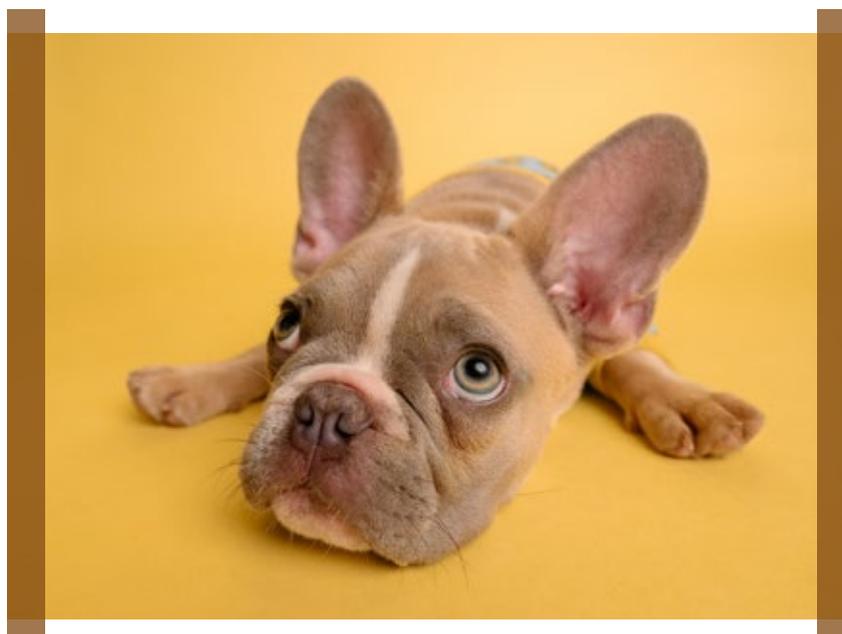
*¿Que es maltrato animal grave? Sentencia nº 229/2022, de 11 de marzo, del Tribunal Supremo. Sala 2ª:*

*para provocar valoraciones muy dispares ante supuestos esencialmente iguales. Decidir cuándo el menoscabo de la salud es grave y cuándo no lo es, es tarea preñada de relativismo que aconseja algún esfuerzo por parte de esta Sala Segunda para tratar de fijar unas mínimas pautas compartidas que alejen o mengüen el riesgo de interpretaciones muy dispares. Es esa justamente la misión que el legislador quiso adosar a esta modalidad casacional estrenada en 2015.”*

*¿Es obligatorio el sometimiento a esa segunda prueba de aire espirado en todo caso cuando se dan los requisitos legales?: ¿cuál es el bien jurídico protegido por el delito del art. 383 CP de desobediencia? con meridiana claridad nos lo desvela la Sentencia nº 291/20222, de 23 de marzo de 2022, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo:*

*“No podemos, sin traicionar la voluntad de la norma, convertir en potestativa una medición que inequívocamente aparece concebida como obligatoria. La comparación con la forma en que se regula la eventual extracción de sangre ofrece una conclusión rotunda. Lo que se quiso dejar sujeto a la voluntad del afectado, se consignó expresamente. El mensaje de la regulación es que el afectado está obligado a someterse a esa segunda medición. La interpretación del art. 383 CP no puede retorcer esa clara conclusión desvirtuando ese mensaje y sustituyéndolo por otro que traslade al ciudadano la idea de que esa segunda medición queda a su arbitrio, sin perjuicio de las consecuencias probatorias que puedan derivarse de su negativa. El mensaje no puede ser: la segunda medición no es obligatoria; o bien, solo lo es cuando el afectado no se resigne a la condena por el delito del art. 379 CP . La ley establece cuidadosamente los derechos del sometido a la prueba (análisis de sangre de verificación, necesidad de ser informado, comprobación*

*“Se trae a casación, a través de la puerta abierta en el año 2015 a los pronunciamientos provenientes en primera instancia de un Juzgado de lo Penal, el alcance que deba darse a la expresión menoscabo grave de la salud consignada en el art. 337.1 CP en sede de delitos contra la fauna (maltrato animal). Sin duda estema necesitado de precisiones exegéticas en tanto, como en muchos otros lugares del Código, el legislador con escasa deferencia al principio de taxatividad, echa mano en la labor tipificadora de un calificativo -»grave»-demasiado elástico. Esa tosca técnica es campo bien abonado*



del transcurso de un tiempo mínimo...). No está entre ellos el no acceder a la segunda espiración.

i) La cuestión nuclear es decidir si es obligatorio el sometimiento a esa segunda prueba en todo caso cuando se dan los requisitos legales. La respuesta afirmativa se justifica por la afectación del principio de autoridad, bien jurídico protegido. Y es que en el centro de toda esta controversia se sitúa una pregunta esencial que condiciona el curso del debate: ¿cuál es el bien jurídico protegido por el delito del art. 383 CP?

Desde una perspectiva de política criminal es innegable la vinculación con la seguridad del tráfico vial. El legislador tenía eso en mente. Pero si descendemos al terreno del derecho positivo y al plano de la estricta dogmática penal, esa conclusión tiene que ser modulada. Se trataría de un objeto de protección mediato; muy mediato. El bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia. De forma indirecta se protege la seguridad vial. El art. 383, por su especificidad, se ha emancipado definitivamente

del genérico delito de desobediencia del art. 556, pero no dejar de ser una modalidad singularizada.

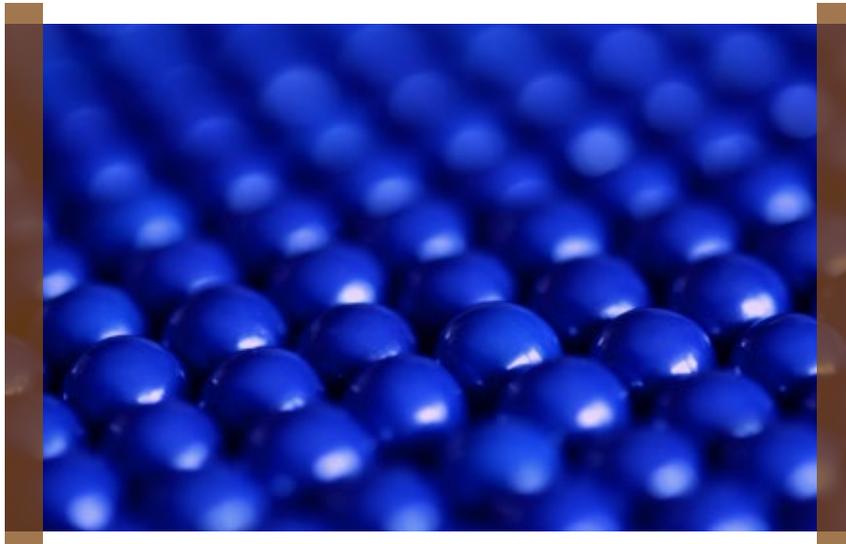
En todas las infracciones concretas de desobediencia indirectamente se pueden estar violando otros bienes jurídicos. Así si la desobediencia lo es frente a una orden judicial estarán afectado también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia; si es ante requerimientos de la Administración encargada de la tutela del medio ambiente también se estará repercutiendo probablemente en éste; y si se produce frente a agentes en el ámbito del tráfico rodado, se ataca a la ordenada circulación vial.

Mediante el delito del art. 383 el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la Autoridad para efectuar esas pruebas. Solo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Desde un punto de vista

institucional por el efecto general de prevención positiva: conseguir el acatamiento de tales pruebas repercute en conjunto en una mayor seguridad en el tráfico viario. En concreto, también habrá ocasiones en que la realización de la prueba será el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la circulación rodada. Pero el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad. Eso explica que también nazca la infracción cuando el bien jurídico «seguridad vial» está ausente: negativa por contumacia, o por simple enfado generado por la contrariedad de ser requerido para ello por parte de quien se encuentra en óptimas condiciones para conducir por no haber ingerido ni una sola gota de alcohol. Estaremos ante un delito del art. 383.

Solo desde esa diferenciación entre los bienes jurídicos protegidos en este precepto y el art. 379 (seguridad vial) son admisibles las generalizadas soluciones de concurso real entre ambas infracciones. Así lo ha entendido también esta Sala Segunda (STS 214/2010, de 12 de marzo).

Que esta infracción además haya sido concebida como medio eficaz para lograr la efectividad del art. 379 promoviendo las pruebas que permiten acreditar sus elementos, no puede despistar haciendo pensar que el art. 383 es un delito instrumental respecto del delito del art. 379 de forma que solo tendría sentido la condena por tal infracción cuando mediante la negativa se quisiese eludir el descubrimiento de un delito del art. 379. El tipo penal no exige un móvil determinado



en el autor. No es necesario que quien se niega lo haga con la finalidad de encubrir una infracción del art. 379 CP. Es delictiva y existe antijuricidad material (referida al bien jurídico principio de autoridad y respeto a las órdenes legítimas emanadas de los agentes de la autoridad) tanto si la negativa responde a ese intento de ocultar un delito del art. 379 como si obedece a otras circunstancias (v.gr.,rechazo visceral; ira momentánea); y lo es tanto si, en efecto, existe previamente una conducta incardinable en el art. 379 (o, en su caso, en la infracción administrativa), como si queda plenamente acreditado que el sujeto se hallaba en perfectas condiciones para pilotar un vehículo de motor.

Por estas razones en la exégesis concreta del tipo del art. 383 no puede exagerarse el parentesco con el bien jurídico seguridad vial que es solo mediato; ni con la efectividad de la condena por el delito del art. 379 (que es compatible, en principio). El art. 383 representa algo más que la sanción de un autoencubrimiento. Solo si se le concibe de esa manera (autoencubrimiento) deformando el contenido sustancial del precepto, y se le separa del principio de autoridad (vacuando su contenido sustancial) se entienden esas acotaciones interpretativas que hemos rechazado, basadas en la no necesidad in casu de la prueba.

La protección del principio de autoridad resulta evidente. Sin embargo, no es determinante el ataque a la seguridad vial que en el supuesto concreto puede estar presente o no. Esta visión del principio de autoridad como bien jurídico protegido aparece tanto en la STC 234/1997, de 18 de diciembre como en la

jurisprudencia de esta Sala (STS 1/2002, de 22 de marzo).

Fue ajustada a derecho la interpretación del juzgado de lo Penal que no queda desvirtuada por la confusa argumentación de la Audiencia Provincial: la actitud obstaculizadora para la segunda medición estuvo bien incardinada en el art. 383 CP.”

Sírvanos de criterio válido de orientación en la aplicación del “Baremo”, de la Ley 30/15, de 22/09, la Sentencia núm. 147/2022, de 17 de febrero, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo :

“El hecho probado, que ha permanecido inalterado tras su paso por la apelación, habla de una relación afectiva entre el condenado y la víctima: tenían un hijo común de un año y habían sido pareja durante cinco años.

...de la Audiencia, no son aceptables:

a) El Juzgado de lo Penal evoca una vieja jurisprudencia, ya superada, que excluía la agravación cuando no persistía un vínculo afectivo o estaba muy deteriorado. Desde el momento en que en 2003 se asimiló a la relación matrimonial vigente, la condición de ex cónyuge es inviable esa exégesis restrictiva. Por lo demás, su apreciación no queda confiada al arbitrio del juzgador. Si concurren sus elementos es de obligada aplicación. Que otra persona haya sido objeto de amenazas iguales no desvanece la mayor antijuricidad propiciada por

el distinto sujeto pasivo: la madre de su hijo, con la que había mantenido una relación afectiva prolongada, lo que le obligaba a un mayor respeto.

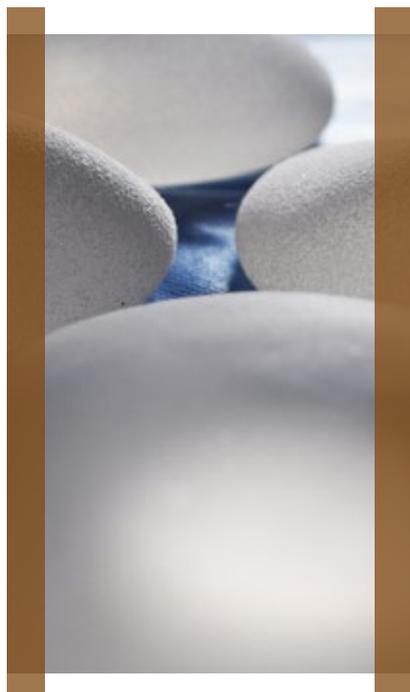
b) La Audiencia maneja una redacción del art. 23 ya derogada. Desde la reforma de 2003 el art. 23 CP habla de **persona que esté o haya estado ligada de forma estable por igual relación de afectividad. La ex pareja está expresamente contemplada.** No es necesario acudir a la analogía (una analogía que estaría prohibida al ser in malam partem) para hacer aplicable el precepto.”

A juicio de la Sentencia nº 8/2022, de 11 de Enero, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada- Ponente, Dª Angélica Aguado Maestro no es buena elección para una Cía. Aseguradora, sustituir un seguimiento médico, y su pericial por un estudio biomecánico en apoyo de un presunto inexistente nexo causal, y lo premia asimilando días de baja y de perjuicio moderado

“A pesar de tener conocimiento la compañía de seguros, desde un primer momento, de que el accidente había ocasionado lesiones a la conductora del Opel Corsa, pues así se hizo constar en el parte amistoso de accidente ,se desentendió por completo de realizar un seguimiento al objeto de poder constatar y comprobar la evolución

de la dorsalgia inicialmente diagnosticada y poder valorar las complicaciones posteriores que afectaron a la cadera, para limitarse a emitir un informe de biomecánica y, en base al mismo, considerar que las lesiones por las que venía siendo tratada no guardaban ninguna relación con el accidente.

En consecuencia, como la realidad de las lesiones ocasionadas en el accidente de tráfico están perfectamente acreditadas con la información médica aportada y que se iniciaron a raíz de la colisión, al no existir ningún otro hecho que justifique su aparición, sin que la compañía de seguros hubiera llevado a cabo una actuación diligente para comprobar a través de sus equipos médicos, el alcance y realidad de las lesiones, consideramos que el recurso de apelación en este aspecto debe prosperar y que debido a la colisión, la Sra. Salvadora sufrió lesiones de las que tardó en curar 162 días todos ellos de perjuicio personal moderado, pues estuvo de baja laboral todo este periodo”



Se obstina la realidad en pretender que el campo de la cirugía en implantes mamarios carece de la precisión de otros campos quirúrgicos, y no es así ,veámoslo en la Sentencia nº 41/2022, de 11 de Febrero , de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Granada - Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz,;

“Prótesis de diferente tamaño, desconociendo al equipo que llevó a cabo la intervención los términos del contrato concertado en cuanto al volumen de la prótesis a colocar, negando se le facilitaran varios juegos de implantes para que decidiera el más adecuado.

Prueba de todo ello es que la actora en cuando que constató que las prótesis no se correspondían en volumen y perfil con las contratadas, solicito una cuarta intervención. La misma apelante aceptó practicarla a coste cero, lo que, sin duda, no hubiere realizado si las prótesis colocadas en la 3ª operación fueron las contratadas. Esto implica un auténtico acto propio revelador del error padecido, que ahora no puede contravenir.

La misma suerte ha de correr la petición subsidiaria de que la cuantificación del perjuicio se limite a la cuarta operación. Es cierto que, tras el giro del implante de la mama izquierda se iba a efectuar una nueva intervención . Si esto hubiera sido así, ningún perjuicio se había producido ya que el giro de la prótesis se encontraba entre las previsiones normales de la

operación y el posoperatorio vendría justificado. Sin embargo, la tercera operación fue errónea, al colocar unas prótesis distintas de las pactadas. Por tal motivo, deben ser indemnizados los perjuicios derivados de la tercera y cuarta operación al provocar el incumplimiento contractual tanto unas intervenciones quirúrgicas como un posoperatorio completamente innecesarios.”

Firme la ponente Dª Mª Montserrat Peña Rodriguez en su consideración de la declaración amistosa de accidente , configuración de lo planteado en un proceso previo del que se desistió - y que “ no todo vale”- ,suscribe la Sentencia Nº 271/2021, de diez de diciembre, de la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Granada:

“...no casa con el hecho de que presentara una primera demanda en la que atribuyera la responsabilidad del siniestro a un vehículo distinto y aportara además la declaración amistosa del siniestro en la que, no cabe duda a juicio de este Tribunal, los implicados hicieron constar los datos correctos del vehículo causante, pretendiendo a posteriori en la segunda demanda su modificación ante la eventualidad de no estar en vigor la póliza de seguro con A que se hizo constar, extremo que se puso de manifiesto con la contestación a aquella primera demanda formulada por A, sin que, como se ha

dicho ya, conste acreditado que el desistimiento que la actora hizo en aquel primer procedimiento obedeciera al alegado acuerdo con A para interponer otra demanda con los datos correctos del vehículo causante. Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida al haber estimado ésta la falta de condición de parte procesal legítima de A en el procedimiento.

Como señalan las Sentencias de la AP de Valencia 5 de noviembre de 2005 , 20 de febrero de 2008 , y 31 de octubre de 2014 en relación con el valor probatorio del parte amistoso de accidente: «Si bien es cierto que la primordial función que están llamadas a desempeñar las declaraciones amistosas de accidentes es la de facilitar la conclusión de los convenios celebrados entre aseguradoras (señaladamente, aunque no en exclusiva los denominados CIDE y ASCIDE) y procurar, a su través, la pronta reparación de los daños por la vía de las compensaciones entre compañías en atención a los casos determinados en los mismos, no puede desconocerse que cuando -como acaece en el caso de autos- se encuentran suscritos por los conductores de ambos vehículos intervinientes, comportan una presunción vehemente, aunque «iuris tantum», de veracidad de lo en ellas reflejado, recayendo sobre quien pretenda desvirtuar su contenido la carga de acreditar la inexactitud de lo que expresa no la alteración sobrevinida de su contenido.»

Valorando el daño irrogado, la realidad siempre se obstina en superar con creces la ficción, como muestra la Sentencia nº 103/2018 de 1 de marzo, de la sala 2ª del Tribunal Supremo:

“Se ha impuesto la penalidad máxima consentida por el art. 148 CP: cinco años de prisión por cada una de las lesiones. Está explicada y justificada en la sentencia: fundamento de derecho Séptimo.

Leemos allí:

«En pocas ocasiones este Tribunal ha tenido oportunidad de ver delitos tan crueles y reprochables como los que han sido objeto de enjuiciamiento no solo por el hecho de la muerte de otra persona sino por las circunstancias que rodearon el mismo. Así se trata de la muerte por degüello de la madre de dos niñas de 6 y 10 años de edad realizado en presencia de éstas y abandonando el acusado el lugar dejando a las menores en presencia del cadáver de su madre desplomado en el suelo y envuelta en un charco de sangre. Menores que gritaban como ha manifestado un testigo con «gritos que parecían sacados de una película de terror»; además el hecho se produjo en el domicilio de las menores, aprovechando el acusado tal circunstancia pues sabía cómo entrar en el garaje así como que a la hora en que se produjo no se encontraría en el domicilio el esposo de la víctima que pudiera haber ayudado a ésta.

El derecho penal no exige

en modo alguno el dolor de corazón o arrepentimiento del acusado ante hechos semejantes, sin embargo en el caso de autos el acusado a parte de no mostrar arrepentimiento alguno parece justificar su acción y culpa de ella a otras personas, así en el acto de la vista oral llegó a decir «las víctimas no son víctimas mías sino que son víctimas de la situación».

Igualmente y concedida la última palabra en el acto de la vista oral, mostró en su caso arrepentimiento en cuanto a las lesiones psíquicas de las menores pero culpó de ellas a los familiares por haber tardado 24 días en llevar a éstas a que recibieran asistencia psicológica, no mostrando arrepentimiento alguno respecto de las demás víctimas como son su ex esposa, el marido de L , padres y hermanos de L a quienes sí pidió perdón siempre y cuando «tuvieren la conciencia tranquila». Así como se dijo en el turno a la última palabra el acusado manifestó: «...Si mis sobrinas fueron desde mí punto de vista testigos de lo que pasó en el garaje ese día, yo pienso que yo era ajeno a la presencia de mis sobrinas, aquí ha habido una mala praxis y no sé a quién acudir, de que hayan estado 24 días sin asistencia psiquiátrica ni psicológica de ningún tipo, estos señores se han interesado mucho por el estado de mis sobrinas y han utilizado el tema de las sobrinas y venga las sobrinas pero nadie se ha acordado que estuvieron 24 días los más importantes sin asistencia, es decir si una persona si se rompe la pierna puede quedarse coja toda la vida, mis sobrinas, esas secuelas yo creo que estoy eximente y que se las atribuía a otras personas.... ( sic). «... Pedir perdón a las únicas víctimas inocentes que

*yo creo que son mis sobrinas y a todas aquellas que les haya podido hacer daño siempre y cuando estas personas tengan la conciencia tranquila si ellos tienen la conciencia tranquila y ellos quieren recibir mi arrepentimiento que lo reciban pero yo las únicas personas que creo que se lo merecen son mis sobrinas la C y la E. «*

*Por todo lo expuesto y teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que en palabras del Dr A , «las menores han sufrido el máximo nivel de shock traumático, y que vivirán con las secuelas toda su vida recordando éstos hechos en fechas señaladas como el día de la Madre, día de Reyes...», las circunstancias en que se cometió, y las circunstancias personales del imputado, debe imponerse la pena en su grado máximo no solo en el asesinato, sino también en las lesiones causadas a B en cuya comisión concurren dos agravantes específicas del art. 148 del C. P como son las previstas en los números 1º y 4º».*

¿Resulta aplicable a las costas procesales en el proceso contencioso-administrativo el límite de un tercio de la cuantía del pleito que establece el artículo 394.3 de la LEC? y, ¿en su caso, dicho límite puede fijarse en la propia sentencia o si debe establecerse en la posterior tasación de costas? Como cuestión con interés casacional lo resuelve la Sentencia nº 770/2022, de la Sala 3ª (Secc. Quinta) del Tribunal Supremo:

*«Es jurisprudencia constante de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que al nuevo recurso de casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial no le es aplicable supletoriamente el artículo 394.3 de la LEC».*

*Así podemos citar el auto de 13 de septiembre de 2017 (RCA 55/2016), que afirma que:*

*«Recuérdese que es criterio de la Sala considerar que el artículo 394.3 de la LEC invocado por la parte impugnante, sólo es posible su aplicación de forma supletoria, es decir será de aplicación en lo que no esté previsto en la propia regulación del proceso, lo que no ocurre en el presente caso, puesto que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa señala en su artículo 90.8 (redacción dada por la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial ) que «La inadmisión a trámite del recurso de casación comportará la imposición de las costas a la parte recurrente, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.» lo que implica que la imposición de costas en el presente caso es una facultad ejercida por la Sala a la que viene habilitada por el artículo 90.8 y 139.4 de la LJCA,*

*sin que sea necesario acudir a la regulación de la LEC ni, por ello, resulta de aplicación su artículo 394. 3, en cuya vulneración se basa el recurso de revisión interpuesto.».*

*«En fin, es también consolidada la Jurisprudencia que ha señalado que salvo circunstancias excepcionales, cuando se fija una cuantía como máxima a favor del letrado favorecido por una condena en costas, la mis mano puede ser discutida en incidente de tasación, en razón de que el Tribunal ya prefijó su importe.*

*Sentado esto, la cantidad que figura en la minuta presentada, y acogida por la tasación, está dentro del límite fijado en la sentencia como cantidad máxima a reclamar por la parte recurrida a la parte recurrente; y, si bien es cierto que la cuantía de las costas establecida en la sentencia se fijó como cantidad máxima (lo que no excluye que, en ciertos y justificados casos, el importe final haya de señalarse en cantidad menor), también lo es que, en el presente caso, no se da ninguna circunstancia que imponga su modificación, pues al fijar ese límite máximo la Sala tuvo en cuenta la especial naturaleza y finalidad del procedimiento de revisión de sentencias firmes, y siguió un criterio similar al expresado en casos similares.»*

A propósito del contrato de iguala en nuestro ámbito profesional, destacar la Sentencia nº 529/2022, 5 de Julio, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo - Ponente: Excm.a. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán -:

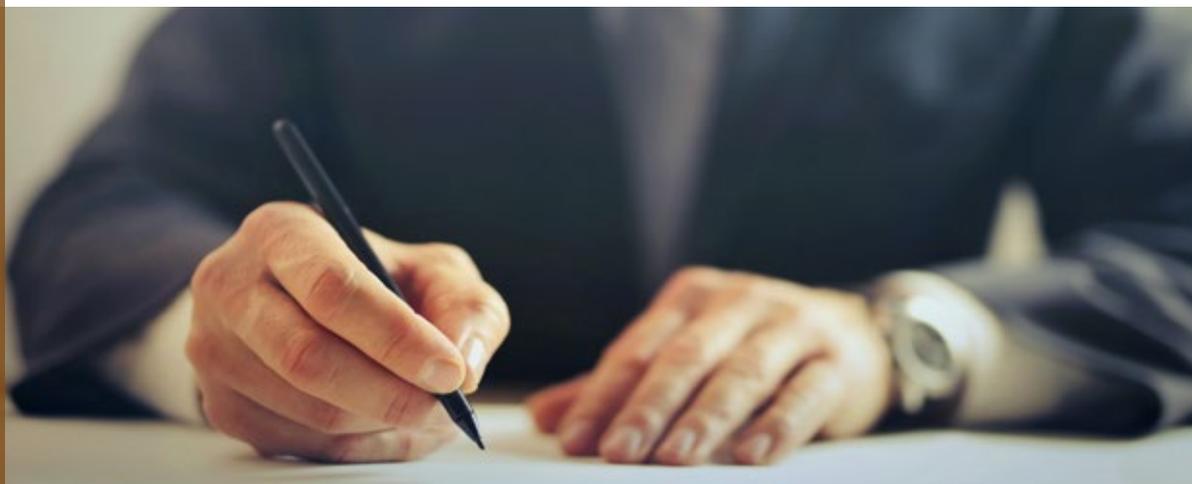
“El Tribunal Supremo ha declarado (y se indica para la mejor comprensión de esta cuestión, aunque no se refiera directamente a un supuesto análogo) lo siguiente: aunque la existencia de un precio cierto sea elemento necesario para la validez del contrato de arrendamiento de servicios y, también, por ello, del contrato de arrendamientos de servicios profesionales por Abogado, esta exigencia se cumple no solo cuando el precio se pactó, expresamente, sino, también, cuando es conocido por costumbre o uso frecuente en el lugar en que se prestan los servicios ( Sentencias de 10 de noviembre de 1944 y 19 de diciembre de 1953); tratándose de profesionales que figuran inscritos en una corporación o colegio

profesional, la retribución o el precio de sus servicios puede estar regulado por aranceles o tarifas o, como es el caso de los abogados, por normas orientadoras de honorarios mínimos que protegen frente a la competencia desleal, pero que también proporcionan criterios indicativos sobre el coste de los servicios; cuando se trata de varios asuntos de diferente naturaleza, la falta de fijación de cantidades al menos globales (aunque lo deseable es que sean parciales) por cada asunto, genera una auténtica indeterminación que impide el ejercicio prudente del arbitrio judicial para fijar el precio de los servicios ( Sentencia de 3 de febrero de 1998). Pues bien, en el presente caso no se comprende en modo alguno la necesidad del uso del arbitrio para fijar los honorarios debidos a los asesores fiscales demandantes, toda vez que los trabajos por los que quieren presentar un peculiar «proyecto de minuta» (no una factura por esos trabajos realizados) tienen que ser entendidos como comprendidos dentro del contrato de iguala, ya que se realizaron mientras que ésta estaba vigente; y por la naturaleza de la iguala, es indiferente la mayor o menor complejidad de los trabajos,

pues éstos se remuneraran con un precio único (4.000.000 de pesetas para cada uno de los asesores), al margen de la complejidad o falta de complejidad de los trabajos, y al margen incluso de si éstos llegan a producirse. Es decir, que la interpretación de la sentencia resulta absurda, especialmente por ser contradictoria a las bases fácticas que reconoce. A este respecto el artículo 1583 comprende la contratación de servicio sin tiempo fijo ( Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1986)».

“En el caso que ahora juzgamos, los dos motivos del recurso de casación incurren en el defecto que en otras ocasiones hemos calificado de hacer supuesto de la cuestión, en cuanto que parten de la existencia de un contrato de iguala que la sentencia recurrida ha declarado inexistente.

De esta forma, la recurrente pretende una nueva valoración de la prueba, lo que no es admisible siquiera mediante el recurso extraordinario por infracción procesal (que en este caso no se ha interpuesto), pues en ningún



caso se abre una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantearla completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación (por ejemplo, así se recuerda en las sentencias 535/2015, de 15 de octubre, 153/2016, de 11 de marzo, y 26/2017, de 18 de enero). Por lo demás, la recurrente tampoco ha impugnado en casación la interpretación de los actos de las partes con el fin de sostener que debieran ser valorados de una manera diferente a como lo ha hecho la sentencia recurrida para llegar a interpretar que no existió contrato de iguala.

La parte recurrente, para fundar la procedencia de la condena al pago de la cantidad que reclama se apoya en los criterios que permitirían la determinación del precio cuando no se han fijado por acuerdo. De esta forma, lo que hace es prescindir del dato en el que se basa la decisión de la sentencia, que no existió el contrato. Ello, por lo demás, con independencia de la improcedente invocación de las recomendaciones de honorarios por colegios profesionales, prohibidas por la ley ( art. 14 y disp. adicional 4.ª de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, redactados por el art. 5 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

La Audiencia no presume la gratuidad de los servicios con apoyo en una relación de amistad entre las partes ni porque considere que para ser exigible el precio debe quedar fijado necesariamente

de antemano o porque no admita que en determinadas circunstancias el precio pueda fijarse con otros criterios. La razón por la que la Audiencia estima el recurso de apelación de la demandada y desestima la demanda de reclamación de cantidad es porque considera, en atención a la valoración de la prueba, que no ha quedado acreditada la existencia del contrato de iguala en el que se basaba la pretensión ejercida en la demanda.

Literalmente dice la Audiencia que se desestima la demanda «al no haber quedado acreditado que efectivamente hubiese habido entre los aquí litigantes el pacto contractual que se conoce con el nombre de iguala y que según la demandante la iguala mensual vino a quedar configurada como la retribución básica que fue pactada por la prestación de los servicios profesionales a la demandada». La Audiencia llega a esta conclusión a la vista de la documental aportada, de la falta de coincidencia entre la cantidad que se reclama y la supuesta iguala mensual pactada y su relación con las igualas pactadas para los servicios prestados a las otras sociedades, así como en atención al hecho de que no se reclamara nada durante el tiempo en el que se invoca la existencia del contrato de iguala respecto de la sociedad demandada y no se enviara una «minuta proforma» hasta que no se le comunicó la revocación de un poder que tenía conferido el abogado. La Audiencia concluye que no existió contrato de iguala sino un «complejo de relaciones» entre la actora y Emiliano, que le realizó encargos de distintas empresas entre las que se encuentra la aquí demandada.

Si no hay contrato de iguala no hay laguna contractual que

integrar, sin que ello suponga contradicción con la doctrina de la sala reseñada en el punto 2 de este fundamento, pues la misma se ha dictado en casos en los que quedó acreditada la existencia del contrato.

5. Partiendo de la inexistencia del contrato de iguala, si la recurrente hubiera pretendido el cobro de servicios concretos prestados pudo hacerlo, lógicamente dentro de los plazos de ejercicio de las correspondientes acciones, lo que es relevante porque la demandada ha invocado desde la contestación a la demanda la prescripción, con cita de la doctrina de la sentencia 266/2017, de 4 de mayo.

Pero en cualquier caso no se ejerció en la demanda una pretensión dirigida al cobro de prestaciones puntuales, por lo que las alusiones que ahora se contienen en el recurso de casación acerca de la presunción de onerosidad de los servicios prestados no pueden prescindir de los hechos invocados en la demanda ni de la causa en la que se fundaba la reclamación, la existencia de un contrato de iguala que no ha quedado probada. A estos efectos, por lo demás, debe recordarse que la prohibición de la mutatio libelli tiene su fundamento último en la proscripción de la indefensión que veda artículo 24 CE, pues «[...] si se permitiera al actor variar algún aspecto esencial de la pretensión -petición, causa petendi o los sujetos-, estaría limitando las posibilidades de defensa de la demandada o vulnerando el principio de igualdad de armas» ( sentencias 537/2013, de 14 de enero de 2014 y 327/2020, de 22 de junio, 34/2022, de 24 de enero, 339/2022, de 3 de mayo)



# Puesta al día internacional

## La Responsabilidad Penal y Civil del Compliance-Officer en Alemania

---

por Lutz Carlos Moratinos Meissner  
Abogado  
Vocal Alemania de la AEAERCS

### I. CONCEPTO Y FUNCIONES



El compliance officer es responsable de la conformidad legal de todos los procesos y procedimientos empresariales de una empresa. Tiene la tarea de garantizar que la organización y el funcionamiento de una empresa en los distintos segmentos de la misma, como la producción, las compras, las ventas, la publicidad externa, así como en el trato con el personal, cumplen con las leyes aplicables, así como con las normas que la empresa se ha impuesto a sí misma -por ejemplo, en sus directrices de cumplimiento- o tal y como se establecen para las empresas que cotizan en bolsa en el “Código Alemán de Gobierno Corporativo”. Los oficiales de cumplimiento tienen el deber para con su empleador de trabajar con la gerencia y el personal para identificar y administrar el riesgo regulatorio. Su objetivo es asegurar que una organización tenga controles internos que midan y administren adecuadamente los riesgos que enfrenta. Por ello ofrecen un servicio interno a la empresa que respalda eficazmente las áreas de negocios en su deber de cumplir con las leyes y reglamentos y procedimientos internos relevantes. La función básica que cumple el compliance officer es por tanto promover una conducta ética y asegurar el cumplimiento de las normas que rigen la forma en que estas empresas u organizaciones deben llevar a cabo sus negocios. Debido a su obligación de evitar infracciones contra las

normas internas o infracciones del régimen legal que es de aplicación al país en donde se ubique la empresa o mantenga sucursales, el propio compliance officer puede incurrir en responsabilidad civil, pero también penal. Debido también al aumento casi inflacionario de las tareas de cumplimiento los riesgos penales y civiles, la figura del compliance officer tiene una relevancia cada vez más importante pero a su vez ligada a riesgos importantes de responsabilidad. Así por ejemplo la “Ley de Diligencia Debida de las Empresas para Evitar las Violaciones de los Derechos Humanos en las Cadenas de Suministro (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz - LkSG*), aprobada por el Bundestag alemán el 11 de junio de 2021, ofrece un amplio campo para el trabajo de cumplimiento efectivo. Es cierto que la ley no será aplicable hasta el 1.1.2023 para las empresas con sede en Alemania con al menos 3.000 empleados y a partir del 1.1.2024 para las empresas con al menos 1.000 empleados. No obstante, todo responsable de cumplimiento debe preparar cuidadosamente a las empresas afectadas por esta ley (por ejemplo empresas del sector textil y agroalimentario) ya desde ahora. Esta nueva Ley alemana de debida diligencia corporativa en la cadena de suministro obliga a las empresas a identificar los riesgos de abusos de los derechos humanos y en el medioambiente en la actividad de sus proveedores. Alemania se adelanta con esta ley a la normativa que prepara la UE para todo el mercado europeo. Dicha normativa no solo afecta a compañías que operan en Alemania, sino también a las empresas españolas que hacen negocios con el mercado alemán.

### III. FALTA DE REGLAMENTACIÓN LEGISLATIVA ESPECÍFICA

La obligación legal general de implantar un sistema de gestión del cumplimiento y, por tanto, de nombrar un responsable del cumplimiento, sólo ha existido hasta ahora en la legislación alemana para las empresas del sector financiero, de conformidad con el artículo 32 de la Ley del Comercio Mercantil de Valores (*Wertpapierhandelsgesetz - WpHG*). Sin embargo, los artículos 76 (1) y 93 (1) de la Ley de Sociedades Anónimas (*Aktiengesetz - AktG*) también normalizan las obligaciones de diligencia debida de las sociedades anónimas en relación con el cumplimiento de las normas legalmente estandarizadas en la consecución de sus objetivos empresariales. También existe una tendencia prudente en la jurisprudencia a valorar la falta de medidas internas para prevenir las infracciones de la ley, es decir, la falta de gestión del cumplimiento, como una posible

infracción del deber de diligencia empresarial, al menos en el caso de las grandes empresas.

### II. ESTRUCTURA ORGANIZATIVA DE CUMPLIMIENTO

Para cumplir estas funciones, el responsable del cumplimiento debe supervisar continuamente todos los procesos y procedimientos operativos. Esto requiere un sistema de información que funcione, con la ayuda del cual el compliance officer puede recoger y analizar los datos de todas las áreas de negocio de la empresa. Sobre la base de estos análisis debe

- crear una estructura organizativa que garantice el cumplimiento de las normas legales,
- anclar sistemáticamente esta estructura organizativa en los procesos de la empresa,
- aplicar un sistema de mecanismos de control que supervise el cumplimiento de las normas y sancione las infracciones en caso necesario,
- ofrecer un sistema de denuncia anónima,
- establecer un sistema de gestión de la aprobación para tratar los regalos e invitaciones de acuerdo con la ley,
- agudizar la conciencia de los empleados sobre las normas que deben observarse, por ejemplo, introduciendo programas de formación (ver sentencia Audiencia Provincial de Munich, LG München I, sentencia del 10.12.2013, 5 HK O 1387/10)

Esta descripción del puesto de trabajo del compliance officer no debe ocultar el hecho de que éste no es por naturaleza una autoridad moral externa por encima de la empresa, sino que, como empleado de la misma, tiene que servir a los intereses de la empresa y, por tanto, a sus objetivos. Esta amplia extensión del área de responsabilidad del compliance officer sólo parece contradictoria a primera vista. Al final, un responsable de cumplimiento preciso y cuidadoso sirve a su empresa haciendo una importante contribución a la reputación de su empresa ante el público y, por lo tanto, a la imagen de la empresa y, si su trabajo tiene éxito, ayudando a evitar la pérdida de la reputación de su empresa ante el público - basta con pensar en los escándalos corporativos de Deutsche Bank, Siemens o Wirecard en Alemania en el pasado reciente.

Para prevenir eficazmente los escándalos corporativos que dañan la reputación, el responsable de cumplimiento debe implantar un sistema de análisis continuo de riesgos en la empresa, es decir, debe examinar constantemente los procesos y estructuras corporativos para determinar hasta qué punto contienen o incluso fomentan el riesgo de infracciones legales. Debe minimizar estos riesgos realizando los ajustes estructurales y normativos adecuados.

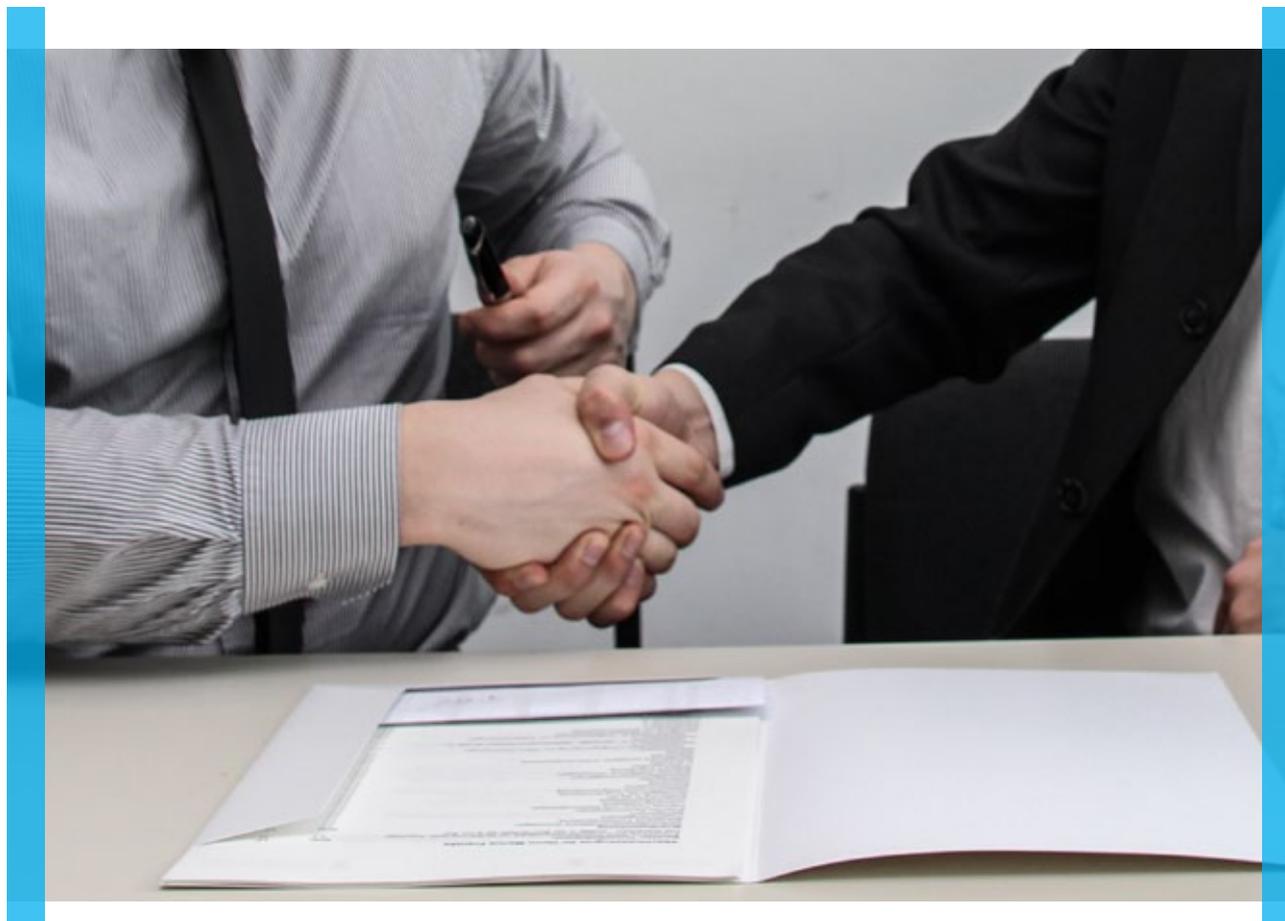
Si el compliance officer reconoce la necesidad de modificar la normativa interna, normalmente no tiene autoridad para realizar los cambios él mismo, sino que debe proponer los ajustes necesarios a los órganos operativos responsables o a la dirección. Hay que tener en cuenta que en las empresas en las que se ha constituido un comité de empresa, los reglamentos que postulan normas más estrictas para la conducta de los trabajadores están sujetos a la codeterminación en virtud del artículo 87, párrafo 1, nº 1 de la Ley de Comités de Empresa (*Betriebsverfassungsgesetz - BetrVG*).

Debido a la proximidad fáctica del área de responsabilidad del responsable de cumplimiento con las cuestiones jurídicas, el

responsable de cumplimiento en las grandes empresas suele estar asignado al departamento jurídico en la práctica. En la actualidad, los abogados internos lo consideran de forma bastante crítica debido a los posibles conflictos de intereses resultantes. Por lo tanto, se recomienda que el responsable de cumplimiento esté asignado directamente a la dirección o al consejo de administración y que les informe directamente y careciente de filtros.

#### IV. RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL

La jurisprudencia alemana ha aclarado y diferenciado el perfil de responsabilidad del compliance officer. El inicio de esta evolución estuvo marcado por una sentencia de 2009, en la que el Tribunal Supremo Federal (BGH) postuló en un *obiter dictum* el deber jurídico personal de un compliance officer de prevenir activamente la comisión de delitos por parte de los empleados de la empresa (*Bundesgerichtshof*, sentencia de 17.9.2009, 5 StR 394/08) - dimanante del artículo 13 del Código Penal (*Strafgesetzbuch-StGB*) - nombrar a un responsable de cumplimiento, la empresa transfiere regularmente sus propias tareas de gestión y control y, por tanto, parte de su autoridad al responsable.



### § 13 DELITO POR OMISIÓN

(1) Una persona que no evita un resultado que forma parte de la infracción de una ley penal sólo puede ser castigada en virtud de esta ley si es legalmente responsable de que el resultado no se produzca y si la omisión corresponde a la realización de la infracción legal mediante un acto.

(2) La sanción puede ser atenuada de acuerdo con el artículo 49(1).

El responsable del cumplimiento asume así la responsabilidad de garantizar que los

demás empleados también cumplan las normas legales mínimas y se convierte en garante de la legalidad. En este sentido la norma penal central es el Artículo 299 del Código Penal que reza:

#### § 299 Corrupción y soborno en los negocios

*(1) Se impondrá una pena privativa de libertad no superior a tres años o una sanción pecuniaria a todo aquel que, en el transcurso de sus relaciones comerciales como empleado o agente de una empresa*

*1. exija, se deje prometer o acepte una ventaja para sí mismo o para un tercero a cambio de*



*obtener bienes o servicios de forma desleal en la competencia nacional o extranjera, o*

*2. sin el consentimiento de la empresa, exija, se deje prometer o acepte una ventaja para sí mismo o para un tercero a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto en la compra de bienes o servicios, incumpliendo así sus obligaciones para con la empresa.*

*(2) También será un delito punible la persona que, en el curso de las relaciones comerciales con un empleado o agente de una empresa*

*1. ofrezca, prometa o conceda una ventaja a dicho empleado o agente o a un tercero a cambio de favorecerle deslealmente a él o a otro en la competencia nacional o extranjera en la compra de bienes o servicios, o*

*2. sin el consentimiento de la empresa, ofrece, promete o concede una ventaja a la empresa o a un tercero a cambio de realizar o dejar de realizar cualquier acción en relación con la compra de bienes o servicios, incumpliendo así sus obligaciones con la empresa.*

El Tribunal Superior Federal considera que solamente las atenciones/regalos etc. reconocidas habitualmente y de valor relativamente bajo en determinadas ocasiones pueden excluirse del delito como ventajas socialmente adecuadas (Tribunal Federal, sentencia de 23 de octubre de 2002 - 1 StR 541/01 -, BGHSt 48, 44-51; BGH, sentencia de 2 de febrero de 2005 - 5 StR 1668/04, sentencia de 26 de mayo de 2011 - 3 StR 492/10), estableciendo como límite cantidades no superiores a 25-35,- euros.

La jurisprudencia no sólo implica un alto riesgo para el compliance officer en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho de daños. La responsabilidad penal puede dar lugar directamente a una reclamación por daños y perjuicios por parte de un perjudicado, especialmente por parte de la empresa perjudicada.

## 1. RESPONSABILIDAD CIVIL INTERNA DEL COMPLIANCE OFFICER FRENTE A LA EMPRESA

Los principios generales de la responsabilidad de los trabajadores se aplican a la responsabilidad interna del compliance officer. Por regla general, el responsable de cumplimiento no habrá cometido él mismo la infracción de cumplimiento, pero su

responsabilidad se derivará de la infracción del deber de supervisión. En este sentido cabe recalcar que el Tribunal Supremo Federal ha dictaminado que el responsable del cumplimiento es plenamente responsable en caso de intención/dolo (*Absicht/Vorsatz*) y que la posible reclamación de daños y perjuicios depende del grado de negligencia, por lo que queda totalmente excluida en los casos de negligencia leve, quedando equiparado a la responsabilidad civil de cualquier trabajador. Es decir que igual que los demás trabajadores el compliance officer responderá civilmente parcial- o totalmente por los daños ocasionados cuando concorra negligencia severa (*grobe Fahrlässigkeit*) o dolo por infracción de sus obligaciones laborales.

Por ello es aconsejable desde la perspectiva del compliance officer velar por una limitación de su responsabilidad mediante una cláusula en su contrato de trabajo o mediante un acuerdo complementario. Otra posibilidad para limitar la responsabilidad es definir detalladamente el campo de actividad del responsable de cumplimiento en función del perfil de riesgo tomando en consideración las normas de auditoría IDW PS 980 (normas de control de sistemas de cumplimiento del Instituto de auditores - *Institut der Wirtschaftsprüfer*, en inglés disponibles en [www.idw.de](http://www.idw.de)). En un primer paso, la dirección de la empresa realizará un análisis de los riesgos típicos de su negocio, lo cual en la práctica, suele ocurrir cuando un sistema de cumplimiento se introduce debido a una infracción específica, por ejemplo, en relación con un asunto de soborno de alto nivel, en el caso de carteles o en caso de ajustes de precios en los contratos de suministro de energía. En un segundo paso, hay que definir las normas internas de la empresa para tratar adecuadamente los riesgos y poderlos identificar y en el último paso, limitar la responsabilidad a estos supuestos de infracción grave.

Por razones de responsabilidad, el responsable del cumplimiento debe seguir asumiendo por sí solo la función de supervisión, sin estar obligado a evitar las infracciones de las normas.

## 2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTERNA

La responsabilidad civil externa del compliance officer frente a terceros se desprende del derecho de daños, es decir, los artículos 823, apartado 1, u 823, apartado 2 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) y siguientes en relación con la llamada

“Norma de protección” (“Schutzgesetz”).

### ARTÍCULO 823 OBLIGACIÓN DE PAGAR DAÑOS Y PERJUICIOS

(1) *Toda persona que, intencionadamente o por negligencia, atente contra la vida, la integridad física, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona de forma ilícita, está obligada a indemnizar a la otra persona por el daño resultante.*

(2) *La misma obligación se aplica a una persona que viola una ley destinada a proteger a otra persona. Si, de acuerdo con el contenido de la ley, también es posible una violación de la ley sin culpa, la obligación de indemnizar sólo surgirá en caso de culpa.*

El apartado 2 del artículo 823 establece la responsabilidad civil por infracción de Leyes o normas destinadas a proteger a otra persona. El jurista alemán habla en estos caso de un “Schutzgesetz” o traducido al castellano de una “ley o normas de protección”. Aparte de la mayoría de normas penales (como el citado § 299 del Código Penal), son normas de protección todas las normas del ordenamiento jurídico dirigidas a la protección las personas (incluidas las personas jurídicas) como lo puede ser la Ley de Medicinas (*Art. 5 Arzneimittelgesetz*) que protege al paciente, las normas de protección de datos en la Ley Federal de Protección de Datos, la normativa que protege contra emisiones nocivas, la Ley de Seguridad de los Productos (*Produktsicherheitsgesetz*), la Ley de Piensos para Animales que tienen carácter protector frente a la salud animal y humana, así como la nueva normativa sobre el control de la cadena de suministros antes mencionada. Debido al incremento sustancial de estas “normas de protección” incluidas en las diversas Leyes como en la legislación anticarteles, la Ley de Información Ambiental o de la Ley de Libertad de Información, las reclamaciones por daños y perjuicios pueden ser considerables.

Por todo ello en caso de que exista negligencia en la función de control del sistema de cumplimiento y exista nexo causal entre el

incumplimiento del deber y el daño ocasionado, la empresa deberá resarcir los daños y perjuicios del tercero.

### ASEGURAMIENTO DEL RIESGO DEL CO

Debido al riesgo de responsabilidad personal del responsable de cumplimiento, se plantea la cuestión de hasta qué punto puede reducirse la responsabilidad (financiera) mediante la contratación de un seguro. Esencialmente, cabe pensar en el seguro de protección penal, en la medida en que se refiere a los gastos de defensa letrada en relación con los procesos penales, así como el llamado seguro de responsabilidad penal, así como el llamado seguro D&O (Directors & Officers) en cuanto a la defensa y/o cobertura de las reclamaciones de derecho civil contra el responsable del cumplimiento. El seguro D&O es un seguro de responsabilidad por pérdidas pecuniarias a favor de los órganos de dirección y supervisión en las sociedades de capital alemanas para la defensa contra reclamaciones infundadas y la satisfacción de reclamaciones justificadas por daños y perjuicios. Como es habitual en los seguros de responsabilidad civil, la aseguradora corre con los gastos de defensa jurídica del procedimiento de reclamación. Este seguro es contratado por la empresa en beneficio de sus órganos ejecutivos, es decir, el consejo de administración y consejo de vigilancia (sociedades anónimas), o director general y, en su caso, consejo consultivo (sociedades de responsabilidad limitada). Dado que el compliance officer en general no está cubierto por el seguro en base a un cargo en un órgano de administración o vigilancia/supervisión su inclusión en este seguro no es automática pero pueden incluirse como personas aseguradas en el contrato de seguro. En conclusión, el compliance officer estará bien asesorado en tener incluida su actividad laboral en la cobertura de un seguro D&O de la empresa o sí es asesor independiente, suscribir un seguro que cubra los posibles riesgos para lo que deberá necesariamente indentificar y definir de la forma más precisa posible los riesgos de presunta infracción concretos.



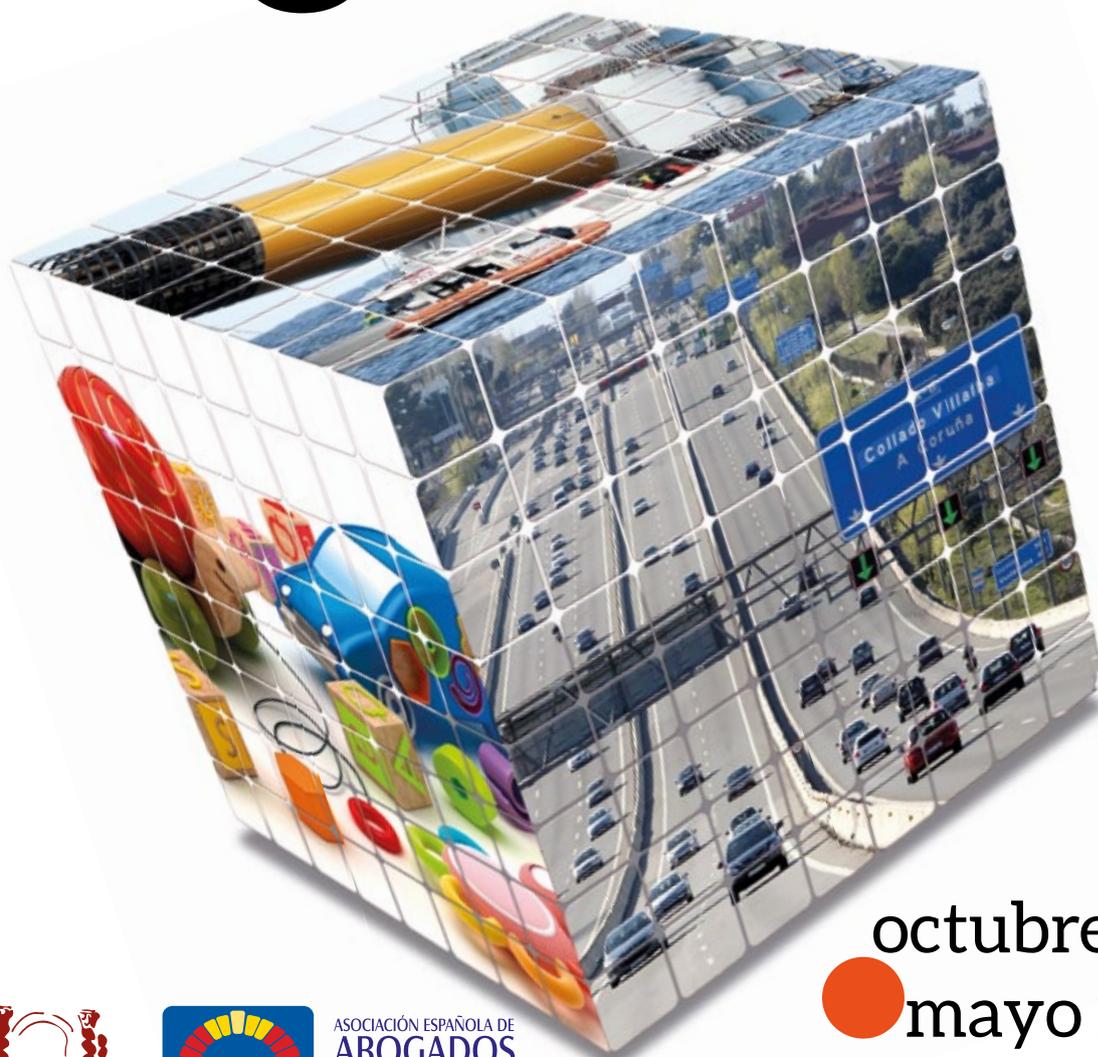


FUNDACIÓN DE  
ESTUDIOS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS  
DE GRANADA



# Máster propio RESPONSABILIDAD CIVIL 10<sup>a</sup> Ed.

MODALIDAD  
ON LINE



octubre 2022  
● mayo 2023

60 créditos  
ECTS

Colaboran:



Facultad de Derecho  
UNIVERSIDAD DE GRANADA



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE  
ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN  
RESPONSABILIDAD  
CIVIL Y SEGURO

Más información en [www.fundacionepj.org](http://www.fundacionepj.org)





**Colaboración**

**Progreso**

**Asociación**

**Abogados**

**Seguros**

**Responsabilidad Civil**

10, 11 y 12 de noviembre de 2022  
Auditorio y Centro de Convenciones AXA

# Barcelona

# XXII CONGRESO NACIONAL

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS  
ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO

## Jueves día 10

12:00 h.

Asamblea de la Asociación: Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Calle Mallorca, 283

16:00 h.

Entrega de acreditaciones: Auditorio y Centro de Convenciones AXA.

16:30 h.

INAUGURACIÓN DEL CONGRESO

17:00 h.

### PRIMERA PONENCIA

«La "Sentencia del caso Uralita": un compendio espléndido de cuestiones discutidas sobre responsabilidad civil»

Ponente: D. Mariano Yzquierdo Tolsada  
Catedrático Derecho Civil de la UCM

18:00 h.

### SEGUNDA PONENCIA

«La valoración de las consecuencias civiles de los atentados al honor y a la intimidad» 40 años de la Ley Orgánica 1/1982.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Rodríguez Fernández,  
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Madrid. Ex letrado del Tribunal Constitucional

19:00 h.

### TERCERA PONENCIA

«Responsabilidad patrimonial de la Administración y campañas de vacunación»

Ponente: D. Luis Medina Alcoz,  
Profesor titular de la UCM. Ex letrado del Tribunal Constitucional

20:00 h.

### MESA REDONDA

«El perjuicio personal por Pérdida de calidad de vida por secuelas. Cuestiones Prácticas y conflictos habituales»

Ponentes: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas  
Magistrado Tribunal Superior de Justicia de Cataluña  
Dr. Javier Gorriç Quevedo  
Médico especialista en traumatología y Cirugía Ortopédica  
Moderador: D. Xavier Coca Verdaguer,  
Presidente de la Sección de Derecho de la Circulación de la Comisión de Cultura del ICAB

21:15 h.

Recogida por los autobuses en el Auditorio y traslado al Cóctel de Bienvenida en Palau Dalmaes.

22:00 h.

Recepción y cena cóctel en Palau Dalmaes. Carrer de Montcada, 20, 08003 Barcelona

23:30 h.

Recogida por los autobuses en Palau Dalmaes y traslado al auditorio AXA.

## Viernes día 11

09:30 h. CUARTA PONENCIA

«La valoración y la cuantificación del daño en los cárteles de vehículos»

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Garnica Martín, Magistrado,  
Presidente de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona.

10:30 h. MESA REDONDA

«Las consecuencias de la Covid en el ámbito de la responsabilidad civil y el seguro.»

Ponentes: D. Jose Antonio Badillo Arias,  
Profesor de Dº Mercantil de la Universidad de Alcalá de Henares. Doctor en Derecho.  
D. Javier López y García de la Serrana,  
Abogado y Doctor en Derecho, Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (AEAERCyS)  
Moderador: D. Diego Callejón Muzelle,  
Presidente de la Comisión de Responsabilidad Civil y Seguro del ICAB

11:30 h. Pausa Café

12:00 h. QUINTA PONENCIA

«La acción civil directa del perjudicado contra la aseguradora de la Administración sanitaria»

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Luis Seoane Spiegelberg,  
Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

13:00 h. SEXTA PONENCIA

«Análisis de la doctrina jurisprudencial sobre prescripción de las acciones de responsabilidad civil»

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres,  
Magistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

14:00 h.

Almuerzo/ cóctel de trabajo en el Auditorio AXA

16:00 h. SÉPTIMA PONENCIA

«El Valorismo y los intereses en el Baremo de accidentes de tráfico. La presunta substa de actualización del IPC en los intereses moratorios y sus efectos en el Art. 40 LRCSCVM»

Ponente: D. Mariano Medina Crespo,  
Abogado y Doctor en Derecho,  
Presidente de Honor de la AEAERCyS

17:00 h. OCTAVA PONENCIA

«Responsabilidad del empresario por acoso laboral y despido nulo. Valoración del daño moral»

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Blasco Pellicer,  
Magistrado de la Sala 4ª del Tribunal Supremo

18:00 h. NOVENA PONENCIA

«La aplicación del derecho de los consumidores en los contratos de seguros»

Ponente: Excmo. Sra. Dª Mª Angeles Parra Lucan,  
Magistrada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

19:00 h. D..CIMA PONENCIA

### CONFERENCIA CLAUSURA

«La evolución del derecho de daños en la doctrina del Tribunal Constitucional»

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos,  
Vicepresidente del Tribunal Constitucional

20:00 h.

### CLAUSURA DEL CONGRESO

Ilmo. Sr. D. Javier López y García de la Serrana  
Presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro

Excmo. Sr. D. Jesús M. Sánchez García,  
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

21:30 h.

Recogida por los autobuses y traslado a la Cena de Gala.

22:00 h.

Cena de Gala en Hotel W con barra libre y actuación de grupo musical.

\*\*habrá vuelta en autobús a diferentes horas desde la cena de gala

## Sábado día 12

11:30 h.

Recogida en Hotel NH Collection Barcelona Constanza, Carrer de Déu i Mata, 69-99, 08029 Barcelona

12:30 h.

Visita a Bodegas Cavas Codorniu

14:30 h.

Almuerzo en Restaurant Cal Blay Vintínic

17:00 h.

Recogida por los Autobuses y traslado Hotel NH Collection Barcelona Constanza

INSCRIPCIONES [www.asociacionabogadosrcs.org](http://www.asociacionabogadosrcs.org)

INFORMACIÓN: 902 361 350

ORGANIZA



PATROCINA



COLABORA

